



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"

"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

CARGO

OFICIO CIRCULAR N° 009-2018-SCD-OSITRAN

Lima, 22 de mayo de 2018

Señor

ALBERTO NECCO TELLO

Director Ejecutivo

PROINVERSIÓN

Av. Enrique Canaval Moreyra N° 150, Piso 9

San Isidro.-



E011804786

CLAVE: EFS1LW6V/A

2018-05-22 15:28:00

www.proinversion.gob.pe

Usuario: lscd@b

Asunto : Opinión sobre la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión del proyecto "Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry".

Referencia : Acuerdo de Consejo Directivo N° 2100-637-18-CD-OSITRAN

De mi consideración:

Me dirijo a usted por encargo de Consejo Directivo, a fin de poner en su conocimiento que en la Sesión N° 637-2018-CD OSITRAN de fecha 22 de mayo de 2018, se adoptó el Acuerdo N° 2100-637-18-CD-OSITRAN, mediante el cual OSITRAN emite opinión sobre la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión del proyecto "Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry".

Al respecto, remito a usted copia certificada del referido Acuerdo, así como copia del Informe N° 008-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, para su conocimiento y fines.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,


MARÍA DEL CARMEN LEVAGGI VEGA
Secretaria del Consejo Directivo

Reg. Spl. SCD N° 10755-18



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

ACUERDO N° 2100-537-18-CD-OSITRAN
de fecha 22 de mayo de 2018

Visto el Proveedor N° 397-2018-GG-OSITRAN, contenido en el Informe N° 008-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN de las Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, de Supervisión y Fiscalización y de Asesoría Jurídica, y, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 27332 y el artículo 28 del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, y sus modificatorias, conforme al Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 127-2017-EF y al Decreto Legislativo N° 3224, que aprueba el Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 410-2015-EF; el Consejo Directivo de OSITRAN acordó por mayoría:

- a) Aprobar el Informe N° 008-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y, en consecuencia, emitir opinión técnica respecto de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión del proyecto "Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry".
- b) Disponer la notificación del presente Acuerdo y del Informe N° 008-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN a PROINVERSIÓN y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
- c) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

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


MARÍA DEL CARMEN LEVAGGI VEGA
Secretaría del Consejo Directivo
OSITRAN

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"

"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

CARGO**OFICIO CIRCULAR N° 009-2018-SCD-OSITRAN**

Lima, 22 de mayo de 2018

Señor

JAVIER MARTIN HERVIAS CONCHA

Director General (e)

Dirección General de Concesiones en Transportes**MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES**

Jr. Zorritos N° 1203

Lima -

Asunto : Opinión sobre la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión del proyecto "Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry".

Referencia : Acuerdo de Consejo Directivo N° 2100-637-18-CD-OSITRAN

De mi consideración:

Me dirijo a usted por encargo del Consejo Directivo, a fin de poner en su conocimiento que en la Sesión N° 637-2018-CD-OSITRAN de fecha 22 de mayo de 2018, se adoptó el Acuerdo N° 2100-637-18-CD-OSITRAN, mediante el cual OSITRAN emite opinión sobre la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión del proyecto "Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry".

Al respecto, remito a usted copia certificada del referido Acuerdo, así como copia del informe N° 008-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, para su conocimiento y fines.

Atentamente,


MARÍA DEL CARMEN LEVAGGI VEGA

Secretaria del Consejo Directivo

Reg. Sal. SCD N° 19253-18



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

ACUERDO N° 2100-637-18-CD-OSITRAN
de fecha 22 de mayo de 2018

Visto el Provéido N° 397-2018-GG-OSITRAN, contenido en el Informe N° 008-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN de las Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, de Supervisión y Fiscalización y de Asesoría Jurídica; y, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 27332 y el artículo 28 del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, y sus modificatorias, conforme al Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 127-2017-EF y al Decreto Legislativo N° 1224, que aprueba el Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 410-2015-EF; el Consejo Directivo de OSITRAN acordó por mayoría:

- a) Aprobar el Informe N° 008-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y, en consecuencia, emitir opinión técnica respecto de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión del proyecto "Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry"
- b) Disponer la notificación del presente Acuerdo y del Informe N° 008-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN a PROINVERSIÓN y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
- c) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

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


.....
MARÍA DEL CARMEN LEVAGGI VEGA
Secretaria del Consejo Directivo
OSITRAN

INFORME N° 008-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN

Para : **JUAN CARLOS MEJÍA CORNEJO**
Gerente General

De : **RICARDO QUESADA ORÉ**
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

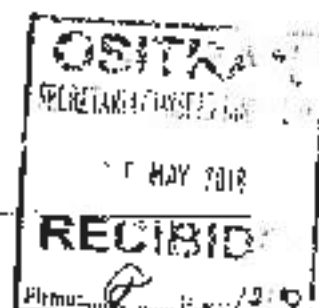
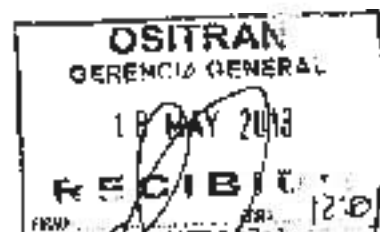
FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización

JAVIER CHOCANO PORTILLO
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto : Opinión sobre la segunda Versión Final del Contrato de Concesión del proyecto "Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry"

Referencia : Oficio N° 42-2018/PROINVERSIÓN/DPP/AP.04

Fecha : 18 de mayo de 2018



I. OBJETO

1. Emitir opinión técnica respecto de la segunda Versión Final del Contrato de Concesión del proyecto "Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry", aprobada mediante Resolución del Director de Proyecto N° 10-2018/DPP/AP.04 del 8 de mayo de 2018 (en adelante, la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión).

II. ANTECEDENTES

2. Mediante Oficio N° 224-2017/PROINVERSIÓN/DE del 28 de junio de 2017, a Agencia de Promoción de la Inversión Privada (en adelante, PROINVERSIÓN) solicitó a OSITRAN que opine respecto a la propuesta de Declaratoria de Interés de la Iniciativa Privada Autofinanciada denominada "Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry" (en adelante, la Declaratoria de Interés).
3. Mediante Acuerdo N° 2027-614-17-CD-OSITRAN del 24 de julio de 2017, el Consejo Directivo de OSITRAN emitió opinión técnica favorable respecto del proyecto de Declaratoria de Interés.
4. Con fecha 26 de julio de 2017, por medio de Resolución N° 5-2017/DPP/AP.04, el Director Ejecutivo de PROINVERSIÓN aprobó la propuesta de Declaratoria de Interés, la misma que fue publicada en el Diario Oficial El Peruano el 4 de agosto de 2017, con la finalidad de que terceros interesados en el proyecto o en un proyecto alternativo puedan manifestar su interés ante PROINVERSIÓN.
5. Mediante comunicación de fecha 2 de noviembre de 2017, la empresa Notable Category S A expresó a PROINVERSIÓN su interés en la ejecución del proyecto. Por medio de Resolución N° 1-2017/DPP/AP.04, PROINVERSIÓN aprobó la declaración de tercero interesado de la referida empresa.



6. Con el fin de participar en el proceso de coordinación interinstitucional previo a la emisión de la opinión institucional sobre la versión final del contrato de concesión, desde agosto de 2017, el personal técnico de OSITRAN ha llevado a cabo reuniones de trabajo con funcionarios de las entidades públicas involucradas en el presente proyecto de inversión: PROINVERSIÓN, el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, el Ministerio de Economía y Finanzas y la Autoridad Portuaria Nacional.
7. Asimismo, mediante Oficios N°4-2017/DPP/AP.04, 12-2017/DPP/AP.04 y 28-2017DPP/AP.04, de fechas 24 de agosto, 10 de octubre y 07 de noviembre de 2017, respectivamente, PROINVERSIÓN solicitó a OSITRAN sus comentarios sobre versiones preliminares del contrato de concesión. En respuesta a dichos pedidos, este Regulador, con fechas 25 de octubre y 14 de diciembre de 2017 y 18 de enero de 2018 remitió a PROINVERSIÓN, vía correo electrónico, matrices con comentarios, observaciones y aportes respecto a las versiones preliminares del contrato de concesión.
8. Mediante el Oficio N° 23-2018/PROINVERSIÓN/DPP/AP.04, recibido con fecha 19 de enero de 2018, PROINVERSIÓN solicitó la opinión favorable del OSITRAN sobre la versión final del Contrato de Concesión del proyecto "Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry" (en adelante, la Primera Versión Final del Contrato de Concesión), para lo cual remitió adjunto lo siguiente: i) la versión final del Contrato de Concesión, y ii) el informe de revisión de los aspectos económico financieros del Proyecto y el informe de evaluación y asignación de riesgos, presentados por el Asesor de Transacción.
9. Con fecha 22 de marzo de 2018, mediante Oficio N° 026-18-GRE-OSITRAN, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos de OSITRAN solicitó a PROINVERSIÓN que remita el Informe de sustento del factor de competencia mediante el cual se adjudicará la concesión de proyecto "Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry".
10. Con fecha 23 de marzo de 2018, mediante Oficio N° 30-2018/PROINVERSIÓN/DPP/AP.04, PROINVERSIÓN remitió el documento denominado Evaluación y propuesta de Factor de Competencia elaborado por ALG, su Asesor de Transacción.
11. Mediante Acuerdo de Consejo Directivo N° 2096-634-18-CO-OSITRAN del 4 de abril de 2018, OSITRAN emitió opinión técnica respecto de la primera Versión final del Contrato de Concesión del proyecto "Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry", en atención a lo indicado en el Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN.
12. Mediante el Oficio N° 42-2018/PROINVERSIÓN/DPP/AP.04, recibido con fecha 8 de mayo de 2018, PROINVERSIÓN solicitó la opinión favorable del OSITRAN sobre la segunda versión final del Contrato de Concesión del proyecto "Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry" (en adelante, la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión), para lo cual remitió adjunto lo siguiente: i) la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión, y ii) el informe de revisión de los aspectos económico financieros del Proyecto, el modelo económico financiero, el informe de evaluación y asignación de riesgos, y la nota técnica del factor de competencia, presentados por el Asesor de Transacción.

III. MARCO LEGAL

13. El artículo 3 de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante Ley de Creación de OSITRAN), establece que la misión de este Organismo es regular el comportamiento de los mercados en los que actúan



las Entidades Prestadoras, así como el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios

14. Para tal efecto, el artículo 6 de la citada norma, concordado con el artículo 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos (en adelante Ley Marco de los Organismos Reguladores) prevé que OSITRAN ejerce las funciones: a) Normativa, b) Reguladora, c) Supervisora, d) Fiscalizadora y Sancionadora, e) Solución de Controversias y f) Solución de Reclamos.
15. El numeral 3.2 del artículo 3 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores dispone que dichas funciones serán ejercidas con los alcances y limitaciones que se establezcan en sus respectivas leyes y reglamentos, las cuales no pueden verse limitadas por normas de distinta naturaleza ni por los contratos de concesión.
16. Tal como se advierte de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión y documentos adjuntos remitidos por PROINVERSIÓN mediante el Oficio N° 42-2018/PROINVERSIÓN/DPP/AP.04, de fecha 08 de mayo de 2018, esta fue elaborada de conformidad con el Decreto Legislativo N° 1224, Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos¹ y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 410-2015-EF². Sin embargo, en el texto del documento también se hace referencia a Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 127-2014-EF.
17. En ese sentido, dado que la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión fue presentada ante el OSITRAN en mayo del presente año, fecha en la cual se encontraba vigente el Decreto Legislativo N° 1224 y su Reglamento, previamente al análisis de fondo, corresponde que este Regulador determine bajo qué marco normativo debe emitir su opinión técnica respectiva.
18. Al respecto, la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1224 señala que las iniciativas privadas que a la fecha de entrada en vigencia del citado Decreto Legislativo hayan sido admitidas a trámite y hasta la suscripción del contrato, seguirán sujetas al procedimiento vigente hasta antes de la entrada en vigencia de dicho Decreto Legislativo³. Es decir, el marco normativo vigente dispone que el procedimiento de elaboración y formulación de proyectos, así como el cumplimiento de requisitos procedimentales de las iniciativas privadas admitidas a trámite hasta el 28 de diciembre de 2015, se rigen por el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, mientras que, para los aspectos sustantivos (no procedimentales) serán de aplicación las disposiciones establecidas en el Decreto Legislativo N° 1224 y su Reglamento.

¹ Publicado en el Diario Oficial El Peruano, el 25 de setiembre de 2015. A su vez, el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos, aprobado por el Decreto Supremo N° 254-2017-EF, fue publicado el 31 de agosto de 2017.

² Publicado en el Diario Oficial El Peruano, el 27 de diciembre de 2015

³ "DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

Primera. - Las iniciativas privadas que a la fecha de entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1224 hayan sido admitidas a trámite y hasta la suscripción del contrato, seguirán sujetas al procedimiento vigente hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1224."

19. Dicho esto, considerando que con fecha 13 de abril de 2012 mediante la Carta N° 405-2012-APN/GG, la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, APN) admitió a trámite la Iniciativa privada presentada por el Consorcio Transportadora Salaverry, y siendo que la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión modificó la versión final que fuera remitida mediante Oficio N° 23 2018/PROINVERSIÓN/LPPP/AP.04, de fecha 19 de marzo de 2018, corresponde observar el procedimiento y plazos para la emisión de opinión por parte del Regulador, previstos en el numeral 9.5 del artículo 9 del Decreto Legislativo N° 1012. Dicha norma señala que las modificaciones que se produzcan a la versión final del contrato de Asociación Público-Privada, a cargo del Organismo Promotor de la Inversión Privada correspondiente, que impliquen cambios significativos en los parámetros económicos, incluyendo las garantías establecidas, durante la fase de promoción de la inversión o la implementación del proyecto de inversión, requerirá la opinión del Organismo Regulador correspondiente, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles respecto a las materias de su competencia. Por su parte, el artículo 14 de su Reglamento establece que la Opinión del Regulador se restringirá a los aspectos de su competencia de acuerdo a lo establecido en su ley de creación y en su marco normativo.
20. Con respecto al análisis de fondo sobre la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión, corresponde sustentar la opinión técnica del Regulador en los aspectos sustantivos previstos en el Decreto Legislativo N° 1224, debiéndose tener presente que la opinión técnica de OSITRAN sobre el diseño de los contratos de concesión, forma parte de la función supervisora de este Organismo Regulador.
21. Asimismo, cabe precisar que de acuerdo al artículo 28⁴ del Reglamento General de OSITRAN (REGO)⁵, la aludida opinión técnica debe incluir las materias referidas a: 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, así como a los mecanismos de solución de controversias derivadas de la interpretación y ejecución de los contratos, y demás materias de competencia del OSITRAN.

IV. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO

22. El modelo de Concesión propuesta por PROINVERSIÓN para el Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry (en adelante, TPMS) contempla las siguientes características:

Modalidad : Concesión Autofinanciada

Actividades de la Concesión : La concesión comprende el Diseño, Financiamiento, Ejecución de Inversiones, Conservación, Explotación y

⁴ Artículo 28.- *Opinión técnica previa y supervisión de los contratos.*

A fin de guardar concordancia entre las funciones sujetas a su competencia y la de supervisar los contratos de concesión correspondientes, el OSITRAN, a través del Consejo Directivo, debe emitir opinión técnica previa sobre materias referidas a:

1. La celebración de cualquier contrato de concesión referido a la infraestructura (...). La referida opinión técnica incluirá materias relativas 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 los demás materias de competencia del OSITRAN (...)

⁵ Aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias.

Transferencia del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry.

- Plazo de la Concesión : Treinta (30) años, contados desde la Fecha de Suscripción del Contrato.
- Inversión referencial : USD 228,9 millones, sin IGV.
- Inversiones : Comprende las inversiones obligatorias (Etapas 1 y 2), las inversiones en función a la demanda (Etapas 3, 4 y 5, así como la Nueva Dársena), inversiones discretionales, e inversiones complementarias (ver Cuadro N° 1).

Cuadro N° 1
Inversión referencial

Etapa	Monto de inversión (USD constantes 2018)
Inversiones obligatorias	
Etapa 1	34 963 011
Etapa 2	67 190 373
Inversiones en función a la demanda	
Etapa 3	19 138 886
Etapa 4	17 481 794
Etapa 5	29 247 953
Nueva Dársena	60 948 889
Total	228 971 809

Fuente: PROINVERSIÓN.

- Factores de competencia : La Propuesta Económica considera como componente el descuento de Tarifas y como mecanismo de desempate el monto ofrecido por Inversiones Complementarias. En caso de empate en este último, los postores deberán consignar una oferta adicional de Inversiones Complementarias Adicionales.

23. El proyecto "Modernización y Desarrollo del Terminal Multipropósito de Salaverry" posibilitará la atención de carga en contenedores, fraccionada, sólida a granel, líquida a granel, rodante y pasajeros, de acuerdo con los niveles de servicio y productividad, estándares técnicos y las normas de carácter ambiental exigidos.

V. ANÁLISIS

24. El análisis que se presenta a continuación se basa en la siguiente información remitida por PROINVERSIÓN mediante Oficio N° 42-2018/PROINVERSIÓN/DPP/AP 04:
- La segunda Versión Final del Contrato de Concesión del proyecto "Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario de Salaverry".
 - El Informe N° 2: Revisión de aspectos económico-financieros del proyecto, presentado por el asesor de transacción.
 - El Informe N° 3: Evaluación y asignación de riesgos, presentado por el asesor de transacción.

- ♦ Modelo Económico-Financiero (MS Excell), presentado por el asesor de transacción.
 - ♦ Nota Técnica. Evaluación y propuesta de Factor de Competencia, elaborado por el asesor de transacción.
25. Asimismo, se han considerado las Bases del Concurso y la información pública disponible contenida en el Portal Institucional de Proinversión (www.proinversion.gob.pe) a la fecha de elaboración del presente Informe.
26. A continuación, se emitirá opinión técnica sobre la segunda Versión Final del Contrato de Concesión del proyecto "Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry", teniendo en consideración los siguientes criterios generales, basados en las funciones que otorga a OSITRAN el ordenamiento jurídico vigente:
- Mantener una distribución equilibrada y razonable de los riesgos y prestaciones entre las Partes;
 - Incentivar y promover la eficiencia en la provisión de los servicios relacionados con la infraestructura;
 - Preservar la continuidad y sostenibilidad del servicio público y de la Concesión, a lo largo de la vigencia del Contrato de Concesión; y,
 - Respetar las funciones, competencias y roles asignados en el marco institucional a las diversas entidades del Estado.

V.1. ASPECTOS TARIFARIOS

a. Servicio Estándar

27. En la Cláusula B.18 de la Primera Versión Final del Contrato de Concesión se define el alcance de los Servicios Estándar. Sobre ello, en el Informe N° 005 2018-GRÉ-GSF-GAJ-OSITRAN se recomendó:
- Incluir explícitamente en el alcance de los Servicios Estándar a la carga de minerales a granel y otras cargas secas a granel las actividades de trimado y barrido de bodega de la nave, en la medida que dichas actividades operativas son necesarias para llevar a cabo el embarque y/o la descarga de todo tipo de carga sólida a granel, toda vez que forman parte de la estiba/desestiba de este tipo de carga.
 - Uniformizar los términos utilizados en la descripción del servicio de tracción incluido en el alcance de los Servicios Estándar a la carga sólida a granel, puesto que en ella se hace referencia indistintamente a los términos "Expediente Técnico" y "Expediente Técnico aprobado".
 - Con el objetivo de aclarar la lectura del alcance del Servicio Estándar a pasajeros, se recomendó la siguiente redacción: "*i) servicio de embarque/desembarque incluyendo el punto de inspección documentario de inmigración de pasajeros (...)*".
28. Sobre el particular, se evidencia que la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión contempla las recomendaciones antes mencionadas.
29. No obstante, debe advertirse que en la Cláusula B.18 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión se ha omitido el plazo y momento a partir del cual se contabilizan los días libres de almacenamiento incluidos en el Servicio Estándar de embarque de otras cargas secas a granel (fertilizante y otras) y carga rodante, tal y como se aprecia a continuación:

**"B.18 SERVICIO ESTÁNDAR
(...)"**

b) SERVICIOS A LA CARGA:

(...)

En el caso de otras cargas secas a granel (fertilizante y otras), el Servicio Estándar incluye:

(...)

vi) Servicio de almacenaje dentro del terminal, en áreas de almacenaje habilitadas ya sea bodegas o zonas de explanada no cubiertas como losas u otras áreas pavimentadas, a libre disposición del Usuario por un máximo de 10 Días Calendario, computados desde finalizada la descarga de la Nave y servicio de Tracción o para el caso de embarque desde.

(...)

En el caso de la carga rodante, el Servicio Estándar incluye:

vii) Servicio de almacenaje dentro del TPMS, en áreas de almacenaje habilitadas, a libre disposición del Usuario por un máximo de 10 Días Calendario, computados desde finalizada la descarga de la Nave y servicio de Tracción o para el caso de embarque desde.

[El subrayado es nuestro.]

30. Cabe señalar que, en la definición del alcance de los Servicios Estándar a la carga cereal a granel, mineral a granel, fraccionada, líquida a granel y contenedorizada se indica que, para el caso de embarque, los días libres de almacenamiento se contabilizan desde el ingreso de la carga al almacén hasta 10 días calendario. En concordancia con ello, Prominversión deberá ajustar el alcance de los Servicios Estándar de otras cargas secas a granel y carga rodante en los siguientes términos:

"8.18 SERVICIO ESTÁNDAR

(...)

b) SERVICIOS A LA CARGA:

(...)

En el caso de otras cargas secas a granel (fertilizante y otras), el Servicio Estándar incluye:

(...)

vi) Servicio de almacenaje dentro del terminal, en áreas de almacenaje habilitadas ya sea bodegas o zonas de explanada no cubiertas como losas y otras áreas pavimentadas, a libre disposición del Usuario por un máximo de 10 Días Calendario, computados desde finalizada la descarga de la Nave y servicio de Tracción o para el caso de embarque desde el ingreso de la carga al almacén hasta 10 Días Calendario.

(...)

En el caso de la carga rodante, el Servicio Estándar incluye:

vii) Servicio de almacenaje dentro del TPMS, en áreas de almacenaje habilitadas, a libre disposición del Usuario por un máximo de 10 Días Calendario, computados desde finalizada la descarga de la Nave y servicio de Tracción o para el caso de embarque desde el ingreso de la carga al almacén hasta 10 Días Calendario.

[El subrayado es nuestro.]

b. Servicios Especiales

31. Mediante Informe N° DOS-2018-GRC-GSF-GAJ-OSITRAN se recomendó efectuar las siguientes modificaciones referidas a los Servicios Especiales:

- Eliminar aquellas disposiciones relacionadas a la definición, alcance y régimen económico de los Servicios Especiales, contenidas en los párrafos primero, segundo y cuarto del numeral 4 del Anexo 5 del Contrato de Concesión, en tanto que estos ya se encuentran desarrollados en las Cláusulas 1.19.107, 8.19 y 8.23 del Contrato de Concesión.
- Precisar si la Tarifa que cobrará el Concesionario por brindar la facilidad de uso de muelle a terceras empresas que brinden los servicios portuarios básicos de

avitallamiento de Naves y transporte de personas está referida únicamente al Uso de Amarraderos.

32. Se observa que, en la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión, Proinversión ha incorporado las mencionadas recomendaciones. Adicionalmente, debe advertirse que en el numeral 4 del Anexo 5 del Contrato de Concesión se ha incluido que, además de brindar las facilidades de uso de muelle, el Concesionario se encuentra obligado a brindar cualquier otro servicio que terceras empresas requieran para brindar los servicios portuarios básicos de avituallamiento de Naves y transporte de personas:

"4- El Servicio Especial de Refrigerado para Contenedores incluye la conexión/desconexión una sola vez durante la refrigeración, suministro de energía, inspección y monitoreo.

El CONCESIONARIO está obligada en brindar las facilidades de uso de muelle, y otros servicios que se requieran, para que terceros presten los servicios portuarios básicos de avituallamiento de Naves y transporte de personas para las Naves que arriben al Puerto de Salaverry, para lo cual se cobrará la tarifa correspondiente al Servicio Estándar a la Nave por Uso de amarraderos, la prestación de este servicio no deberá perjudicar la operación del TPMS "

[El subrayado es nuestro.]

33. Dado ello, es importante notar que la Cláusula 8.18 del Contrato de Concesión limita el alcance del Servicio Estándar a la Nave por Uso de Amarraderos a la prestación de los servicios de uso de muelle y amarre/desamarre de la Nave.
34. En tal sentido, al obligar al Concesionario a brindar, además de las facilidades de uso de muelle y amarre/desamarre de la Nave, cualquier otro servicio que las referidas empresas requieran, se estarían generando incentivos para que, por el pago de la Tarifa del Servicio Estándar a la Nave por Uso de Amarraderos, los usuarios exijan al Concesionario la prestación de cualquier otra actividad y/o servicio que no se encuentre incluido en el alcance de dicho Servicio Estándar. Por tal motivo, Proinversión deberá eliminar el término "y otros servicios que se requieran" del numeral 4 del Anexo 5 del Contrato de Concesión o, en todo caso, precisar a qué otro tipo de servicios se está haciendo referencia.
35. Por otro lado, en el Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN se recomendó incluir, en la Cláusula 2.7 del Contrato de Concesión (Objeto del Contrato), los servicios de recojo de residuos sólidos y líquidos en los servicios que contarán con facilidades de uso de muelle⁶. Considerando que dicha recomendación ha sido atendida por Proinversión, es necesario que, en concordancia con ello, se incorporen tales servicios en el numeral 4 del Anexo 5 del Contrato de Concesión.

⁶ "Objeto
(...)

2.7 (...) (iii) el CONCESIONARIO tiene el derecho a la ejecución y/o prestación exclusiva de todos y cada uno de los Servicios que se puedan brindar dentro del TPMS, con excepción de los servicios de practicaje y remalcaje, respecto de los cuales son aplicables las disposiciones previstas en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público. Asimismo, el CONCESIONARIO deberá dar las facilidades de uso de muelle para que terceros presten los servicios portuarios básicos de avituallamiento de Naves y transporte de personas, así como servicios de recojo de residuos sólidos y líquidos para las Naves que arriben al Puerto de Salaverry."

[El subrayado es nuestro.]

c. Revisión Tarifaria

36. Respecto del procedimiento de revisión tarifaria desarrollado en la Cláusula 8.24 de la Primera Versión Final del Contrato de Concesión, en el Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, se requirió lo siguiente:

- Eliminar la disposición relacionada a la inclusión de las Inversiones Complementarias en el procedimiento de revisión tarifaria cuando ellas estén referidas al adelanto de alguna de las Etapas de las Inversiones en Función a la Demanda y se haya configurado el gatillo para su ejecución. Ello debido a que su inclusión generaría que el mecanismo de regulación por incentivos se distorsione, generando que la empresa regulada no tenga fuertes incentivos para reducir costos y que no se cumpla con el objetivo regulatorio de eficiencia productiva.
- Retirar aquellos aspectos referidos al cobro de recargos, en tanto no tienen relación alguna con el procedimiento de revisión tarifaria, e incorporar los en la Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión, la cual está vinculada con el régimen económico de las Tarifas y Precios.
- Retirar el párrafo referido al cobro de la Tarifa por la prestación del Servicio Estándar y reubicarlo en la Cláusula 8.18 del Contrato de Concesión, en la que se define el alcance de los Servicio Estándar.

37. Sobre el particular, debe indicarse que, de la revisión de la Segunda Versión del Contrato de Concesión, se evidencia que las mencionadas observaciones han sido atendidas de acuerdo con lo indicado en el mencionado informe.

d. Tarifas Máximas

38. Con relación a las Tarifas máximas, en el Anexo 5 de la Primera Versión Final del Contrato de Concesión se consideró como factor de competencia el mayor descuento en las Tarifas Máximas a los Servicios Estándar a la carga y al Servicio Especial de Refrigerado para contenedores, excluyendo a los Servicios Estándar a la Nave y al Servicio Estándar de Pasajeros. Sobre ello, el Asesor de Transacción sostuvo que la exclusión de los Servicios Estándar a la Nave tiene como fin beneficiar a los cargadores; mientras que la exclusión del Servicio Estándar a los Pasajeros obedece al objetivo de no desincentivar al Concesionario a atender pasajeros.

39. Tomando en cuenta lo antes mencionado, mediante Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, el Regulador señaló que:

- Considerando la carga que se moviliza a través del TPMS y los estudios internacionales sobre el nivel de competencia en el transporte de mercancías mediante el régimen de fletamento o *tramp*, no se esperaría que las Naves atendidas en el TPMS logren obtener descuentos adicionales sobre las Tarifas máximas fijadas para los Servicios Estándar a la Nave. En tal sentido, se recomendó incluir a los Servicios Estándar a la Nave como parte del factor de competencia relacionado al mayor descuento de Tarifas Máximas.
- En línea con lo señalado por el Asesor de Transacción, dado el escaso movimiento de pasajeros observado en el TPMS en los últimos años, no resulta conveniente incorporar el Servicio Estándar a los Pasajeros como parte del factor de competencia, en tanto podría desincentivar al Concesionario a promover la prestación de este tipo de servicios.

40. Sobre el particular, de la revisión de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión, se observa que PROINVERSION mantiene el esquema inicial del factor de competencia del concurso. De acuerdo con lo indicado en la Nota Técnica. Evaluación y Propuesta de factor de competencia, el Asesor de Transacción considera que el factor de competencia no debe incluir los Servicios Estándar a la Nave por los siguientes motivos:

"Descuento en tarifas máximas:

(.)

Dentro del análisis del "Descuento en tarifas máximas", se ha analizado la posibilidad de ampliar el Factor de Competencia a todos los servicios estándar prestados por el nuevo Operador, incluyendo los servicios a las naves. El asesor considera apropiado ceñir el descuento a los servicios estándar a la carga por los motivos que se expresan a continuación:

■ **Análisis del descuento en tarifas máximas aplicable a todos los servicios estándar**

Por un lado, se ha realizado el ejercicio de visualizar en el modelo económico-financiero de la concesión cuáles el descuento máximo que es posible realizar en las tarifas en caso de incorporar toda la cesta tarifaria al análisis de Factor de Competencia. En este caso, se observa que podría aplicarse un descuento lineal del 5,5% a todas las tarifas.

Este número es sensiblemente menor al 10,0% que se ha definido en el proceso de evaluación previo, cuando el descuento se aplica exclusivamente a las tarifas por servicios estándar a la carga.

■ **Consideraciones acerca del beneficio trasladado a los usuarios**

Se considera que el Factor de Competencia por descuento en tarifas máximas no debe incorporar los servicios a las naves por varios motivos:

- En primer lugar, el Factor de Competencia escogido (descuento en tarifas máximas) tiene como objetivo maximizar el beneficio de los usuarios. Por ello, se considera que la selección de las tarifas de los servicios estándar a la carga es la mejor manera de transmitir este beneficio a los cargadores.

Por un lado, las naves de carga a granel representan la mayor parte de la carga operada por el puerto de Salaverry y no requieren de un incentivo tarifario para utilizar el puerto dado que funcionan bajo un esquema de servicios charter, o demanda de los cargadores. En este sentido, su capacidad para trasladar los ahorros en costes de escala a los usuarios es pequeña.

Por otro lado, no se espera que Salaverry atraiga servicios de línea regular (como es el caso de servicios portacontenedores), si bien este tipo de servicios tienen mayor poder de negociación con los operadores y es posible que consigan descuentos comerciales a cambio de comprometer volúmenes sin necesidad de utilizarlo como Factor de Competencia. En este último caso, tampoco se espera que el ahorro fuese trasladado al cargador, sino que se quedase íntegramente como un beneficio para el armador.

En segundo lugar, el modelo económico-financiero define la tasa del servicio de acceso a las naves como aquella que igual el Valor Actual Neto de los costes de dragado a los ingresos producidos por esta tasa a lo largo de toda la concesión. Por tanto, si se modifica esta ecuación de equilibrio, se estaría definiendo una tasa de acceso que no permite el repago de los trabajos de dragado y se estaría haciendo partícipe directo al cargador del repago de dichos trabajos vía tarifas de servicios a la carga."



41. De acuerdo con los argumentos presentados por el Asesor de Transacción, se evidencia que Proinversión no ha refutado los argumentos expuestos por el Regulador en el Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, sino que ha decidido excluir del factor de competencia a los Servicios Estándar a la Nave con el objetivo principal de beneficiar a los usuarios de la carga (cargadores) con mayores descuentos en las Tarifas máximas.
42. En tal sentido, se reitera la recomendación efectuada en el Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN respecto de incluir en el factor de competencia a los Servicios Estándar a la Nave. Sin perjuicio de lo anterior, es importante mencionar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 36.1 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos, corresponde a Proinversión la estructuración del Proyecto y el diseño del Contrato de Concesión de proyecto de Iniciativa Privada. Dado ello, le compete a dicha entidad definir, entre otros, el factor de competencia que permita la adjudicación del proyecto "Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry".

V.2. CALIDAD DE SERVICIO

a. Niveles de Servicio del Terminal

43. Los Niveles de Servicio del TPMS están detallados en el numeral 1.4 del Anexo 3 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión. Respecto a dichos Niveles, mediante Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, se recomendó que la profundidad de hasta 10,5 metros referido al nivel medio de bajamares de sizigias ordinarias (MLWS) para el canal de acceso, área acuática operativa, zonas de maniobras y área entre muelles del TPMS, sea medida a partir del día siguiente de transcurridos los doce (12) meses de la Toma de Posesión.
44. Se recomendó, además, agregar en el referido numeral un segundo párrafo donde se indique que el área acuática operativa y la periodicidad de las mediciones serán determinados por la APN e incluidas en la Metodología de determinación de los Niveles de Servicio y Productividad, así como aclarar que dentro del área acuática operativa se encuentra el área entre muelles.
45. Ambas recomendaciones han sido incorporadas en la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión.

b. Dragado inicial

46. En el Anexo 6 de la Primera Versión Final del Contrato de Concesión, se indicaba que el dragado inicial y el de mantenimiento se podían realizar sin la necesidad de la aprobación de un Expediente Técnico por tratarse de labores de mantenimiento. Al respecto, considerando que el dragado inicial forma parte de las Inversiones Obligatorias, en el Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN se indicó que, para efectos de la supervisión, sí es necesario requerir la presentación de un Expediente Técnico debidamente aprobado por la APN.
47. Dicha recomendación ha sido incorporada en la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión, al incluirse en la sección I del Anexo 6 que el Concesionario contará con un plazo máximo de 12 meses para culminar con el Dragado Inicial y que dicho plazo comprende la elaboración y aprobación del Expediente de Dragado Inicial. Cabe mencionar que, adicionalmente, en la definición de Expediente Técnico (contenida en la Cláusula 1.19.55 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión) se ha especificado que serán aplicables al Expediente de Dragado Inicial los procedimientos, penalidades y disposiciones dispuestas para el Expediente Técnico.

48. En concordancia con lo anterior, es necesario eliminar la parte final del séptimo párrafo de la sección I del Anexo 6 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión, donde se menciona lo siguiente:

"Serán aplicables al Expediente de Dragado Inicial los procedimientos y penalidades y demás disposiciones para el Expediente Técnico en tanto resulten compatibles, en caso de duda respecto a la aplicación será la APN quien determine lo conveniente."

[El subrayado es nuestro.]

49. El motivo de la eliminación del párrafo antes citado es que estos aspectos ya están regulados en el último párrafo de la definición de Expediente Técnico, el cual no incluye la posibilidad de incompatibilidad entre Expediente Técnico y Expediente de Dragado Inicial.
50. Por otra parte, se evidencia que en el numeral 1.4 del Anexo 3 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión se indica que el canal de acceso, área acuática operativa, zonas de maniobra y área entre muelles del TPMS deberá contar con una profundidad de hasta -10,5 metros. En concordancia con ello, se recomienda ajustar la redacción del Apéndice 1 del Anexo 9, séptimo párrafo del capítulo I del Anexo 6 y el numeral 3 del Apéndice 1 del Anexo 7 del Contrato de Concesión, a fin de que estas indiquen explícitamente que el dragado inicial o la profundidad exigida comprende, además del canal de acceso, zonas de maniobra y el área entre muelle, el área acuática operativa, según la siguiente redacción:

"ANEXO 9

Apéndice 1: INVERSIONES OBLIGATORIAS

(...)

Etapas I (.)

- Dragado Inicial:

El dragado inicial llevará la profundidad del canal de acceso, zonas de maniobra, área acuática operativa y área entre muelles hasta la cota -10.5 metros referidos al nivel medio de bajamares de sicigias ordinarias (MLWS)."

[El subrayado es nuestro.]

"ANEXO 6

TÉRMINOS DE REFERENCIA DEL EXPEDIENTE TÉCNICO

(...)

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Asimismo, a partir de la Toma de Posesión, CONCESIONARIO contará con un plazo máximo de doce (12) meses para culminar con el dragado inicial que llevará al TPMS a contar con una profundidad del canal de acceso, zonas de maniobra, área acuática operativa y área entre muelles hasta la cota -10.5 metros referidos al nivel medio de bajamares de sicigias ordinarias (MLWS)."

[El subrayado es nuestro.]

"ANEXO 7

Apéndice 1: Alcances del Mantenimiento

(...)

3) A la Obra exterior

Como en el caso precedente, están diseñadas para que alcancen una vida útil no menor a 50 años, la puesta a punto de estas obras demandará de inspecciones y controles programados para conocer su estado, por lo que será necesario efectuar cuando menos las siguientes actividades:

- Inspección y medición de profundidad operativa en canal de acceso, zonas de maniobras, área acuática operativa y Amarraderos del TPMS

[El subrayado es nuestro.]



c. Inicio de la ejecución de las inversiones

51. De acuerdo con lo indicado en el literal c) de la Cláusula 6.9 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión, el inicio de ejecución de inversiones se realizará siempre que el Concesionario acredite, entre otras cosas, contar con el Estudio de Impacto Ambiental Detallado debidamente aprobado por la Autoridad Ambiental Competente.
52. Al respecto, debe indicarse que, al ser el Estudio de Impacto Ambiental Detallado un instrumento de gestión ambiental completo y dado que las Inversiones Complementarias y Discrecionales podrían corresponder a la adquisición de equipos y/u obras menores, se recomienda que sea la Autoridad Ambiental Competente quien determine y apruebe el Instrumento de Gestión Ambiental con el que debe contar el Concesionario previo al inicio de ejecución de inversiones:

“6.9 ()

c) Contar con el Instrumento de Gestión Ambiental que determine y apruebe la Autoridad Ambiental Competente; ()”

[El subrayado es nuestro.]

d. Niveles de Servicio y Productividad

53. En el Anexo 3 de la Primera Versión Final del Contrato de Concesión se especifican los Niveles de Servicio y Productividad que, como mínimo, debe alcanzar el Concesionario a lo largo de la Concesión. En relación con el último acápite de la sección “Consideraciones Generales” del referido anexo, en el Informe N° 005-2018-GRE-GSF GAI-OSITRAN se recomendó tener en consideración que las actualizaciones y revisiones de los Niveles de Servicio y Productividad por la APN no se realicen en coordinación con el Concesionario por tener este la obligación de cumplirlos. Adicionalmente, se recomendó que, de manera previa a cualquier actualización, se requiera la opinión de OSITRAN. Ambas recomendaciones han sido recogidas en la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión.
54. Por otro lado, resulta importante indicar que se observa que los gatillos para la verificación de los indicadores correspondientes a los Niveles de Servicio y Productividad de las Etapas 2, 3 y 5 están en función de los conceptos denominados “Acta de Recepción de Obra de la Etapa 2”, “Acta de Recepción de Obra de la Etapa 3” y “Acta de Recepción de Obra de la Etapa 5”, respectivamente.
55. No obstante, en el caso de que cualquiera de dichas Etapas se divida en varios Componentes Funcionales, ello conllevaría no a un “Acta de Recepción de Obra de la Etapa”, sino a múltiples Actas de Recepción de Obra, una por cada Componente Funcional. En este contexto, el gatillo debería estar en función de la fecha en la cual se haya recibido la totalidad de los Componentes Funcionales, por lo que debería ajustarse la redacción de las cláusulas y anexos pertinentes del Contrato de Concesión a fin de tener en consideración este hecho.

V.3. OTROS TEMAS DE COMPETENCIA DE OSITRAN

a. Definiciones

56. La Cláusula 1.19.17 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión señala lo siguiente respecto de la Autoridad Ambiental Competente:

“1.19.17 Autoridad Ambiental Competente

Para certificación ambiental: Es el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles – SENACE o la entidad que en el marco del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), o quien lo sustituya en el desempeño de sus funciones.”

57. Al respecto, con la finalidad de facilitar la lectura de dicha definición, se recomienda ajustarla en los siguientes términos:

“19.17 Autoridad Ambiental Competente

Para certificación ambiental: Es el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles – SENACE o la entidad que lo sustituya en el desempeño de sus funciones, en el marco del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).”

b. Objeto de la Concesión

58. En la Cláusula 2.7 de la Primera Versión Final del Contrato de Concesión se listan algunas declaraciones del Concedente y la APN. En particular, al finalizar el primer párrafo de la referida cláusula se indica que el Concesionario deberá dar las facilidades de uso de muelle para que terceros presten los servicios portuarios básicos de avituallamiento de Naves y transporte de personas para las Naves que arriben al Puerto de Salaverry.
59. Al respecto, en el Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN se recomendó que se adicione a las empresas que prestan servicios de recojo de residuos sólidos y líquidos para las Naves que arriben al TPM5, considerando que éstos son prestados por empresas especializadas y certificadas en esta labor. Dicha recomendación ha sido recogida en la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión

c. Calendario de Ejecución de Obra

60. En el capítulo II del Anexo 6 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión, se señala que el Calendario de Ejecución de Obra debe incluir criterios para determinar que un Equipamiento sea considerado como nuevo.

“ANEXO 6

TERMINOS DE REFERENCIA DEL EXPEDIENTE TÉCNICO

(...)

II. CALENDARIO DE EJECUCIÓN DE OBRA

Documento que incluirá cuando menos i) tiempos de ejecución de todos los Componentes Funcionales, subpartidas y partidas relativas a la Obra hasta su culminación, considerando los plazos máximos establecidos en la Cláusula siguiente, ii) plan de adquisición y/o reposición de los equipos nuevos, iii) definición de las actividades de la ruta crítica, es decir, aquellas que implican que la demora en su ejecución y que audieron retrasar el plazo máximo previsto, iv) medidas de mitigación para enfrentar la ruta crítica, y) criterios para determinar que un Equipamiento sea considerado como nuevo.

En caso se modifique el Expediente Técnico aprobado se deberá incluir el Calendario de Ejecución de Obra confirmado o ajustado, según correspondía.”

[El subrayado es nuestro.]

61. Al respecto, se recomienda que la referencia a los criterios para determinar que un Equipamiento sea considerado como nuevo sea trasladada del primer párrafo de la sección II del Anexo 6, al tercer párrafo del numeral 5.5 del mismo anexo, quedando los párrafos redactados de la manera:

**"ANEXO 6
TERMINOS DE REFERENCIA DEL EXPEDIENTE TÉCNICO**

(...)

II. CALENDARIO DE EJECUCIÓN DE OBRA

Documento que incluirá cuando menos i) tiempos de ejecución de todos los Componentes Funcionales, sub partidas y partidas relativas a la Obra hasta su culminación, considerando los plazos máximos establecidos en la Cláusula siguiente, ii) plan de adquisición y/o reposición de los equipos nuevos, iii) definición de las actividades de la ruta crítica, es decir, aquellos que implican que la demora en su ejecución y que pudieran rebasar el plazo máximo previsto, y iv) medidas de mitigación para enfrentar la ruta crítica.

En caso se modifique el Expediente Técnico aprobado se deberá incluir el Calendario de Ejecución de Obra confirmado o ajustado, según corresponda."

(...)

V. EXPEDIENTE TÉCNICO DE EQUIPAMIENTO

(...)

"5.5. Características del equipamiento, Planos de diseño y montaje

El CONCESIONARIO presentará planos de diseño y montaje del Equipamiento Portuario para de descarga y el embarque de la carga de la Nave, el diseño del sistema de embarque y descarga de graneles de y hacia la Nave, el diseño de los silos movilizar la carga y de su montaje, mostrarán a escala conveniente de todos los trabajos por ejecutar, que contengan el tipo y calidad de los materiales a utilizar y los procedimientos a seguir en concordancia con las especificaciones técnicas

Respecto a las especificaciones técnicas de los demás equipos, se deberá definir su adquisición de acuerdo a las necesidades de atención a las cargas tanto para los equipos de traslación como para los equipos de almacenamiento, relacionados íntimamente con los Niveles de Servicio y Productividad exigidos. Asimismo, se deberá indicar los criterios para determinar que un Equipamiento sea considerado como nuevo "

- 62 Por otro lado, cabe mencionar que mediante Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, se recomendó que en la sección correspondiente a la Etapa 1 del Apéndice 1 del Anexo 9 se agregue un párrafo que indique que el Concesionario deberá obtener la aprobación del Expediente Técnico correspondiente al primer dragado y ejecutar la referida Obra dentro de un plazo de 12 meses contados desde la Toma de Posesión. Al respecto, en la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión, se ha agregado el siguiente párrafo que recoge la recomendación del Regulador:

"En un plazo máximo de doce (12) meses contados desde la Toma de Posesión el TPMS deberá contar con la profundidad antes señalada. Dicho plazo comprende la ejecución de todas las actividades que resulten necesarias, entre ellas la elaboración y aprobación del Expediente de Dragado inicial correspondiente. La Explotación de este Componente Funcional deberá realizarse luego de suscrita la correspondiente Acto de Recepción de Obra".

- 63 Asimismo, mediante Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, se recomendó corregir el texto "culminación de las obras" por "culminación de la Obra"; así como eliminar el último párrafo de la Cláusula 6.20 debido a que la presentación del Calendario de Ejecución de Obra actualizado ya está indicada el literal b) de la misma cláusula. Al respecto, en la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión, se han recogido ambas recomendaciones del Regulador.

d. Aprobación de la Obra

- La aceptación de la Obra sin observaciones cuando no existan defectos en la Obra
- La aceptación de la Obra con observaciones cuando existan defectos en la Obra que no afecten la normal prestación de los servicios.

De aceptar la APN la Obra con observaciones, concederá la autorización para el inicio de su Explotación. En este caso, el CONCESIONARIO tendrá treinta (30) Días Calendario prorrrogables hasta por treinta (30) Días Calendario adicionales, para efectuar la subsanación de las observaciones, salvo que la APN acuerde otorgar plazos adicionales por causas debidamente justificadas por el CONCESIONARIO."

[El subrayado es nuestro.]

68. Por otro lado, en relación con la Cláusula 6.25, en la Primera Versión Final del Contrato de Concesión se señalaba que la APN era quien autorizaba la utilización de la Obra materia del Expediente Técnico aprobado para un periodo de prueba. No obstante, en la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión dicha disposición se ha modificado, a fin de que sea OSITRAN quien brinde dicha autorización. Dado que la APN es la autoridad sectorial competente, se propone la siguiente redacción para la referida cláusula:

"6.25. El CONCESIONARIO podrá solicitar a la APN, con opinión previa del REGULADOR, la autorización de utilizar la Obra materia del Expediente Técnico aprobado para un periodo de prueba antes de la recepción de dicha Obra, sin que ello implique la Explotación de tal Obra, debiendo igualmente contar con los pólizas de seguro debidamente contratadas. En este supuesto la decisión de la APN sobre la solicitud es inimpugnable.

[...]"

e. Inversiones Complementarias

69. Con relación a la Cláusula 6.34 referida a las inversiones Complementarias, en el Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN se recomendó establecer un umbral mínimo de 25% destinado a la inversión para la atención a la carga en contenedores, en vez de establecer un porcentaje exacto de 25%, considerando que el monto de inversión podría sufrir modificaciones producto de cambios en los precios, costos, entre otros. Al respecto, en la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión, se ha agregado el siguiente párrafo que recoge la recomendación del Regulador:

"6.34. Conforme a lo señalado en el Concurso, el CONCESIONARIO deberá dedicar exclusivamente un mínimo del veinticinco por ciento (25%) del monto ofrecido por Inversiones Complementarias a inversiones relacionadas a la atención de carga contenedorizada."

f. Inversiones en Función a la Demanda

70. La Segunda Versión Final del Contrato de Concesión incluye en su Cláusula 1.19.72 la siguiente definición de Inversiones en Función a la Demanda:

"1.19.72. Inversiones en Función a la Demanda

Son aquellas inversiones portuarias correspondientes a las Etapas 3, 4, 5 y la Nueva Dársena, cuya ejecución será obligatoria al configurarse los patillos estipulados para cada una de ellas establecidos en el Apéndice 2 del Anexo 9 del Contrato de Concesión."



71. Dicha definición se condice con la Declaratoria de Interés⁷ publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 04 de agosto de 2017, en la que se señala claramente que dichas etapas se ejecutarán en tanto se gatille la demanda que sustenta las respectivas inversiones.
72. De manera complementaria, en el Apéndice 2 del Anexo 9 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión se desarrolla con mayor detalle el alcance de tales inversiones, así como algunas consideraciones generales para su ejecución. A diferencia de lo previsto en la Primera Versión Final del Contrato de Concesión, en esta nueva versión se han previsto consideraciones adicionales respecto del desarrollo de Inversiones en Función a la Demanda sin que se haya configurado el gatillo correspondiente, tal como se aprecia a continuación:

"ANEXO 9

Apéndice 2: INVERSIONES EN FUNCIÓN A LA DEMANDA

I- CONSIDERACIONES GENERALES

(...)

Sin perjuicio de lo anterior el CONCESIONARIO, siguiendo el mismo procedimiento y cumpliendo con los mismos requisitos, a que se refiere la Cláusula 6.32 del presente Contrato, podrá proponer la ejecución de una o parte de alguna Etapa de las Inversiones en Función a la Demanda sin que se haya configurado los gatillos establecidos. En este caso el desarrollo de dichas Inversiones será de manera independiente y no podrá vincular ni condicionar la ejecución de las Inversiones Obligatorias o aquellas que se hayan gatillado. Serán de aplicación a los adelantos de Inversiones en Función a la Demanda las disposiciones contractuales que regulan las Inversiones Discrecionales. En caso de Caducidad, el tratamiento de estos adelantos será similar al de Inversiones Discrecionales, salvo que el gatillo de la Etapa se haya configurado, en cuyo caso será aplicable el régimen de Caducidad de las Inversiones en Función a la Demanda."

73. La Cláusula 6.32 a la que se hace referencia en el párrafo antes citado corresponde a la ejecución de Inversiones Discrecionales. En tal sentido, es importante tener en consideración cuál es la definición y el tratamiento de dichas Inversiones según se encuentra establecido – entre otras- en las Cláusulas 1.19.71, 6.32 y 6.33 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión:

"1.19.71 Inversiones Discrecionales

Son las inversiones que el CONCESIONARIO realizará a su cuenta y riesgo, de estimarla conveniente, dentro del Área de Concesión, y en el transcurso del plazo de la Concesión y que no se encuentran contempladas dentro de las Inversiones Obligatorias, Inversiones en Función a la Demanda o Inversiones Complementarias, con la finalidad de prestar Servicios a los Usuarios, o cualquier otra actividad conexa, bajo los términos y condiciones establecidos en la Cláusula 6.32 del Contrato."

"INVERSIONES DISCRECIONALES

⁷ Declaratoria de Interés aprobada por el Comité de ProInversión en Proyectos de Infraestructura Vial, Infraestructura Ferroviaria e Infraestructura Aeroportuaria – PRO INTEGRACIÓN, mediante Acuerdo Comité Pro Integración N° 617-1-2017-IPA Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry de fecha 25 de julio de 2017, el Directorio de la Autoridad Portuaria Nacional mediante Sesión N° 431 de fecha 03 de julio de 2017, el Director Ejecutivo de PROINVERSION mediante Resolución del Director Ejecutivo N° 5-2017/DPP/AP.04, y por el Consejo Directivo de ProInversión en Sesión no presencial N° 12 de fecha 26 de julio de 2017.

- 6.32. La solicitud de ejecución de Inversiones Discrecionales deberá contar con la aprobación de la APN previa opinión técnica del REGULADOR. La APN tendrá un plazo de veinte (20) días contados de recibida la opinión del REGULADOR para emitir su pronunciamiento. Vencido dicho plazo, sin haber emitido el referido pronunciamiento, se entenderá que la solicitud se encuentra rechazada. Por su parte el REGULADOR contará con el mismo plazo para emitir su opinión ante la solicitud del CONCESIONARIO, debidamente sustentada. En caso la APN apruebe la ejecución de dichas inversiones, deberá incluir en dicha decisión la determinación acerca de si el resultado de las mismas podrá ser removido sin causar una afectación a los Bienes de la Concesión y/o afectar la prestación de los Servicios Estándar y/o Servicios Especiales regulados.

La solicitud del CONCESIONARIO deberá contener como mínimo los requerimientos técnicos, operativos, económicos, entre otros, que permitan a la APN y/o el REGULADOR pronunciarse. Una vez aprobada la solicitud, la elaboración y aprobación del Expediente Técnico de las mismas seguirá el mismo procedimiento que el descrito en la presente Sección del Contrato.

Los costos del diseño, ejecución, mantenimiento y operación de las Inversiones Discrecionales, así como la supervisión de dichas actividades por parte de la APN y el REGULADOR, serán asumidos directamente por cuenta y riesgo del CONCESIONARIO. Los costos de la supervisión ascenderán como máximo al 7.5% (2.5% de supervisión de diseño y 5% supervisión de obra) del presupuesto de cada actividad contenida en el expediente técnico que se genere. En caso que los costos de supervisión de obra resulten menores al porcentaje establecido, el saldo será de libre disposición del CONCESIONARIO. De presentarse situaciones que obliguen al incremento del monto destinado para la supervisión ya sea de diseño o de ejecución de obra, el referido incremento deberá ser concordado con el CONCESIONARIO, no pudiendo excederse de 7.5% para supervisión de ejecución de obra, ni de 2% para supervisión de diseño.

El financiamiento de dichas inversiones podrá considerar el mecanismo de Endeudamiento Garantizado Permitido siempre que se cumpla cada una de las siguientes literales: i) se trate de bienes a ser implementados por el CONCESIONARIO, que no puedan ser removidos o cuya remoción pudiera causar una afectación a los Bienes de la Concesión y/o afectar la prestación de los Servicios Estándar y/o Servicios Especiales regulados, ii) tengan por finalidad la prestación de servicios portuarios y no se encuentren referidos a Inversiones Obligatorias o Inversiones Complementarias, iii) cuenten con el Expediente Técnico de la inversión en cuestión debidamente aprobado por la APN, iv) se haya acreditado previamente frente a PROINVERSIÓN el financiamiento para las Inversiones Obligatorias, Inversiones en Función a la Demanda (en caso se haya gozado alguna Etapa) y en caso corresponda de las Inversiones Complementarias, y v) que el financiamiento de las Inversiones Discrecionales cuente con la conformidad de PROINVERSIÓN y opinión previa del CONCEDENTE y del REGULADOR.

- 6.33. A la Caducidad de la Concesión, los bienes producto de estas inversiones, con excepción de aquellos que puedan ser removidos sin causar una afectación a los Bienes de la Concesión y/o afectar la prestación de los Servicios Estándar y/o Servicios Especiales regulados, dejarán de ser denominados Bienes del CONCESIONARIO o de terceros, para formar parte de los Bienes de la Concesión, debiendo ser revertidos a favor del CONCEDENTE sin reembolso alguno.

74. Con la finalidad de analizar las disposiciones anteriores, es conveniente considerar también lo establecido en la Declaratoria de Interés, tanto respecto a las Inversiones en Función a la Demanda, como a las Inversiones Discrecionales:

- "4. Monto Referencial y Descripción de las Inversiones
4.1. Inversión Referencial
(...)

Las etapas de inversión obligatoria, cuyo desarrollo depende de la demanda (Gatillos de Demanda), tienen un costo de US\$ 119'502,985.00 (Ciento Diecinueve Millones Quinientos Dos Mil Novecientos Ochenta y Cinco y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América), sin incluir el IGV. Estas Etapas son la 3, 4, 5 y Nueva dársena (...)

4.2.2 Inversiones obligatorias en función de la Demanda (Gatillos de Demanda)

Las inversiones obligatorias en función a la demanda son aquellas inversiones correspondientes a las Etapas 3, 4, 5 y Nueva dársena.

Estas inversiones serán exigibles siempre que se alcance, para cada una de las etapas un tráfico portuario determinado, verificados durante periodos de doce (12) meses consecutivos, dentro de las primeras veinte (20) años de la concesión.

(...)

4.2.3 Inversiones Discrecionales

Son las inversiones que el Concesionario realizará de estimarlo conveniente, dentro del área de Concesión y en el transcurso del plazo de la concesión y que no se encuentran contempladas dentro de las inversiones obligatorias, ni en las inversiones en función a la demanda con la finalidad de prestar servicios portuarios y/o no portuarios a los usuarios.

El diseño y ejecución de las Inversiones Discrecionales, así como su mantenimiento y operación serán desarrollados a cuenta y riesgo del Concesionario. Asimismo, el financiamiento de dichas inversiones será también de riesgo del Concesionario, siendo aplicable el mecanismo de endeudamiento garantizado permitida siempre que cuente con la aprobación del Concedente previa opinión de OSITRAN.

A la caducidad de la concesión, los bienes producto de estas inversiones con excepción de aquellos que puedan ser removidos sin causar daño a los bienes de la concesión deberán ser transferidos a favor del Estado sin reembolso alguno."

[El subrayado es nuestro.]

75. De los numerales antes citados de la Declaratoria de Interés se advierte lo siguiente:

(i) Que la Iniciativa Privada Autofinanciada denominada "Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry" ha sido diseñada y configurada para que existan, entre otras, Inversiones Obligatorias divididas en:

- Inversiones Obligatorias que no dependen de la demanda, y
- Inversiones Obligatorias en Función de la Demanda (Gatillos de Demanda), las cuales podrán ejecutarse una vez que se verifique la demanda prevista para cada Etapa.

(ii) Que las Inversiones Discrecionales son aquellas que realizará el Concesionario, de estimarlo conveniente, bajo su cuenta y riesgo. Asimismo, que las Inversiones Discrecionales no se encuentran contempladas —entre otros— dentro de las Inversiones Obligatorias en Función de la Demanda. Y que, en caso de producirse la caducidad de la Concesión, los bienes de las Inversiones Discrecionales deberán ser transferidos a favor del Estado sin contemplar reembolso, salvo aquellos que puedan ser removidos.

76. En línea con lo anterior, en la Cláusula 1.19.71 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión antes citada, se define a las Inversiones Discrecionales como aquellas que no se encuentran contempladas dentro de las Inversiones Obligatorias ni en las Inversiones en Función a la Demanda.

77. En ese sentido, de lo establecido tanto en la Declaratoria de Interés, como en las definiciones del Proyecto de Contrato de Concesión, se desprende que las Inversiones Obligatorias (ya sea

que dependan de la demanda o no] son completamente diferentes de las Inversiones Discrecionales, tanto así, que en la definición de estas últimas se excluyen expresamente a las Inversiones Obligatorias e Inversiones en Función de la Demanda.

78. Por lo tanto, la inclusión en el numeral 1 del Apéndice 2 del Anexo 9 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión, de una disposición que señala que el adelanto de Inversiones en Función a la Demanda deberá tener el tratamiento de una Inversión Discrecional no se condice con lo establecido en la Declaratoria de Interés, ni con lo contemplado en las definiciones de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión.
79. En efecto, las Inversiones Discrecionales son aquellas que el Concesionario realiza de estimarlo conveniente, a su cuenta y riesgo, durante el transcurso de la Concesión. En tal sentido, el diseño e implementación de las Inversiones Discrecionales responden a la visión particular del Concesionario respecto del terminal portuario y no necesariamente a la visión que tiene el Estado como parte de su política de desarrollo para el TPMS. Las Inversiones en Función a la Demanda, en cambio, son inversiones de ejecución obligatoria⁸ una vez alcanzado el gatillo de tráfico correspondiente durante dos períodos de 12 meses consecutivos dentro de los primeros 20 años de la concesión (ver Cuadro N° 1).

Cuadro N° 1

TPMS: Gatillos de tráfico para las Inversiones en Función a la Demanda

Etapas	Gatillo
Etapas 3	1,2 millones de toneladas de granel limpio (trigo, maíz y/u otros distintos a la soya)
Etapas 4	- 0,8 millones de toneladas de concentrado de mineral, o - 1,8 millones de toneladas de fertilizante y/o soya
Etapas 5	1,2 millones de toneladas de concentrado de mineral
Nueva Dársena	- 1,8 millones de toneladas de concentrado de mineral, o - 1,8 millones de toneladas de fertilizante y/o soya, o - 65% de ocupación promedio de los muelles ⁸¹

1/ Factor de ocupación alcanzado durante dos períodos de 12 meses consecutivos o alternos dentro de un período de cuatro años.

Fuente: Apéndice 2 del Anexo 9 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión

Elaboración: Gerencia de Regulación y Estudios Económicos de OSITRAM.

80. La ejecución de las Inversiones en Función a la Demanda es de carácter obligatorio justamente porque se trata de la infraestructura y equipamiento portuarios mínimos con que debe contar el terminal portuario para atender la demanda correspondiente, considerando los niveles de servicio y productividad exigidos en el Contrato de Concesión. En tal sentido, si el Concesionario invirtiera menos de lo exigido en cada una de las Etapas de Inversiones en Función a la Demanda, brindaría servicios portuarios de calidad sub óptima.
81. Por el contrario, si el Concesionario decidiera invertir más de lo exigido, terminaría contando con un nivel de infraestructura y/o equipamiento ineficiente, dada la cantidad de carga movizada a través del TPMS. En efecto, si el Concesionario fuese autorizado a ejecutar inversiones mayores a las que permiten satisfacer la demanda proyectada de servicios, estaríamos ante un proyecto sobredimensionado, en el cual se implementarían inversiones que no necesariamente se van a utilizar, generando además, un riesgo de obsolescencia

⁸¹ De hecho, en la Declaratoria de Interés de la IPA se les denominaba "Inversiones obligatorias en Función de la Demanda (Gatillos de Demanda)".

tecnológica y la depreciación de la infraestructura y equipos en cuestión. Esto a su vez contravendría el literal c) del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1224, que regula el Principio de Enfoque de resultados aplicable a las Asociaciones Público-Privadas, según el cual las entidades públicas en el desarrollo de sus funciones adoptan las acciones que permitan la ejecución oportuna de la inversión privada.

82. En este contexto, la Declaratoria de Interés ha establecido como condición previa que la demanda crezca por encima de lo previsto, para que el Concesionario, de manera obligatoria, deba realizar nuevas inversiones, de acuerdo con gatillos o umbrales de demanda, que perderían su razón de ser si se produce un adelanto sin mayor parámetro.
83. Por otro lado, tal como se señaló en el Informe N° 017-2017-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, dadas las estimaciones de demanda del modelo económico financiero que respalda el proyecto de modernización y desarrollo del TPMS, gran parte de las inversiones obligatorias en función a la demanda (Etapa 3, Etapa 5 y Nueva Dársena) no devendrían en obligatorias considerando los gatillos de demanda presentados en el Cuadro N° 1. No obstante, de acuerdo con el análisis del asesor de transacción de Proinversión⁹, ello no generaría afectación a los usuarios en tanto los gatillos de demanda definidos en el proyecto se encuentran por debajo del nivel de tráfico que produce saturación del muelle (ver Cuadro N° 2).

Cuadro N° 2

Niveles de tráfico que producen saturación de muelle con la configuración actual de muelle

Producto	Peso promedio 2017-2046	Nivel de tráfico que produce saturación	Gatillos de demanda
Grano (Maíz y trigo)	27,2%	1,6 millones de toneladas	1,2 millones de toneladas
Soya y fertilizantes	35,4%	2,0 millones de toneladas	1,8 millones de toneladas
Mineral	19,3%	1,4 millones de toneladas	0,8 millones de toneladas (Etapa 4) 1,2 millones de toneladas (Etapa 5)

Fuente: Proinversión

84. En tal sentido, en el documento titulado "Nota Técnica: Evaluación y propuesta de factor de competencia", remitido como sustento de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión, el asesor de transacción de Proinversión reitera que los gatillos de demanda presentados en el Cuadro N° 1 han sido dimensionados correctamente para obedecer las necesidades específicas de tráfico y niveles de servicio, por lo que no considera necesario adelantar los gatillos de las inversiones, tal como se cita a continuación:

"Adelanto de gatillo de inversiones a la demanda: el contrato ya recoge una serie de obras obligatorias sujetas a demanda. Durante la ejecución del proyecto técnico se asociaron las obras a unos disparadores relacionados con el movimiento de cargas, factor de ocupación de muelles, años desde el inicio de la concesión, etc.

No se considera que sea necesario adelantar los gatillos de las inversiones ya que estos ya han sido dimensionados correctamente para obedecer las necesidades específicas de tráfico y de niveles de servicio

⁹ Ver páginas 54 y 55 del documento "Informe N° 4: Declaratoria de Interés", remitido por Proinversión mediante Oficio N° 224-2017/PROINVERSION/OE, del 28 de junio de 2017, con ocasión de la solicitud de opinión de la Declaratoria de Interés de la IPA

En el caso específico de la Dársena esta prevista para ofrecer mayor capacidad de muelle para operar las cargas en crecimiento, sin determinar que tipología de cargas (minería, contenedores,...). Se considera muy adecuado que la Dársena se gatilleara como factor de ocupación de muelle. El valor de referencia de 65% es una medida que asegura capacidad de muelle suficiente."

85. A pesar de lo anterior, en el Apéndice 2 del Anexo 9 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión se ha considerado la posibilidad de que el Concesionario adelante parte o la totalidad de alguna de las Etapas de Inversiones en Función a la Demanda, de estimarlo conveniente. Dicha modificación desvirtúa el esquema de inversiones del proyecto de modernización y desarrollo del TPMS desarrollado en la Declaratoria de Interés si no se encuentra respaldada de un incremento en la demanda que enfrenta el terminal portuario, generando sobre inversión en el terminal portuario y perjudicando, en última instancia, a los usuarios del terminal.
86. Tal como se ha mencionado anteriormente, de acuerdo con los informes de sustento presentados por Proinversión en las distintas fases de evaluación en las que ha participado el Regulador, las Etapas de Inversiones en Función a la Demanda comprenden las obras de infraestructura y equipamiento portuarios que necesita el TPMS para atender la demanda de servicios portuarios asociada a cada uno de los gatillos, dados los niveles de servicio y productividad exigidos en el Contrato de Concesión. El adelanto de parte o la totalidad de dichas Etapas sin que se haya configurado el gatillo correspondiente implica que el Concesionario contaría con una capacidad instalada superior a la que se necesita para cumplir con los requerimientos de servicios portuarios de su zona de influencia. Lo anterior resulta particularmente preocupante para el Regulador, en la medida que serán los usuarios quienes terminarán financiando dicho adelanto de inversiones.
87. En efecto, en la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión se está considerando la aplicación del mecanismo de incentivos mediante la metodología de RPI-X para la revisión de las tarifas. Dicha metodología tiene como objetivo incentivar a las empresas a realizar inversiones y a ser eficientes a nivel de costos operativos durante el periodo regulatorio. De esa manera, las ganancias de eficiencia de la empresa se trasladan a los usuarios en el siguiente periodo regulatorio, vía menores tarifas.
88. En el Perú, los resultados de los procedimientos de revisión tarifaria muestran que, en muchos casos, el mencionado mecanismo ha funcionado. Debido a que las empresas que mostraron ganancias de eficiencias (atención de demanda considerando una combinación de factores de producción de menor costo) trasladaron dichas ganancias a los usuarios, los cuales se favorecieron con menores tarifas en la mayoría de casos. No obstante, una de las características del sector de infraestructura de transporte de uso público es que las inversiones realizadas no necesariamente presentan una respuesta rápida en la demanda, como en el caso de otros sectores (telecomunicaciones) en donde la demanda puede responder en menores periodos de tiempo y permitir a la empresa ser más eficiente.
89. En términos prácticos, adelantar Etapas de Inversión en Función a la Demanda sin que se haya configurado el gatillo correspondiente afectaría significativamente el poder de los incentivos que genera esta metodología de regulación, ya que la demanda por servicios portuarios no compensaría el incremento en costos en que incurriría el Concesionario y no se generarían eficiencias. En efecto, si la empresa no presenta ganancias de eficiencia que puedan ser transferidas a los usuarios en los siguientes años, esto se verá reflejado en un factor de productividad muy bajo y, por consiguiente, en mayores tarifas que deberán ser asumidas por los usuarios del TPMS. Con ello, la revisión tarifaria se convertiría en un ejercicio de reconocimiento de gastos, lo que es más consistente con una regulación por tasa

de retorno que con una regulación por incentivos. Esto a su vez puede generar conflictos sociales pues, como es de conocimiento público, los usuarios han venido manifestando su disconformidad con los incrementos tarifarios en concesiones del sector transporte.

90. En consecuencia, de conformidad con el análisis expuesto, no consideramos adecuado que se permita el adelanto de inversiones ni el tratamiento que se le da a éste en la Segunda Versión del Contrato de Concesión. Sin perjuicio de ello, consideramos que, en caso Proinversión decida mantener en el Contrato de Concesión la posibilidad de que el Concesionario adelante parte o la totalidad de alguna de las Etapas de Inversiones en Función a la Demanda, es necesario que en el propio Contrato de Concesión se acoten los escenarios bajo los cuales se llevará a cabo dicho adelanto.
91. En efecto, teniendo en consideración que los gatillos de demanda han sido considerados pertinentes por Proinversión dado el análisis técnico, económico, financiero y social contemplado en la Declaratoria de Interés de la Iniciativa Privada, un adelanto parcial o total de alguna de las Etapas de Inversiones en función a la Demanda debería proceder sólo cuando el Concesionario logre demostrar una excepción a dicho análisis. De esta manera, el Concesionario debería ser capaz de sustentar fehacientemente que el adelanto de inversiones responde a una probada necesidad de crecimiento en la infraestructura y/o equipamiento del TPMS ante un inminente crecimiento en la demanda por servicios portuarios en su zona de influencia, situación que no fue prevista en la Declaratoria de Interés (por ejemplo, a través de la suscripción de contratos *take or pay* que aseguran una demanda futura de servicios portuarios no previstos en el análisis de Proinversión).
92. Si dichas condiciones no son incorporadas en la Segunda Versión del Contrato de Concesión, se generarán los riesgos identificados y explicados en los párrafos precedentes, pudiéndose habilitar la ejecución de inversiones que no tengan su correlato en la demanda de servicios portuarios, y el respectivo impacto en los usuarios por el incremento de las tarifas. Por tanto, es conveniente que se establezca que el Concesionario sustente adecuadamente su solicitud de adelanto de inversiones con información que permita una adecuada evaluación tanto del Regulador como la de la APN.
93. Adicionalmente, es importante mencionar que dar tratamiento de Inversiones Discrecionales a un posible adelanto de inversiones en función a la Demanda sin que se haya configurado el gatillo de demanda, no solo desnaturaliza el concepto y definición de ambos tipos de inversiones en contra de lo dispuesto expresamente en el numeral 4.2.3 de la Declaratoria de Interés, sino que las consecuencias legales, técnicas y económicas de estas inversiones y su tratamiento en el Contrato de Concesión son distintos.
94. En tal sentido, en caso de que Proinversión decida mantener en el Contrato de Concesión la posibilidad de que el Concesionario adelante parte o la totalidad de alguna de las Etapas de Inversiones en Función a la Demanda, es necesario que tal adelanto de inversiones sea tratado como lo que es: una Inversión Obligatoria. Para ello, en el Contrato de Concesión se debería establecer un supuesto excepcional bajo el cual se habilite dicha ejecución adelantada en los términos explicados, previa presentación de la documentación necesaria que evidencie que dicho adelanto es una necesidad inminente para el desarrollo del terminal portuario y su zona de influencia, en línea con lo mencionado previamente.
95. En caso contrario, se generaría una serie de contingencias en la ejecución contractual. Ello debido a que se han identificado —entre otras— las siguientes inconsistencias entre distintas cláusulas de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión, derivadas de que al adelanto de inversiones se le trate como Inversiones Discrecionales:



- (i) De la lectura de las Cláusulas 5.8 y 1.19.22 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión se desprende que los Bienes resultantes de la ejecución de una Inversión Obligatoria en Función a la Demanda forman parte de los Bienes de la Concesión, cuya titularidad mantiene el Concedente. Sin embargo, si el adelanto de Inversiones en Función a la Demanda tiene el tratamiento de Inversión Discrecional, en un escenario de caducidad de la Concesión, el Concesionario podría mantener la propiedad de los Bienes que puedan ser removidos si dicha Etapa de Inversión en Función a la Demanda aún no ha sido gatillada (ello ocurriría, por ejemplo, con el equipamiento móvil).
- (ii) En la Cláusula 5.9 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión se establece que el Concesionario deberá acreditar la inscripción de los Bienes de la Concesión, incluyendo, entre otros, el adelanto de Inversiones en Función a la Demanda financiados mediante el Endeudamiento Garantizado Permitido, que se construyan o instalen, a nombre del Concedente. Con ello surge la interrogante respecto a qué ocurre con aquel adelanto de Inversiones en Función a la Demanda que no se financie mediante Endeudamiento Garantizado Permitido. Tal como se encuentra redactada dicha cláusula, podría inferirse que los bienes de la Concesión ejecutados como adelanto sin Endeudamiento Garantizado Permitido no deberían inscribirse a nombre del Concedente, sino a nombre del Concesionario. Ante ello, debemos advertir que dicha cláusula debe ser modificada, máxime tomando en consideración que existe una penalidad en caso el Concesionario no transfiera la titularidad de los bienes a nombre del Concedente.
- (iii) La Cláusula 6.2 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión ha previsto determinados plazos para que el Concesionario cuente con los Expedientes Técnicos debidamente aprobados por la APN para cada una de las Etapas de las Inversiones en Función a la Demanda.¹⁰ Sin embargo, en caso se optara por adelantar alguna de tales etapas y dicho adelanto recibiera el tratamiento correspondiente a Inversiones

¹⁰ "6.2 El Expediente Técnico de las Inversiones Obligatorias deberá ser presentado a la APN para su aprobación en un plazo no mayor a doce (12) meses contados a partir de la Fecha de Cierre.

El CONCESIONARIO deberá contar con el Expediente Técnico debidamente aprobado por la APN, en los siguientes plazos máximos:

(...)

- Dieciséis (16) Meses contados desde que el REGULADOR notifique al CONCESIONARIO de la configuración del gatillo correspondiente a la Etapa 3.
- Dieciséis (16) Meses contados desde que el REGULADOR notifique al CONCESIONARIO de la configuración de una de los gatillos correspondiente a la Etapa 4.
- Dieciséis (16) Meses contados desde que el REGULADOR notifique al CONCESIONARIO de la configuración del gatillo correspondiente a la Etapa 5.
- Veintidós (22) Meses contados desde que el REGULADOR notifique al CONCESIONARIO de la configuración de una de los gatillos correspondientes a la Etapa de la Nueva Dársena.

En caso que por causas imputables al CONCESIONARIO se genere un atraso mayor a seis (6) Meses para la obtención del Expediente Técnico aprobado de las Inversiones Obligatorias o de cada una de las Etapas de las Inversiones en Función a la Demanda, sin perjuicio de las penalidades generadas o que se generen, el CONCEDENTE podrá imputar la Caducidad de la Concesión por causa imputable al CONCESIONARIO, en ese caso el CONCEDENTE ejecutará la totalidad de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato.

[El subrayado es nuestro.]

Discrecionales, el Contrato de Concesión no prevé plazos para que el Concesionario cuente con la aprobación del Expediente Técnico de la etapa a adelantar. En consecuencia, el diseño de dichas inversiones adelantadas podría extenderse incluso por un período mayor al que fue previsto inicialmente en el Contrato de Concesión. Esto, a su vez, contradice la propia razón de ser de un adelanto de inversiones, en el entendido de que se requiere que ellas se ejecuten antes de alcanzar el gatillo de demanda previsto en la Declaratoria de Interés.

- (iv) Dado que no existen plazos para que el Concesionario cuente con los Expedientes Técnicos aprobados en caso de adelanto de Inversiones en Función a la Demanda, no sería factible que se active la caducidad de la Concesión si el Concesionario incurre en un retraso de seis meses (como si ocurre cuando no existe adelanto de Inversiones). Asimismo, tampoco sería posible aplicar penalidades por retraso en tener dichos expedientes aprobados.
- (v) Considerando los puntos anteriores, tal como se encuentra redactado el Contrato de Concesión, se generan incentivos para que, ante un inminente y próximo cumplimiento de los gatillos exigidos en el Contrato, el Concesionario decida adelantar las inversiones con el único fin de no tener plazos perentorios para contar con los Expedientes Técnicos aprobados, ni ser pasible de penalidades y/o caducidad, según corresponda. Además, se podría generar una dilación en la ejecución de las inversiones desvirtuando el objetivo del adelanto.
- (vi) En la misma línea, para las Inversiones Discrecionales -cuyo tratamiento es el que se otorgaría al adelanto de Inversiones en Función a la Demanda- no se ha considerado un plazo máximo específico para el inicio ni la culminación de la ejecución de obras. Por el contrario, al darle tratamiento de Inversiones Discrecionales al adelanto de inversiones, los plazos serían los que el Concesionario proponga en sus Expedientes Técnicos (sin parámetro contractual alguno) y los que la APN apruebe, de ser el caso. Para este supuesto tampoco se aplicarían penalidades por retraso en la culminación de la ejecución de las obras, ni se activaría la caducidad de la Concesión por dicho incumplimiento. A diferencia de ello, la ejecución de Etapas de Inversiones en Función a la Demanda si tiene plazos previstos en las Cláusulas 6.10, 6.17 y 6.18 del Contrato de Concesión¹¹, pudiéndose activar la aplicación de penalidades y/o la caducidad del Contrato.

¹¹ "6.10 El CONCESIONARIO deberá iniciar la ejecución de la Obra, en los siguientes plazos máximos:

- Para el inicio de la ejecución de las Inversiones **Obligatorias** (Etapas 1 y Etapa 2): treinta (30) Meses contados a partir de la Fecha de Cierre
- Para el inicio de la ejecución de la **Etapas 3**: Veintidós (22) Meses contados a partir del Día Calendario siguiente de la fecha en que el REGULADOR comunicó al CONCESIONARIO la configuración del gatillo de la Etapa 3
- Para el inicio de la ejecución de la **Etapas 4**: Veintidós (22) Meses contados a partir del Día Calendario siguiente de la fecha en que el REGULADOR comunicó al CONCESIONARIO la configuración de uno de los gatillos de la Etapa 4.
- Para el inicio de la ejecución de la **Etapas 5**: Veintidós (22) Meses contados a partir del Día Calendario siguiente de la fecha en que el REGULADOR comunicó al CONCESIONARIO la configuración del gatillo de la Etapa 5.

(vii) Por lo tanto, tal como se encuentra redactada la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión, nuevamente se generan incentivos para que, ante un inminente y próximo cumplimiento de los gatillos exigidos en el Contrato, el Concesionario decida adelantar las inversiones con el único fin de no tener plazos perentorios para iniciar la ejecución de las Inversiones.

(viii) Adicionalmente, la Cláusula 9.2.1.1 dispone que antes del inicio de la explotación de cada una de las Etapas de las Inversiones en Función a la Demanda, el Concesionario deberá incrementar la Garantía de Fiel Cumplimiento en un monto equivalente al 10%

- Para el inicio de la ejecución de la Nueva Dársena: Treinta (30) Meses contados a partir del Día Calendario siguiente de la fecha en que el REGULADOR comunicó al CONCESIONARIO la configuración de uno de los gatillos de la Nueva Dársena

En caso que por causas imputables al CONCESIONARIO se genere un atraso mayor a seis (6) Meses respecto a los plazos máximos establecidos para el inicio de las Inversiones Obligatorias o para cada Etapa, el CONCEDENTE, sin perjuicio de las penalidades generadas o que se generen, podrá invocar la Caducidad de la Concesión por causa imputable al CONCESIONARIO. En este último caso, el CONCEDENTE ejecutará la totalidad de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato."

(El subrayado y resaltado son nuestros.)

6.17 El CONCESIONARIO deberá haber culminado la ejecución de Obra y haber suscrito el Acta de Recepción de Obra que corresponda, en los siguientes plazos máximos:

- Sesenta (60) Meses contados a partir de la Fecha de Cierre para las Inversiones Obligatorias, y conforme al detalle establecido en el Apéndice 1 del Anexo 3.
- Para la ejecución de la Etapa 3: Treinta y seis (36) Meses contados a partir del Día Calendario siguiente de la fecha en que el REGULADOR comunicó al CONCESIONARIO la configuración del gatillo de la Etapa 3.
- Para la ejecución de la Etapa 4: Treinta y tres (33) Meses contados a partir del Día Calendario siguiente de la fecha en que el REGULADOR comunicó al CONCESIONARIO la configuración de uno de los gatillos de la Etapa 4.
- Para la ejecución de la Etapa 5: Treinta y uno (31) Meses contados a partir del Día Calendario siguiente de la fecha en que el REGULADOR comunicó al CONCESIONARIO la configuración del gatillo de la Etapa 5.
- Para la ejecución de la Nueva Dársena: Cuarenta y ocho (48) Meses contados a partir del Día Calendario siguiente de la fecha en que el REGULADOR comunicó al CONCESIONARIO la configuración de uno de los gatillos de la Nueva Dársena.

En caso que por causas imputables al CONCESIONARIO se genere un atraso mayor a seis (6) Meses para la suscripción del Acta de Recepción de Obra de las Inversiones Obligatorias o acta de cada una de las Etapas de las Inversiones en Función a la Demanda, el CONCEDENTE, sin perjuicio de las penalidades generadas o que se generen, podrá invocar la Caducidad de la Concesión por causa imputable al CONCESIONARIO procediéndose a la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato.

6.18 Cuando el Expediente Técnico del CONCESIONARIO contemple y/o esté referido a Inversiones Complementarias o Inversiones Discrecionales o adelanto de Inversiones en Función a la Demanda, el plazo de ejecución de dichas inversiones será establecido por el CONCESIONARIO y el inicio de su Explotación estará sujeto al procedimiento de aprobación de las Obra establecido en las Cláusulas 6.22 al 6.26."



del presupuesto de obras establecido en el Expediente Técnico de la etapa correspondiente. Sin embargo, dicha Garantía no es exigible para el adelanto de las inversiones, con lo cual pese a que se trata de las mismas Inversiones estas no se encuentran garantizadas a partir de su explotación, situación que solo beneficia al Concesionario pues se genera un ahorro al no tener que presentar dicho instrumento financiero.

- (ix) Por otro lado, si bien en la Cláusula 6.31 referida al Régimen Económico de las Inversiones¹² se indica que para el adelanto de inversiones, el Concesionario deberá haber acreditado ante el Concedente que cuenta con el financiamiento para ejecutarlo en un plazo máximo de seis meses desde aprobado el Expediente Técnico que corresponda, dicho plazo se relativiza debido a que el Concesionario no tiene establecido un plazo para tener aprobado el Expediente Técnico. Por consiguiente, se podría generar una dilación innecesaria para la ejecución de alguna de las Etapas de Inversiones en Función a la Demanda.

96. Por lo señalado en los párrafos precedentes, consideramos que el hecho que el Concesionario pueda adelantar parte o la totalidad de alguna de las Etapas de Inversiones en Función a la Demanda, de estimarlo conveniente y sin ningún parámetro que justifique tales inversiones, desvirtúa el esquema de Inversiones del proyecto de modernización y desarrollo del TPMS desarrollado en la Declaratoria de Interés, generando incentivos a la sobre inversión en el terminal portuario, lo cual perjudicaría, en última instancia, a los usuarios del terminal, quienes deberán asumir mayores tarifas ante la previsible ausencia de eficiencias asociadas al adelanto de inversiones. En tal sentido, en caso de que Proinversión considere conveniente mantener la posibilidad de adelanto de Inversiones, es necesario que se lleven a cabo las siguientes modificaciones en el Contrato de Concesión:

- Se acoten los escenarios bajo los cuales se llevará a cabo el adelanto de inversiones, exigiendo al Concesionario un sustento fehaciente de que tal adelanto responde a una situación que no fue prevista en la Declaratoria de Interés y que significa una necesidad de crecimiento en la infraestructura y/o equipamiento del TPMS ante un inminente crecimiento en la demanda por servicios portuarios en su zona de influencia.
- Se establezca un supuesto excepcional bajo el cual se habilite la ejecución adelantada de parte o la totalidad de alguna de las Etapas de Inversiones en Función a la Demanda.

¹² "6.31 El CONCESIONARIO deberá haber acreditado ante el CONCEDENTE en un plazo máximo de seis (6) Meses de aprobado el Expediente Técnico que corresponda, que cuenta con el financiamiento para ejecutarlo

(...)

A tal efecto, el CONCESIONARIO deberá presentar por escrito la solicitud de conformidad de cierre financiero a PROINVERSIÓN, acompañando toda la documentación que resulte relevante así como la requerida por las Leyes y Disposiciones Aplicables. El CONCESIONARIO deberá remitir copia de su solicitud al CONCEDENTE, para conocimiento.

(...)

En caso el CONCESIONARIO no acredite el cierre financiero al término del plazo indicado en la presente Cláusula, el CONCEDENTE, sin perjuicio de las penalidades que se hayan aplicado, podrá invocar la Caducidad de la Concesión por causa imputable al CONCESIONARIO, en ese caso el CONCEDENTE ejecutará la totalidad de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato.

Los plazos y condiciones establecidos en la presente cláusula serán de aplicación tanto para la acreditación de fondos para la ejecución de Inversiones Obligatorias como para cada una de las Etapas de las inversiones en Función a la Demanda o el adelanto de estas, Inversiones Complementarias así como de las Inversiones Discrecionales."

(El subrayado es nuestro.)

manteniendo su naturaleza de Inversión Obligatoria, con lo cual se reduzca la discrecionalidad en la evaluación que en su momento tendría que hacer la APN respecto de dicho adelanto.

97. Finalmente, en caso de que Proinversión decida mantener que el adelanto de parte o la totalidad de alguna de las Etapas de Inversiones en Función a la Demanda se lleve a cabo como una Inversión Discrecional, es necesario llevar a cabo una revisión integral de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión con el objetivo de homogeneizar la redacción, evitar contradicciones entre las cláusulas y prever plazos para la ejecución de los adelantos, todo ello a fin de evitar la dilación del proyecto y futuras contingencias durante la ejecución contractual que puedan generar costos al Estado y a los usuarios.

g. Régimen de Seguros

98. En la Cláusula 10.15 de la Primera Versión Final del Contrato de Concesión se establecía la obligación por parte del Concesionario de reportar la ocurrencia de un siniestro en un plazo máximo de un (01) día hábil de iniciado el siniestro. Al respecto, mediante Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAU-OSITRAN, se recomendó que la obligación del Concesionario de reportar la ocurrencia de un siniestro a la Compañía Aseguradora y Concedente sea realizada conforme a los plazos previstos en la respectiva póliza de seguros contratada o marco legal aplicable. Dicha recomendación ha sido implementada en la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión.

h. Aspectos financieros

99. En esta subsección se presentan los comentarios relacionados a los aspectos financieros de la Versión Final del Contrato de Concesión, los cuales están referidos a los Acreedores Permitidos, Régimen Económico de las Inversiones, Bienes del Concesionario, Inversiones Discrecionales, Régimen de Bienes, Valor del Intangible, Procedimiento General de Liquidación en caso de caducidad y la Autorización del Endeudamiento Garantizado Permitido.

i. Acreedores Permitidos

100. En el Informe N° 005-2018- GRE-GSF-GAU-OSITRAN, se mencionó que se considerada adecuada la definición de Acreedores Permitidos incorporada en la Primera Versión Final del Contrato. Sin perjuicio de ello, se recomendó incorporar un último párrafo, mediante el cual se estableciera que si en caso con posterioridad a la autorización del Endeudamiento Garantizado Permitido (en adelante, EGPI), un Acreedor Permitido cede su posición total o parcial a un tercero, dicho tercero deberá previamente presentar al Concedente la declaración contenida en el Anexo 11 o el Anexo 11-A (según corresponda) y ser calificado como Acreedor Permitido.

101. De la revisión efectuada a la Cláusula 1.19.1 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión se establece la siguiente definición de Acreedores Permitidos, se observa que se ha recogido la recomendación del Regulador. Asimismo, se observa que, adicionalmente, se ha precisado que la entidad que da conformidad a la acreditación de la condición de Acreedor Permitido es Proinversión, conforme a la normativa de APP vigente (Decreto Legislativo 1224 y su Reglamento)

1.19.1 Acreedores Permitidos

"El concepto de Acreedor(es) Permitido(s) es sólo aplicable para los supuestos de Endeudamiento Garantizado Permitido. El (los) Acreedor(es) Permitido(s) deberán contar con la conformidad de PROMVERSIÓN para acreditar tal condición, cumpliendo con presentar previamente el Anexo N° 11 del presente Contrato. Para tales efectos, el Acreedor Permitido será:

(...)

En caso que con posterioridad a la autorización de un Endeudamiento Garantizado Permitido, un Acreedor Permitido, desee ceder su posición a un tercero, ya sea de manera total o parcialmente en dicho Endeudamiento Garantizado Permitido, previamente dicho tercero deberá ser calificado como Acreedor Permitido por PROMVERSIÓN, debiéndose presentar la documentación sustentatoria así como la declaración contenida en el Anexo 11 del presente Contrato."

(El subrayado es nuestro)

ii. Régimen Económico de las Inversiones

102. Sobre el Régimen Económico de las Inversiones, la Cláusula 6.31 establece lo siguiente:

"6.31 El CONCESIONARIO deberá haber acreditado ante el CONCEDENTE en un plazo máximo de seis (6) Meses de aprobado el Expediente Técnico que corresponda, que cuenta con el financiamiento para ejecutarlo.

Para acreditar que el CONCESIONARIO cuenta con el financiamiento del monto consignado en el Expediente Técnico aprobado por la APN, éste deberá presentar la siguiente documentación:

- (i) copia legalizada notarialmente de los contratos de financiamiento, garantías, fideicomisos y en general cualquier texto contractual relevante, que el CONCESIONARIO haya acordado con el(los) Acreedor(es) Permitido(s); y/o
- (ii) copia legalizada notarialmente de los contratos de financiamiento, garantías, fideicomisos y en general cualquier texto contractual relevante acordado con Empresas Vinculadas o un tercero(s) que no sea(n) Acreedor(es) Permitido(s);
- (iii) testimonio de la escritura pública donde conste el aumento de capital social respectivo, debidamente pagado e inscrito en los Registros Públicos, en caso el CONCESIONARIO decida financiarse total o parcialmente con recursos propios.

Los contratos referidos en el Numeral (i) deberán contener expresamente una disposición referida a que en caso el financiamiento quede sin efecto o el CONCESIONARIO incurra en alguna causal que active su terminación o resolución, el Acreedor Permitido, comunicará inmediatamente dicha situación al CONCEDENTE y PROMVERSIÓN. Los contratos referidos en el ítem (ii) no podrán constituirse en Endeudamiento Garantizado Permitido

(...)

Los plazos y condiciones establecidos en la presente cláusula serán de aplicación tanto para la acreditación de fondos para la ejecución de Inversiones Obligatorias como para cada una de las Etapas de las Inversiones en Función a la Demanda o al adelanto de estas, Inversiones Complementarias así como de las Inversiones Discrecionales."

103. De acuerdo con lo recomendado por este Regulador en el Informe N° OCS-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, se ha eliminado la frase "otros acreedores" del literal i) y la frase "o el acreedor que corresponda" del sexto párrafo de la referida cláusula.

104. Asimismo, se observa que en el último párrafo se ha incorporado la disposición respecto a que, en caso se gestione el adelanto de Etapas de Inversiones en Función a la Demanda, también sea requerida la acreditación de fondos para su ejecución conforme a la regulación



de plazos y condiciones establecido en la presente Cláusula 6.31, lo cual resulta razonable en caso Proinversión decida mantener la posibilidad de ocho adelantos en el Contrato de Concesión

iii. Bienes del Concesionario

105. Sobre los Bienes del Concesionario, la cláusula 1.19.22 establece lo siguiente:

"1.19.22 Bienes del CONCESIONARIO

Son los Bienes de propiedad del CONCESIONARIO resultantes de las Inversiones Discrecionales o adelantos de inversiones en Función a la Demanda que no se gatillen, a excepción de aquellos que, no puedan ser removidos o cuya remoción pudiera causar una afectación a los Bienes de la Concesión y/o afectar la prestación de los Servicios Estándar y/o Servicios Especiales regulados y los servidumbres que se adquieran, durante la vigencia de la Concesión.

Asimismo, serán los bienes intangibles asociados directa y únicamente a la prestación de los Servicios Especiales no regulados y/o Servicios No Portuarios. Al término de la Concesión, los Bienes del CONCESIONARIO podrán ser adquiridos por el CONCEDENTE de acuerdo a lo dispuesto en las Cláusulas 5.16 a 5.27 del Contrato.

Los Bienes del CONCESIONARIO pueden ser afectados a finalidades distintas a las de la Concesión, con aprobación expresa de la APN."

106. En el Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, se recomendó eliminar del primer párrafo de la Cláusula 1.19.22 la frase "al objeto de la Concesión", así como la frase "y/o afectar la prestación de Servicio". Ello con la finalidad de evitar que se amplíen significativamente las excepciones a lo que constituyen Bienes del Concesionario y, por consiguiente, evitar que se amplíe la cantidad de bienes que serían considerados como Bienes de la Concesión.

107. Al respecto, se observa que dicha recomendación ha sido recogida parcialmente en la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión, dado que se implementó solamente la eliminación de la primera frase ("al objeto de la Concesión"). Adicionalmente, se ha acotado que la afectación a la prestación de servicios está referida a Servicio Estándar y/o Servicios Especiales regulados y se ha agregado como excepción adicional las servidumbres que se adquieran.

108. En tal sentido, si bien se han acotado las excepciones a lo que constituyen Bienes del Concesionario, las excepciones son mayores a aquellas establecidas en otros contratos de terminales portuarios ya adjudicados¹¹, pudiendo generarse mayores pasivos contingentes para el Estado ante un escenario de caducidad. Por tanto, se mantiene la recomendación del Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, referida a que corresponde que dicho riesgo sea evaluado por el Ministerio de Economía y Finanzas.

iv. Financiamiento de Inversiones Discrecionales

109. Con relación a la posibilidad de que las Inversiones Discrecionales sean financiadas mediante EGP, en el Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, se propuso ajustar la redacción del cuarto párrafo de la Cláusula 6.32, de manera que quede claramente establecido que deben

¹¹ Por ejemplo, ver la Cláusula 1.15.19 del Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao y ver la Cláusula 1.29.23 del Contrato de Concesión para el diseño, financiamiento, construcción, conservación y explotación del Terminal Portuario General San Martín - Pisco.

cumplirse todos y cada uno de los literales allí señalados. Ello con la finalidad de evitar la posibilidad de múltiples interpretaciones a las condiciones requeridas para acceder al EGP como mecanismo de financiamiento de las inversiones Discrecionales. Además, se recomendó retirar la frase al "objeto de la Concesión" y la frase "y/o afectar la prestación de los Servicios" del primer y cuarto párrafo de la referida cláusula.

110. De la revisión efectuada a la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión, se verifica que se ha atendido parcialmente lo observado por el Regulador, dado que se ha incorporado la precisión que deben cumplirse todos y cada uno de los literales para que las Inversiones Discrecionales sean financiables bajo el mecanismo de EGP y se ha retirado la frase "al objeto de la concesión". Sin embargo, se ha mantenido la frase "y/o afectar la prestación de los Servicios", incluyendo la precisión de que la referencia es únicamente a los Servicios Estándar y/o Servicios Especiales regulados. Se observa también que similar acotación se ha realizado en la Cláusula 6.33:

6.33 En solicitud de ejecución de Inversiones Discrecionales deberá contar con la aprobación de la APN previa opinión técnica del REGULADOR. La APN tendrá un plazo de veinte (20) Días contados de recibida la opinión del REGULADOR para emitir su pronunciamiento. Vencido dicho plazo, sin haber emitido el referido pronunciamiento, se entenderá que la solicitud se encuentra rechazada. Por su parte el REGULADOR contará con el mismo plazo para emitir su opinión ante la solicitud del CONCESIONARIO, debidamente sustentada. En caso la APN apruebe la ejecución de dichas inversiones, deberá incluir en dicha decisión la determinación acerca de si el resultado de las mismas podrá ser renovado sin causar una afectación a los Bienes de la Concesión y/o afectar la prestación de los Servicios Estándar y/o Servicios Especiales regulados.

(...)

El financiamiento de dichas inversiones podrá considerar el mecanismo de Endeudamiento Garantizado Permitido siempre que se cumpla cada uno de los siguientes literales: i) se trate de bienes a ser implementados por el CONCESIONARIO, que no puedan ser removidos o cuya remoción pudiera causar una afectación a los Bienes de la Concesión y/o afectar la prestación de los Servicios Estándar y/o Servicios Especiales regulados, ii) tengan por finalidad la prestación de servicios portuarios y no se encuentren referidos a Inversiones Obligatorias o Inversiones Complementarias, iii) cuenten con el Expediente Técnico de la Inversión en cuestión debidamente aprobado por la APN, iv) se haya acreditado previamente frente a PROINVERSIÓN el financiamiento para las Inversiones Obligatorias, Inversiones en Función a la demanda (en caso se haya iniciado alguna Etapa); y en caso correspondiente de las Inversiones Complementarias, y v) que el financiamiento de las Inversiones Discrecionales cuente con la conformidad de PROINVERSIÓN y opinión previa del CONCEDENTE y del REGULADOR.

- 6.33 A la Caducidad de la Concesión, los bienes producto de estas inversiones, con excepción de aquellos que puedan ser removidos sin causar una afectación a los Bienes de la Concesión y/o afectar la prestación de los Servicios Estándar y/o Servicios Especiales regulados, dejarán de ser denominados Bienes del CONCESIONARIO o de terceros, para formar parte de los Bienes de la Concesión, debiendo ser revertidos a favor del CONCEDENTE sin reembolso alguno.

[El subrayado es nuestro.]

111. Cabe mencionar que, a efectos de que no se mantenga una ambigüedad respecto a que el Estado autorice un EGP con garantías respaldadas únicamente por el Estado Peruano para obras que constituyen Inversiones Discrecionales y, por tanto, de riesgo del Concesionario, en la Cláusula 9.3 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión se ha incorporado la disposición respecto a que el Concesionario otorgue garantías propias adicionales, en caso



no sean suficientes aquellas autorizadas por el Estado que se encuentran respaldadas por el Valor del Intangible en caso de caducidad anticipada.¹⁴

112. Dicha previsión constituye un mecanismo que acota la posibilidad de generar pasivos contingentes al Estado. Sin perjuicio de ello, en línea con el análisis previo y considerando el potencial impacto de la actual redacción de las Cláusulas 6.32 y 6.33 en los pasivos contingentes del Estado, se recomienda su evaluación por parte del Ministerio de Economía y Finanzas.

v Régimen de Bienes

113. Con relación al Régimen de Bienes, en la Cláusula 5.8 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión se establece lo siguiente:

"5.8 Adquirirán la condición de Bienes de la Concesión:

- (i) Los Bienes del CONCEDENTE, incluyendo el Área de la Concesión, entre otros,*
- (ii) la O&P, los inmuebles construidos y los bienes muebles adquiridos como parte de Inversiones Obligatorias o de las Inversiones en Función a la Demanda o Inversiones Complementarias;*
- (iii) los bienes implementados por el CONCESIONARIO, mediante Inversiones Discrecionales o adelanto de Inversiones en Función a la Demanda, que no puedan ser removidos o cuya remoción pudiera causar una afectación a los Bienes de la Concesión y/o afectar la prestación de los Servicios Estándar y/o Servicios Especiales regulados, y las servidumbres que se adquirieron, durante la vigencia de la Concesión, así como;*
- (iv) los derechos que bajo cualquier título faculden y/o autoricen el uso o explotación de otros bienes o tecnologías. Se consideran incluidos dentro de los Bienes de la Concesión todos los derechos sobre los sistemas operativos, software, know-how y sus respectivas licencias y permisos utilizados por el CONCESIONARIO en la explotación de los Bienes de la Concesión.*

(...)"

114. Al respecto, en el Informe N° 005-2018- GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, se observó que la redacción considerada para el literal (iii) podría generar un incremento de los pasivos contingentes, dada la amplitud de la definición considerada, en ese sentido el Regulador sugirió eliminar la frase "al objeto de la Concesión" y la frase "y/o afectar la prestación de los Servicios, durante la vigencia de la Concesión". Se observa que en la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión se ha atendido parcialmente dicha recomendación, en tanto se excluyó la frase "al objeto de la Concesión" y se mantuvo "y/o afectar la prestación de los Servicios durante la vigencia de la Concesión". Adicionalmente, se especificó que los bienes implementados por el Concesionario a los que se hace referencia en dicho literal son aquellos que corresponden a Inversiones Discrecionales o adelanto de Inversiones en Función a la Demanda,

¹⁴ "9.3 (...)

El CONCESIONARIO acepta y reconoce que cualquiera de tales garantías no lo relevará de sus obligaciones en cumplimiento de lo establecido en el presente Contrato, ni de su obligación de complementar las garantías frente a los Acreedores Permitidos en caso que las permitidas, respaldadas por el CONCEDENTE mediante la determinación del Valor del Intangible en caso de Caducidad anticipada, resulten insuficientes.

(...)"

115. Dado que con la nueva redacción de la Cláusula 5.8 se mantiene el riesgo de aumentar los pasivos contingentes del Estado, se reitera la recomendación de que el Ministerio de Economía y Finanzas evalúe dicha redacción.

vi. Garantías a Favor de los Acreedores Permitidos

116. En la Cláusula 9.3 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión se ha agregado un párrafo final en el que se establece que el Concesionario puede solicitar la aplicación del mecanismo de EGP para las Inversiones Discrecionales o el adelanto de Inversiones en Función a la Demanda. Asimismo, se ha agregado una acotación respecto a la obligación del Concesionario de complementar las garantías frente a los Acreedores Permitidos en caso resulten insuficiente las garantías respaldadas por el Concedente:

9.3 Con el propósito de obtener financiamiento para cumplir con la ejecución de las Inversiones Obligatorias, las Inversiones en Función a la Demanda la prestación del Servicio en los términos exigidos bajo el Contrato, el CONCESIONARIO podrá, previa conformidad de PROINVERSIÓN, con opinión técnica del REGULADOR y del CONCEDENTE, y siempre que las Leyes y Disposiciones Aplicables lo permitan y siguiendo el procedimiento que las mismas establezcan, otorgar garantías a favor de los Acreedores Permitidos para garantizar el Endeudamiento Garantizado Permitido, sobre la siguiente:

- i. *El derecho de Concesión, conforme a lo previsto en el Decreto Legislativo 1224 y su Reglamento*
- ii. *Los ingresos de libre disponibilidad del CONCESIONARIO conforme al Contrato de Concesión, luego de deducido cualquier tributo o importe comprometido para entidades estatales.*
- iii. *Las acciones o participaciones del CONCESIONARIO.*

El CONCESIONARIO acepta y reconoce que cualquiera de tales garantías no lo relevará de sus obligaciones en cumplimiento de lo establecido en el presente Contrato, ni de su obligación de complementar las garantías frente a los Acreedores Permitidos en caso que las permitidas, respaldadas por el CONCEDENTE mediante la determinación del Valor del Intangible en caso de Caducidad anticipada, resulten insuficientes.

(...)

El CONCESIONARIO podrá solicitar que el mecanismo de Endeudamiento Garantizado Permitido resulte aplicable para las Inversiones Discrecionales o al adelanto de Inversiones en Función a la Demanda observando para ello el procedimiento establecido en la Cláusula 6.32 del presente Contrato."

[El subrayado es nuestro]

117. La sección agregada guarda concordancia con lo previsto en el Apéndice 2 del Anexo 9 en lo referido a que las Etapas de Inversiones en Función de la Demanda tendrán el mismo tratamiento que las Inversiones Discrecionales y no serán reconocidas por el Estado en caso de caducidad (en tanto no se haya activado el gatillo de demanda correspondiente)

118. De acuerdo con el análisis presentado en la subsección f) de la presente sección, existen riesgos asociados al adelanto de las Etapas de Inversiones en Función a la Demanda y su tratamiento como Inversión Discrecional. Sin embargo, en el supuesto de que Proinversión opte por mantener dicha figura, consideramos que el mecanismo incorporado en la Cláusula 9.3 acota la generación de pasivos contingentes para el Estado y equilibra la asunción del riesgo de financiamiento y de generación de ingresos adicionales por el adelanto de inversiones.

119. En efecto, el adelanto de Etapas de Inversiones en Función de la Demanda y las Inversiones Discrecionales, al no estar cubiertos por la determinación del Valor del Intangible en caso de

caducidad, tampoco estarían cubiertos por las garantías respaldadas por el Estado. En tal sentido, en caso se permita que dichas inversiones accedan al EGP, será necesario que el Concesionario aporte garantías propias o de sus accionistas, a efectos de que los Acreedores Permitidos perciban que el financiamiento otorgado se encuentra completamente respaldado.

vii. Autorización de Endeudamiento Garantizado Permitido

120. El procedimiento para la autorización del EGP se encuentra descrito en la Cláusula 9.3.1 de la Versión Final del Contrato de Concesión:

9.3.1. AUTORIZACIÓN DE ENDEUDAMIENTO GARANTIZADO PERMITIDO

Los términos financieros principales del Endeudamiento Garantizado Permitido, incluyendo los montos del principal, tasa o tasas de interés, disposiciones sobre amortización, gastos de emisión, comisiones, penalidades por pago anticipado, seguros, impuestos, garantías, entre otros, requerirán la conformidad de PROINVERSIÓN, previa opinión técnica del REGULADOR.

EL CONCESIONARIO acepta y reconoce que cualquiera de tales garantías no lo releva de sus obligaciones contractuales.

La opinión del REGULADOR y del CONCEDENTE consistirá en evaluar que los términos financieros principales del Endeudamiento Garantizado Permitido no contravengan lo establecido en el Contrato de Concesión, conforme a lo establecido en la Ley N°26917 y su respectivo Reglamento, así como el TFO del Decreto Legislativo N°1224 y su Reglamento.

Por su parte, PROINVERSIÓN sólo podrá negar la solicitud de autorización del Endeudamiento Garantizado Permitido basándose en el perjuicio económico que dichas términos podrían ocasionarle al CONCEDENTE y/o en caso se contravenga lo establecido en el presente Contrato de Concesión.

El CONCESIONARIO deberá presentar por escrito la solicitud de conformidad simultáneamente a PROINVERSIÓN, al REGULADOR y al CONCEDENTE, acompañando la información vinculada al Endeudamiento Garantizado Permitido, tales como copia de los proyectos de contrato y demás documentos relacionados con la operación, una declaración del posible Acreedor Permitido que contenga los requisitos contenidos en el Anexo 11, así como la información indicada en el primer párrafo de la presente Cláusula.

El REGULADOR contará con veinte (20) días contados desde el día siguiente de la fecha de recepción de la solicitud del CONCESIONARIO para emitir su opinión técnica. Contando con la opinión técnica del REGULADOR o vencido el plazo para emitirla, el CONCEDENTE tendrá un plazo de diez (10) días para emitir su opinión.

PROINVERSIÓN deberá emitir su pronunciamiento en un plazo máximo de veinte (20) días contados desde el día siguiente de la fecha de la emisión de la opinión del CONCEDENTE, o de vencido el plazo que este último la emita.

Para los efectos de la evaluación, el REGULADOR podrá solicitar información adicional, dentro de los quince (15) días calendario de recibida la solicitud presentado por el CONCESIONARIO. Una vez presentada la información solicitada, de manera completa y sin deficiencias, por parte del CONCESIONARIO, el REGULADOR contará con un plazo máximo de veinte (20) días contados a partir del día siguiente de la recepción de la información, para la emisión de su opinión técnica. Dicha información deberá ser remitida simultáneamente a PROINVERSIÓN y al CONCEDENTE.

Asimismo, el CONCEDENTE podrá solicitar información adicional, dentro de los cinco (5) días calendario de recibida la opinión técnica del REGULADOR. Una vez presentada la



información solicitada, de manera completa y sin deficiencias, por parte del CONCESIONARIO, el CONCEDENTE, contará con un plazo máximo de diez (10) días contados a partir del día siguiente de la recepción de la información, para la emisión de su opinión técnica. Dicha información deberá ser remitida simultáneamente a PROINVERSIÓN.

Por su parte, PROINVERSIÓN podrá solicitar al CONCESIONARIO, información adicional dentro de los quince (15) días calendario de recibida la opinión técnica del REGULADOR o del CONCEDENTE, la que ocurra último. En tal caso, una vez presentada la información solicitada por PROINVERSIÓN, de manera completa y sin deficiencias, por parte del CONCESIONARIO, PROINVERSIÓN contará con un plazo máximo de veinte (20) días contados a partir del día siguiente de la recepción de la información, para su pronunciamiento.

En caso venciera el plazo mencionado en los párrafos anteriores sin que PROINVERSIÓN se pronuncie, se entenderá que el Endeudamiento Garantizado Permitido tiene conformidad.

Cualquier modificación que el CONCESIONARIO estime necesario realizar a los términos financieros principales del Endeudamiento Garantizado Permitido contratado, deberá contar con la conformidad previa de PROINVERSIÓN, de acuerdo con el procedimiento establecido en la presente Cláusula. A tal efecto, PROINVERSIÓN previamente al inicio del procedimiento establecido en la presente Cláusula determinará si corresponde pronunciarse sobre la modificación propuesta.”

121. Al respecto, en el Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN se recomendó que en lo relativo a la participación del Concedente, se tome en cuenta las disposiciones establecidas en el artículo 64-A del Reglamento de Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y proyectos en activos, el cual establece que el Concedente debe opinar cuando el EGP tiene vinculación con el factor de competencia.
122. En la presente versión del Contrato de Concesión se identifica que se ha mantenido la actuación del Concedente para emitir opinión respecto al EGP siendo su actuación posterior a la emisión de opinión por parte de OSITRAN. Al respecto, toda vez que estas modificaciones se encuentran relacionadas con la participación del Concedente y que el texto remitido proviene de la interacción entre Proinversión y el MTC, corresponde que este último se pronuncie sobre el contenido final de la cláusula.
123. Sin perjuicio de ello, es oportuno indicar que en el último párrafo de la cláusula bajo análisis se ha incorporado el calificativo de “principales” a los términos financieros que necesitan la conformidad de Proinversión antes de su modificación. Asimismo, se ha agregado que Proinversión tiene la facultad de decidir si se pronuncia o no respecto a una modificación posterior en el EGP.
124. Al respecto, se recomienda retirar la calificación de principales a los términos financieros materia de modificación, toda vez que con dicha redacción quedaría a criterio del Concesionario determinar los casos en los que las modificaciones a sus contratos de financiamiento deben pasar por revisión previa del Estado. En esa línea, la última oración del referido párrafo también debe ser retirada. Con las modificaciones propuestas, las tres entidades involucradas (el Regulador, el Concedente y Proinversión) realizarán la evaluación correspondiente cuando el Concesionario presente una solicitud de aprobación de modificación del EGP, sin necesidad de determinar previamente si se está ante la modificación de un término principal o no.
125. En ese sentido, se propone el siguiente texto para el último párrafo, el cual es similar al previsto en el Contrato de Concesión de la Hidrovía Amazónica y del Terminal Portuario General San Martín:

"Cualquier modificación que el CONCESIONARIO estime necesaria realizar a los términos financieros del Endeudamiento Garantizado Permitido contratado, deberá contar con la conformidad previa de PROINVERSIÓN, de acuerdo con el procedimiento establecido en la presente Cláusula."

[El subrayado es nuestro.]

vii. Valor del Intangible

126. En la Segunda Versión del Contrato de Concesión se han efectuado diversas modificaciones y precisiones a la Sección 14.3 relacionada con el Valor del Intangible en caso de caducidad, entre las cuales se destacan las siguientes modificaciones a la Cláusula 14.3 1.2

- En el literal a) se ha complementado el esquema de determinación del Valor de Intangible de las Etapas de Inversión que no hayan entrado en Explotación precisando que corresponde al valor de lo ejecutado conforme a lo establecido en los Expedientes Técnicos aprobados menos sus correspondientes amortizaciones acumuladas. Dado que el esquema de caducidad tiene la premisa de reconocimiento de inversiones netas de amortización, se considera razonable la precisión efectuada por PROINVERSIÓN
- En el segundo párrafo del literal b), se acogió la recomendación formulada en el Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN respecto a la existencia de una contradicción entre el primer párrafo del literal b) del numeral 14.3 1.2 y el procedimiento de determinación del Valor del Intangible en función del menor valor que resulte de la aplicación de tres formas de cálculo diferentes (contenidos en los acápites i a iii del literal b) del referido numeral).
- Con relación a las precisiones incorporadas por PROINVERSIÓN en el numeral iii) del literal b) se considera que las mismas son razonables porque constituyen precisiones de forma que mejoran la redacción y aplicación de la fórmula para el cálculo del Valor del Intangible de la Etapa correspondiente en función de la Inversión Referencial establecida en el Contrato de Concesión.¹⁵
- Se ha incorporado un acápite iii) en el literal c), recogiendo lo solicitado en el Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN. Con ello, el procedimiento de determinación del Valor del Intangible para las inversiones que correspondan a partidas de las Etapas que hayan obtenido autorización de uso por parte de la APN antes de la recepción de Obras es similar

¹⁵ "iii) El valor inversión de la etapa correspondiente (IRTC) estimado según la siguiente expresión.

$$IRTC_i = [IR_r \times (1.00165158)^{n_i}]$$

Donde:

- IR_r: El monto de Inversión Referencial, en valores constantes, por cada Etapa de la Etapa correspondiente, de acuerdo a la Cláusula 1.19.73
- n_i: Es el número de meses completos contados desde el 31 de diciembre de 2018 y la fecha en que se inicia la ejecución de la Etapa correspondiente.

Al monto de IRTC, estimado se le sumarán Además los gastos de estructuración del cierre financiero, intereses generados en el Periodo Pre Operativo de la Etapa en análisis registrados en el balance general del CONCESIONARIO, debidamente auditado y aprobados por el REGULADOR y el CONCEDENTE, correspondiente al Día Calendario posterior a la fecha en que se produce el evento que origina la Caducidad menos sus correspondientes amortizaciones lineales acumuladas."

al procedimiento que se aplica a las Inversiones que aún no han entrado en Explotación y a las Inversiones en Explotación.

127. Es oportuno recalcar que el procedimiento de determinación del Valor del Intangible sólo es aplicable a Inversiones Obligatorias e Inversiones en Función de la Demanda cuyo gatillo se haya alcanzado. En efecto, en la Cláusula 14.3.7 se establece que las Inversiones Discrecionales no serán consideradas como parte del procedimiento general de liquidación por Caducidad (excepto en los eventos de caducidad como consecuencia del incumplimiento o decisión unilateral del Concedente, caso en el cual se reconocerán las Inversiones Discrecionales que adquieran la condición de Bienes de la Concesión, para lo cual se seguirá el procedimiento a que se refiere en las cláusulas 14.3.2 a la 14.3.6, en lo que fuera aplicable). De manera similar, en la Cláusula 14.3.8 se establece que las Inversiones Complementarias no serán consideradas como parte del procedimiento general de liquidación por Caducidad (excepto en los eventos de caducidad como consecuencia del incumplimiento o decisión unilateral del Concedente, caso en el cual se reconocerán las Inversiones Complementarias efectivamente ejecutadas y acreditadas por el Regulador). Finalmente, de acuerdo con lo establecido en el Apéndice 2 del Anexo 9, en caso de caducidad, el tratamiento del adelanto de Inversiones en Función de la Demanda es similar al de las Inversiones Discrecionales.
128. No obstante, en el segundo párrafo de la Cláusula 14.3.1 se establece que el cálculo del Valor del Intangible se realiza para los Bienes de la Concesión, los cuales, de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 5.8, incluyen aquellos bienes implementados por el Concesionario mediante Inversiones Discrecionales o adelanto de Inversiones en Función a la Demanda, que no puedan ser removibles o cuya remoción afecte la prestación de los Servicios Estándar y/o Servicios Especiales regulados, y las servidumbres que se adquieran
129. Por consiguiente, a efectos de guardar concordancia entre las diversas cláusulas del Contrato de Concesión y evitar posibles discrepancias futuras en la ejecución del Contrato, recomendamos realizar la siguiente precisión en el segundo párrafo de la Cláusula 14.3.1:

14.3.1 VALOR DEL INTANGIBLE (VI)

Bajo ninguna circunstancia se podrá considerar dos veces o más un mismo gasto, monto de inversión, intereses u otro, a efectos de calcular el VI.

A efectos de calcular el respectivo Valor del Intangible, se realizarán las estimaciones con valores en dólares de los Estados Unidos de América y se aplicará lo indicado en las siguientes Cláusulas ~~para los Bienes de la Concesión para las Inversiones Obligatorias y las Inversiones en Función de la Demanda~~, según corresponda."

ix. Procedimiento General de la Liquidación en caso de Caducidad de la Concesión

130. En el Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GA1-OSITRAN se recomendó modificar la Cláusula 14.3.5 para mantener la redacción estándar de los contratos de concesión portuarios ya adjudicados, a través de la cual se faculta al Estado a pagar a los Acreedores Permitidos con el monto que resulte del cálculo del Valor del Intangible en caso de caducidad, en el supuesto que exista algún crédito pendiente de pago, y que el dinero remanente sea pagado al Concesionario.
131. De la revisión de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión se observa que no se ha incorporado dicha recomendación, de manera que la referida cláusula sigue redactada de la manera siguiente:

"14.3.5. El monto de la compensación por Caducidad determinada de conformidad con lo establecidas en las Cláusulas precedentes, será pagado por el CONCEDENTE al

CONCESIONARIO, o a la cuenta que este indique, sin perjuicio de las deducciones que correspondan."

132. En tal sentido, se reitera la recomendación formulada en el Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN debido a que existe el riesgo de que el Estado autorice, *ex ante*, una facultad al Concesionario de poder establecer al momento de la estructuración de su Cierre Financiero, un pago directo del Estado a alguna tercera entidad que no haya sido catalogada como Acreedor Permitido y, en tal sentido, desvirtúa el esquema de Acreedores Permitidos contemplados en el Contrato de Concesión.

x. Anexo 12. Modelo Referencial de Carta de Aprobación a favor del Acreedor Permitido

133. En Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN se observó que en los literales a) y c) del Anexo 12, que contiene un modelo referencial de carta de aprobación a favor del Acreedor Permitido, se hacía referencia a los términos "crédito" y "línea de crédito" como posibles modalidades de EGP. Al respecto, con la finalidad de acotar la generación de pasivos contingentes, se sugirió emplear una única definición, considerando que lo más apropiado sería emplear el concepto de línea de crédito. Dicha recomendación ha sido recogida en la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión.

i. **Suspensión de Obligaciones**

134. En las Cláusulas 4.2 y 17.1 de la Primera Versión Final del Contrato de Concesión se establecieron las causales para la aprobación de la suspensión del plazo de la Concesión, en función de las afectaciones sustanciales que configuren la pérdida en la capacidad operativa del Concesionario superior al 60% al momento del evento adverso. Sobre el particular, se recomendó incluir en el Contrato de Concesión una definición de capacidad operativa y especificar la forma o el método que se usará para establecer que se produce una pérdida en la capacidad operativa superior al 60%

135. Al respecto, en la Segunda Versión Final del Proyecto de Contrato de Concesión se verifica que se ha recogido la mencionada recomendación, incluyendo el siguiente párrafo en las Cláusulas 4.2 y 17.1 del Contrato de Concesión:

"La APN determinará el procedimiento de cálculo sobre la pérdida de la capacidad operativa del TPMS, evaluando los siguientes factores,

- *Capacidad de las líneas de atraque o amarraderas.*
- *Capacidad de carga y descarga.*
- *Capacidad de almacenamiento.*
- *Capacidad de las puertas de ingreso y salida del terminal portuario."*

j. **Suspensión de Obligaciones por Acuerdo de Partes**

136. Con relación a la suspensión de obligaciones por acuerdo de partes, en el Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN se indicó que debe mantenerse el procedimiento seguido en otros contratos de concesión, en los que se establece que para estos casos se requerirá opinión previa del Regulador, en la medida en función de OSITRAN velar por el cumplimiento de los contratos, cautelando de manera imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios

137. Sobre ello, debe indicarse que, en la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión, se evidencia que se ha incluido la indicada observación, tal y como se aprecia en la Cláusula 17.1 del Contrato de Concesión:

"SECCIÓN XVII: SUSPENSIÓN DE OBLIGACIONES

- 17.1 Para fines del Contrato, existirá una situación susceptible de ser declarada como Suspensión de Obligaciones o Suspensión del Plazo de la Concesión, de ser el caso, siempre que se produzca alguna de las siguientes eventos:

- a) Fuerza mayor o caso fortuito, [...]
- b) Acuerdo entre las Partes, derivado de circunstancias distintas a las referidas en el literal anterior, en cuyo caso será necesario contar con la previa opinión del REGULADOR, el cual tendrá un plazo quince (15) Días de recibida la solicitud de suspensión para emitir su pronunciamiento.
- c) Los demás casos expresamente previstos en el presente Contrato."

[El subrayado es nuestro.]

k. Suspensión de Obligaciones por Fuerza Mayor

138. En el Informe N° Q05-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, se manifestó que, bajo la causal de Suspensión de Obligaciones por Fuerza Mayor, debe requerirse la opinión previa favorable del Regulador, según lo dispuesto en todos los contratos de concesión de Infraestructura portuaria bajo el ámbito de supervisión de OSITRAN. Asimismo, se mencionó que, al no requerir la opinión favorable del Regulador, se estaría eliminando la imparcialidad que debe existir en la declaración de suspensión de obligaciones por eventos distintos al Acuerdo de las Partes.



139. Al respecto, de la revisión de la Cláusula 17.3 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión se aprecia que se ha incorporado la mencionada observación:

"17.3 En un plazo no mayor a quince (15) Días Calendario de recibida la solicitud de suspensión, el REGULADOR deberá remitir su opinión previa favorable a las Partes. Una vez recibida la opinión previa del REGULADOR, la Parte no solicitante contará con un plazo de quince (15) Días para emitir su pronunciamiento. En caso la Parte no solicitante no se pronuncie sobre la solicitud dentro del plazo previsto, se entenderá que ésta es favorable."

[El subrayado es nuestro.]

l. Consideraciones socio ambientales

140. En el segundo párrafo de la Cláusula 11.2 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión, referida a la responsabilidad ambiental, se señala lo siguiente:

"11.2 (...) "

Cabe indicar que conforme a la Cláusula 11.7 el CONCESIONARIO en un plazo máximo a los diecinueve (19) Meses contados a partir de la Fecha de Cierre deberá contar con el IGA aprobado por la Autoridad Ambiental Competente

[El subrayado es nuestro.]

141. Al respecto, se sugiere precisar el Estudio de Impacto Ambiental detallado (EIA-d) como el Instrumento de Gestión Ambiental con el cual se obtendrá la Certificación Ambiental del Proyecto, toda vez que el término IGA se le atribuye también a una Declaración de Impacto Ambiental (DIA), Informe Técnico Sustentatorio (ITS) u otro, los cuales requieren menor tiempo para su aprobación, según la normativa correspondiente. En ese sentido, se recomienda la siguiente redacción:

"11.2 (...) "



Debe indicar que conforme a la Cláusula 11.7 el CONCESIONARIO en un plazo máximo de diecinueve (19) Meses contados a partir de la Fecha de Cierre, deberá contar con el Estudio de Impacto Ambiental Detallado aprobado por la Autoridad Ambiental Competente.

[El subrayado es nuestro.]

142. Asimismo, en el tercer párrafo de la Cláusula 11.2 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión se señala lo siguiente:

"11.2 (...) "

El CONCESIONARIO asumirá la responsabilidad exclusiva frente a terceros por los impactos ambientales negativos no identificados en los Instrumentos de Gestión Ambiental durante la ejecución de las Inversiones, Explotación y Conservación

143. Sobre ello, es necesario precisar que el Concesionario asume responsabilidad frente a terceros por los impactos ambientales negativos siempre y cuando estos hayan sido producto de actividades del proyecto:

"11.2 (...) "

El CONCESIONARIO asumirá la responsabilidad exclusiva frente a terceros por los impactos ambientales negativos no identificados en los Instrumentos de Gestión Ambiental durante la ejecución de las Inversiones, Explotación y Conservación, siempre y cuando se demuestre que la causa del daño se hubiere originado como consecuencia de las actividades del Concesionario a partir de la toma de posesión.

[El subrayado es nuestro.]



144. Por otra parte, en concordancia con la recomendación efectuada al literal c) de la Cláusula 6.9 del Contrato de Concesión, referido al inicio de ejecución de inversiones, debe ajustarse el primer párrafo de la Cláusula 11.7 del Contrato, en los términos siguientes:

"11.7 El CONCESIONARIO deberá contar con el Estudio de Impacto Ambiental Detallado como Instrumento de Gestión Ambiental de las Inversiones Obligatorias, así como de la Explotación y Conservación de dichas Inversiones, debidamente aprobado por la Autoridad Ambiental Competente, como máximo a los diecinueve (19) Meses contados a partir de la Fecha de Cierre. La Autoridad Ambiental Competente gestionará la opinión técnica respecto al Instrumento de Gestión Ambiental, conforme a la normatividad vigente. De conformidad con la Cláusula 6.9, el contar con el Instrumento de Gestión Ambiental debidamente aprobado por la Autoridad Ambiental Competente constituye una de las condiciones para el inicio de ejecución de las inversiones Obligatorias. (...) "

[El subrayado es nuestro.]



145. Adicionalmente, el primer párrafo de la Cláusula 11.1 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión indica que el Concesionario declara conocer las leyes, disposiciones aplicables y obligaciones establecidas en el Contrato en materia ambiental, durante la ejecución de las inversiones obligatorias, no considerando las demás inversiones contempladas en el Contrato.

"11.1. El CONCESIONARIO declara conocer las Leyes y Disposiciones Aplicables, incluida la normatividad internacional a que se refiere la Segunda Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley General del Ambiente, y las obligaciones que establece este Contrato en materia ambiental, durante la ejecución de las inversiones obligatorias, explotación y conservación. (...) "

[El subrayado es nuestro.]



146. Al respecto, a fin de que la declaración del Concesionario respecto al conocimiento de la normativa y obligaciones en materia ambiental comprenda todo el plazo de vigencia del

Contrato y no únicamente a la ejecución de inversiones obligatorias, se recomienda modificar el párrafo indicado en los siguientes términos:

"11.1. El CONCESIONARIO declara conocer las Leyes y Disposiciones Aplicables, incluida la normatividad internacional a que se refiere la Segunda Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley General del Ambiente, y las obligaciones que establece este Contrato en materia ambiental, durante todo el plazo de vigencia del Contrato."

147. Por otro lado, en el segundo párrafo de la Cláusula 11.7 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión se señala lo siguiente:

"11.7 (...)

Asimismo, durante la ejecución de las Inversiones Obligatorias o durante su explotación y/o Conservación, de considerarse la necesidad de ejecutar nuevas inversiones, o implementar nuevos componentes auxiliares, adicionales, contingencia, seguridad, complementaria, accesorios, entre otras, comprendidas dentro del Contrato de Concesión y modificatorias, se deberá solicitar bajo la modalidad de Informes Técnico Sustentatorios (ITS) y/o modificación al IGA, lo cual dependerá del tipo de impacto ambiental a generar."

148. Al respecto, a fin de aclarar la lectura de la dicha cláusula, se recomienda redactarlo en los términos siguientes:

"11.7 (...)

Asimismo, durante la ejecución de las Inversiones Obligatorias o durante su explotación y/o Conservación, de considerarse la necesidad de ejecutar nuevas inversiones, o implementar nuevos componentes auxiliares, adicionales, contingencia, seguridad, complementaria, accesorios, entre otras, comprendidas dentro del Contrato de Concesión y modificatorias, el Concesionario deberá solicitar la aprobación del IGA bajo la modalidad de Informes Técnico Sustentatorios (ITS) y/o modificación al IGA, a cualquier otro que sea determinada por la Autoridad Ambiental Competente, lo cual dependerá del tipo de impacto ambiental a generar."

(El subrayado es nuestro.)

149. Por otro lado, en la Cláusula 11.10 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión, se señala lo siguiente:

"11.10. Los informes de monitoreo ambiental y del cumplimiento de las obligaciones derivadas del Instrumento de Gestión Ambiental deberán ser presentados por el CONCESIONARIO a la Autoridad Ambiental Competente, de acuerdo al contenido, cronograma, plazos y condiciones establecidas en los Instrumentos de Gestión Ambiental aprobados por ésta, o cuando ésta lo estime conveniente".

150. Al respecto, se recomienda que cuando el Concesionario remita a la Autoridad Ambiental Competente los informes de monitoreo ambiental y del cumplimiento de las obligaciones derivadas del Instrumento de Gestión Ambiental, se envíen con copia al Regulador, a efectos que tome conocimiento de la presentación de tales Informes, considerando que el incumplimiento de dicha obligación es causal de penalidad. En tal sentido, la cláusula quedaría redactada en los términos siguientes:

"11.10. Los informes de monitoreo ambiental y del cumplimiento de las obligaciones derivadas del Instrumento de Gestión Ambiental deberán ser presentados por el CONCESIONARIO a la Autoridad Ambiental Competente, con copia al Regulador, de acuerdo con el contenido, cronograma, plazos y condiciones establecidas en los Instrumentos de Gestión Ambiental aprobados por ésta, o cuando ésta lo estime conveniente".

(El subrayado es nuestro.)

151. Finalmente, es importante indicar que la Cláusula 11.12 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión, referida a la gestión socio ambiental, señala lo siguiente:

"11.12. El CONCESIONARIO, a su propio costo, se obliga a tomar aquellas medidas correctivas y compensación que corresponden, previamente aprobadas por la Autoridad Ambiental Competente, para evitar que en el desarrollo de sus actividades constructivas, explotación y conservación se generen riesgos ambientales que excedan los niveles o estándares tolerables de contaminación o deterioro del medio ambiente y/o afectación directa a la población del área de influencia del proyecto, de acuerdo a lo determinado en los Instrumentos de Gestión Ambiental aprobados por la Autoridad Ambiental Competente y en las Leyes y Disposiciones Aplicables. El cumplimiento de las medidas deberán ser reportadas a la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales - DGASA del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a quien la sustituya, conforme a las Leyes y Disposiciones Aplicables."

152. Al respecto, se recomienda que, cuando el Concesionario reporte a la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales el cumplimiento de las medidas correctivas y compensación, se envíe con copia al Regulador, a efectos de que tome conocimiento de la presentación de dicho reporte, toda vez que el incumplimiento de dicha obligación es causal de penalidad. Para ello, se sugiere la siguiente redacción:

"11.12 El CONCESIONARIO, a su propio costo, se obliga a tomar aquellas medidas correctivas y compensación que corresponden, previamente aprobadas por la Autoridad Ambiental Competente, para evitar que en el desarrollo de sus actividades constructivas, explotación y conservación se generen riesgos ambientales que excedan los niveles o estándares tolerables de contaminación o deterioro del medio ambiente y/o afectación directa a la población del área de influencia del proyecto, de acuerdo a lo determinado en los Instrumentos de Gestión Ambiental aprobados por la Autoridad Ambiental Competente y en las Leyes y Disposiciones Aplicables. El cumplimiento de las medidas deberán ser reportadas a la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales - DGASA del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a quien la sustituya, con copia al Regulador, conforme a las Leyes y Disposiciones Aplicables."

[El subrayado es nuestro]

m. Penalidades

153. En relación con la Tabla N° 7 del Anexo 17 de la Primera Versión Final del Contrato de Concesión, en el Informe N° 005-2018-GRF-GSF-GAU-OSITRAN se realizaron las siguientes observaciones:

- En la segunda penalidad prevista en la Tabla N° 7 se hace referencia a la Sección X del Contrato de Concesión. Dicha referencia es inexacta, teniendo en consideración que el plazo para el cumplimiento de la obligación está previsto en la Cláusula 10.12.
- En cuanto a la penalidad por incumplimiento del pago de las primas de las pólizas de seguro, se consideró adecuado incluir en la referencia contractual las pólizas referidas al seguro de todo riesgo de obras terminadas (Cláusula 10.10) y al seguro de responsabilidad civil, contractual, extra contractual, patronal (Cláusula 10.11), teniendo en consideración que la contratación de cualquiera de las pólizas previstas en el Contrato de Concesión contempla el pago de primas (anuales o mensuales).
- Respecto a la penalidad asociada a la Cláusula 10.15, se advirtió que es posible que las respectivas pólizas de seguro establezcan plazos distintos a lo previsto en el Contrato de Concesión para efectuar su reporte (un día hábil), por lo que resultaba necesario que se precise que la causa de la pérdida de la cobertura sea falta de

notificación oportuna del siniestro, conforme a los plazos señalados en las respectivas pólizas de seguro.

154. Estas tres recomendaciones han sido consideradas en la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión, en los siguientes términos:

Cláusula Contrato	Monto	Descripción del Incumplimiento	Criterio de Aplicación
10.12	0.8 UIT	Atraso en comunicar al CONCEDENTE; i) respecto del vencimiento de las pólizas de seguros; ii) respecto de las fechas de la renovación de las pólizas de seguros y entrega de la propuesta de modificaciones de las condiciones de la póliza; iii) respecto de las fechas de la renovación de las pólizas de seguros sin modificaciones de las condiciones de la póliza	Cada día de atraso
10.8, 10.9, 10.10 y 10.11	0.5 % del monto de la prima respectiva	Incumplimiento del pago de las primas de las pólizas de seguros.	Cada día de atraso
10.15	10 % del monto del siniestro	Pérdida de la cobertura del seguro por falta de notificación del siniestro a la Compañía Aseguradora conforme a los plazos previstos en la respectiva póliza o marco legal aplicable	Cada vez

155. Por otra parte, la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión contempla penalidades al Concesionario vinculadas a los posibles incumplimientos referidos a consideraciones socio ambientales, las cuales se indican en la Tabla N° 8 del Anexo 17 del Contrato de Concesión. Sobre el particular es pertinente realizar dos correcciones en el texto.

Dice:

Cláusula Contrato	Monto	Descripción del incumplimiento	Criterio de Aplicación
11.7	0.8 UIT	No contar con la aprobación del Instrumento de Gestión Ambiental por parte de la Autoridad Ambiental Competente en el plazo establecido en el Contrato de Concesión.	Cada día de atraso
11.12	0.8 UIT	No cumplir con adoptar medidas correctivas oportunas ante riesgos ambientales generados por <u>excedencia</u> de los niveles o estándares tolerables de contaminación Límites Máximos Permisibles LMP/ Estándares de Calidad Ambiental (ECA) o deterioro del medio ambiente.	Cada día de atraso

Debe decir:

Cláusula Contrato	Monto	Descripción del incumplimiento	Criterio de Aplicación
11.7	0.8 UIT	No contar, por causa imputable al Concesionario, con la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental detallado por parte de la Autoridad Ambiental Competente en el plazo establecido en el Contrato de Concesión.	Cada día de atraso
11.12	0.8 UIT	No cumplir con adoptar medidas correctivas oportunas ante riesgos ambientales generados por <u>exceder</u> los niveles o estándares tolerables de contaminación límites Máximos Permisibles LMP/ Estándares de Calidad Ambiental (ECA) o deterioro del medio ambiente.	Cada día de atraso

156. Adicionalmente, respecto a la Tabla N° 10 del Anexo 17, se han recogido las recomendaciones formuladas en el Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, referidas a efectuar precisiones en cuanto a la descripción de incumplimientos de Niveles de Servicio y Productividad del Anexo 3, en los términos siguientes:

Cláusula Contrato	Monto	Descripción del incumplimiento	Criterio de Aplicación
Anexo 3	2% IBTA	Incumplimiento en el rendimiento promedio trimestral de embarque o descarga para cualquier tipo de carga	Cada vez
Anexo 3	30 UIT	No implementar dentro del plazo establecido en las mediciones periódicas, el dragado requerido para conservar una profundidad de hasta -10,5 metros referido al nivel medio de bajamares de sizigias ordinarias (MLWS) en el canal de acceso y/o área acuática operativa y/o zona de maniobra y/o áreas entre muelles	Cada día

157. Finalmente, se advierte que en la cuarta penalidad consignada en la Tabla N° 10 del Anexo 17 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión no se ha colocado la referencia de "Anexo 3" además de estar repitiendo la palabra "para". Por lo tanto, dicha penalidad debe quedar descrita en los siguientes términos:

Cláusula Contrato	Monto	Descripción del incumplimiento	Criterio de Aplicación
Anexo 3	2 % IBTA	Incumplimiento en el tiempo para el desatracado de la Nave: Promedio trimestral	Cada vez

n. Obra

158. En el Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, se recomendó ajustar en algunas secciones del Contrato de Concesión los párrafos donde se hace referencia el término de "Obras" por "Obra", en concordancia con la definición "Obra" indicada en la Cláusula 1.19.84. Al respecto, se observa que en la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión se realizaron las correcciones correspondientes, conforme a la recomendación del Regulador.

o. Costo de Supervisión

159. Mediante Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, se recomendó establecer una tasa de supervisión ascendente al 6% del Presupuesto Estimado de Obra para cada Etapa, en consistencia con otras infraestructuras portuarias supervisadas por el OSITRAN (en lugar de 4,5% como se había consignado en la Primera Versión Final del Contrato de Concesión). Al respecto, en la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión, se ha recogido la recomendación del Regulador al modificar el séptimo párrafo de la Cláusula 6.11 en los siguientes términos:

"6.11 ()

Los costos y/o gastos derivados de las actividades de supervisión en que incurra el REGULADOR, en cada Etapa, para la Obra correspondientes al Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry, serán de cargo del CONCEDENTE y serán como máximo el seis por ciento (6%) del Presupuesto Estimado de Obra para cada Etapa. A tal efecto el CONCEDENTE determinará la modalidad y procedimiento para realizar el pago correspondiente, de conformidad con la normatividad de los Sistemas de Administración Financiera del Sector Público."

160. En línea con ello, el tope de 4,5% para la supervisión de Inversiones Discrecionales y de Inversiones Complementarias fue aumentado a 6% en las Cláusulas 6.32 y 6.34, respectivamente, lo cual se considera consistente con el tope especificado en la Cláusula 6.11.
161. Asimismo, a fin de que quede claramente establecido que será el Concesionario quien asuma los costos de supervisión en caso de que se estime por conveniente adelantar Etapas de Inversiones en Función a la Demanda, ejecutar Inversiones Discrecionales o de estar obligado a ejecutar Inversiones Complementarias, se propone un ajuste formal en el octavo párrafo de la Cláusula 6.11, en los siguientes términos:

"6.11

(...)

De estimar el CONCESIONARIO la conveniencia de adelantar inversiones en Función a la Demanda, ejecutar Inversiones Discrecionales o de estar obligado a ejecutar Inversiones Complementarias, deberá asumir los costos y/o gastos de la supervisión de estas inversiones,

(...)"

p. Mayores Gastos de Supervisión por causa imputable al Concedente o Concesionario

162. En el Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAI-OSITRAN, se recomendó ajustar el último párrafo de la Cláusula 6.11, a fin de incorporar la posibilidad de mayores gastos de supervisión producto de eventos fortuitos o de fuerza mayor. Al respecto, en la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión, se modificó el referido párrafo en los siguientes términos, lo cual se encuentra en línea con la referida recomendación:

"6.11 (...)

En aquellos casos en que se requieran servicios de supervisión adicionales que implique mayores costos y/o gastos de supervisión a los contratados por el REGULADOR, se aplicara la siguiente:

- *Si los mayores costos y/o gastos de supervisión se generan por causas imputables al CONCEDENTE o al CONCESIONARIO, éstos deberán ser asumidos por la Parte que haya generado los mayores costos y/o gastos*
- *Si los mayores costos y/o gastos de supervisión se generan por causas de Fuerza Mayor o caso fortuito, debidamente declarada conforme a la Sección XVII del presente Contrato, estos deberán ser revisados y asumidos por el CONCEDENTE."*

[El subrayado es nuestro.]

q. Supervisor de diseño

163. En el tercer párrafo de la Cláusula 6.6 de la Primera Versión Final del Contrato de Concesión se especifica que el supervisor de diseño debe ser un Ingeniero civil titulado y colegiado. Mediante Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAI-OSITRAN, se recomendó retirar el mencionado párrafo, toda vez que el perfil del profesional encargado de la supervisión de diseño puede definirse en los Términos de Referencia que se elaboren para efectos del proceso de contratación del mencionado profesional.

164. Sobre ello, se evidencia que en la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión no se ha recogido la indicada recomendación, tal y como se aprecia a continuación:

"El jefe de supervisión de diseño será un ingeniero civil titulado y colegiado con experiencia en actividades similares en el sistema portuario."

[El subrayado es nuestro.]

165. En ese sentido, se reitera la recomendación efectuada en el Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, en el que se propuso eliminar el tercer párrafo de la Cláusula 5.8 del Contrato de Concesión y trasladar el detalle del perfil del profesional para la supervisión de diseño a los Términos de Referencia que se elaboren para efectos del proceso de contratación del referido profesional.

r. Término de la Concesión por incumplimiento del Concesionario

166. Mediante Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, se recomendó modificar el literal q) de la Cláusula 14.1.3, en concordancia con la Cláusula 9.3, a fin de precisar que la causal de incumplimiento referida a gravar, hipotecar o dejar en garantía el derecho de la concesión a terceros es **"sin la conformidad de PROINVERSIÓN"**, y no **"sin autorización conformidad del CONCEDENTE"**. Al respecto, en la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión, se agregó el siguiente párrafo que recoge la recomendación del Regulador.

"14.1.3 Término por Incumplimiento del CONCESIONARIO"

El CONCEDENTE podrá poner término anticipadamente al Contrato en caso que el CONCESIONARIO incurra en incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales. Sin perjuicio de las penalidades y sanciones que procedan, se considerarán como causales de incumplimiento grave de las obligaciones del CONCESIONARIO, aquellas señaladas expresamente en el Contrato, dentro de las cuales se encuentran las siguientes.

{...}

q) Gravar, hipotecar o dejar en garantía el derecho de la concesión a terceros sin la conformidad de PROINVERSIÓN en los términos establecidos en la Cláusula 9.3 del Contrato.

{...}

[El subrayado es nuestro.]

VI. CONCLUSIONES

1. El proyecto "Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry" es una concesión autofinanciada otorgada por un periodo de treinta (30) años para el diseño, financiamiento, ejecución de inversiones, conservación, explotación y transferencia del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry.
2. Teniendo en cuenta las competencias asignadas a este Regulador en el marco legal vigente, se ha efectuado el análisis técnico a la segunda Versión Final de: Contrato de Concesión remitida mediante Oficio N° 42-2018/PROINVERSIÓN/DPP/AP.04, del cual se desprende que muchos de los comentarios formulados por el Regulador mediante Informe N° 005-2018-GRE-GSF GAJ-OSITRAN sobre la Primera Versión Final del Contrato de Concesión han sido levantados en esta segunda versión, respecto de los cuales se manifiesta nuestra conformidad.
3. Sin perjuicio de lo anterior, se advierte que en la segunda Versión Final del Contrato de Concesión no se han recogido algunos de los comentarios y observaciones formulados por el Regulador en el referido Informe en el marco de sus competencias; asimismo, se han identificado nuevos aspectos que también han merecido comentarios y observaciones, tal como se detalla en el texto del presente Informe a fin que sean tomados en consideración por Proinversión, de estimarlo pertinente.
4. Se recomienda ajustar el alcance de los Servicios Estándar a otras cargas secas a granel y a la carga rodante, a fin de incluir el plazo y momento a partir del cual se contabilizarán los días

libres de almacenamiento, en concordancia con el alcance de los Servicios Estándar de los demás tipos de carga.

5. En el numeral 4 del Anexo 5 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión, es necesario retirar el término "y otros servicios que se requieran" o, en todo caso, precisar a qué otro tipo de servicios se está haciendo referencia. Ello en la medida que, al obligar al Concesionario a brindar, además de las facilidades de uso de muelle y amarré/desamarré de la Nave, cualquier otro servicio que terceras empresas requieran para prestar los servicios portuarios básicos, generaría incentivos para que, por el pago de la Tarifa del Servicio Estándar a la Nave por Uso de Amarraderos, los usuarios exijan la prestación de cualquier actividad/servicio no incluido en el alcance de dicho servicio.
6. Asimismo, se sugiere incorporar los servicios de recojo de residuos sólidos y líquidos en el referido numeral 4 del Anexo 5, en concordancia con lo indicado en la Cláusula 2.7 referida a los servicios que contarán con facilidades de uso de muelle.
7. Se observa que Proinversión ha decidido no incluir como factor de competencia a los Servicios Estándar a la Nave con el objetivo de beneficiar a los usuarios de la carga. En tal sentido, y dado que dicha institución no ha refutado los argumentos expuestos en el Informe N° 005-2018-GRE-GSI-GAU-OSIIRAN, se reitera la recomendación efectuada en el mencionado informe respecto de incluir en el factor de competencia a los Servicios Estándar a la Nave. No obstante, debe indicarse que, de acuerdo con la normativa vigente, es competencia de Proinversión definir el factor de competencia que permita la adjudicación del proyecto de "Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry".



8. En la definición de Expediente Técnico contenida en la Cláusula 1.19.55 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión, se ha especificado que serán aplicables al Expediente de Dragado Inicial los procedimientos, penalidades y disposiciones dispuestas para el Expediente Técnico. Por tanto, se recomienda que se elimine la parte final del séptimo párrafo de la sección I del Anexo 6, considerando que estos aspectos ya están regulados en la Cláusula 1.19.55, y que en dicha cláusula no se incluye la posibilidad de incompatibilidad entre el Expediente Técnico y el Expediente de Dragado Inicial.



9. En concordancia con lo establecido en el numeral 1.4 del Anexo 3 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión, se recomienda ajustar la redacción séptimo párrafo del capítulo I del Anexo 6 y el numeral 3 del Apéndice 1 del Anexo 7, a fin de que ellos indiquen explícitamente que el dragado inicial o la profundidad exigida de hasta -10,5 metros comprende: (i) canal de acceso, (ii) zonas de maniobra, (iii) área acuática operativa y (iv) área entre muelles.



10. Se identifica que en el caso de que las Etapas 2, 3 o 5 se dividan en Componentes Funcionales, existirían múltiples Actas de Recepción de Obra, una por cada Componente Funcional. En consecuencia, se recomienda ajustar la redacción de las cláusulas y anexos del Contrato de Concesión que resulten pertinentes para que ello guarde relación con el inicio de la verificación de los Indicadores correspondientes a los Niveles de Servicio y Productividad de las referidas etapas.
11. Se recomienda que la referencia a los criterios para determinar que un Equipamiento sea considerado como nuevo sea trasladada del primer párrafo de la sección II del Anexo 6, al tercer párrafo del numeral 5.5 del mismo anexo.

12. Se identifica que corresponde mantener el texto de la Cláusula 6.23 de la Primera Versión Final del Contrato de Concesión, referido a la determinación de la APN sobre la procedencia o improcedencia de la recepción de la Obra.
13. En relación con la Cláusula 6.25, en la Primera Versión Final del Contrato de Concesión se señalaba que la APN era quien autorizaba la utilización de la Obra materia del Expediente Técnico aprobado para un periodo de prueba. No obstante, en la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión dicha disposición se modificó, a fin de que sea OSITRAN quien brinde dicha autorización. Al respecto, se recomienda que se mantenga la redacción de la Primera Versión Final del Contrato de Concesión, toda vez que la APN es la autoridad sectorial competente.
14. El hecho de que el Concesionario pueda adelantar parte o la totalidad de alguna de las Etapas de Inversiones en Función a la Demanda, de estimarlo conveniente y sin ningún parámetro que justifique tales inversiones, desvirtúa el esquema de inversiones del proyecto de modernización y desarrollo del TPMS desarrollado en la Declaratoria de Interés, posibilitando la sobre inversión en el terminal portuario y perjudicando, en última instancia, a los usuarios del terminal, quienes deberán asumir mayores tarifas ante la previsible ausencia de eficiencias asociadas al adelanto de inversiones. En tal sentido, en caso de que Proinversión considere conveniente mantener la posibilidad del adelanto de inversiones, es necesario que se lleven a cabo las siguientes modificaciones en el Contrato de Concesión:



- Se acoten los escenarios bajo los cuales se llevará a cabo el adelanto de inversiones, exigiendo al Concesionario un sustento fehaciente de que tal adelanto responde a una situación que no fue prevista en la Declaratoria de Interés y que significa una necesidad de incremento en la infraestructura y/o equipamiento del TPMS ante un inminente crecimiento en la demanda por servicios portuarios en su zona de influencia.
- Se establezca un supuesto excepcional bajo el cual se habilite el adelanto de parte o de la totalidad de alguna de las Etapas de Inversiones en Función a la Demanda, manteniendo su naturaleza de Inversión Obligatoria, con lo cual se reduzca la discrecionalidad en la evaluación que en su momento tendría que hacer la APN respecto de dicho adelanto.

15. Si Proinversión decide mantener que el adelanto de parte o la totalidad de alguna de las Etapas de Inversiones en Función a la Demanda se lleve a cabo como una Inversión Discrecional, es necesario llevar a cabo una revisión integral de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión con el objetivo de homogeneizar la redacción, evitar contradicciones entre las cláusulas y prever plazos para la ejecución de los adelantos, todo ello a fin de evitar la dilación del proyecto y futuras contingencias durante la ejecución contractual que puedan generar costos al Estado y a los usuarios.

16. Las recomendaciones del Regulador en relación con las Cláusulas 1.19.22 y 5.8, referidas a los Bienes del Concesionario y el Régimen de Bienes de la Concesión, respectivamente, han sido atendidas de manera parcial, con lo cual subsisten riesgos de generarse pasivos contingentes para el Estado. En ese sentido, se recomienda su revisión por parte del Ministerio de Economía y Finanzas.

17. De manera similar, las recomendaciones respecto de las Cláusulas 6.32 y 6.33, que regulan las Inversiones Discrecionales, se han implementado de manera parcial. Si bien la modificación de la redacción de la Cláusula 9.3 incorpora una disposición respecto al otorgamiento de garantías adicionales por parte del Concesionario en caso de que no sean



suficientes las otorgadas por el Estado Peruano en el marco de un EGP, lo cual acota el riesgo de generar pasivos contingentes al Estado, se recomienda su evaluación por parte del Ministerio de Economía y Finanzas.

18. En el supuesto de que Proinversión opte por mantener el adelanto de las Etapas de Inversiones en Función a la Demanda y su tratamiento como Inversión Discrecional, consideramos que el mecanismo incorporado en la Cláusula 9.3 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión acota la generación de pasivos contingentes para el Estado y equilibra la asunción del riesgo de financiamiento y de generación de ingresos adicionales por el adelanto de inversiones.
19. En relación con la Autorización de Endeudamiento Garantizado Permitido, establecido en la Cláusula 9.3.1 de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión, se propone que el mecanismo de revisión de modificaciones a los términos de un EGP contraído contemple una regulación similar a la de otros contratos de concesión de infraestructura portuaria, de manera que las tres entidades involucradas (el Regulador, el Concedente y Proinversión) realicen la evaluación correspondiente cuando el Concesionario presente una solicitud de aprobación de modificación del EGP, sin necesidad de determinar previamente si se está ante la modificación de un término principal o no.
20. Respecto del procedimiento para el cálculo del Valor del Intangible, a efectos de guardar concordancia entre las diversas cláusulas de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión y evitar posibles discrepancias durante la ejecución contractual, se recomienda modificar la Cláusula 14.3.1, a efectos que dicho cálculo sea aplicable sólo a las Inversiones Obligatorias y las Inversiones en Función de la Demanda.
21. Se reitera la recomendación de que la Cláusula 14.3.5, referida al pago del monto de compensación por Caducidad de la Concesión, mantenga una redacción similar a la de otros contratos de concesión de infraestructura portuaria a efectos de acotar el riesgo de que el Estado autorice, *ex ante*, una facultad al Concesionario de poder establecer al momento de la estructuración de su Cierre Financiero, un pago directo del Estado a alguna tercera entidad que no haya sido catalogada como Acreedor Permitido.
22. Se realizan varias sugerencias en las cláusulas relacionadas con consideraciones socio ambientales, a saber:
- Se propone una mejora en la redacción de la Cláusula 1.19.17, correspondiente a la definición de Autoridad Ambiental Competente.
 - En la Cláusula 6.9 referida a las condiciones para el inicio de la ejecución de las inversiones, se recomienda modificar la condición de contar con el "Estudio de Impacto Ambiental detallado" por el "Instrumento de Gestión Ambiental", toda vez que este último comprende a todos los instrumentos ambientales necesarios para cada tipo de inversión.
 - En línea con lo anterior, se recomienda ajustar el primer párrafo de la Cláusula 11.7, además de indicar que el Instrumento de Gestión Ambiental para las Inversiones Obligatorias es el Estudio de Impacto Ambiental detallado. Asimismo, se realizan modificaciones de forma en el segundo párrafo de la referida cláusula.
 - En la Cláusula 11.1, se sugiere indicar que el Concesionario declara conocer las leyes, disposiciones aplicables y obligaciones establecidas en el Contrato en materia

ambiental, durante todo el plazo de vigencia del Contrato, y no sólo durante la ejecución de las Inversiones Obligatorias.

- En la Cláusula 11.2, se sugiere precisar que el Estudio de Impacto Ambiental detallado (EIA-d) es el Instrumento de Gestión Ambiental con el cual se obtendrá la Certificación Ambiental del Proyecto. Asimismo, es necesario precisar que el Concesionario asume responsabilidad frente a terceros por los impactos ambientales negativos siempre y cuando estos hayan sido producto de las actividades del Concesionario a partir de la toma de posesión.
 - En relación con la cláusula 11.10, se recomienda que cuando el Concesionario efectúe la remisión a la Autoridad Ambiental Competente de los informes de monitoreo ambiental y del cumplimiento de las obligaciones derivadas del Instrumento de Gestión Ambiental, sea con copia al Regulador, a efectos de que tome conocimiento de la presentación de tales informes, considerando que el incumplimiento de dicha obligación es causal de penalidad.
 - En línea con lo anterior, respecto de la Cláusula 11.12 se recomienda que, cuando el Concesionario reporte a la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales el cumplimiento de las medidas correctivas y compensación, se envíe una copia de dichos informes al Regulador
23. Se identifica la necesidad de realizar correcciones en la Tablas N° 8 y 10 del Anexo 17 del Contrato de Concesión, referidas a penalidades.
24. Finalmente, se reitera la recomendación efectuada en el Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN referida a eliminar el tercer párrafo de la Cláusula 6.8 dado que el detalle del perfil del profesional para la supervisión de diseño se establecerá en los Términos de Referencia que se elaboren para efectos del proceso de contratación del referido profesional.

VII. RECOMENDACIÓN

En virtud de lo expuesto, se recomienda al Consejo Directivo aprobar el presente Informe, el cual contiene la opinión técnica del Regulador respecto de la Segunda Versión Final del Contrato de Concesión del proyecto "Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry", remitida mediante Oficio N° 42-2018/PRO-INVERSIÓN/DPP/AP.04.

Atentamente,


RICARDO QUESADA ORÉ
Gerente de Regulación y Estudios Económicos


FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización


JAVIER CHOCANO PORTILLO
Gerente de Asesoría Jurídica

Reg. Sal. 18757-18-GRE-GSF-GAJ
Reg. Ref. II.R.11658-18


OSITRAN
GERENCIA GENERAL
308-2018-GS
PROVEIDO V. :
PARA : SCC
ACCIONES A SEGUIR : SE REMITE INFORME TÉCNICO PARA SU INCLUSIÓN EN AGENDA DEL CONSEJO DIRECTIVO
FECHA : 18 MAYO 2018