

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

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

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

"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

OFICIO CIRCULAR N° 019-2018-SCD-OSITRAN

Lima, 11 de setiembre de 2018

Señor

JOSÉ ANTONIO SALARDI RODRÍGUEZ

Director General

Dirección General de Concesiones en Transportes

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

Jr. Zorritos N° 1203

Lima.-

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES	
E-248793-2018	
CONTRASEÑA: 5UCCWB	
FECHA Y HORA: 2018/09/11 15:10:33	
TELÉFONO: 615-7900	
Revise sus trámites en nuestro www.mtc.gov.pe/tdt	

Asunto : Opinión sobre el proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Tramo Vial Desvío Quilca – Desvío Arequipa (Repartición) – Desvío Matarani – Desvío Moquegua – Desvío Ilo- Tacna – La Concordia.

Referencia : Acuerdo de Consejo Directivo N° 2123-647-18-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 Ordinaria N° 647-2018-CD-OSITRAN, se adoptó el Acuerdo N° 2123-647-18-CD-OSITRAN, referido a la emisión de opinión sobre el proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Tramo Vial Desvío Quilca – Desvío Arequipa (Repartición) – Desvío Matarani – Desvío Moquegua – Desvío Ilo- Tacna – La Concordia.

Al respecto, remito a usted copia certificada del referido Acuerdo, así como copia del Informe N° 010-18-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, para su conocimiento y fines.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente

MARÍA DEL CARMEN LEVAGGI VEGA

Secretaría del Consejo Directivo

Reg. Sal. SCD N° 33967-18

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de Ministros**OSITRAN**Organismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura
de Transporte de Uso Público**ACUERDO N° 2123-647-18-CD-OSITRAN**
de fecha 11 de setiembre de 2018

Vistos, el Informe N° 010-18-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y el Oficio N° 3787-2018-MTC/25; en virtud de lo dispuesto en el inciso f) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, Ley N° 26917, el artículo 28° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 1224, "Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos" aprobado por el Decreto Supremo N° 254-2017-EF, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 410-2015-EF; el Consejo Directivo de OSITRAN acordó por unanimidad:

- a) Aprobar el Informe N° 010-18-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y, en consecuencia, emitir opinión técnica del Regulador respecto del proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Tramo Vial Desvío Quilca – Desvío Arequipa (Repartición) – Desvío Matarani – Desvío Moquegua – Desvío Ilo – Tacna – La Concordia.
- b) La opinión técnica emitida por OSITRAN tienen carácter no vinculante, de acuerdo con lo expresamente señalado por el numeral 23.3 del artículo 23 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 1224 y el numeral 57.1 del artículo 57 de su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 410-2015-EF.
- c) Notificar el presente Acuerdo, así como el Informe N° 010-18-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a la empresa Concesionaria Peruana de Vías COVINCA S.A. (COVINCA), para los fines pertinentes.
- d) 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

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

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

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

"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

OFICIO CIRCULAR N° 019-2018-SCD-OSITRAN

Lima, 11 de setiembre de 2018

Señor

EDILSON CORAL PARRA

Gerente General

COVINCA S.A.

Av. 28 de Julio 757, piso 4

Miraflores.-

Asunto : Opinión sobre el proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Tramo Vial Desvío Quilca – Desvío Arequipa (Repartición) – Desvío Matarani – Desvío Moquegua – Desvío Ilo- Tacna – La Concordia.

Referencia : Acuerdo de Consejo Directivo N° 2123-647-18-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 Ordinaria N° 647-2018-CD-OSITRAN, se adoptó el Acuerdo N° 2123-647-18-CD-OSITRAN, referido a la emisión de opinión sobre el proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Tramo Vial Desvío Quilca – Desvío Arequipa (Repartición) – Desvío Matarani – Desvío Moquegua – Desvío Ilo- Tacna – La Concordia.

Al respecto, remito a usted copia certificada del referido Acuerdo, así como copia del Informe N° 010-18-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

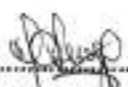
Reg. Sal. SCD N° 33957-18

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de Ministros**OSITRAN**Organismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura
de Transporte de Uso Público**ACUERDO N° 2123-647-18-CD-OSITRAN
de fecha 11 de setiembre de 2018**

Vistos, el Informe N° 010-18-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y el Oficio N° 3787-2018-MTC/25; en virtud de lo dispuesto en el inciso f) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, Ley N° 26917, el artículo 28° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 1224, "Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos" aprobado por el Decreto Supremo N° 254-2017-EF, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 410-2015-EF; el Consejo Directivo de OSITRAN acordó por unanimidad:

- a) Aprobar el Informe N° 010-18-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y, en consecuencia, emitir opinión técnica del Regulador respecto del proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Tramo Vial Desvío Quilca – Desvío Arequipa (Repartición) – Desvío Matarani – Desvío Moquegua – Desvío Ilo – Tacna – La Concordia.
- b) La opinión técnica emitida por OSITRAN tienen carácter no vinculante, de acuerdo con lo expresamente señalado por el numeral 23.3 del artículo 23 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 1224 y el numeral 57.1 del artículo 57 de su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 410-2015-EF.
- c) Notificar el presente Acuerdo, así como el Informe N° 010-18-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a la empresa Concesionaria Peruana de Vías COVINCA S.A. (COVINCA), para los fines pertinentes.
- d) 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° 010-18-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN

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

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

DAVID VILLEGAS BALAREZO
Gerente de Supervisión y Fiscalización (e)

JAVIER CHOCANO PORTILLO
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto : Opinión sobre proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Tramo Vial Desvío Quilca – Desvío Arequipa (Repartición) – Desvío Matarani – Desvío Moquegua – Desvío Ilo – Tacna – La Concordia

Referencia : Oficio N° 3787-2018-MTC/25, recibido el 24.08.2018

Fecha : 10 de septiembre de 2018



I. OBJETO

1. Emitir la opinión técnica solicitada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a través del documento de la referencia, respecto del proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Tramo Vial Desvío Quilca – Desvío Arequipa (Repartición) – Desvío Matarani – Desvío Moquegua – Desvío Ilo – Tacna – La Concordia.

II. ANTECEDENTES

2. Con fecha 30 de enero de 2013, el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC o Concedente) y Concesionaria Peruana de Vías COVINCA S.A. (en adelante, COVINCA o el Concesionario), suscribieron el Contrato de Concesión del Tramo Vial Desvío Quilca – Desvío Arequipa (Repartición) – Desvío Matarani – Desvío Moquegua – Desvío Ilo – Tacna – La Concordia (en adelante, el Contrato de Concesión).
3. El 09 de mayo de 2016, el Concesionario y el Concedente firmaron la Adenda N° 1 al Contrato de Concesión.
4. Mediante Carta COV-433-16 presentada al Concedente y a OSITRAN el 11 de mayo de 2016, el Concesionario acreditó contar con los recursos necesarios para el financiamiento de las Obras de Puesta a Punto mediante un crédito suscrito con Pavimentos Colombia S.A.S. hasta por la suma de S/98 809 136,27.
5. Por Decreto Supremo 058-2016-PCM, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 11 de agosto de 2016, se declaró el Estado de Emergencia en el distrito de San Juan de Siguan de la provincia de Arequipa y el distrito de Majes de la provincia de Caylloma, en el departamento de



Arequipa, ante el peligro inminente generado por deslizamientos del talud en el sector Alto Sigüas.

6. Por Cartas COV-817-16 y COV-818-16, remitidas al Concedente y OSITRAN el 30 de septiembre y el 3 de octubre de 2016, respectivamente, el Concesionario informó de la ocurrencia de un evento de fuerza mayor en el distrito de Sigüas, departamento de Arequipa, consistente en el deslizamiento activo del talud ocasionado por filtraciones provenientes de la irrigación Majes – Sigüas, que afectó directamente al Sub Tramo 1 de la Concesión, así como a un número indeterminado de predios de terceros.
7. Por Decreto Supremo 078-2016-PCM, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 06 de octubre de 2016, se prorrogó el Estado de Emergencia en los distritos de San Juan de Sigüas y Majes, en el departamento de Arequipa, ante el peligro inminente generado por deslizamientos del talud en el sector Alto Sigüas.
8. Reconociendo la ocurrencia de un evento de fuerza mayor en el sector Alto Sigüas, mediante la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0105-2016-GSF-OSITRAN del 29 de noviembre de 2016 y el Oficio N° 064-17-GG-OSITRAN del 6 de febrero de 2017, OSITRAN suspendió las Obligaciones de COVINCA consistentes en ejecutar y entregar las Obras de Puesta a Punto comprendidas entre las progresivas 920+000 y 921+400.
9. El 10 de marzo de 2017, el Concedente y el Concesionario suscribieron un Acta de Suspensión de Obligaciones, mediante la cual se acordó suspender las obligaciones del Concesionario de: (a) acreditación del Cierre Financiero de las Obras distintas a la Puesta a Punto en el plazo previsto en la Cláusula 6.1; (b) inicio de las Obras distintas a la Puesta a Punto en el plazo previsto en la Cláusula 6.12-A; y (c) el plazo para la presentación de los documentos para la constitución de garantías a favor de los Acreedores Permitidos en el plazo previsto en la Cláusula 11.8, por 180 días calendario.
10. El 3 de octubre de 2017, el Concedente y el Concesionario suscribieron un Acta de Suspensión de Obligaciones, mediante la cual se suspendió el plazo de la obligación del Concedente consistente en la entrega de terrenos y se amplió la suspensión de las obligaciones del Concesionario de: (a) acreditación del Cierre Financiero de las Obras distintas a la Puesta a Punto en el plazo previsto en la Cláusula 6.1; (b) inicio de las Obras distintas a la Puesta a Punto en el plazo previsto en la Cláusula 6.12-A, y (c) el plazo para la presentación de los documentos para la constitución de garantías a favor de los Acreedores Permitidos en el plazo previsto en la Cláusula 11.8.
11. A través de la Carta N° COV-091-18, notificada el 22 de enero de 2018, el Concesionario remitió al Regulador el cronograma referencial de desembolsos del Fideicomiso de Recaudación para el sexto año de la concesión, alegando que el límite máximo de desembolsos ascendente a US\$ 4 587 174,00 ya no es aplicable, ya que al mes de marzo del 2017 había realizado inversiones para la ejecución de Obras Obligatorias superando la inversión mínima de US\$ 11 000 000,00 establecida en el Contrato de Concesión. Asimismo, incluyó en el Cronograma Referencial de Desembolsos la partida "Financiamiento Operativo" incorporando los pagos por Comisiones de Cartas Fianzas, Gastos Financieros y Amortización de Capital del Financiamiento Operativo.
12. A través del Oficio N° 088-18-GG-OSITRAN y el Informe N° 023-18-GAJ-OSITRAN notificados al Concesionario el 17 de abril de 2018, el Regulador señaló que la inaplicación de los referidos límites correspondería únicamente a partir del Cierre Financiero de las Obras distintas de Puesta a Punto.



13. Mediante Acta de Trato Directo del 13 de junio de 2018, las Partes declararon que se iniciarán los trámites previstos en el Contrato de Concesión para que se celebre una Adenda al mismo, reconociendo que el Concesionario debe acceder a los recursos del Fideicomiso de Recaudación, una vez que alcance la inversión mínima de US\$ 11 000 000,00 más IGV en Obras Obligatorias.
14. A través de la suscripción del Acta de Suspensión de Obligaciones firmada el 11 de junio de 2018, entre el Concedente y el Concesionario, se suspendió el plazo de la obligación del Concedente consistente en la entrega de terrenos y se amplió por 10 meses adicionales la suspensión de las obligaciones del Concesionario de: (a) acreditación del Cierre Financiero de las Obras distintas a la Puesta a Punto en el plazo previsto en la Cláusula 6.1; (b) inicio de las Obras distintas a la Puesta a Punto en el plazo previsto en la Cláusula 6.12-A; y, (c) el plazo para la presentación de los documentos para la constitución de garantías a favor de los Acreedores Permitidos en el plazo previsto en la Cláusula 11.8.
15. Mediante Acta de Acuerdos en Trato Directo firmada el 22 de junio de 2018, el Concedente y el Concesionario acordaron, entre otros puntos, reconocer que se han presentado una serie de eventos que afectan la ejecución del Contrato de Concesión y declarar su común interés y comprometer su esfuerzo para encontrar, conforme a lo previsto en las Leyes Aplicables y en el Contrato de Concesión, los mecanismos que resulten necesarios para resolver los efectos de dichos eventos. Asimismo, en dicha Acta reconocieron que para el reinicio de las Obras de Puesta a Punto es indispensable que se produzca, de manera previa, la suscripción de la Adenda 2 al Contrato de Concesión que regule el Fideicomiso de Recaudación, según los términos de dicha Acta.
16. En la referida acta, se acuerda que la suscripción de la Adenda 2 al Contrato de Concesión regule:

"a) Que: (i) se reconozca que, en aplicación del numeral 6) del Anexo XI del Contrato de Concesión, la clasificación de uso y montos máximos establecidos en dicho numeral no serán exigibles al momento en que el Concesionario alcance la inversión mínima de US\$ 11'000,000.00 sin IGV, en Obras Obligatorias, y (ii) se establezca un procedimiento expeditivo para que efectivamente y por mes vencido se desembolsen los fondos acumulados en el Fideicomiso de Recaudación a favor del Concesionario, conforme a lo acordado en el numeral 5.1 del Acta de Trato Directo del 13 de junio de 2018; o,

b) Que se reconozca la extinción, liquidación y terminación del Fideicomiso de Recaudación al haber alcanzado la inversión mínima de US\$ 11'000,000.00 sin IGV, en Obras Obligatorias."

17. Por Carta COV-718-18, recibida el 03 de Julio de 2018, el Concesionario remitió al Concedente con copia al OSITRAN, una Propuesta de Adenda N°2 al Contrato de Concesión que permita la modificación del ANEXO XI del Contrato de Concesión, relacionado al Fideicomiso de Recaudación. Adjunto a dicha propuesta, presentó el documento de sustento "Informe de Sustento Legal, Técnico y Económico Financiero de Proyecto de Adenda N°2 al Contrato de Concesión - Modificación Anexo XI".

18. Mediante Oficio N° 3017-2018-MTC/25, recibido el 12 de julio de 2018, el Concedente a través de la Dirección General de Concesiones en Transportes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, DGCT) convocó al Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, MEF), el OSITRAN y a la Contraloría General de la República (en adelante, CGR) a la



Primera Reunión de Evaluación Conjunta, para emitir opinión respecto de la Propuesta de Adenda N°2.

19. Con fecha 17 de julio de 2018, se realizó la Primera Reunión de Evaluación Conjunta de la Propuesta de Adenda N°2, con la participación de representantes del MTC, MEF y CGR. Al respecto se debe precisar que el Regulador no Participo de la mencionada Reunión, debido a una reprogramación de la hora de reunión, que no fue comunicada oportunamente al Regulador.
20. Con fecha 02 de agosto de 2018, mediante la Carta COV-829-18 el Concesionario, a solicitud del MEF, remitió al Concedente con copia al MEF y OSITRAN, información complementaria al sustento Técnico, Económico y Financiero presentado mediante la Carta COV-718-18, adjuntando dos escenarios del modelo financiero del Proyecto,
21. Mediante Oficio N° 3398-2018-MTC/25, recibido el 06 de agosto de 2018, el Concedente convocó al MEF, el OSITRAN y a la CGR a la Segunda Reunión de Evaluación Conjunta para emitir opinión respecto a la Propuesta de Adenda N°2.
22. Con fecha 09 de agosto de 2018, se realizó la Segunda Reunión de Evaluación Conjunta de la Propuesta de Adenda N°2, con la participación de los representantes del MTC, MEF, OSITRAN Y CGR. En dicha reunión, se acordó invitar al Concesionario a que presente los sustentos de la propuesta de Adenda propuesta.
23. A través del Oficio Múltiple N° 0023-2018-MTC/25, recibido el 10 de agosto de 2018, el Concedente convocó al MEF, el OSITRAN y a la CGR a la Tercera Reunión de Evaluación Conjunta para emitir opinión respecto de la Propuesta de Adenda N°2.
-  24. Con fecha 13 de agosto de 2018, se realizó la Tercera Reunión de Evaluación Conjunta de la Propuesta de Adenda N°2, en la cual el Concesionario expuso sus principales sustentos para la propuesta de modificación al Contrato de Concesión.
25. Mediante correo electrónico de fecha 17 de agosto del 2018, el Concedente remite al Regulador documentación sustentatoria de la propuesta de adenda N° 2; así como, el Acta de sesión de la Primera Reunión de Evaluación Conjunta.
-  26. Mediante Oficio Múltiple N°0026-2018-MTC/2, recibido el 20 de agosto, el Concedente comunicó al MEF, OSITRAN y la CGR la finalización de Evaluación Conjunta. Asimismo, informó que enviará los sustentos de la Propuesta de Adenda N°2 al Contrato de Concesión, en los próximos días, para la emisión de la opinión correspondiente.
-  27. Mediante Oficio N° 3787-2018-MTC/25, recibido el 24 de agosto de 2018, el Concedente remitió al Regulador el proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión y el Informe N° 1263-2018-MTC/25 que lo sustenta, solicitando la opinión técnica correspondiente.
28. Con fecha 05 de septiembre de 2018, las Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, de Supervisión y Fiscalización y de Asesoría Jurídica remitieron a la Gerencia General de OSITRAN el Informe N° 009-18-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, mediante el cual se emite opinión técnica respecto de la solicitud formulada mediante oficio de la referencia.
-  29. El 10 de septiembre de 2018, se llevó a cabo la Sesión N° 647-2018 del Consejo Directivo de OSITRAN. Luego del debate correspondiente, los miembros del Consejo Directivo solicitaron a
- 

las Gerencias un desarrollo más detallado de determinados aspectos contenidos en el Informe N° 009-18-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, lo cual ha sido atendido en el presente Informe.

III. MARCO LEGAL Y CONTRACTUAL APLICABLE

III.1 Sobre la modificación del Contrato de Concesión

30. El inciso 23.1 del artículo 23 del 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 (en adelante, TUO DL 1224), establece lo siguiente:

"Artículo 23.- Modificaciones contractuales

23.1 El Estado, de común acuerdo con el inversionista, podrá modificar el contrato de Asociación Pública Privada manteniendo su equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, conforme a las condiciones y requisitos que establezca el Reglamento.
[...]"

[Subrayado agregado.]

31. Del mismo modo, el artículo 53 del Reglamento del Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada Mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos, aprobado por el Decreto Supremo N° 410-2015-EF (en adelante, Reglamento del DL 1224) señala que las Partes pueden convenir en modificar el contrato de Asociación Pública Privada manteniendo el equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, y, además, procurarán no alterar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto. Esta norma agrega, además, que en todo momento el Concedente debe mantener el valor por dinero a favor del Estado.

32. En atención a lo expuesto, la propuesta de modificación del Contrato de Concesión debe sustentar la conveniencia de su modificación, para lo cual debe respetar los parámetros que el marco normativo establece.

33. De otro lado, el artículo 28 del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante, REGO), aprobado por el Decreto Supremo N° 044-2006-PCM¹ y sus modificatorias, establece que corresponde a este Regulador, a través de su Consejo Directivo, emitir opinión respecto de las propuestas de modificación de los contratos de concesión. En tal sentido, dispone lo siguiente:

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

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

[...]

3. *La propuesta de modificación de los Contratos de Concesión. En este caso la opinión técnica previa es emitida por el OSITRAN respecto del acuerdo al que hayan arribado las partes, salvo que el respectivo contrato de concesión disponga procedimiento distinto.*

[...]"

34. Por su parte, el Capítulo XIX del Contrato de Concesión señala lo siguiente:

¹ Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el día 27 de julio de 2006.



"CAPÍTULO XIX: MODIFICACIONES AL CONTRATO

19.1 Toda solicitud de enmienda, adición o modificación del presente Contrato por cualquiera de las Partes deberá ser presentada a la otra Parte, con copia al REGULADOR, con el debido sustento técnico y económico financiero y con la conformidad de los Acreedores Permitidos según lo establezcan los actos y contratos de Endeudamiento Garantizado Permitido, en el caso de ser aplicable. El CONCEDENTE resolverá la solicitud contando con la opinión técnica del REGULADOR. El acuerdo de modificación será obligatorio para las Partes solamente si consta por escrito y es firmado por los representantes debidamente autorizados de las Partes.

La solicitud que en ese sentido realice el CONCESIONARIO o el CONCEDENTE deberá respetar la naturaleza de la Concesión, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas, el equilibrio económico y financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.

De conformidad con el Artículo 33 del TUO, las Partes podrán modificar el presente Contrato, previo acuerdo por escrito, por causa debidamente fundada y cuando ello resulte necesario al interés público, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico - financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.

Para efectos de lo establecido en los párrafos precedentes, debe tomarse en cuenta que la modificación de cualquiera de los términos establecidos en el presente Contrato, requiere de la opinión previa del REGULADOR.

(...)"

35. Por su parte, los incisos 23.2, 23.3 y 23.4 del artículo 23 del TUO DL 1224, regulan un mecanismo de Evaluación Conjunta, de acuerdo a los siguientes términos:

"Artículo 23.- Modificaciones contractuales

(...)

23.2 En un plazo máximo de diez (10) días hábiles de recibida la solicitud de adenda, el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local convoca a las entidades públicas que deben emitir opinión a la adenda propuesta, quienes asisten al proceso de evaluación conjunta, a la cual también puede ser convocado el inversionista. En esta etapa se puede solicitar información sobre el diseño del proyecto y contrato al Organismo Promotor de la Inversión Privada, que estuvo a cargo del proceso de promoción en que se originó el contrato, o del órgano que haga sus veces.

(...)

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

(...)

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

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

"Artículo 54.- Límite temporal para la suscripción de adendas

Durante los tres (03) primeros años contados desde la fecha de suscripción del contrato, no pueden suscribirse adendas a los contratos de Asociación Público Privada, salvo que se trate de:

- a. La corrección de errores materiales.
- b. Hechos sobrevinientes a la adjudicación de la buena pro que generan modificaciones imprescindibles para la ejecución del proyecto.

c. La precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato.”

“Artículo 55.- Evaluación conjunta

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

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

55.3 De acuerdo a las fechas programadas por el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local, las entidades públicas convocadas tienen la obligación de asistir a las sesiones del proceso de evaluación conjunta².

55.4 Las entidades públicas convocadas, emiten comentarios y/o consultas preliminares a los temas y/o materias de la adenda. Corresponde únicamente al Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local determinar la concurrencia del inversionista y sus financistas, de ser necesario³.

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

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

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

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

- a) La corrección de errores materiales.
- b) Hechos sobrevinientes a la adjudicación de la buena pro que generan modificaciones imprescindibles para la ejecución del proyecto⁴.
- c) La precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato.

38. Igualmente, el artículo 23 del TUO DL 1224 y el artículo 55 de su Reglamento han establecido un mecanismo de Evaluación Conjunta de modificaciones contractuales, cuyas disposiciones se aplican en todos los casos de adendas solicitadas por el inversionista y, en lo que corresponda, en los casos de adendas solicitadas por el propio Ministerio. Así, entre otros aspectos, en el marco de dicha evaluación, recibida la propuesta, el Ministerio, en el plazo máximo de diez (10) días hábiles, convoca a las entidades públicas que deben emitir opinión a la adenda propuesta para el inicio del proceso de evaluación conjunta, adjuntando la información presentada por el inversionista, así como cualquier otra información adicional que resulte necesaria para la evaluación por parte de las entidades públicas.

² Numeral modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 243-2017-EF (22.08.2017).

³ Numeral modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 243-2017-EF (22.08.2017).

⁴ Esta disposición fue modificada por el Decreto Supremo N° 68-2017-EF, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 28.03.2017.

39. Finalmente, el inciso 57.1 del artículo 57 del Reglamento del DL 1224, establece que, sobre la base de la información proporcionada en el proceso de Evaluación Conjunta, el Concedente debe determinar y sustentar las modificaciones contractuales, y luego de ello, solicitar la opinión no vinculante del organismo regulador respectivo en los proyectos bajo su competencia.
40. Por su parte, el inciso 23.3 del artículo 23 del TUO DL 1224 y el artículo 57 de su Reglamento, prevén que las modificaciones que se produzcan a los contratos de concesión requieren opinión no vinculante del organismo regulador respectivo en los proyectos bajo su competencia, dentro del plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción de la solicitud de opinión, caso contrario, se considerará favorable. Así, el artículo 57 del Reglamento establece disposiciones específicas con relación a las modificaciones contractuales, señalando lo siguiente:

"Artículo 57.- Opiniones previas

57.1 En base a la información proporcionada en el proceso de evaluación conjunta, el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local determina y sustenta las modificaciones contractuales y solicita la opinión no vinculante del organismo regulador respectivo en los proyectos bajo su competencia.

57.2 Contando con la opinión del organismo regulador, la entidad pública solicita la opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas en caso las modificaciones alteren el cofinanciamiento, las garantías, así como ante cambios en los parámetros económicos y financieros del contrato, y aquellos cambios que puedan generar modificaciones al equilibrio económico financiero del contrato de Asociación Público Privada o que puedan generar contingencias fiscales al Estado.

57.3 Los acuerdos indistintamente a la denominación que adopten, que contengan modificaciones al contrato de Asociación Público Privada, que regulen aspectos de competencia del Ministerio de Economía y Finanzas y que no cuenten con opinión previa favorable de éste, no surten efectos y son nulos de pleno derecho.

57.4 La opinión de las entidades públicas competentes se emite en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción de la solicitud de opinión. Transcurrido el plazo máximo sin que estas entidades hubiesen emitido su opinión, se entiende que ésta es favorable⁵.

57.5 En caso dichas entidades requieran mayor información para la emisión de su opinión, dicho pedido de información se efectúa por una sola vez dentro de los tres (03) días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud de opinión. En este supuesto, el cómputo del plazo se suspende y sólo se reinicia una vez recibida la información requerida.

57.6 Emitida la opinión de las entidades públicas señaladas en los numerales precedentes, el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local solicita el Informe Previo de la Contraloría General de la República en caso las modificaciones incorporen o alteren el cofinanciamiento o las garantías del contrato de Asociación Público Privada conforme lo señalado en el artículo 13 del Decreto Legislativo N° 1224.

El Informe Previo únicamente puede referirse a aquellos aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado, de conformidad con el inciso 1) del artículo 22 de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. Dicho Informe Previo no es vinculante, sin perjuicio de control posterior.

El plazo para la emisión del Informe Previo es de diez (10) días hábiles. La Contraloría General de la República, cuenta hasta con tres (03) días hábiles de recibida la información para requerir por única vez, mayor información. En este caso, el cómputo del plazo se suspende desde el día de efectuada la notificación de información adicional, reanudándose a partir del día hábil siguiente de recibida la información requerida⁶.

⁵ Numeral modificado por el Decreto Supremo N° 068-2017-EF.

⁶ Numeral incorporado por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 243-2017-EF (22.08.2017).

41. De acuerdo con la referida norma, las opiniones sobre las modificaciones de los contratos de concesión deberán ser emitidas por los organismos reguladores en un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados a partir del día siguiente de la recepción de la solicitud de opinión, salvo que se requiera información complementaria, en cuyo caso los plazos quedarán suspendidos.
42. Al respecto, mediante el Oficio N° 3787-2018-MTC/25, notificado al OSITRAN el 24 de agosto de 2018, el Concedente ha presentado la solicitud de opinión previa al proyecto de adenda aludido, para lo cual remitió el Informe N° 1263-2018-MTC/25 y sus anexos. En tal sentido, el plazo para que el OSITRAN cumpla con emitir la opinión solicitada vence el martes 11 de septiembre de 2018.
43. En ese orden normativo, en los acápite siguientes se procederá con el análisis de admisibilidad y procedencia de la solicitud de opinión técnica no vinculante presentada por el Concedente al Regulador, en atención de la propuesta de adenda efectuada por el Concesionario en el marco del Capítulo XIX del Contrato de Concesión.

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

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

"Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

- f) Emitir opinión técnica sobre la procedencia de la renegociación o revisión de los contratos de concesión. En caso ésta sea procedente, elaborará un informe técnico correspondiente y lo trasladará al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.

(...)"

[Subrayado agregado.]

46. En concordancia con lo anterior, el artículo 28 del REGO establece lo siguiente:

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

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

(...)

3. La propuesta de modificación de los Contratos de Concesión. En este caso la opinión técnica previa es emitida por el OSITRAN respecto del acuerdo al que hayan arribado las partes, salvo que el respectivo contrato de concesión disponga procedimiento distinto.

(...)"

[Subrayado agregado.]

47. Asimismo, el Inciso 9 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN, aprobado por el Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, establece que es función del Consejo Directivo, el aprobar la opinión técnica previa a la celebración de contratos de concesión, su renovación, modificación del plazo de concesión, renegociación o revisión; así como declarar



la improcedencia de las solicitudes de renegociación o revisión, conforme a la normativa de la materia.

48. Como puede advertirse, el marco legal vigente, de cumplimiento obligatorio para las Entidades Prestadoras, entre las que se encuentra el Concesionario, establece que corresponde al Regulador emitir opinión técnica en el caso de modificación del Contrato de Concesión.
49. De otro lado, los "Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión", aprobados por el Acuerdo de Consejo Directivo N° 557-154-04-CD-OSITRAN (en adelante, los Lineamientos), establecen los criterios a analizar en caso se presenten solicitudes de interpretación, modificación y reconversión de los Contratos de Concesión.
50. En concreto, el numeral 6.2 prevé que en caso de los supuestos de modificación sustancial, la opinión del Regulador deberá contener un análisis de los efectos de la modificación, sugiriendo los términos de la misma, sobre la base del análisis del cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Prestadora; precisando además, en su quinto párrafo, los casos de modificaciones sustanciales de un contrato, señalándose a manera de ejemplo los siguientes: la alteración del equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión, la ampliación de su plazo de vigencia, la modificación del Régimen Tarifario, los cambios en el Plan de Inversiones a cargo del Concesionario, entre otros⁷.
51. En lo que respecta específicamente al Contrato de Concesión materia de modificación, debemos señalar que en el Capítulo XIX del mismo establece lo siguiente:

"CAPÍTULO XIX: MODIFICACIONES AL CONTRATO

19.1 Toda solicitud de enmienda, adición o modificación del presente Contrato por cualquiera de las Partes deberá ser presentada a la otra Parte, con copia al REGULADOR, con el debido sustento técnico y económico financiero y con la conformidad de los Acreedores Permitidos según lo establezcan los actos y contratos de Endeudamiento Garantizado Permitido, en el caso de ser aplicable. El CONCEDENTE resolverá la solicitud contando con la opinión técnica del REGULADOR. El acuerdo de modificación será obligatorio para las Partes solamente si consta por escrito y es firmado por los representantes debidamente autorizados de las Partes. La solicitud que en ese sentido realice el CONCESIONARIO o el CONCEDENTE deberá respetar la naturaleza de la Concesión, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas, el equilibrio económico y financiero de las prestaciones a cargo de las Partes. De conformidad con el Artículo 33 del TUO, las Partes podrán modificar el presente Contrato, previo acuerdo por escrito, por causa debidamente fundada y cuando ello resulte necesario al interés público, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico - financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.
(...)"

[Énfasis y subrayado agregados.]

52. Como se evidencia, el primer párrafo de la cláusula citada establece expresamente que el solicitante de la Adenda asume la obligación contractual de presentar el "debido sustento

⁷ Asimismo, en relación a la "Modificación del alcance de una obligación", los Lineamientos establecen como elementos mínimos de análisis, los siguientes:

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

técnico y económico financiero" como requisito para que este Regulador pueda emitir su opinión técnica previa.

53. En ese sentido, dentro del marco legal y contractual antes expuesto, será evaluado el proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión.
54. Finalmente, cabe precisar que la opinión técnica emitida por el OSITRAN y contenida en el presente Informe tiene carácter no vinculante, de conformidad con el inciso 180.2 del artículo 180 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, el cual establece que "los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, con las excepciones de ley", y lo expresamente señalado por el inciso 23.3 del artículo 23 del TUO DL 1224 y el artículo 57.1 de su Reglamento.

IV. ANÁLISIS

55. Luego de revisar la solicitud de opinión sobre el proyecto de Adenda N° 02 al Contrato de Concesión, remitida por el Concedente, así como lo establecido en el Contrato de Concesión y el marco legal vigente, se presenta nuestro análisis que consta de dos secciones:
- Análisis de admisibilidad de la solicitud de opinión.
 - Análisis del proyecto de Adenda.

IV.1 Análisis de admisibilidad de la solicitud de opinión

56. El Capítulo XIX del Contrato de Concesión prevé que toda solicitud de enmienda, adición o modificación del presente Contrato deberá ser presentada a la otra Parte, con copia a este Regulador, con el debido sustento técnico y económico financiero. El Concedente resolverá la solicitud contando con la opinión técnica del OSITRAN.

57. Sobre el particular, conforme se advirtió líneas arriba, el artículo 23 del TUO DL 1224, establece que "El Estado, de común acuerdo con el inversionista, podrá modificar el contrato de Asociación Público Privada manteniendo su equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, conforme a las condiciones y requisitos que establezca el Reglamento".

58. En ese orden de ideas, corresponde evaluar el cumplimiento de los siguientes requisitos respecto de la solicitud de modificación del Contrato de Concesión:

- Sustento legal, técnico y económico-financiero.
- La naturaleza del proyecto y las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas. En el presente caso, este análisis solo tendría que circunscribirse a las condiciones económicas (específicamente financieras, para este caso en particular, dada el objeto de la adenda).
- El Equilibrio Económico-Financiero.
- Las condiciones de competencia del proceso de promoción.

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

59. Sobre el particular, el Concedente notificó el Oficio Múltiple N° 0026-2018-MTC/25 con fecha 20 de agosto de 2018, mediante el cual informó el fin de la evaluación conjunta del proyecto



de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión, en concordancia con lo establecido en el inciso 55.6 del artículo 55 del Reglamento del DL 1224. Asimismo, con fecha 24 de agosto de 2018, el Concedente notificó el Oficio N° 3787-2018-MTC/25, con el cual remite el Informe N° 1263-2018-MTC/25, por el que se sustenta el referido proyecto de adenda, y solicita a OSITRAN que emita opinión previa.

60. En el marco del artículo 23 del TUO DL 1224, a través del Informe N° 1263-2018-MTC/25, el Concedente evalúa el cumplimiento de los requisitos formales de la propuesta de adenda, en lo que respecta a Condiciones de competencia del proceso de promoción y Equilibrio económico financiero, así como respecto a la distribución de riesgos.
61. De otro lado, en relación al límite temporal para la suscripción de Adendas durante los tres (3) primeros años contados desde la fecha de suscripción del contrato de concesión, previsto en el artículo 54 del Reglamento del DL 1224, dicha restricción no resulta aplicable en el presente caso, toda vez que, el Contrato de Concesión materia de análisis fue suscrito el 30 de enero de 2013.
62. De igual modo, la propuesta cumple con los requisitos de admisibilidad establecidos en el artículo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 058-2006-CD-OSITRAN, según la cual, la solicitud debe contener -entre otros- *"la propuesta de redacción de la o las estipulaciones contractuales materia de modificación (...) del contrato de concesión"*.
63. En consecuencia, atendiendo a que la solicitud de opinión técnica presentada por el Concedente mediante el Oficio N° 3787-2018-MTC/25, notificado el 24 de agosto de 2018, respecto del proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión cumple con los requisitos de admisibilidad señalados anteriormente, la referida solicitud debe admitirse a trámite; procediendo, por tanto, el análisis de fondo de la modificación contractual propuesta.
64. No obstante, debe advertirse que la verificación formal del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad, no representa conformidad alguna sobre el fondo del sustento técnico remitido. La evaluación técnica del contenido de la información, la suficiencia y pertinencia de la misma, así como la evaluación de la propuesta de adenda remitida por el Concedente, serán desarrolladas en las secciones siguientes.



IV.1.2. La naturaleza del proyecto y las condiciones económicas contractualmente convenidas

65. A través del Informe N° 1263-2018-MTC/25, el Concedente afirma que la Adenda propuesta no afecta el referido parámetro en atención a lo siguiente:

"c) La naturaleza de la concesión

- 6.11. De conformidad con el numeral 2.5 del Capítulo II del Contrato de Concesión, la concesión se encuentra dentro de los alcances de una Asociación Público-Privada Autosostenible, en la modalidad de concesión onerosa.
- 6.12. El presente Proyecto de Adenda no altera, en ningún extremo, lo señalado en el numeral anterior, toda vez que la condición de la acreditación del cierre financiero de las Obras distintas de Puesta a Punto no estaba prevista en el esquema original del Contrato de Concesión, sino que fue incorporado a través de la Adenda N° 1."



* Inciso d) del artículo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 058-2006-CD-OSITRAN, por el que Dictan disposiciones para presentación de solicitudes de reconversión y/o modificación de contratos de concesión y para emisión de opinión técnica.

66. Del acápite citado, se advierte que, a criterio del Concedente, la modificación propuesta en el proyecto de Adenda no afecta la naturaleza del proyecto, toda vez que este mantiene su condición de auto sostenible.
67. En lo que respecta al mantenimiento de las condiciones económicas, en el punto 6.32 del Informe N° 1263-2018-MTC/25 el Concesionario señala expresamente *"En el presente proyecto de Adenda, el Estado no ha brindado garantía o generado endeudamiento público para hacer frente a algún aspecto de la Concesión; las condiciones económicas contractualmente convenidas no se han alterado. Se mantiene así el equilibrio económico financiero del Contrato."*(Subrayado y énfasis agregados).
68. Sin perjuicio de ello, la verificación formal del cumplimiento de los requisitos analizados en este subtítulo no representa conformidad alguna sobre el fondo del sustento remitido, lo cual se verificará en las siguientes secciones de este Informe, sin perjuicio de la evaluación que le corresponde realizar al MEF en el marco de sus competencias.

IV.1.3. El Equilibrio Económico – Financiero

69. Respecto a este punto, mediante el Informe N° 1263-2018-MTC/25, el Concedente afirma que la Adenda propuesta no afecta el Equilibrio económico financiero entre las Partes del Contrato de Concesión, sustentando su posición en el siguiente texto.

e) Equilibrio económico financiero

(...)

6.35 *Los contenidos de la Propuesta de Adenda N° 2 no afecta el Equilibrio Económico Financiero de la Concesión, en la medida que no afectan la equidad entre las partes.*

6.36 *Asimismo, el proyecto de Adenda N° 2 contempla una declaración de las partes, con lo cual el Concedente y el Concesionario declaran que la presente Adenda respeta (...) el equilibrio económico financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.*

6.37 *En síntesis, en el marco de la estructura legal y contractual, podemos afirmar que:*

- *Las propuestas (sic.) de modificación contractual cumplen con respetar el diseño general de Contrato de Concesión, puesto que el Estado no ha brindado ninguna garantía adicional o generado endeudamiento público para hacer frente a algún aspecto del desarrollo de la Concesión.*
- *Las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas no han sido alteradas.*
- *Todos los beneficios y riesgos contenidos en el Contrato han mantenido su asignación original. No se ha modificado porcentaje, mecanismos de ajuste, momentos de ajuste, diseño u condición contractual alguna que pudiere significar una transformación, revisión u alteración a las condiciones económicas y técnicas convenidas entre las partes.*

(...)"

70. En ese sentido, el Concedente manifiesta que las modificaciones propuestas en el proyecto de Adenda respetan el equilibrio económico financiero de la concesión al no afectar la equidad entre las Partes, pues el Concedente no ha otorgado garantía adicional ni generado endeudamiento público. De esta manera, puede concluirse que se cumplió con el requisito formal en este extremo. Sin embargo, la verificación formal del mismo no representa conformidad alguna sobre el fondo del sustento remitido, lo cual se verificará en las siguientes secciones de este Informe, sin perjuicio de la evaluación que le corresponde realizar al MEF en el marco de sus competencias.



IV.1.4. Las condiciones de competencia del proceso de promoción

71. Sobre el particular, mediante el Informe N° 1263-2018-MTC/25, el Concedente presenta los siguientes argumentos para establecer que no se han alterado las Condiciones de Competencia del proceso de promoción:

"d) Condiciones de competencia del proceso de promoción

6.13. El diseño del Contrato de Concesión establece que el Concesionario se haga responsable por la ejecución de Obras de Puesta de Punto (sic.) y Obras Distintas de Puesta a Punto en el Tramo Vial (...).

6.15. La concesión se diseñó bajo la modalidad Autosostenible y se otorgó por un plazo de veinticinco (25) años.

6.16. El Factor de Competencia, fue la mayor cantidad de Obras para Concurso y Desempate que el Concesionario esté dispuesto a ejecutar, además de las Obras Mínimas de acuerdo lo establecido en las Bases del Concurso (...).

(...)

6.25. En consecuencia, conforme fue estructurado el Contrato de Concesión, las condiciones ofrecidas por el Estado Peruano y asumidas por las inversionistas, fueron las siguientes:

(i) La recaudación por peajes, temporalmente, no sería de libre disposición del Concesionario, pues sería depositada en un Fideicomiso de Recaudación hasta que se cumpliera con acreditar una inversión mínima en Obras ascendente a US\$11'000,000 sin considerar IGV. Conforme a la estructuración del Proyecto, esta inversión mínima debía cumplirse en el Segundo Año de la Concesión;

(ii) En tanto se cumplía con la inversión mínima requerida, el Concesionario podría efectuar retiros del Fideicomiso de Recaudación para efectos del funcionamiento general de la Concesión, tanto de aspectos operativos como administrativos, conforme a los límites establecidos en el Anexo XI.

(iii) Una vez acreditada la inversión mínima, el saldo existente en el Fideicomiso, así como los flujos que se siguieran generando por el Proyecto serían de libre disposición del Concesionario.

(iv) Para asegurarse que el Concesionario cumpliría con las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión, se acordó que éste debería entregar las garantías de Fiel Cumplimiento de Ejecución de Obras y de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión, además, sus accionistas deberían de realizar aportes al capital social del Concesionario.

6.26. Si bien las anteriores eran garantías para el estado (tanto el empleo de los recursos generados para el impulso inicial de las Obras hasta el cumplimiento de ciertas condiciones como las fianzas de fiel cumplimiento y los aportes que asumirían los accionistas), también eran condiciones que otorgan derechos al Concesionario, pues definen los alcances de sus obligaciones.

(...)

6.28. A través de la suscripción de la Adenda N° 1 al Contrato de Concesión, se modificaron las condiciones bajo las que se estructuró el Proyecto pues en ella (i) las Obras fueron divididas en obras de Puesta a punto y obras distintas de Puesta a Punto, estableciéndose oportunidades distintas para el inicio y fin de cada una; y (ii) se establecieron dos cierres financieros, uno para cada tipo de Obra, incluyendo que el correspondiente a las Obras de Puesta a Punto (que debía ocurrir a los siete días calendario de suscrita la Adenda 1) podría acreditarse con Empresas Vinculadas al Concesionario, es decir, serían los accionistas del Concesionario, como efectivamente ocurrió, quienes financiarían la ejecución de estas Obras.

(...)

6.30. Finalmente, también se modificó el Numeral 1 del Anexo XI, quedando redactado de la siguiente manera:

(...)

6.31. Con este último cambio se introdujo un requisito adicional al de la acreditación de la inversión mínima para la extinción del Fideicomiso: a partir de la Adenda N° 1, sería necesario, además, que el Concesionario acreditara el Cierre Financiero de las Obras distintas de Puesta a Punto.

6.32. En el presente proyecto de Adenda, el Estado no ha brindado garantía o generado endeudamiento público para hacer frente a algún aspecto de la Concesión; las condiciones económicas contractualmente convenidas no se han alterado. Se mantiene así el equilibrio económico financiero del Contrato.

6.33. Por todo lo expuesto, la presente Adenda cumple con respetar el diseño original del Contrato, ya que no se ha introducido ninguna modificación en la naturaleza de la misma en la Concesión."

72. De acuerdo con lo expuesto, el Concedente manifiesta que las modificaciones propuestas en el proyecto de Adenda no desvirtúan las condiciones de competencia mediante las cuales se adjudicó el proyecto, toda vez que no se ha incorporado modificación alguna vinculada al Factor de Competencia, es decir, a las Obras para Concurso y Desempeño. De esta manera, puede concluirse que se ha cumplido con el requisito formal en este extremo, sin perjuicio del análisis de fondo que se realice en el acápite pertinente.

IV.2 Análisis del proyecto de Adenda

73. El marco legal aplicable exige que la modificación del Contrato de Concesión mantenga el equilibrio económico-financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, procurando no alterar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto. En tal sentido, el análisis de las modificaciones propuestas se realizará observando, entre otros, dichos parámetros.

IV.2.1 Cuestión previa: Asignación de riesgos

74. La identificación, evaluación y asignación de los riesgos son elementos clave en el diseño de un contrato de Asociación Público Privada (APP). En particular, la asignación de riesgos tiene un importante impacto en el costo de capital y el financiamiento de la concesión, dado que en el diseño del proyecto se busca establecer el equilibrio financiero de la concesión bajo una determinada asignación de riesgos. Así, una eventual modificación o reasignación de los riesgos establecidos en el Contrato de Concesión podría provocar una alteración del equilibrio económico de la concesión.

75. Lo anterior es reconocido por el TUO DL 1224, a través del inciso 11.2 del artículo 11, el cual establece que en los contratos de APP debe existir una adecuada distribución de riesgos entre las partes, de manera que éstos sean asignados a aquella parte con mayores capacidades para administrarlos, considerando el perfil de riesgos del proyecto. En esa misma línea, el inciso 2.1 del artículo 2 del Reglamento DL 1224, establece como principios exclusivos de las APP los siguientes: i) adecuada distribución de riesgos, y ii) valor por dinero³. Con relación a este

Al respecto, el inciso 2.4 del artículo 2 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224 ha identificado de manera enunciativa cuatro momentos en los que –dependiendo de la decisión adoptada por el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local responsable del proyecto– se genera valor por dinero para un proyecto APP: a) al momento de la priorización de proyecto, escogiendo aquellos que generen mayor valor para la sociedad en su conjunto considerando el manejo eficiente de los recursos, b) al momento de seleccionar la modalidad de ejecución más adecuada para llevar a cabo el proyecto (contrato de obra pública, por APP o por otro mecanismo previsto en la ley), teniendo en cuenta la aplicación de los criterios de elegibilidad c) al momento de la identificación y distribución de los riesgos a la parte con mayores capacidades para administrarlos, d) al momento de establecer las reglas para el proceso de promoción de la inversión privada, asegurando condiciones de competencia que garanticen la igualdad de condiciones entre todos los postores, y e) al momento de establecer pagos vinculados a la prestación del servicio y/o disponibilidad de la infraestructura del proyecto.



último, el inciso 2.5 del artículo 2 de dicho cuerpo normativo dispone que en los procesos de renegociación de contratos de APP –es decir, en el proceso de modificaciones contractuales, como en el presente caso- el Concedente es responsable de garantizar el valor por dinero establecido en el contrato original de APP, con lo cual cualquier modificación contractual debería como mínimo mantener el valor por dinero con el cual se dio inicio al proyecto.

76. Asimismo, conforme a los Lineamientos que rigen el actuar de OSITRAN¹⁰, los principios generales aplicables al análisis de procedencia y opinión técnica para las modificaciones y reconversiones de los contratos de concesión son los siguientes:

- Equilibrio¹¹
- No discriminación
- Beneficio – Costo
- Transparencia
- Bienestar de los Usuarios¹²

77. En esa línea de razonamiento, el análisis de las modificaciones contenidas en el proyecto de Adenda se realizará verificando que las mismas no alteren la asignación de riesgos establecida en el Contrato de Concesión y, en caso de que alguna de las cláusulas propuestas no acompañe el debido sustento, se observará dicha circunstancia.

IV.2.2 Análisis de las modificaciones propuestas

Objeto del proyecto de Adenda

78. La presente Adenda tiene por objeto suprimir la condición relacionada a la acreditación del Cierre Financiero de las Obras distintas de Puesta a Punto para la extinción del Fidelcomiso de

¹⁰ Aprobados mediante Acuerdo del Consejo Directivo N° 1043-267-08-CD-OSITRAN del 12 de marzo de 2008.

¹¹ Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión.

“5.1 Equilibrio

Todo Contrato de Concesión busca, en lo posible, una igualdad en los derechos y obligaciones, es decir, que exista una equivalencia entre el derecho otorgado y los compromisos adquiridos. Se presume que el Contrato tiene y mantiene una adecuada distribución de riesgos, costos y beneficios entre las Partes, que derivan en el equilibrio de las ecuaciones económica y política del contrato.

Para la aplicación de este principio, se asocia a la ecuación económica un valor de la concesión y un retorno de referencia ajustado por riesgo, aspectos que no significan necesariamente garantizar un nivel de ganancia. En la práctica, el regulador puede establecer una tasa interna de retorno de la concesión y una varianza de referencia, estimadas para la explotación de las infraestructuras bajo condiciones óptimas y económicamente eficientes, y comparables con la experiencia internacional.

(...) Por tanto, las renegociaciones permiten restablecer el equilibrio económico con el que el Concesionario contrató, pero nunca ofrecer lucros adicionales, ni que se produzca un traspaso de riesgos entre las partes del contrato.

[Subrayado agregado.]

¹² Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión.

(...)

“5.5. Bienestar de los usuarios

Las modificaciones de contratos no podrán disminuir el nivel de bienestar de los usuarios (precios, calidad, riesgos y oportunidad), ni afectar el bienestar de terceros.”

Recaudación, regulado en el Anexo XI del Contrato de Concesión. Ello en función a lo establecido por la cláusula 10.1 del Contrato de Concesión, según la cual los recursos de la recaudación del peaje cubren los costos de Inversión, Operación y Conservación o Mantenimiento; y habiendo reconocido las Partes la existencia de hechos fuera del control del Concesionario, que afectan el Contrato de Concesión y que imposibilitan la acreditación del Cierre Financiero de las Obras distintas de Puesta a Punto.

Modificación del numeral 1 del Anexo XI del Contrato de Concesión

79. Mediante el proyecto de Adenda N° 2, Las Partes acuerdan modificar el numeral 1 del Anexo XI del Contrato de Concesión, la misma que se encuentra modificada en los siguientes términos:

CONTRATO VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 2
ANEXO XI FIDEICOMISO DE RECAUDACIÓN 1. El objetivo del Fideicomiso de Recaudación es garantizar el empleo eficiente de la recaudación por Peaje y el impulso inicial en la ejecución de las Obras Obligatorias, en los primeros años de la Concesión. Tendrá una vigencia desde la Fecha de Inicio de la Explotación de la Concesión hasta el momento en que: a) el REGULADOR verifique una inversión en Obras de responsabilidad del CONCESIONARIO ascendente como mínimo a Once Millones y 00/100 Dólares Americanos (US\$ 11'000,000.00), sin incluir el IGV; y, b) el CONCESIONARIO cumpla con acreditar el Cierre Financiero de las Obras distintas de Puesta a Punto, de acuerdo con lo previsto en la cláusula 6.1 del presente Contrato. Una vez cumplidas las condiciones conjuntamente a y b indicadas, corresponderá la liberación de los recursos disponibles en el Fideicomiso de Recaudación a favor del CONCESIONARIO y se procederá a extinguir la vigencia del mismo.	ANEXO XI FIDEICOMISO DE RECAUDACIÓN 1. El objetivo del Fideicomiso de Recaudación es garantizar el empleo eficiente de la recaudación por Peaje y el impulso inicial en la ejecución de las Obras Obligatorias, en los primeros años de la Concesión. Tendrá una vigencia desde la Fecha de Inicio de la Explotación de la Concesión hasta el momento en que el REGULADOR verifique una inversión en Obras de responsabilidad del CONCESIONARIO ascendente como mínimo a Once Millones y 00/100 Dólares Americanos (US\$ 11'000,000.00), sin incluir el IGV. Una vez verificada la inversión antes indicada, corresponderá la liberación de los recursos disponibles en el Fideicomiso de Recaudación a favor del CONCESIONARIO y se procederá a extinguir la vigencia del mismo.

80. Como se puede observar, la propuesta modificatoria pretende eliminar el segundo requisito para la liberación de los recursos y extinción del Fideicomiso de Recaudación, el cual establece que el Concesionario cumpla con acreditar el Cierre Financiero de las Obras distintas de Puesta a Punto (en adelante, ODPP)¹³.

¹³ Al respecto, el texto original del Contrato de Concesión previó un único cierre Financiero para todas las Obras Obligatorias, dentro de las cuales están comprendidas tanto las Obras de Puesta a Punto como las Obras Distintas de Puesta a Punto (Cláusula 1.9.61, literal a). Asimismo, conforme con el texto original, el cierre financiero se debía realizar después de la aprobación de los EDI, pero antes del inicio de las Obras Obligatorias (Cláusula 6.1); y el inicio de la ejecución de las Obras Obligatorias requería acreditar, previamente, el cierre financiero de los Obras Obligatorias (Cláusulas 6.12, literal a). En esa lógica, se entiende que la condición original que recogía el numeral 1 del Anexo XI del Contrato de Concesión cuando regulaba la vigencia del Fideicomiso de Recaudación, sujetando su permanencia al "(...) momento que el REGULADOR verifique una inversión en Obras de responsabilidad del CONCESIONARIO ascendente como mínimo a Once Millones y 00/100 Dólares Americanos (US\$ 11'000,000.00), sin incluir el IGV" (énfasis y subrayado).

81. Al respecto, se debe precisar que el mencionado requisito fue incorporado mediante la Adenda N° 1 al Contrato de Concesión. Por tanto, la modificación presentada mediante la propuesta de Adenda N° 2 implicaría regresar al texto original del Contrato, prescindiendo de la obligación de acreditar el Cierre Financiero de las ODPP.
82. Asimismo, es importante señalar que la incorporación del requisito de acreditar el Cierre Financiero de las ODPP no fue considerada en la propuesta de Adenda N° 1 remitida por el Concedente para opinión del Regulador. En efecto, el proyecto de Adenda N° 1 remitido al OSITRAN mediante Oficio N° 3168-2015-MTC/25, del 2 de octubre de 2015, el cual adjunta el Informe de sustento N°1098-2015-MTC/25, no consideraba la modificación al numeral 1 del Anexo XI del Contrato de Concesión.
83. Igualmente, corresponde precisar que dicha modificación recién figura en la propuesta de Adenda N° 1 remitida por el MTC al MEF para su opinión, mediante el Oficio N° 385-2016-MTC/25 del 19 de abril de 2016.
84. Según señala el MTC en los numerales 5.26 y 7.4 del Informe N° 1263-2018-MTC/25¹⁴, sustento de la propuesta de Adenda N° 2, la inclusión del referido requisito fue solicitada por el MEF con el objetivo de generar un mayor incentivo a que el Concesionario ejecute las ODPP, tal como se cita a continuación:

"5.26. Na obstante, lo señalado en el punto anterior, mediante la Adenda N°1 al Contrato de Concesión, se estableció, adicionalmente como segunda requisito, que el CONCESIONARIO cumpla con acreditar el Cierre Financiero de las Obras distintas de Puesta a Punto, de acuerdo con lo previsto en la Cláusula 6.1 del Contrato de Concesión. Este requisito adicional se incluyó, atendiendo la preocupación del Ministerio de Economía y Finanzas, a fin de generar mayor incentivo para que el CONCESIONARIO acredite el Cierre Financiero de las Obras distintas de Puesta a Punto, con el objetivo de garantizar el cumplimiento en la ejecución de dichas obras, antes de acceder a la disponibilidad del efectivo proveniente de la liquidación del Fideicomiso."

[Énfasis y subrayado agregados.]

"7.4 Mediante la Adenda N°1 al Contrato de Concesión se estableció, adicionalmente como segunda requisito para la liberación de los recursos disponibles en el Fideicomiso de Recaudación que el CONCESIONARIO cumpla con acreditar el Cierre Financiero de las Obras distintas de Puesta a Punto, de acuerdo con lo previsto en la Cláusula 6.1 del Contrato de Concesión. Este requisito adicional se incluyó, atendiendo la preocupación del Ministerio de Economía y Finanzas, a fin de generar mayor incentivo para que el CONCESIONARIO acredite el Cierre Financiero de las Obras distintas de Puesta a Punto, con el objetivo de garantizar el cumplimiento en la ejecución de dichas obras, antes de acceder a la disponibilidad del efectivo proveniente de la liquidación del Fideicomiso."

[Énfasis y subrayado agregados.]

85. De acuerdo con lo mencionado por el MTC en el Informe N° 0347-2016-MTC/25, remitido al MEF como sustento de la propuesta de Adenda N°1, la inclusión de dicha modificación no requería la opinión del Regulador en tanto no vulneraba el objeto de la adenda, pues no

agregados), al presuponer la existencia de un cierre financiero respecto de todas las Obras Obligatorias, si incorporaba como un presupuesto para su resolución el contar con el cierre financiero de las Obras Distintas a Puesta a Punto.

¹⁴ Remitido mediante el Oficio 3787-2018-MTC/25.

flexibilizaba las condiciones del Concesionario, sino que generaba una condición más para la liberación del Fideicomiso de Recaudación.

86. Considerando que el Regulador no fue requerido para la opinión de incorporación de un segundo requisito para la liberación y extinción del Fideicomiso de Recaudación mediante la Adenda N° 1 y teniendo en cuenta que la inclusión de tal requisito fue solicitada por el MEF, sería el MEF el más indicado para evaluar si actualmente se siguen manteniendo las condiciones que en su momento fueron la base para sustentar la inclusión del mencionado requisito y determinar si corresponde o no su eliminación mediante la presente modificación contractual.
87. Cabe indicar que la opinión del Regulador se emitió durante la vigencia del Decreto Legislativo N° 1012, mientras que la inclusión del mencionado requisito de acreditación de cierre financiero, como condición para la liberación de recursos del fideicomiso, ocurrió recién en la versión de adenda remitida por el MTC al MEF del 19 abril de 2016, cuando ya estaba vigente el Decreto Legislativo N° 1224.
88. Es de señalar que ninguno de los decretos legislativos antes citados regula el trámite a seguir cuando el Regulador ya opinó y el Concedente, luego de esta opinión, opta por introducir modificaciones al texto de adenda. No obstante, consideramos que, frente a modificaciones ulteriores efectuadas por el MTC, sería conveniente que se solicite opinión al Regulador sobre dichas modificaciones, en la medida que éstas sean de carácter sustancial e involucren nuevas obligaciones o derechos de las partes, que podrían conllevar a una revaluación de la opinión del Regulador.
89. Sin perjuicio de lo anterior, corresponde a este Regulador analizar si la eliminación del requisito de acreditar el Cierre Financiero de las ODPP para la liberación total del Fideicomiso de Recaudación en los términos planteados en el proyecto de Adenda N° 2 altera la distribución de riesgos de la concesión y si dicha modificación podría eliminar el incentivo incluido en el Contrato de Concesión mediante la Adenda N° 1 para culminar con las ODPP.

- a) **Con relación a la distribución de riesgos de la concesión y los incentivos para la culminación de las ODPP.**

90. La propuesta de Adenda N° 2 tiene por objeto suprimir la condición relacionada a la acreditación del Cierre Financiero de las ODPP para la extinción del Fideicomiso de Recaudación, regulado en el Anexo XI del Contrato de Concesión. De acuerdo con lo señalado previamente, tal condición fue incorporada mediante Adenda N° 1 al Contrato de Concesión.

91. Al respecto, cabe precisar que la Adenda N° 1 se firmó con el objetivo de viabilizar el financiamiento necesario para la ejecución de las Obras a cargo del Concesionario, así como para garantizar el inicio y ejecución de las mismas. Para ello, se realizaron las siguientes modificaciones:

- Se diferenció entre las OPP y las ODPP.
- Se modificó el procedimiento de acreditación del Cierre Financiero.
- Se modificaron los plazos para la entrega de terrenos necesarios para la ejecución de las Obras.
- Se modificaron los términos y condiciones para el incremento tarifario.
- Se modificó la oportunidad para acreditar el capital social del Concesionario.
- Se modificó la oportunidad del inicio de las Obras.



92. Además de las modificaciones antes señaladas, el MEF solicitó la incorporación de una segunda condición para la liberación del Fideicomiso de Recaudación. Ello con el objetivo de generar mayor incentivo para que el Concesionario acredite el Cierre Financiero de las ODPP, minimizando el riesgo para el Estado y los usuarios de un incumplimiento en la ejecución de dichas obras.
93. La propuesta de Adenda N° 2 considera eliminar la referida segunda condición, sin incorporar mecanismo alguno por parte del Concesionario que compense o mitigue el riesgo identificado por el MEF. Es decir, se prescinde del incentivo incluido en el Contrato de Concesión mediante la Adenda N° 1 para culminar con las ODPP.
94. Adicionalmente, la eliminación propuesta podría conllevar a que el Estado no cuente con los mecanismos para controlar el uso de los fondos remanentes del Fideicomiso de Recaudación en caso de caducidad e incluso antes que se dé el Cierre Financiero de las ODPP. Ello en la medida que, en el diseño original del Contrato de Concesión, el Fideicomiso de Recaudación también constituía una garantía adicional para la ejecución de las ODPP, toda vez que, de acuerdo con lo establecido en el numeral 10 del Anexo XI, si se produce la caducidad de la Concesión antes de la extinción del Fideicomiso de Recaudación, los fondos remanentes en el mismo se liberarían a favor del Concedente:

"10. En caso de producirse la Caducidad de la Concesión durante la vigencia del Fideicomiso de Recaudación, se procederá de conformidad con lo establecido en el Literal a) de la Cláusula 16.19 del Contrato. De existir un saldo remanente, los recursos serán liberados a favor del CONCEDENTE."

[Énfasis y subrayado agregados.]



95. En consecuencia, ante la posible eliminación del segundo requisito para la liberación del Fideicomiso de Recaudación, es importante que se evalúen las condiciones actuales de la Concesión y, de ser el caso, identificar si existen otras garantías que permitan mantener la distribución de riesgos de la Concesión y cubrir la contingencia identificada por el MEF cuando se negoció la Adenda N° 1 y así garantizar la ejecución de las ODPP.



- b) Con relación a la existencia de garantías que permitan respaldar el cumplimiento en la ejecución de las ODPP.

96. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, es importante mencionar que, de acuerdo con lo manifestado por el Concedente en su Informe de sustento, las Garantías de Fiel Cumplimiento a favor del Concedente cubrirían el riesgo de ejecución de las ODPP:



" 7.19. Respecto de las garantías a favor del Concedente que aseguran la ejecución de las Obras distintas de Puesta a Punto, debemos indicar que a la fecha permanecen vigentes todas aquellas que fueron definidas desde la estructuración del Proyecto, consistentes en (i) la Garantía de Fiel Cumplimiento de Ejecución de Obras, actualmente por S/11'600,000; (ii) la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión, por US\$10'800,000; y, (iii) los aportes al capital social que deberían efectuar los accionistas del Concesionario, actualmente ascendente a S/111'000,000 (siendo que esta Garantía de Responsabilidad Patrimonial, actualmente es mayor a la establecida por Proinversión al momento de la licitación). Lo anterior implica que el riesgo de ejecución de las Obras distintas de Puesta a Punto está cubierto con garantías existentes y efectivas, en las condiciones, montos y alcances definidos por PROINVERSIÓN en la estructuración del Proyecto.



7.20. En tal sentido, la eventual decisión de acordar la extinción del Fideicomiso de Recaudación con la Adenda en proceso de evaluación implicaría para el Estado Peruano encontrarse frente a un escenario de cobertura mayor al previsto a la celebración del Contrato de Concesión, lo que no perjudicaría los derechos del Concedente. ^a

[Énfasis y subrayado agregados.]

97. En relación al capital social del Concesionario, denominado en la cita previa como Garantía de Responsabilidad Patrimonial, cabe precisar que, si bien este puede representar la intención del Concesionario de llevar adelante la ejecución de las inversiones en vista que posee un monto superior a lo requerido por el Contrato de Concesión¹⁵ y que en el orden de las obligaciones de pago en caso de liquidación es la última que retornaría a los accionistas; dicho capital no constituye una garantía *per se*, sino que representa los recursos aportados por los accionistas con la finalidad de avanzar en la ejecución de las inversiones de OPP ante dificultades para obtener el Cierre Financiero ¹⁶. En tal sentido, el capital social del Concesionario no representa en sí una garantía que resguarde la ejecución de las ODPP¹⁷.
98. Por otro lado, en el Cuadro N° 1 se muestra los valores de las Garantías de Fiel Cumplimiento y del Fideicomiso de Recaudación, correspondientes a los años 2015, 2016 y 2017.

¹⁵ El literal b) de la cláusula 3.5 señala que a la fecha del cierre financiero el Concesionario deberá acreditar un capital social mínimo del 15% del presupuesto aprobado en el EDI. Al 2017, el capital social del Concesionario asciende a S/ 111 millones, lo cual representa alrededor del 30% del presupuesto aprobado en el EDI.

¹⁶ Se aprecia en los estados Financieros Auditados del ejercicio 2017, que existen cuentas por cobrar a entidades relacionadas por S/ 31 millones, de las cuales S/ 21 millones corresponden a un adelanto de construcción y S/ 10 millones de préstamo a una empresa vinculada.

¹⁷ Es importante resaltar que los aportes de capital social, si bien representaron un factor requerido al momento de la licitación, no son una Garantía de que el Concesionario cumpla con realizar las obras requeridas, como son el caso de las Garantías de Fiel Cumplimiento, que ante un incumplimiento constructivo implicarían un desembolso de dinero a favor del Concedente, tal como se señala en el Contrato de Concesión:

^a 19.9.48 Garantía de Fiel Cumplimiento de Ejecución de Obras

Es la Garantía Bancaria otorgada para garantizar la correcta ejecución de las Obras, incluyendo el pago de las penalidades y demás sanciones y otras obligaciones, de conformidad con lo señalado en la Cláusula 11.2.

1.9.49 Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión

Es la Garantía Bancaria otorgada para garantizar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones a cargo del CONCESIONARIO, incluidas las de Explotación y el pago de las penalidades que no estén garantizadas por la Garantía de Fiel Cumplimiento de Ejecución de Obras, conforme con lo señalado en la Cláusula 11.3 y 15.10...

Por otro lado, el mismo Contrato de Concesión en el "Capítulo XI: GARANTÍAS", establece como Garantías a favor del Concedente, las Garantías de Fiel Cumplimiento de Ejecución de Obras y la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión.

Cuadro N° 1
Valor de las Garantías de Fiel Cumplimiento y Fideicomiso de Recaudación

Tipo	Valor (millones de US\$)		
	2015	2016	2017
Garantías de Fiel Cumplimiento	10,8	14,2	14,4
Fideicomiso de Recaudación	12,7	12,5	11,8
TOTAL	23,5	26,7	26,2

Nota: Al 2015, los EEFF muestran que el Concesionario solo poseía una Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión, a partir del 2016 se suma la Garantía de Fiel Cumplimiento de Ejecución de Obras.

Fuente: Estados Financieros Auditados de COVINCA.

Elaboración: Gerencia de Regulación y Estudios Económicos de OSITRAN.

99. Como se puede observar, al cierre del 2015¹⁸ el valor de las Garantías de Fiel Cumplimiento y Fideicomiso de Recaudación tenían un valor de US\$ 10,8 y 12,7 millones, respectivamente; mientras que, al cierre del 2017, dichos valores son de 14,4 y 11,8 millones. Esto muestra un aumento de un aproximado de US\$ 2,7 millones en el valor de las Garantías de Fiel cumplimiento¹⁹.
100. Con base a la información expuesta, con relación a lo argumentado en los numerales 7.19 y 7.20 del Informe de sustento del MTC que establecen que las Garantías de Fiel Cumplimiento a favor del Concedente cubrirían el riesgo de ejecución de las ODPP, se debe resaltar que al momento de la firma de la Adenda N° 1, ya se contaba con una garantía de Fiel Cumplimiento con un Valor de US\$ 10,8 millones. A pesar de ello, el MEF propuso incluir el Cierre Financiero de las ODPP como condición adicional para la liberación del Fideicomiso de Recaudación.
101. Por tanto, si bien existe un aumento en el valor de las Garantías de Fiel Cumplimiento, respecto al valor existente en la fecha de firma de la Adenda N° 1, se considera necesario que se evalúe la incorporación de algún mecanismo que permita reemplazar y cubrir la función ejercida por el Fideicomiso de Recaudación en caso este se extinguiera previo a la obtención del cierre financiera de las ODPP.²⁰

¹⁸ Se debe resaltar que el Concesionario y el Concedente firmaron la Adenda N° 1 al Contrato de Concesión, el 09 de mayo de 2016.

¹⁹ También se debe tomar en cuenta el avance de las obras ejecutadas a la fecha, lo cual se muestra mediante el siguiente cuadro:

Tipo	Estado	Inversión del Concesionario antes de IGV (US\$ corrientes)	Tipo	Estado	Inversión del Concesionario antes de IGV (US\$ corrientes)
OPP	Ejecutado entregado	23 296 370,17	ODPP		
	Ejecutado por entregar			Adelanto ejecutado	6 566 560,26
	Por ejecutar	2 233 067,68		Por ejecutar	78 698 601,58

Fuente: Gerencia de Supervisión de Fiscalización de OSITRAN.

Elaboración: Gerencia de Regulación y Estudios Económicos de OSITRAN.

²⁰ Generalmente, el mecanismo empleado para este fin es una garantía de ejecución de obra; sin embargo, es oportuno indicar que las entidades financieras han solicitado al Concesionario depositar prácticamente el monto total de las garantías de fiel cumplimiento de contrato y garantías de ejecución de obras que se establecieron durante el proceso licitatorio que actualmente tiene el Concesionario, inmovilizando dichos recursos y generando problemas de liquidez para la ejecución de las obras, lo cual es un reflejo de la apreciación de riesgo de los bancos hacia el proyecto y la concesión.

c) Con relación a los problemas financieros de la Concesión.

102. De otro lado, en el Informe de sustento presentado por el MTC (Informe N° 1263-2018-MTC/25), así como en el Informe de sustento Legal, Técnico y Económico Financiero remitido por el Concesionario durante el proceso de Evaluación Conjunta²¹, se afirma que la liberación de recursos del Fideicomiso de Garantía se utilizaría para continuar y culminar con la ejecución de las Obras de Puesta a Punto (en adelante, OPP), así como honrar los pagos referentes a los contratos de financiamiento suscritos por el Concesionario²².
103. Sin embargo, en los mismos documentos mencionados en el párrafo anterior, se establece que la liberación de los recursos del Fideicomiso de Recaudación no es el único obstáculo para la culminación de las OPP. Al respecto, en la Carta s/n de Pavimentos Colombia S.A.S.²³ (acreedor del Cierre Financiero de las OPP), se señala que existen cuatro (4) eventos que califican individualmente como Efecto Material Adverso²⁴, tal como se confirma en el numeral 7.17 del Informe de sustento presentado por el MTC.

"7.17. Sin embargo, estos hechos también han repercutido sobre la ejecución de las Obras de Puesta a Punto pues los financiadores del Concesionario para la ejecución de dichas Obras de Puesta a Punto le han suspendido los desembolsos para continuar con ellas por:

- (i) El ya mencionado Evento de Fuerza Mayor;*
- (ii) la imposibilidad del Concesionario de acceder a los recursos del Fideicomiso de Recaudación, en los términos previstos en el Contrato de Concesión;*
- (iii) la incertidumbre generada para la activación de los derechos tarifarios a los cuales tiene acceso el Concesionario, según el Contrato de Concesión; y*
- (iv) el incumplimiento del Concedente de instalar unidades de peaje en la vía Costanera Sur."*

[Énfasis y subrayado agregados.]

104. Asimismo, el numeral 5.30 del Informe de sustento remitido por el MTC, indica que Pavimentos Colombia S.A.S. suspendió todos los desembolsos y otorgó un plazo para que se subsane los cuatro (4) hechos calificados como Efecto Material Adverso, que, de no efectuarse, procederá

²¹ Presentado por el Concesionario al Regulador mediante la Carta COV-718-18, el 3 de Julio de 2018.

²² A agosto de 2018, el Concesionario mantiene vigentes tres Contratos de Financiamiento con: (i) Pavimentos Colombia S.A.S. (empresa vincula con la cual se realizó el Cierre Financiero de las OPP, permitido mediante la Ademada N°1), (ii) Banco GNB y (iii) Banco Davivienda. Al respecto, se debe precisar que dichos Financiamientos al no haber constituido Endeudamiento Garantizado Permitido no pasaron por opinión previa del Regulador. Asimismo, se debe resaltar que, los financiamientos con terceros (distintos a Acreedores Permitidos), son facultados en algunos Contratos de Concesión, pero tienen la característica de no constituir Endeudamiento Garantizado Permitido y por tanto no reciben las garantías ni el empleo de bienes facultados por el mismo Contrato, tal es el caso de los flujos de ingresos de la Concesión que están siendo depositados en el Fideicomiso de Recaudación.

Adjuntada por este en el Anexo 23 de su Informe de Sustento Legal, Técnico y Económico y Financiero. Dicho Informe fue remitido al regulador mediante la Carta COV-718-18 del 3 de julio de 2018, como parte del proceso de Evaluación Conjunta.

²⁴ La Carta s/n de Pavimentos Colombia S.A.S. cita la definición de "Efecto de Material Adverso" contenida en el Contrato de préstamo suscrita con el Concesionario:

"Cláusula 1.1. Definiciones

Efecto Material Adverso: Significa cualquier acto, hecho u omisión que tenga un efecto significativamente adverso sobre los negocios, bienes, operaciones, desempeño, prospecto o condición financiera o de otra índole de Covinca o del Proyecto, que afecte o pueda llegar afectar sustancialmente el cumplimiento de las obligaciones que se contraigan bajo el Contrato de Préstamo"

a declarar la ocurrencia de un Evento de Incumplimiento y, en consecuencia, exigir el pago de todo lo adeudado, así como de las garantías por los desembolsos ya efectuados.

" 5.30.

(...)

En base a dicha calificación, el CONCESIONARIO señala que dicho financiador, en aplicación de lo establecido en el contrato de préstamo, ha procedido a suspender todos los desembolsos y otorgándole un plazo de 30 días para la subsanación de los 4 hechos calificados como Efecto Material Adverso, caso contrario, procederá a declarar la ocurrencia de un Evento de Incumplimiento y, en consecuencia, exigir el pago de todo lo adeudado así como de las garantías por los desembolsos ya efectuados."

[Énfasis y subrayado agregados.]

105. Respecto al desarrollo de las ODPP, el numeral 3 del Informe de sustento Legal, Técnico y Económico Financiero del proyecto de Adenda N° 2²⁵, presentado por el Concesionario, señala lo siguiente:

"3. Hechos sobrevenientes que Imposibilitan el Cierre Financiero de las ODPP

(...)

Así, pese a los esfuerzos del Concesionario para realizar el Cierre Financiero de las ODPP conforme a la Adenda N° 01, distintos posibles financiadores han indicado que esos hechos sobrevenientes afectan de forma integral el Contrato de Concesión e impiden la materialización del referido Cierre Financiero. En efecto, mediante comunicación de Interbank y Bancolombia del 23 de noviembre de 2016 y de Sumitomo Mitsui Banking Corporation del 25 de octubre de 2017, los posibles financiadores indicaron que no podían otorgar el financiamiento solicitado para las ODPP debido a:

3.1. Evento de Fuerza Mayor en San Juan de Sigüas, Arequipa.

(...)

3.2. Incumplimiento del Concedente respecto de la Costanera Sur.

(...)

3.3 Antecedentes Instalación Peajes/Situación Concesiones Perú.

(...)"

[Énfasis y subrayado agregados.]



106. Adicionalmente a lo indicado en el numeral anterior, cabe señalar que conforme al Memorandum N° 1167-2018.MTC/20.15 del 07 de febrero de 2018, remitido como parte de los anexos al Informe N° 1263-2018-MTC/25, Proviás Nacional informó sobre las acciones adoptadas para la liberación de terrenos, y presentó un nuevo cronograma de la entrega de predios que corresponde a la ejecución de las Obras distintas de Puesta a Punto. Así, en dicho documento se indicó que el inicio de la entrega de terrenos se daría en junio de 2018 y terminaría en septiembre de 2018, con la totalidad de la entrega de los predios. No obstante, el Concedente no ha presentado información sobre el avance real de dicha actividad; por el contrario, en la reunión de evaluación conjunta del 13 de agosto de 2018, el Concesionario indicó que la entrega real de terrenos para la ejecución de las Obras distintas de Puesta a Punto ha sido menor al 20%.

107. Como se puede observar, independientemente de la liberación de los recursos del Fideicomiso de Recaudación, existen otros factores que en su conjunto conducen a un problema de predictibilidad en los flujos de ingresos de la Concesión (el evento de Fuerza Mayor en San Juan de Sigüas, la falta de entrega de terrenos, la falta de activación del peaje en la vía



Presentado por el Concesionario al Regulador mediante la Carta COV-718-18, el 3 de Julio de 2018.



Costanera). Dicho problema, en consecuencia, genera un riesgo que compromete la ejecución de las OPP y el posterior Cierre Financiero de las ODPP. Por tanto, la liberación, ya sea parcial o total, del Fideicomiso de Recaudación no garantiza financieramente el adecuado desarrollo de la Concesión, ya que no considera una solución integral, la cual es requerida por los acreedores de las OPP para la liberación de fondos y por los posibles acreedores de las ODPP para su cierre financiero.

d) Con relación al desarrollo de la Concesión

108. Independientemente del análisis previo, es importante reconocer la ocurrencia de hechos que son ajenos al control del Concesionario y que han afectado considerablemente el desarrollo de la Concesión, tales como los deslizamientos en Sigüas, la falta de entrega de terrenos en los plazos previamente acordados y la falta de activación del peaje en la vía Costanera.

109. En este contexto, podrían implementarse soluciones intermedias que permitan dar continuidad al proyecto, respetando el equilibrio económico financiero de la Concesión y la distribución de riesgos entre las Partes. Al respecto, en opinión del Regulador, una alternativa viable ante la situación actual sería una liberación parcial del Fideicomiso Recaudación, de acuerdo con las necesidades justificadas del proyecto. Asimismo, en caso se considere pertinente implementar tal alternativa, se recomienda considerar los siguientes aspectos:

i) Es necesario que se defina si se permitirá que el Fideicomiso de Recaudación libere recursos que sean empleados en la ejecución directa de las OPP y las ODPP;

ii) En caso se permita liberar recursos del Fideicomiso de Recaudación para atender los cronogramas de pago de los financiamientos existentes hasta que se haya logrado solucionar los problemas de la concesión antes descritos y se logre el Cierre Financiero de las ODPP, debe evaluarse si los desembolsos cubrirían el financiamiento con la empresa vinculada (Pavimentos Colombia S.A.S.) o si también se incluiría a los financiamientos con Banco GNB y Banco Davivienda. Ello en la medida que estos últimos constituirían en principio, contratos de financiamiento de los socios del Concesionario y no directamente a la Concesión.

iii) Es importante definir el mecanismo más eficiente que permita realizar los desembolsos del Fideicomiso de Recaudación. Entre algunas opciones que podrían evaluarse se encuentran ampliar el techo permitido de desembolsos, o permitir desembolsos conforme a los requerimientos, previa aprobación.

110. Finalmente se debe enfatizar que, ya sea que se dé una liberación parcial o total del Fideicomiso de Recaudación u otra alternativa intermedia, esta no garantiza financieramente el adecuado desarrollo de la Concesión, ya que no soluciona el resto de los problemas identificados y que son requeridos de resolver por los acreedores de las OPP para la liberación de fondos y por los posibles acreedores de las ODPP para su Cierre Financiero. En consecuencia, la liberación de recursos del Fideicomiso de Recaudación es solo una solución parcial cuya finalidad es lograr la continuidad de la Concesión, siendo que los demás problemas listados en el presente informe deben ser resueltos a la brevedad.



V. CONCLUSIONES

111. La solicitud de opinión técnica respecto de la propuesta de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Tramo Vial Desvío Quilca – Desvío Arequipa (Repartición) – Desvío Matarani – Desvío Moquegua – Desvío Ilo – Tacna – La Concordia, cumple con los requisitos de admisibilidad previstos en el Contrato de Concesión y en las Leyes y Disposiciones Aplicables.
112. Mediante la presente modificación contractual se pretende eliminar la segunda condición para la liberación de los recursos y extinción del Fideicomiso de Recaudación, la cual establece que el Concesionario debe cumplir con acreditar el Cierre Financiero de las ODPP. Dicha condición fue incorporada al Anexo XI del Contrato de Concesión mediante la Adenda N°1.
113. La inclusión de dicho requisito, según lo señala el MTC, fue solicitada por el MEF a fin de generar mayor incentivo para que el Concesionario acredite el Cierre Financiero de las ODPP, con el objetivo de garantizar el cumplimiento en la ejecución de dichas obras, antes de acceder a la disponibilidad del efectivo proveniente de la liquidación del Fideicomiso. En opinión del Concedente, la inclusión de dicha condición no vulneraba el objeto de la adenda, por lo que no se requería la opinión del OSITRAN.
114. Si bien la legislación vigente no regula el trámite a seguir cuando el Regulador ha emitido su opinión y, con posterioridad a ello, el Concedente opta por introducir modificaciones al texto de adenda; consideramos que, frente a modificaciones ulteriores efectuadas por el MTC, sería conveniente que se solicite opinión al Regulador, en la medida que éstas sean de carácter sustancial e involucren nuevas obligaciones o derechos de las partes, que podrían conllevar a una revaluación de la opinión del Regulador.
115. Considerando que el Regulador no fue requerido para la opinión de incorporación de una segunda condición para la liberación y extinción del Fideicomiso de Recaudación mediante la Adenda N° 1 y teniendo en cuenta que la inclusión de tal condición fue solicitada por el MEF, sería el MEF el más indicado para evaluar si actualmente se siguen manteniendo las condiciones que en su momento fueron la base para sustentar la inclusión del mencionado requisito y determinar si corresponde o no su eliminación mediante la presente modificación contractual.
116. Sin perjuicio de lo anterior, este Regulador considera que la propuesta de Adenda N° 2 implica una alteración a la distribución de riesgos en el Contrato de Concesión, en tanto se elimina la segunda condición para la extinción del Fideicomiso de Recaudación, sin incorporar mecanismo alguno que mitigue el riesgo identificado por el MEF.
117. Asimismo, es importante reconocer la ocurrencia de hechos que son ajenos al control del Concesionario y que han afectado considerablemente el desarrollo de la concesión, tales como los deslizamientos en Sigvas, la falta de entrega de terrenos y la falta de activación del peaje en la vía Costanera. En consecuencia, podrían implementarse soluciones intermedias que permitan dar continuidad al proyecto, respetando el equilibrio económico financiero de la Concesión y la distribución de riesgos entre las Partes (por ejemplo, la liberación parcial del Fideicomiso de Recaudación, de acuerdo con las necesidades justificadas del proyecto y considerando los aspectos mencionados en el numeral 109 anterior del presente Informe).



VI. RECOMENDACIÓN

Se recomienda al Consejo Directivo aprobar el presente Informe, que contiene la opinión técnica requerida por el Concedente respecto del proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Tramo Vial Desvío Quilca – Desvío Arequipa (Repartición) – Desvío Matarani – Desvío Moquegua – Desvío Ilo – Tacna – La Concordia.

Atentamente,



RICARDO QUESADA ORÉ

Gerente de Regulación y Estudios Económicos



DAVID VILLEGAS BALAREZO

Gerente de Supervisión y Fiscalización (e)



JAVIER CHOCANO PORTILLO

Gerente de Asesoría Jurídica

Reg. Sal. GRE N° 33925-18
Reg. Ref. 20997-18



OSITRAN
GERENCIA GENERAL

PROVEIDO N°: 66-9-2018-66

PARA : SCD J. MEJIA

ACCIONES A SEGUIR : SE REMITE INFORME TECNICO PARA SU INCLUSION EN AGENDA DEL CONSEJO DIRECTIVO

11 SET. 2018

FECHA