CARGO

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

"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES
E-258995-2018
CONTRASEÑA: 29DL7U
FECHA Y HORA: 2018/09/20 15:48:24
TELÉFONO: 615-7800
Revise sus trámites en nuestro www.mtc.gob.pe/sidt

OFICIO CIRCULAR N° 020-2018-SCD-OSITRAN

Lima, 19 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.-

Asunto : Opinión sobre el proyecto de Adenda N° 4 al Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N° 4: Pativilca – Santa – Trujillo y Salaverry – Empalme R01N.

Referencia : Acuerdo de Consejo Directivo N° 2125-648-18-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 Extraordinaria N° 648-2018-CD-OSITRAN de fecha 19 de setiembre de 2018, se adoptó el Acuerdo N° 2125-648-18-CD-OSITRAN, referido a la emisión de Opinión sobre el proyecto de Adenda N° 4 al Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N° 4: Pativilca – Santa – Trujillo y Salaverry – Empalme R01N.

Al respecto, remito a usted copia certificada del referido Acuerdo, así como copia del Informe N° 013-18-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, para su conocimiento y fines.

Atentamente

MARÍA DEL CARMEN LEVAGGI VEGA
Secretaria del Consejo Directivo

Reg. Sol. SCD N° 35180-18

ACUERDO N° 2125-648-18-CD-OSITRAN
de fecha 19 de setiembre de 2018

Vistos, el Informe N° 013-18-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y los Oficios Nos. 3794-2018-MTC/25 y 3993-2018-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° 013-18-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y, en consecuencia, emitir opinión técnica del Regulador respecto del proyecto de Adenda N° 4 al Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N° 4 (Pativilca – Santa – Trujillo y Salaverry – Empalme R01N).

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° 013-18-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a la empresa Autopista del Norte S.A.C. - AUNOR.

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

Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
www.ositran.gob.pe

CARGO

PERÚ | Presidencia del Consejo de Ministros | OSITRAN | Organismo 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° 020-2018-SCD-OSITRAN

Lima, 19 de setiembre de 2018

Señor
VICTOR TIRADO CHAPOÑAN
Gerente General
AUTOPISTA DEL NORTE S.A.C. - AUNOR
Av. 28 de Julio N° 150, piso 4 - Oficina 401
Miraflores.-

Asunto : Opinión sobre el proyecto de Adenda N° 4 al Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N° 4: Pativilca – Santa – Trujillo y Salaverry – Empalme R01N.

Referencia : Acuerdo de Consejo Directivo N° 2125-648-18-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 Extraordinaria N° 648-2018-CD-OSITRAN de fecha 19 de setiembre de 2018, se adoptó el Acuerdo N° 2125-648-18-CD-OSITRAN, referido a la emisión de Opinión sobre el proyecto de Adenda N° 4 al Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N° 4: Pativilca – Santa – Trujillo y Salaverry – Empalme R01N.

Al respecto, remito a usted copia certificada del referido Acuerdo, así como copia del Informe N° 013-18-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° 35180-18

AUTOPISTA DEL NORTE S.A.C.
20 SEP 2018
RECIBIDO
Hora 16:17 Firma
NO ES SEÑAL DE CONFORMIDAD

AUTOPISTA DEL NORTE S.A.C.
21 SEP 2018
RECIBIDO
Hora Firma
ES SEÑAL DE CONFORMIDAD

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
www.ositran.gob.pe

ACUERDO N° 2125-648-18-CD-OSITRAN
de fecha 19 de setiembre de 2018

Vistos, el Informe N° 013-18-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y los Oficios Nos. 3794-2018-MTC/25 y 3993-2018-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° 013-18-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y, en consecuencia, emitir opinión técnica del Regulador respecto del proyecto de Adenda N° 4 al Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N° 4 (Pativilca – Santa – Trujillo y Salaverry – Empalme R01N).

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° 013-18-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a la empresa Autopista del Norte S.A.C. - AUNOR.

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

Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
www.ositran.gob.pe

OSITRAN
GERENCIA GENERAL
19 SEP 2018
RECIBIDO
FIRMA: HORA: 17:30

INFORME Nº 013-18-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN

Para : **JUAN CARLOS MEJÍA 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

OSITRAN
SECRETARÍA CONSEJO DIRECTIVO
19 SEP 2018
RECIBIDO
FIRMA: HORA:

Asunto : Opinión sobre proyecto de Adenda N° 4 al Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial Nº 4: Pativilca - Santa - Trujillo y Salaverry - Empalme R01N.

Referencia : Oficio N° 3794-2018-MTC/25, recibido el 03.09.2018
Oficio N° 3993-2018-MTC/25, recibido el 11.09.2018

Fecha : 19 de setiembre de 2018

I. OBJETO

1. Emitir la opinión técnica solicitada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a través de los documentos de la referencia, respecto del proyecto de Adenda N° 4 al Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial Nº 4: Pativilca - Santa - Trujillo y Salaverry - Empalme R01N.

II. ANTECEDENTES

OSITRAN V°B° D. VILLEGAS

2. Con fecha 18 de febrero de 2009, el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC o Concedente) y autopista del norte S.A.C. (en adelante, AUNOR o el Concesionario), suscribieron el Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N°4 (Pativilca – Santa – Trujillo y Salaverry – Empalme R01N) (en adelante, el Contrato de Concesión).

3. Con fecha 7 de setiembre de 2015, el Concedente y el Concesionario suscribieron la Adenda N°1 al Contrato de Concesión.

OSITRAN V°B° R. QUESADA O.

4. Con fecha 22 de julio de 2016, el Concedente y el Concesionario suscribieron la Adenda N°2 al Contrato de Concesión.

5. Con fecha 3 de abril de 2017, el Concedente y el Concesionario suscribieron la Adenda N°3 al Contrato de Concesión.

OSITRAN V°B° CHOCANO ASESORÍA JURÍDICA

6. Mediante Carta AN-GG-C-18-345, de fecha 26 de marzo del 2018, el Concesionario solicita al Concedente la modificación del Contrato de Concesión, de conformidad con el Título VI del

Reglamento del Decreto Legislativo N°1224, con el objeto de permitir que el Concesionario obtenga el reperfilamiento de su deuda, así como, el financiamiento de las Obras de Desempate y la acreditación de recursos para la ejecución de la Obra Vial no Ofertada "Vía de Evitamiento Chimbote".

7. A través de los Oficios N° 1731-2018-MTC/25, N° 1768-2018-MTC/25 y N° 1769-2018-MTC/25, de fechas 19 y 20 de abril de 2018, el MTC da inicio al proceso de Evaluación Conjunta del Proyecto de Adenda N°4 y convoca al Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, MEF), al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante, OSITRAN o Regulador) y a la Contraloría General de la República (en adelante, CGR), respectivamente, a la primera reunión para dicho fin.

8. Con fecha 25 de abril de 2018, se realizó la Primera Reunión de Evaluación Conjunta de la Propuesta de Adenda N°4, en la cual el Concesionario expuso sus principales sustentos para la propuesta de modificación al Contrato de Concesión.

9. Mediante Oficio N° 1945-2018-MTC/25, recibido el 03 de mayo de 2018, el Concedente convocó al MEF, al OSITRAN y a la CGR a la Segunda Reunión de Evaluación Conjunta para emitir opinión respecto a la Propuesta de Adenda N°4.

10. Con fecha 09 de mayo de 2018, se realizó la Segunda Reunión de Evaluación Conjunta de la Propuesta de Adenda N°4, con la participación del MEF, al OSITRAN, la CGR y el Concesionario.

11. Mediante Oficios N° 2175-2018-MTC/25, N° 2301-2018-MTC/25 y N°2381-2018-MTC/25 recibidos el 16, 25 y 31 de mayo, respectivamente, el Concedente convocó al MEF, al OSITRAN y a la CGR a la Tercera Reunión de Evaluación Conjunta para emitir opinión respecto a la Propuesta de Adenda N°4.

12. Con fecha 04 de junio de 2018, se realizó la Tercera Reunión de Evaluación Conjunta de la Propuesta de Adenda N°4, con la participación del MEF, el OSITRAN, la CGR y el Concesionario.

13. Mediante Oficio Múltiple N° 0015-2018-MTC/25, recibido el 13 de junio de 2018, el Concedente convocó al MEF, al OSITRAN y a la CGR a la Cuarta Reunión de Evaluación Conjunta para emitir opinión respecto a la Propuesta de Adenda N°4.

14. Con fecha 14 de junio de 2018, se realizó la Cuarta Reunión de Evaluación Conjunta de la Propuesta de Adenda N°4, con la participación del MEF, el OSITRAN, la CGR y el Concesionario.

15. Mediante Oficio Múltiple N°0017-2018-MTC/25, recibido el 03 de julio de 2018, el Concedente convocó al MEF, al OSITRAN y a la CGR a la Quinta Reunión de Evaluación Conjunta para emitir opinión respecto a la Propuesta de Adenda N°4.

16. Con fecha 06 de julio de 2018, se realizó la Quinta Reunión de Evaluación Conjunta de la Propuesta de Adenda N°4, con la participación del MEF, el OSITRAN, la CGR y el Concesionario.

17. Mediante Oficio N° 3409-2018-MTC/25, recibido el 07 de agosto de 2018, el Concedente convocó al MEF, al OSITRAN y a la CGR a la Sexta Reunión de Evaluación Conjunta para emitir opinión respecto a la Propuesta de Adenda N°4.

18. Con fecha 10 de agosto de 2018, se realizó la Sexta Reunión de Evaluación Conjunta de la Propuesta de Adenda N°4, con la participación del MEF, el OSITRAN, la CGR y el Concesionario.

19. Mediante Oficio Múltiple N° 0027-2018-MTC/25, recibido el 20 de agosto de 2018, el Concedente comunicó al MEF, al OSITRAN y a la CGR el cierre de la fase de Evaluación Conjunta de la Propuesta de Adenda N°4.

20. Mediante Oficio N° 3794-2018-MTC/25, recibido el 03 de setiembre de 2018, el Concedente remitió al Regulador el proyecto de Adenda N° 4 al Contrato de Concesión y el Informe N° 1280-2018-MTC/25 que lo sustenta, solicitando la opinión técnica correspondiente.

21. Mediante Oficio N° 168-2018-GG-OSITRAN, notificado el 06 de setiembre de 2018, el Regulador solicitó al Concedente lo siguiente: (i) el Informe N° 261-2018/PROINVERSION/SG, con el que PROINVERSION da respuesta a las consultas planteadas por el MTC en los Oficios N° 1956-2018-MTC/25 y 2303-2018-MTC/25, en el marco de la Evaluación Conjunta de la presente Propuesta de Adenda N°4; (ii) los informes de PROINVERSION que adjuntan a su informe de respuesta al MTC y que sustentan el esquema de inversiones y el análisis de Asignación de Riesgos, Esquema de Garantías y Cuantificación de Pasivos Contingentes para el Estado, y (iii) atender una precisión sobre las condiciones de competencia..

22. Mediante Oficio N° 3993-2018-MTC/25, recibido el 11 de setiembre de 2018, el Concedente remitió al Regulador el Informe N° 1380-2018-MTC/25 que atiende lo requerido en el Oficio N° 168-2018-GG-OSITRAN, respecto de las condiciones de competencia del proceso, así como, el Oficio N° 261-2018/PROINVERSION/SG, que adjunta el Informe Legal-Financiero N° 01-2018/DPP, el cual a su vez mediante su anexo adjunta el informe del "Modelo Financiero que sustenta el esquema de inversiones de la Concesión", el informe de "Análisis y asignación de riesgos, esquemas de garantías por parte del Estado y del Concesionario y cuantificación de pasivos contingentes para el Estado", y el informe de "Determinación del Factor de Competencia" desarrollados por PROINVERSION durante la etapa de licitación de la Red Vial 4.

23. El 19 de septiembre de 2018, se llevó a cabo la Sesión Extraordinaria N° 648-2018 del Consejo Directivo de OSITRAN. Luego del debate correspondiente, los miembros del Consejo Directivo solicitaron a las Gerencias un desarrollo más detallado del numeral 143 del Informe N° 011-18-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

24. 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 Público Privada manteniendo su equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, conforme a los condiciones y requisitos que establezca el Reglamento.*
> *(...)"*
>
> [Subrayado agregado.]

25. 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 Público 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. La norma agrega que en todo momento el Concedente debe mantener el valor por dinero a favor del Estado y que, durante el proceso de evaluación de una adenda, es obligación del Concedente publicar en su portal institucional las propuestas de adenda que se presenten durante su evaluación.

26. 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.

27. De otro lado, en lo que respecta a las modificaciones contractuales, el literal f) del inciso 7.1 del artículo 7 de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, 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.]

28. En concordancia con lo anterior, 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-PCM[1] 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.*
> *(...)"*

29. Por su parte, el Capítulo XIX del Contrato de Concesión señala 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. La Parte resolverá la solicitud contando con la opinión técnica del REGULADOR. El acuerdo*

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

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, condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibro 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, quien se pronunciará respecto del acuerdo al que hayan arribado las Partes. (...)"

30. 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".

(Subrayado agregado)

31. 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 conjunta[2].

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 necesario[3].

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."

32. 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 proyecto[4].
    c) La precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato[5].

33. De otro lado, 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 Concedente. 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. Este proceso culmina cuando así lo disponga el Concedente, quien debe informar de su decisión a las entidades públicas y al inversionista[6].

OSITRAN V°B° D. VILLEGAS

---

[2] Numeral modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo Nº 243-2017-EF (22.08.2017).

OSITRAN V°B° R. QUESADA O.

[3] Numeral modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo Nº 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.

[5] Adicionalmente, el artículo 58 del Reglamento del DL 1224 ha previsto una cuarta excepción a la posibilidad de suscribir adendas al contrato de concesión dentro de los tres (03) primeros años de suscrito: cuando el restablecimiento del equilibrio económico financiero de una Concesión requiera modificaciones al contrato.

OSITRAN V°B° J. CHOCANO

[6] Conforme con lo previsto en el numeral 55.6 del artículo 55 del Reglamento del DL 1224.

34. Finalmente, concluido el procedimiento de Evaluación Conjunta, se inicia el procedimiento para que cada entidad competente evalúe y emita su opinión sobre las modificaciones contractuales propuestas. Conforme con lo regulado en el numeral 23.3 del artículo 23 del TUO DL 1224 y el numeral 57.1 del artículo 57 del Reglamento del DL 1224, esta etapa inicia con la evaluación que debe realizar el Concedente sobre la base de la información proporcionada en el proceso de Evaluación Conjunta, para determinar y sustentar las modificaciones contractuales, para proseguir con la solicitud de los informes de las distintas entidades señaladas por la Ley. El primer informe que se debe solicitar corresponde a la opinión no vinculante del organismo regulador respectivo en los proyectos bajo su competencia. Esta opinión debe ser emitida dentro del plazo máximo de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción de la solicitud de opinión; caso contrario, se considerará favorable.

35. Así, el artículo 57 del Reglamento regula en forma específica esta etapa del proceso de modificación contractual de los Contratos de Asociación Público Privadas, 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 favorable[7].*
> *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 l) 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*

[7] Numeral modificado por el Decreto Supremo N° 068-2017-EF.

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 requerida[8]".

36. 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.

37. Al respecto, mediante el Oficio N° 3794-2018-MTC/25, notificado al OSITRAN el 03 de septiembre de 2018, el Concedente ha presentado la solicitud de opinión previa al proyecto de adenda aludido, para lo cual remitió el Informe N° 1280-2018-MTC/25 y sus anexos. En tal sentido, el plazo para que el OSITRAN cumpla con emitir la opinión solicitada vencería, en principio, el martes 17 de septiembre de 2018.

38. No obstante, mediante Oficio N° 168-18-GG-OSITRAN, notificado al Concedente el 06 de septiembre de 2018, OSITRAN solicitó información adicional a fin de emitir opinión previa de manera adecuada y oportuna; por lo que, conforme con lo establecido numeral 57.5 del artículo 57 del Reglamento del DL 1224, el plazo antes mencionado para que el Regulador emita su opinión quedó suspendido desde el día 06 hasta el día 11 de setiembre de 2018, fecha en que el Concedente remitió la información solicitada adjunta al Oficio N° 3993-2018-MTC/25, reanudándose el computo de los 10 (diez) días hábiles para emitir el informe a partir del día hábil siguiente, esto es desde el 12 de setiembre de 2018. De esta manera, el plazo para que este Regulador emita su opinión no vinculante vence el próximo 20 de setiembre.

39. En ese orden normativo, en los acápites siguientes se procederá a emitir la opinión técnica no vinculante solicitada respecto de la propuesta de adenda planteada por el Concesionario en el marco del Capítulo XIX del Contrato de Concesión y remitida por el Concedente al Regulador, incluyendo un análisis formal del cumplimiento de las condiciones requeridas para la suscripción de una adenda, bajo el marco legal aplicable y el contrato.

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

40. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la ya mencionada 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.

41. En lo que respecta a las modificaciones de los contratos de concesión, el literal f) del inciso 7.1 del artículo 7 de la referida Ley, concordante con el artículo 28 del REGO, establecen como una competencia de OSITRAN, a través de su Consejo Directivo, el emitir opiniones técnicas previas sobre la procedencia de los acuerdos sobre la modificación de los contratos de concesión al que hayan llegado las Partes; opinión que debe ser trasladada al MTC.

42. 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

[8] Numeral incorporado por el artículo 1 del Decreto Supremo Nº 243-2017-EF (22.08.2017).

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

43. 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.

44. 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.

45. En concreto, el numeral 6.2 de dichos Lineamientos 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 otros .

46. 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. La Parte 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, condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico - financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.*
> *(...)"*
>
> [Énfasis y subrayado agregados.]

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

48. En ese sentido, dentro del marco legal y contractual antes expuesto, será evaluado el proyecto de Adenda N° 4 al Contrato de Concesión.

49. Finalmente, cabe precisar que la opinión técnica emitida por el OSITRAN y contenida en el presente Informe tiene carácter no vinculante, de conformidad con lo expresamente señalado por el inciso 23.3 del artículo 23 del TUO del DL 1224 y el artículo 57.1 de su Reglamento, concordantes 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"*.

IV. ANÁLISIS

50. Luego de revisar la solicitud de opinión sobre el proyecto de Adenda N° 02 al Contrato de Concesión, remitido 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 del cumplimiento de las condiciones formales requeridas para la suscripción de una adenda.
- Análisis del proyecto de Adenda.

IV.1 Análisis del cumplimiento de las condiciones formales requeridas para la suscripción de una adenda

51. De la lectura conjunta del marco normativo aplicable a la modificación de los contratos de Asociación Público Privadas, conformado por el TUO DL 1224 y el Reglamento del DL 1224, y el Capitulo XIX del Contrato de Concesión, se colige que el procedimiento para la evaluación de toda solicitud de enmienda, adición o modificación del indicado Contrato presentada por el Concesionario está sujeta al cumplimiento de las siguientes condiciones:

a) Cumplimiento del límite temporal para la suscripción de modificaciones al Contrato de Asociación Público Privada.

b) Sustento técnico, económico y financiero de la propuesta y consentimiento de los acreedores permitidos, de corresponder.

c) Presentación de una copia de la solicitud de modificación del Contrato al Regulador.

d) Publicación de la propuesta de modificación en el portal web del Concedente.

e) Convocatoria y realización de un proceso de evaluación conjunta.

f) Informe del Concedente con su evaluación de la propuesta de modificación presentada por el Concesionario, conteniendo, por lo menos, lo siguiente:

i) En virtud de lo señalado en la Cláusula XIX del Contrato de Concesión, adicionalmente a las condiciones que establece el marco normativo vigente, toda propuesta de modificación requiere justificar: a) la existencia de una causa fundada para la modificación del contrato de concesión y la necesidad de la modificación en función del interés público, condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico financiero de las prestaciones a cargo de las Partes; y, b) que se respeten las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas.

ii) Una evaluación sobre mantenimiento de equilibrio económico financiero;

iii) Una evaluación sobre el mantenimiento de condiciones de competencia proceso promoción

iv) Una evaluación sobre el mantenimiento del valor por dinero a favor del Estado.

v) Un análisis sobre si se mantiene o altera la asignación de riesgos.

vi) Un análisis sobre si se mantiene o altera la naturaleza del proyecto.

g) Solicitud por parte del Concedente de la opinión no vinculante de este Regulador, adjuntando la evaluación inicial realizada.

h) Con la opinión del Regulador, el Concedente debe proceder a solicitar la opinión vinculante del MEF en caso la modificación contractual altere el cofinanciamiento, las garantías, así como ante cambios en los parámetros económicos y financieros del contrato; o cuando los cambios puedan generar modificaciones al equilibrio económico financiero del contrato de Asociación Público Privada o contingencias fiscales al Estado.

i) Finalmente, con las opiniones del Regulador y del MEF, el Concedente debe solicitar el Informe Previo no vinculante de la CGR en caso las modificaciones incorporen o alteren el cofinanciamiento o las garantías del contrato de Asociación Público Privada.

52. Al respecto, en atención al avance del procedimiento de evaluación de la propuesta de modificación del Contrato de Concesión, en esta instancia se verificará si se han dado o no las condiciones formales requeridas para llegar a esta etapa del procedimiento; esto es, el cumplimiento de las condiciones previas a la emisión de la opinión técnica no vinculante por parte de este Regulador.

53. No obstante, debe advertirse que la verificación formal del cumplimiento o incumplimiento de las condiciones formales requeridas para la celebración de modificaciones contractuales se limita a una simple constatación sobre el cumplimiento o no de las condiciones analizadas, lo que no conlleva expresión de conformidad alguna por parte de este Regulador 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.1.1. Límite temporal para la suscripción de modificaciones

54. En relación con el límite temporal impuesto por el artículo 54 del Reglamento del DL 1224 para la suscripción de Adendas durante los tres (3) años siguientes a la fecha de suscripción del contrato de concesión; en el presente caso se advierte que el contrato de concesión materia de análisis fue suscrito el 18 de febrero de 2009, habiendo transcurrido más de nueve (9) años desde dicha fecha, por lo que la restricción no resulta aplicable en el presente caso. En dicho sentido también se manifiesta el Concedente, en el punto 3.9 del Informe N° 1280-2018-MTC/25 que sustenta el proyecto de adenda remitida para opinión. Por tanto, se verifica la adecuación de la propuesta remitida a esta condición.

IV.1.2. Sustento técnico, económico y financiero de la propuesta y consentimiento de los acreedores permitidos, de corresponder.

55. En cuanto al sustento técnico, económico y financiero de la propuesta, se advierte que el proyecto de adenda remitido por el MTC adjunta a la Carta AN-GG-C-18-345, a través de la cual el Concesionario plantea su propuesta de modificación al contrato de concesión bajo análisis, se incluyó un documento denominado "Anexo I" con el sustento del Concesionario a sus propuestas de modificación al contrato (folios 000025 vuelta a 000033 vuelta del expediente remitido). De otro lado, en la indicada carta se señala que las propuestas desarrollan los requerimientos efectuados por los acreedores permitidos (folios 000033),

pudiendo colegirse que estos últimos han prestado su consentimiento a (e incluso, promovido) las modificaciones al contrato de concesión.

56. Por tanto, se verifica la adecuación de la propuesta remitida también respecto de estas condiciones.

IV.1.3. Presentación de una copia de la solicitud de modificación del Contrato al Regulador

57. En lo que respecta a la condición referida a la notificación al Regulador de toda solicitud de modificación al Contrato de Concesión, establecida en la Cláusula XIX del referido contrato, se advierte que la Carta AN-GG-C-18-345 presentada al MTC (folios 000033) solicitando la modificación del contrato de concesión, se emitió con copia a este Regulador; habiendo el MTC cumplido con hacer llegar dicho documento a este Regulador adjunto al Oficio N° 1732-2018-MTC/25 el 19 abril de 2018, conjuntamente con la convocatoria al inicio del proceso de evaluación conjunta del proyecto de adenda remitido.

58. En consecuencia, se verifica la adecuación de la propuesta remitida a esta condición.

IV.1.4. Publicación de la propuesta de modificación en el portal web del Concedente

59. No se advierte que en el Informe N° 1280-2018-MTC/25 se analice el cumplimiento de la condición relacionada con la obligación del MTC, en su condición de Concedente, de publicar la propuesta de modificación en su portal web. Sin perjuicio de ello, con ocasión de la elaboración de este informe se ha verificado que en dicho portal se encuentra publicado el documento que sustenta la propuesta de modificación original al contrato de concesión[9], que el Concesionario adjuntó a su Carta AN-GG-C-18-245.

60. No obstante lo dicho, corresponde que el MTC verifique y certifique que la publicación cumpla con los criterios señalados en el numeral 57.3 del artículo 57 del Reglamento del DL1224, conforme con los cuales durante todo el proceso de evaluación de la adenda, es obligación del Concedente publicar en su portal institucional las propuestas de adenda que se presenten durante su evaluación.

IV.1.5. Convocatoria y realización del proceso de evaluación conjunta

61. Conforme lo señalado en los puntos 2.5 y 2.6 del Informe N° 1280-2018-MTC/25, con ocasión de la solicitud presentada por el Concesionario para la modificación del Contrato de Concesión a través de la Carta AN-GG-C-18-345, el MTC convocó a la CGR, el MEF y este Regulador a un proceso de evaluación conjunta del Proyecto de Adenda N°4, a través de los Oficios Nos. 1766, 1768 y 1769-2018-MTC/25 (folios 000038 a 000040).

62. Asimismo, con fecha 20 de agosto de 2018, el Concedente notificó el Oficio Múltiple N° 0027-2018-MTC/25 (folios 000310), mediante el cual informó a estas entidades públicas del término del proceso de evaluación conjunta del proyecto de Adenda N° 4 al Contrato de Concesión, haciendo lo propio con el Concesionario a través del Oficio N° 3696-2018-MTC/25 (folio 000296 vuelta), en concordancia con lo establecido en el inciso 55.6 del artículo 55 del Reglamento del DL 1224. Lo señalado en dicho informe coincide con lo constatado por este Regulador en lo que respecta a su participación en dicho proceso.

[9] Específicamente, en la siguiente dirección electrónica, verificada el día 11 de setiembre de 2018: http://portal.mtc.gob.pe/transportes/concesiones/documentos/Proyectos/propuestaAdenda.pdf

63. En tal sentido, se verifica que se ha cumplido con esta condición.

IV.1.6. Informe del Concedente con su evaluación de la propuesta de modificación presentada por el Concesionario

64. De acuerdo con el marco legal analizado, finalizado el proceso de evaluación conjunta, el Concedente debe hacer una primera evaluación de la propuesta presentada por el Concesionario, contrastando la propuesta y el sustento alcanzados; con la información recabada durante el proceso de evaluación conjunta. Dicha evaluación debe plasmarla en un informe en el que debe determinar y sustentar si la modificación contractual propuesta es o no procedente, y la misma debe cumplir con analizar, como mínimo, los aspectos detallados en el literal f) del numeral 50 de este informe.

65. En el presente caso, se aprecia que adjunto al Oficio N° 3794-2018-MTC/25, el Concedente ha remitido el Informe N° 1280-2018-MTC/25, en el que evalúa y sustenta la procedencia del proyecto de adenda solicitada por el Concesionario. De su revisión se advierte que éste realiza las evaluaciones y análisis según se indica a continuación.

a. Evaluación de los requisitos exigidos por la Cláusula XIX del Contrato de Concesión

66. De lo señalado en la Cláusula XIX del Contrato de Concesión se advierte que, adicionalmente a las condiciones que establece el marco normativo vigente, toda propuesta de modificación requiere justificar: a) la existencia de una causa fundada para la modificación del Contrato de Concesión y la necesidad de la modificación en función del interés público, condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico financiero de las prestaciones a cargo de las Partes; y, b) que se respeten las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas.

67. Respecto a la existencia de una causa fundada y la necesidad de modificación, en los puntos 5.4 a 5.7 del Informe N° 1280-2018-MTC/25, el Concedente sostiene que el objeto (causa fundada) de la modificación es que se logre el financiamiento de las obras de gran envergadura de la Red Vial N° 4, y que esta necesidad está motivada en la necesidad de adoptar medidas que aseguren el interés público, específicamente la descongestión vehicular que afecta no solo a los habitantes de la ciudad sino también los tiempos de viaje; agregando textualmente que *"(...) es preciso señalar que* existe *un interés público que manifestado a través del valor por dinero evidentemente positiva* [sic] (...) *ya que la modificación no supone la creación ni el incremento de ningún riesgo para los usuarios de la infraestructura vial*"; y concluyendo que *"En suma,* ***ha quedado demostrado que la modificación propuesta cumple con el requisitos de conveniencia o necesidad de interés público involucrado***."

68. Finalmente, en lo que respecta al mantenimiento de las condiciones económicas y técnicas, en el punto 5.13 del Informe N° 1280-2018-MTC/25, el Concesionario señala expresamente *"Por consiguiente,* ***las condiciones técnicas y económicas establecidas en el Contrato de Concesión no ser verán alteradas por la suscripción del presente proyecto de adenda***." (Subrayado y énfasis agregados).

69. 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.

b. Evaluación sobre la subsistencia del Equilibrio Económico – Financiero

70. Respecto a este punto, mediante el Informe N° 1280-2018-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:

> *"d) Del equilibrio Económico - Financiero de las prestaciones*
>
> *5.15 El equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión implica que existe una equivalencia entre los derechos y obligaciones del Concedente y del Concesionario. El marco legal establece que cualquier modificación a los contratos de concesión debe mantener el Equilibrio Económico Financiero de la concesión. Esto significa, por ejemplo, que no se deberían incrementar los derechos conservando las mismas obligaciones o que se mantengan los mismos derechos reduciendo las obligaciones.*
>
> *5.16. En tal sentido, los términos del presente acuerdo se llevan a cabo en condiciones de equidad para las partes, toda vez que el Concesionario no asume riesgos adicionales a los establecidos en el Contrato de Concesión como consecuencia de la presente adenda. Asimismo, el Concesionario mantiene, por ejemplo, el riesgo de financiamiento tanto para la obtención como el costo de este.*
>
> *5.17. Asimismo, el proyecto de Adenda N° 4 contempla una declaración de las partes, con lo cual el Concedente y el Concesionario declaran que las modificaciones realizadas producto de la adenda mantienen el equilibrio económico – financiero de las prestaciones a cargo de las partes."*

71. 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 asume riesgos adicionales a los establecidos en el Contrato de Concesión. De esta manera, puede concluirse que se cumplió con el requisito formal en este extremo. Sin embargo, como se ha indicado, la verificación formal del mismo no representa conformidad alguna por parte del Regulador sobre el fondo del sustento remitido, lo cual se verificará en las siguientes secciones de este Informe. Ello, sin perjuicio de la evaluación que le corresponde realizar al MEF en el marco de sus competencias.

c. Evaluación sobre la subsistencia de las condiciones de competencia del proceso de promoción

72. Sobre el particular, mediante el Informe N° 1280-2018-MTC/25, el Concedente presenta los siguientes argumentos para establecer que no se han alterado las Condiciones de Competencia del proceso de promoción:

> *"d) De las Condiciones de Competencia del Proceso de Promoción del Contrato de Concesión*
>
> *5.18. El Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224 establece que las partes pueden convenir modificar el contrato, manteniendo las condiciones de competencia del proceso de promoción. El anexo de definiciones del referido Reglamento contiene una definición sobre el factor de competencia. Asimismo, en el numeral 6.1 del documento "Política Nacional de Promoción de la Inversión Privada en Asociaciones Pública Privadas y Proyectos en Activos", se desarrolla una definición sobre el principio de competencia. Adicionalmente en la "Guía orientativa para la aplicación del Decreto Legislativo N° 1224 se señala que: "...las modificaciones planteadas no solo deben mantener el equilibrio económico financiero sino también las condiciones de competencia del proceso de promoción. Con ello se busca cautelar*

que las reglas a introducirse en el contrato no terminen por variar las condiciones de competencia que fueren determinantes para la selección del inversionista privado."

5.19. Lo señalado anteriormente comprende los considerandos normativos de APP bajo los cuales debe basarse y partir el análisis sobre alteración, o no, de las condiciones de competencia del proceso. Además de ello, debe indicarse que de acuerdo con el artículo 5.2 del Decreto Legislativo 1224, el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) es el ente rector y máxima autoridad técnica normativa del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada; ello resulta importante de resaltar, pues dicho ministerio es a (sic) *única autoridad para dictar, aclarar o interpretar las normas que rigen las APP.*

(...)

5.29. Sin perjuicio, además, que una vez identificado el parámetro corresponde que se evalúe si este es determinante para la selección del inversionista privado. De este primer grupo, podemos identificar que la modificación relacionada el grado de riesgo del acreedor permitido ((ii) del literal d) de la cláusula 1.14.1) puede considerarse un parámetro que cumple con las condiciones antes expuestas, por lo que corresponde evaluar si este parámetro tiene características de determinante.

5.30. Para poder definir lo anterior, debemos analizar en qué medida este parámetro influye en la estimación del costo de la deuda. Como se expondrá más adelante, el costo de endeudamiento responde principalmente a los riesgos inherentes del proyecto, como por ejemplo, de la demanda, tarifa, costos de inversión y mantenimiento, otros, por lo que el cambio de este parámetro no puede ser considerado como determinante.

5.31. Un segundo grupo de parámetros son los relacionados con la inversión de las obras (entiéndase segunda calzada, desempate y obra no ofertada) en el Valor Contable Neto Intangible (VCNI) en caso de una terminación temprana de la concesión. Sobre el particular - y tal como se ha desarrollará más adelante (sic)*-, estas modificaciones responden a precisiones para dotar de claridad en la redacción del Contrato de Concesión y con ello evitar interpretaciones distintas a la voluntad de las Partes, pues desde la suscripción del contrato o la Adenda N° 2 estas inversiones son contempladas en el VCNI."*

73. Dado que de lo expuesto en el citado informe no se advierte que el Concedente concluya que la propuesta de Adenda N° 4 no altera las condiciones de competencia del proceso de promoción, a diferencia de lo que ocurre con los otros aspectos analizados en este; mediante el Oficio N° 168-2018-GG-OSITRAN este Regulador solicitó al MTC que precisara puntualmente si, en su opinión, y como conclusión del análisis realizado en los puntos 5.18 a 5.31 de su informe, la Adenda N° 4 cumple con el requisito de "respeto a las condiciones de competencia del proceso de promoción" previsto en la normativa.

74. En respuesta a dicha solicitud, mediante el Informe N° 1380-2018-MTC/25, de fecha 10 de setiembre de 2018, y Oficio N° 3993-2018-MTC/25, que hace suyo dicho informe, el Concedente reitera lo señalado en los numerales mencionados del Informe N° 1280-2018-MTC/25 e incorpora un numeral 5.32, en el que concluye, textualmente, lo siguiente[10]:

"5.32 En virtud de lo antes sustentado, se considera que la propuesta de Adenda N° 4 no altera las condiciones de competencia del proceso de promoción."

[10] Adicionalmente, incorpora en el apartado correspondiente a las conclusiones, un numeral 9.4 en el que manifiesta expresamente que la propuesta de Adenda N° 4 tampoco afecta las Condiciones de Competencia del proceso de promoción de la inversión.

75. De esta manera, puede concluirse que se cumplió con esta condición; precisándose igualmente que la verificación formal de esta condición no representa conformidad alguna sobre el fondo del sustento remitido, lo cual se analizará en las siguientes secciones de este informe, sin perjuicio de la evaluación que le corresponde realizar al MEF en el marco de sus competencias.

d. Evaluación sobre el mantenimiento del Valor por Dinero a favor del Estado

76. Al respecto, mediante el Informe N° 1280-2018-MTC/25, el Concedente presenta los siguientes argumentos para establecer que no se ha alterado el aspecto de valor por dinero en la Concesión:

> *"**Sobre el valor por dinero***
>
> (...)
>
> *8.12 De lo revisado en la literatura, se define que el valor por dinero es la optimización del costo del proyecto como consecuencia de distribución de riesgos de las partes. Conceptualmente se sostiene que debe asignarse un riesgo a la parte que se encuentre en la mejor capacidad de administrarlo. Esta capacidad consiste en gestionar o administrar de manera eficiente, en otras palabras, con un menor uso de recursos (o menor costo). Si las partes se encuentran en la capacidad de administrar sus riesgos eficientemente (al menor costo posible), el valor del proyecto se optimiza y por tanto se genera valor por dinero.*
>
> *8.13. El presente proyecto de adenda -como se ha desarrollado y se resume en la evaluación de riesgos- no alterna ni redistribuye los riesgos asignados entre las Partes, por lo que el valor por dinero bajo el concepto de distribución de riesgos se preserva con el proyecto de adenda, pues cada una de las Partes mantiene bajo su responsabilidad los riesgos o responsabilidad que originalmente sumieron. Además de lo indicado, si el valor por dinero es entendido bajo el concepto de eficiencia podemos observar los cambios propuestos en el proyecto de Adenda N° 7 regulan distintas condiciones de manera eficiente."*

77. En tal sentido, el Concedente señala que el proyecto de Adenda respeta el principio de valor por dinero (entendido como distribución de riesgos), ya que las Partes siguen manteniendo los riesgos o responsabilidades que asumieron originalmente. 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.

e. Análisis sobre si se mantiene o altera la asignación de riesgos

78. Adicionalmente a lo señalado en el punto 8.13 del Informe N° 1280-2018-MTC/25 respecto a la no modificación ni redistribución de los riesgos asignados a las Partes por efecto de la propuesta de adenda, el Concedente adjunta una matriz con el análisis de la distribución de riesgos vinculados a la propuesta de adenda y reitera que ésta no afecta el referido parámetro, conforme se advierte a continuación:

> *"8.8. En la siguiente matriz se analiza [sic] los riesgos asociados a cada modificación contractual, en la cual se recoge lo expuesto y sustentado en el presente informe. **Puede desprenderse de este análisis que los riesgos no se han alterado o redistribuido entre las Partes**."*

[Énfasis y subrayado agregados.]

79. En tal sentido, el Concedente ha cumplido con realizar un análisis sobre la asignación de riesgos, concluyendo que el proyecto de Adenda no implica una modificación de los riesgos

actualmente asignados entre las Partes, en tanto se advierte que las Partes siguen manteniendo las responsabilidades que asumieron originalmente. Sin embargo, la verificación formal de esta condición 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.

f. Análisis sobre si se mantiene o altera la naturaleza del proyecto

80. A través del Informe N° 1280-2018-MTC/25, el Concedente afirma que la Adenda propuesta no afecta el referido parámetro en atención a lo siguiente:

> *"b) De la Naturaleza de la Concesión*
>
> *5.8. La Cláusula 2.1 del Contrato de Concesión establece que la naturaleza jurídica del mismo es la siguiente:*
>
> > *Conforme a la definición contenida en el Artículo 3 del Reglamento por el presente Contrato el CONCEDENTE transfiere al CONCESIONARIO la potestad de prestar el Servicio a favor de los Usuarios, para lo cual le concede el aprovechamiento económico de los Bienes de la Concesión durante el plazo de vigencia de la misma. Para tal fin, el CONCESIONARIO deberá cumplir con los parámetros, niveles, capacidad y otros asociados a la inversión, así como con los índices de Serviciabilidad, previstos en el presente Contrato.*
>
> *5.9. En efecto, mediante las presentes modificaciones no se intenta modificar las condiciones, naturaleza, características o el objeto del Contrato de Concesión, pues las modificatorias atienden a aspectos relacionados a las condiciones del mercado de endeudamiento, sin que ello implique un cofinanciamiento por parte del Estado o una alteración a la naturaleza del Contrato, ya que esta continúa siendo autofinanciada. Estos cambios contractuales propuestos viabilizan aspectos necesarios para la mejor ejecución del Contrato de Concesión.*
>
> *5.10. La naturaleza de la concesión también forma parte del proyecto de Adenda N° 4 como una declaración de las partes, con lo cual el Concedente y el Concesionario declaran que las modificaciones realizadas producto del presente proyecto de adenda respetan la naturaleza de la concesión."*

81. 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 financiada.

82. 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.1.7. Solicitud de la opinión no vinculante del Regulador

83. Finalmente, respecto a la condición referida a la necesidad de solicitar la opinión previa no vinculante del Regulador respecto a la procedencia de la modificación del contrato de concesión solicitada por el Concesionario, se advierte que mediante el Oficio N° 3794-2018-MTC/25, el Concedente remitió a OSITRAN su evaluación sobre la procedencia de la

modificación contractual solicitada por el Concesionario plasmada en el Informe N° 1280-2018-MTC/25, requiriéndole la emisión de su opinión técnica no vinculante[11].

84. De igual modo, la propuesta cumple con los requisitos 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"*[12].

85. En consecuencia, la solicitud de opinión técnica presentada por el Concedente mediante el Oficio N° 3794-2018-MTC/25, notificado el 03 de septiembre de 2018, respecto del proyecto de Adenda N° 4 al Contrato de Concesión, cumple con las condiciones analizadas anteriormente.

IV.3 Análisis del proyecto de Adenda

86. 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.[13]

IV.3.1 Objeto del proyecto de Adenda

87. De acuerdo con la cláusula segunda de la propuesta de adenda N° 4, esta tiene por objeto lo siguiente:

> *"La presente Cuarta Adenda tiene por objeto actualizar el Contrato de Concesión para efectos de permitir que el Concesionario obtenga el reperfilamiento de su deuda, así como, el financiamiento de las Obras de Desempate y la acreditación de recursos para la ejecución de la Obra Vial Nueva No Ofertada."*

88. En esta línea, mediante la cláusula tercera se propone modificar las siguientes cláusulas del Contrato de Concesión: 1.14.1, Anexo II, 1.14.42, 14.2, 16.3, 16.14, 16.16, 16.19 y 16.21, así como incluir un Anexo II B.

---

[11] Como se ha indicado previamente en este informe, el plazo para la emisión de la opinión solicitada vence recién el próximo 20 de setiembre de 2018, ya que el plazo de diez (10) días hábiles que prevé la ley para cumplir con esta obligación se inició el 04 de setiembre de 2018, pero se suspendió desde el 06 de setiembre de 2018, con la notificación del Oficio N° 168-18-GG-OSITRAN a través del cual OSITRAN solicitó al Concedente información adicional a fin de emitir opinión previa de manera adecuada y oportuna, hasta el 11 de ese mismo mes y año, oportunidad en que el Concedente remitió lo solicitado; reiniciándose su cómputo el día hábil siguiente de recibida la información, esto es el 12 de setiembre de 2018.

[12] 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.

[13] Adicionalmente, en lo que sea pertinente, se tomarán en cuenta para el análisis de fondo los Lineamientos que rigen el actuar de OSITRAN aprobados mediante Acuerdo del Consejo Directivo N° 1043-267-08-CD-OSITRAN del 12 de marzo de 2008.

IV.2.1 Análisis de las modificaciones propuestas

A. Modificación de la Cláusula 1.14.1: Definición de Acreedores Permitidos.

CONTRATO DE CONCESIÓN VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 4
1.14.1. Acreedores Permitidos El concepto de Acreedores Permitidos es sólo aplicable para los supuestos del Endeudamiento Garantizado Permitido. Para tales efectos, Acreedor Permitido será: a) cualquier institución multilateral de crédito de la cual el Estado de la República del Perú sea miembro, b) cualquier institución o cualquier agencia gubernamental de cualquier país con el cual el Estado de la República del Perú mantenga relaciones diplomáticas, c) cualquier institución financiera aprobada por el Estado de la República del Perú y designada como Banco Extranjero de Primera Categoría en la Circular N° 027-2007-BCRP, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 14 de diciembre de 2007 emitida por el Banco Central de Reserva del Perú, o cualquier otra circular que la modifique, y adicionalmente las que las sustituyan, en el extremo en que incorporen nuevas instituciones, d) cualquier otra institución financiera internacional aprobada por el CONCEDENTE que tenga una clasificación de riesgo no menor a la clasificación de la deuda soberana peruana de largo plazo, evaluada por una entidad de reconocido prestigio aceptada por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV),	1.14.1 **Acreedores Permitidos** El concepto de Acreedores Permitidos es sólo aplicable para los supuestos el Endeudamiento Garantizado Permitido. Para tales efectos, Acreedor Permitido será: a) Cualquier institución multilateral de crédito de la cual el Estado de la República del Perú sea miembro, b) Cualquier institución, **agencia de crédito a la exportación (Export Credit Agency) o cualquier** agencia gubernamental de cualquier país con el cual el Estado de la República del Perú mantenga relaciones diplomáticas, c) Cualquier institución financiera aprobada por el Estado de la República del Perú y designada como Banco Extranjero de Primera Categoría en la Circular Nº **010-2018-BCRP**, publicada en el Diario Oficial El Peruano el **21 de marzo de 2018**, emitida por el Banco Central de la Reserva del Perú, o cualquier otra circular que la modifique, y adicionalmente las que las sustituyan en el extremo en que incorporen nuevas instituciones, d) Cualquier otra institución financiera internacional aprobada por el CONCEDENTE que tenga (i) una clasificación de riesgo no menor a la clasificación de la deuda soberana peruana **correspondiente a moneda extranjera y** de largo plazo **o (ii) con una clasificación de riesgo no menor a una equivalente a grado de inversión siempre que su Common Equit y Tier 1 sea del 10% como mínimo (en este último caso también deberá participar en el Endeudamiento Garantizado Permitido al menos un Acreedor Permitido que califique bajo alguno de los supuestos mencionados en /os literales (a), (b), (c) o (e) de la presente definición o bajo el numeral (i) anterior de este numeral (d) con una participación de al menos 50% más 1 del principal del Endeudamiento Garantizado Permitido) asignada por una**

CONTRATO DE CONCESIÓN VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 4
	entidad **clasificadora de riesgo internacional de reconocido prestigio que clasifica a la República del Perú**.
e) cualquier institución financiera nacional aprobada por el CONCEDENTE, clasificada como institución con una calificación de riesgo no menor a "A" por una empresa clasificadora de riesgo nacional debidamente autorizada,	e) *Cualquier otra institución financiera nacional aprobada por el CONCEDENTE, clasificada como institución con una calificación de riesgo no menor a "A" por una empresa clasificadora de riesgo nacional debidamente autorizada* ***por la Superintendencia de Mercado de Valores (SMV).***
f) todos los inversionistas institucionales así considerados por las normas legales vigentes que adquieran directa o indirectamente cualquier tipo de valor mobiliario emitido por el CONCESIONARIO, tales como las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP),	f) Todos los inversionistas institucionales **así considerados por las normas legales vigentes en el Perú o en su país de origen, según corresponda,** que adquieran directa o indirectamente cualquier tipo de valor mobiliario o **instrumento de deuda** emitido por el CONCESIONARIO **o a través de un patrimonio fideicometido, fondos de inversión o sociedad titulizadora, cualquiera de ellas constituida en el Perú o en el extranjero.**
g) cualquier patrimonio fideicometido o sociedad titulizadora constituida en el Perú o en el extranjero.	g) *Cualquier sociedad titulizadora constituida en el Perú o en el extranjero,*
h) cualquier persona natural o jurídica que adquiera directa o indirectamente cualquier tipo de valor mobiliario emitido por el CONCESIONARIO mediante oferta pública.	h) Cualquier persona natural o jurídica que adquiera directa o indirectamente cualquier tipo de valor mobiliario **o instrumento de deuda** emitido por el CONCESIONARIO mediante oferta pública **o privada o emitido por un patrimonio fideicometido, fondos de inversión o sociedad titulizadora cualquiera de ellas constituida en el Perú o en el extranjero.** **En el caso de los literales (f) y (h) precedentes, deberá contemplarse que el representante de los futuros adquirentes de los valores mobiliarios o instrumentos de deuda que se emitan conforme a dichos literales (fiduciario, representante de los obligacionistas o equivalente), tendrá el calificativo de Acreedor Permitido y será el encargado de presentar el Anexo II; para ello, dicha entidad deberá cumplir con alguno de los requisitos indicados en los literales del (a) al (g) precedentes. El calificativo sobre los representantes de los adquirentes de los valores**

OSITRAN V°B° D. VILLEGAS

OSITRAN V°B° R. QUESADA O.

OSITRAN V°B° ROCANO

CONTRATO DE CONCESIÓN VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 4
	mobiliarios o instrumentos de deuda es de naturaleza administrativa para ejercer los derechos en representación de los Acreedores Permitidos. Dicho calificativo se extinguirá en caso el representante de los adquirentes de los valores mobiliarios o instrumentos de deuda sea reemplazado, en cuyo caso se procederá con el correspondiente reemplazo del Anexo II, que será suscrito por el representante de los adquirentes de los valores mobiliarios o instrumentos de deuda que sea designado. Asimismo, dicho representante podrá ser el titular de las garantías del Endeudamiento Garantizado Permitido, actuando en representación de los adquirentes de dichos valores o instrumentos de deuda. En caso de créditos sindicados, los Acreedores Permitidos podrán estar representados por un Agente Administrativo o Agente de Garantías, el cual deberá cumplir con alguno de los requisitos indicados en los literales (a) a (e) precedentes. En ese sentido, el Agente Administrativo o el Agente de Garantías será el único encargado de presentar el Anexo II Cabe precisar que la calificación que recae sobre los representantes de los adquirentes de los valores mobiliarios o instrumentos de deuda, Agente Administrativo o Agente de Garantías es de naturaleza administrativa para ejercer los derechos en representación de los Acreedores Permitidos. En caso que con posterioridad a la autorización un Endeudamiento Garantizado Permitido de créditos sindicados o bilaterales, un Acreedor Permitido desee ceder su crédito a un tercero, ya sea de manera total o parcial en dicho Endeudamiento Garantizado Permitido, para que dicho tercero sea considerado un Acreedor Permitido previamente el mismo deberá ser calificado como Acreedor Permitido por el CONCEDENTE, debiéndose para tal efecto presentar la declaración contenida en el Anexo II del presente Contrato. El Anexo II - B será el formato que el CONCEDENTE utilizará para la aprobación del Acreedor Permitido correspondiente en el marco del

CONTRATO DE CONCESIÓN VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 4
El (los) Acreedor(es) Permitido(s) no deberá(n) tener ningún tipo de vinculación con el CONCESIONARIO de conformidad con lo indicado en la Resolución CONASEV N° 090-2005-EF-94.10, o norma que la sustituya.	**Endeudamiento Garantizado Permitido y las garantías constituidas de conformidad con las Cláusulas 11.6, 11.7 y 11.8 del Contrato de Concesión.** El (los) Acreedor(es) Permitido(s) no deberá(n) tener ningún tipo de vinculación con el CONCESIONARIO de conformidad con lo indicado en la Resolución CONASEV Nº 090-2005-EF-94.10, **modificada por la Resolución CONASEV Nº 005-2006- EF/94.10**, o norma que lo sustituya."

89. Respecto a la propuesta de modificación del literal b), el cual pretende que las Agencias de Crédito a la Exportación (ECA por sus siglas en inglés), pueden ser reconocidas como potenciales Acreedores Permitidos, el informe de sustento remitido por el MTC justifica su inclusión haciendo referencia a que dicha posibilidad existe en los contratos de concesión de Línea 2 del Metro de Lima y Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry, dado que estos cuentan con dicha posibilidad.

90. En relación con ello, se debe indicar que las ECA son entidades que se orientan a facilitar procesos de importación de bienes de otros países. Ante ello, de la lectura a los contratos de concesión vigentes en el sector de infraestructura de transporte (Línea 2 del Metro de Lima y Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry), si bien contemplan la posibilidad de que las ECA sean Acreedores Permitidos, ello es explicado en cierta medida por la necesidad que tienen estos proyectos de contar con algún tipo de equipamiento especializado producido en el exterior, de valor significativo y que son base para brindar el servicio público (vagones de tren, dragas entre otros). Sin embargo, esto no se aprecia para el caso de contratos viales, donde no se contemplan inversiones de equipamiento especializado y significativo. Por tanto, no se encuentra justificación para la incorporación propuesta.

91. Respecto a la propuesta de modificación del literal c), mediante el cual se propone actualizar la Circular del Banco Central de Reserva del Perú (Circular N° 027-2007-BCRP), consideramos que la actualización es razonable; sin embargo, se recomienda que dicha actualización se efectúe considerando la circular más reciente, es decir, la Circular N° 022-2018-BCRP.

92. En relación con el literal d), debe señalarse que dicha propuesta busca flexibilizar la condición para que una institución financiera internacional pueda ser Acreedor Permitido. Es decir, pasar de un escenario donde todos los Acreedores Permitidos deben tener una clasificación de riesgo no menor a la clasificación de la deuda soberana peruana de largo plazo a uno donde solo 50% tendría dicho nivel riesgo, mientras que el otro 50% tendria una clasificación de riesgo no menor a una equivalente a grado de inversión. Al respecto, se debe precisar que, actualmente la calificación de la Deuda Peruana de Largo Plazo en Moneda Extranjera de acuerdo con Fitch Ratings y S&P es de BBB+, es decir, dos peldaños por encima de la calificación mínima para ser considerada grado de inversión[14]. Según el informe de sustento presentado por el MTC, dicha propuesta ampliaría la base de Acreedores Permitidos, así como, permitiría obtener una

[14] Fuente Ministerio de Economía y Finanzas: https://www.mef.gob.pe/en/credit-ratings.

menor tasa de deuda efectiva que beneficiaría al Concedente a través del Valor Contable Neto del Intangible (en adelante, VCNI).

93. Al respecto, debe precisarse que, si bien una disminución en el requisito de clasificación de riesgo podría ampliar la base de Acreedores Permitidos, este no resultaría más eficiente para el proyecto, ni para un posible cálculo del VCNI. Esto debido a que la incorporación de instituciones financieras con menor calificación crediticia podría incrementar los costos de financiamiento, puesto que estas instituciones, por regla general, suelen exigir mayores tasas de interés al enfrentar un mayor nivel de riesgo. En consecuencia, este Organismo Regulador considera que el cambio propuesto tendría repercusión en los costos del financiamiento en caso de caducidad y se diferenciaría de los demás contratos de concesión adjudicados en el sector de infraestructura de transporte[15]. Asimismo, considerando que la modificación propuesta tendría un impacto en los costos del financiamiento y en los pasivos contingentes al estar vinculados al cálculo del VCNI, corresponde que el MEF se pronuncie al respecto.

94. En lo referente al literal e), se considera apropiada la modificación, dado que incorpora la precisión sobre la institución que autoriza a la entidad clasificadora de riesgo, siendo esta la Superintendencia de Mercado de Valores (SMV).

95. Respecto a la propuesta de modificación al literal f), se considera apropiado mantener la redacción actual del Contrato de Concesión, debido a que el efecto de los cambios propuestos ya se encuentra contemplado en las modificaciones propuestas para el literal h).

96. En relación con el literal h), las modificaciones propuestas se consideran apropiadas, a excepción de la referida a la posibilidad de permitir que las ofertas privadas sirvan como medio para ofertar valores inmobiliarios o instrumentos de deuda. Al respecto debe señalarse que, de la revisión de los últimos contratos de concesión firmados por el Estado, se evidencia que no existe un tratamiento contractual uniforme respecto de este punto, siendo que en la mayoría de contratos no se permiten las ofertas privadas (por ejemplo, los contratos de concesión del Terminal Portuario General San Martín, del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry y los demás contratos de concesión de la red vial), mientras que en la Adenda 7 al contrato de concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez y el contrato de concesión de la Línea 2 del Metro de Lima sí se ha considerado dicha posibilidad. Sin embargo, sobre este punto, se considera que debería mantenerse la redacción actual que solo permite ofertas públicas, con el fin de mostrar una mayor transparencia en la fijación de las tasas y costos de financiamiento.

97. Dado que los costos del financiamiento y las fijaciones de tasas tienen efecto en el pasivo contingente el Estado, a través del cálculo del VCNI en un escenario de caducidad, se

OSITRAN V°B° D. VILLEGAS

Al respecto se debe precisar que, la estructuración del financiamiento y la tasa, tienen repercusión en la determinación del Valor Contable Neto del Intangible y por lo tanto en los pasivos contingentes del Estado en caso se dé la caducidad de la Concesión. Esto se refleja en literal (ii) de la Cláusula 16.16 sobre el cálculo del Valor Contable Neto Intangible:

> *"VALOR CONTABLE NETO DEL INTANGIBLE*
> *(...)*
> *16.16. Para la determinación del Valor Contable Neto del Intangible se considerará aquel valor que resulte menor entre lo siguiente:*
>
> *(...) (ii) los **gastos financieros** hasta la aceptación de las Obras de la Segunda Calzada a cargo del CONCESIONARIO, (...)"*

OSITRAN V°B° R. QUESADA O.

OSITRAN V°B° T. ORDOÑO

recomienda que el MEF evalué la pertinencia de incluir la modificación referente a la oferta privada.

98. Adicionalmente al análisis de los literales propuestos a modificación, recomendamos considerar la pertinencia de eliminar el inciso g) de la cláusula analizada, considerando que las modificaciones propuestas en los incisos f) y h), referentes a permitir que los adquirentes de los títulos emitidos por sociedades titulizadoras puedan ser Acreedores Permitidos reconoce que son estos (los adquirientes), quienes finalmente proporcionan al Concesionario los recursos financieros para ejecutar el proyecto. Por tanto, el literal g) resultaría innecesario.

99. Por último, respecto al texto agregado referido a la calificación de acreedores permitidos que se les conferiría a los representantes de los futuros adquirientes de valores mobiliarios e instrumentos de deuda, se debe precisar, en línea con anteriores pronunciamientos del Regulador[16], que estas incorporaciones únicamente deben conferir la calificación **temporal** de acreedores permitidos, y solo con fines administrativos.

100. Es decir, luego de concluida la emisión de valores, los compradores de los instrumentos de inversión deben completar el formato de acreedores permitidos para formalizar su reconocimiento como tales. En tal sentido, se recomienda en su lugar, incorporar una redacción similar a la empleada para el contrato de concesión del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry[17]:

> **Para el caso de los literales f) y h):**
>
> *"Solo para el caso de la estructuración de este tipo de operaciones, deberá contemplarse que el representante de los obligacionistas que actúe en representación de las futuras personas que adquirirán dichos valores o instrumentos tendrá temporalmente el calificativo de Acreedor Permitido e inicialmente será el encargado de presentar el Anexo II. Para ello deberán cumplir, según corresponda, los requisitos indicados en los Numerales (i) a (vi) precedentes.*
> *Dicho calificativo se extinguirá con la correspondiente colocación financiera y procederá el correspondiente reemplazo del Anexo II que será suscrito por el representante de los obligacionistas designado conforme a lo establecido en el Artículo 87°, 88° y 92° del Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores, aprobado mediante Decreto Supremo N°093-2002-EF, y según poderes emitidos por los adquirientes a favor del mismo.*
> *Cabe precisar que la calificación que recae sobre los representantes de los obligacionistas es de naturaleza administrativa y no confiere a los representantes de los obligacionistas el calificativo de Acreedores Permitidos.*

101. Finalmente, sugerimos que en la cláusula bajo análisis se incorporen los siguientes párrafos, los cuales, además de formar parte de los contratos de concesión suscritos recientemente, permiten tener reglas claras a seguir en relación a las condiciones de vinculación del Acreedor Permitido, representantes de obligacionistas de los acreedores permitidos (en caso de valores mobiliarios), presencia de agentes administrativos y de garantías en créditos sindicados y

[16] Por ejemplo el Informe N° 041-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN sobre la opinión a la Adenda N°1 del contrato de concesión del Terminal Portuario General San Martín, el Informe Nº 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN sobre la opinión al contrato del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry y el Informe N°041-16-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN de opinión de la Adenda N°8 de la Red Vial N°6.

[17] Tomado de la versión final del contrato de concesión del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry publicada por PROINVERSIÓN disponible en el enlace siguiente:
http://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/2/JER/IP_006_2012/VFC_Salaverry25052018.pdf

cesión de posición contractual de un acreedor permitido a otro, debiendo este último ser reconocido previamente como tal.

Para toda la definición de Acreedores Permitidos:

"Queda expresamente establecido que bajo ninguna circunstancia se permitirá que los accionistas, socios o participacionistas del CONCESIONARIO sean Acreedores Permitidos directa o indirectamente. Los Acreedores Permitidos no deberán tener vinculación económica con el CONCESIONARIO de conformidad con lo indicado en la Resolución SMV Nº 019-2015-SMV/01, o norma que la sustituya.

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

En caso de créditos sindicados, los Acreedores Permitidos podrán estar representados por un Agente Administrativo o Agente de Garantías, el cual deberá cumplir con alguno de los requisitos indicados en los Numerales (i) a (vi) precedentes; en ambos supuestos conforme a las disposiciones contractuales que regulan dichos instrumentos de deuda. Cabe precisar que la calificación de Agente Administrativo o Agente de Garantías, como representantes de Acreedores Permitidos es de naturaleza administrativa y no confiere a dichas entidades el calificativo de Acreedores Permitidos.

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

B. Sobre la modificación del Anexo II: Declaración de Acreedor Permitido.

CONTRATO DE CONCESIÓN VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 2
ANEXO II **MODELO DE DECLARACIÓN DEL ACREEDOR PERMITIDO**	***ANEXO II*** ***MODELO DE DECLARACIÓN DEL ACREEDOR PERMITIDO***
Lima, ... de ..... de 20.... Señores Ministerio de Transportes y Comunicaciones Jirón Zorritos N° 1203 Lima – Perú Presente.- Acreedor Permitido: Referencia: Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N° 4. De acuerdo con lo previsto en el Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N° 4, declaramos:	*Lima, ... de ..... de 20....* *Señores Ministerio de Transporte y Comunicaciones* *Jirón Zorritos Nº 1203* *Lima - Perú* *Presente.-* *Acreedor Permitido: .....* *Referencia: Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial Nº 4* *De acuerdo con lo previsto en el Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial Nº 4, declaramos:*

OSITRAN V°B° D. VILLEGAS

OSITRAN V°B° R. QUEVEDO

OSITRAN V°B° T. CHOCANO

CONTRATO DE CONCESIÓN VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 2
a) Que, no nos encontramos sujetos a impedimentos ni restricciones (por vía contractual, judicial, arbitral, administrativa, legislativa u otra), para asumir y cumplir con el compromiso de financiar a _____ (CONCESIONARIO) hasta por el monto de_____ , a efectos de que éste esté en óptimas condiciones para cumplir con las obligaciones que le correspondan conforme al Contrato de Concesión_____ .	a) Que, no nos encontramos sujetos a impedimentos ni restricciones (por vía contractual, judicial, arbitral, administrativa, legislativa u otra), para asumir y cumplir con [el compromiso de financiar a (CONCESIONARIO)] **[actuar/participando] [en calidad de financista / banco de segundo piso /Representante de Obligacionistas o equivalente / Agente Administrativo /Agente de Garantías / Fiduciario] [en el financiamiento del CONCESIONARIO]** hasta por el monto de __, a efectos de que este esté en óptimas condiciones para cumplir con las obligaciones que le correspondan conforme al Contrato de Concesión.
b) Por medio de la presente confirmamos que nuestros órganos internos competentes han aprobado una línea de crédito hasta por el monto de_____ , a favor de _____ (CONCESIONARIO), la misma que está destinada a cumplir las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N° 4.	b) Por medio de la presente confirmamos que nuestros órganos internos competentes han aprobado **[una línea de crédito] / [nuestra participación] [en calidad de financista / banco de segundo piso / Representante de Obligacionistas o equivalente / Agente Administrativo / Agente de Garantías / Fiduciario] [de la emisión [internacional / nacional] de deuda] que (CONCESIONARIO) [recibirá/ emitirá]** hasta por el monto de____, fondos que estarán destinados a cumplir las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial Nº 4.
c) Que cumplimos con los requisitos establecidos en el Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N° 4, así como todos aquellos exigidos por las normas legales aplicables, para clasificar como Acreedor Permitido, de conformidad con los términos que el Contrato de Concesión asigna a esta definición.	c) Que cumplimos con los requisitos establecidos en el Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial Nº 4, así como todos aquellos exigidos por las normas legales aplicables, para clasificar como Acreedor Permitido, de conformidad con los términos que el Contrato de Concesión asigna a esta definición.
Atentamente, Firma : Nombre: Representante del Acreedor Permitido. Entidad: Acreedor Permitido.	*Atentamente,* *Firma:* ..... *Nombre:* ..... *Representante del Acreedor Permitido Entidad:* ..... *Acreedor Permitido*

102. El Anexo II del Contrato de Concesión corresponde a un modelo de Declaración de Acreedor Permitido, el cual es dirigido al Concedente, por parte de una Entidad Financiera que desea ser reconocido con dicha clasificación.

103. Al respecto, de la lectura se advierte que la modificación propuesta permitiría que los bancos de segundo piso, los Agentes Administrativos y/o Agentes de Garantía, entre otros, puedan ser reconocidos como posibles Acreedores Permitidos. Asimismo, el Informe de sustento de la presente propuesta de adenda, cita como sustento lo siguiente:

> *"7.23 Debe precisarse que, a diferencia de los formatos de carta de respuesta observados en otros contratos de concesión, en este caso se **ha adecuado la redacción para el hipotético caso en que una banca de segundo piso, específicamente Cofide, tenga interés en participar en el préstamo al Concesionario**. En principio debe tenerse en cuenta que con las condiciones contractuales iniciales, Cofide cumpliría objetivamente con ser un acreedor permitido al ser una institución financiera nacional con una calificación de riesgo no menor a "A".*
>
> [Énfasis y subrayado agregados.]

104. Ante ello, es importante mencionar lo establecido en el marco legal vigente, específicamente el artículo 26 del TUO del Decreto Legislativo N° 1224 y el artículo 64 de su reglamento, los cuales establecen que la facultad otorgada al Concedente para autorizar el otorgamiento de garantías sobre el derecho de concesión, los flujos derivados de dicho contrato y las acciones o participaciones del inversionista, se circunscriben a los acreedores del concesionario (inversionista), no a los acreedores de los financistas del concesionario. Asimismo, esto se reflejaría también en diversas cláusulas del Contrato de Concesión, como ejemplo, la Cláusula 3.9 que, al regular las facultades del Concedente de revisar los contratos de financiamiento de la Concesión, las limita a la revisión de los textos contractuales relevantes que el Concesionario haya acordado con sus financistas.

105. De igual modo, en la Cláusula 1.14.39 del Contrato de Concesión vigente, en la cual se define Endeudamiento Garantizado Permitido, se observa que este se concibe como el financiamiento que obtiene el Concesionario de su Acreedor (no los acreedores de los financistas del Concesionario), siendo que los fondos obtenidos, producto de la operación de financiamiento, son destinados al objeto de la concesión (no a otros fines).

106. De lo indicado en los párrafos anteriores se desprende que la condición de Acreedor Permitido supone, necesariamente, una relación contractual directa entre el Concesionario y quien lo provee de fondos. En ese sentido, se debe señalar que ni los bancos de segundo piso, ni entidades partícipes en la estructuración de una emisión de deuda o título valor (Agente Administrativo y/o Agentes de Garantías), podrían calificar como Acreedores Permitidos en sentido estricto; por tanto, por lo expuesto recomendamos mantener el texto del Contrato de Concesión vigente.

107. Sin perjuicio de lo anterior, le corresponde al MEF, como ente rector, evaluar quiénes pueden, legalmente, constituirse como Acreedores Permitidos y, en función de ello, evaluar la pertinencia y el contenido de los anexos indicados en los numerales 3.2 (literales a y b) y 3.3 (literales a y c) del proyecto de Adenda materia de análisis.

108. Por último, sin perjuicio a lo anterior, en caso se mantuviese la intención de modificar el referido Anexo, se recomienda que la propuesta de modificación sea similar a la redacción del Anexo 11 del contrato del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry, último contrato aprobado por el MTC, a continuación, se transcribe el texto adaptado:

" ANEXO II

MODELO DE DECLARACIÓN DEL ACREEDOR PERMITIDO*

Lima, de.... de 20
Señores
Ministerio de Transportes y Comunicaciones
Jr. Zorritos N° 1203
Lima - Perú
Presente.-
Acreedor Permitido: .....

Referencia: Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N° 4

De acuerdo con lo previsto en el Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N° 4, declaramos lo siguiente:

a) Que no nos encontramos sujetos a impedimentos ni restricciones (por vía contractual, judicial, arbitral, administrativa, legislativa u otra), para asumir y cumplir con el compromiso de financiar a ....(CONCESIONARIO) (actuando/ participando en calidad de representante de obligacionistas en la emisión de valores mobiliarios/instrumentos de deuda) hasta por el monto de .....a efectos de que este (o aquél) esté en óptimas condiciones para cumplir con las obligaciones que le correspondan conforme al Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N° 4.

b) Por medio de la presente confirmamos que nuestros órganos internos competentes han aprobado [una línea de crédito/ nuestra participación en calidad de Representantes de Obligacionistas de la emisión de valores mobiliarios/instrumentos de deuda hasta por el monto de.....que a favor de.....(CONCESIONARIO) [recibirá / emitirá], la misma que está destinada a cumplir las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N° 4.

c) Que [, actuando en representación de los adquirientes de los valores mobiliarios/instrumentos de deuda que emita en calidad de Emisor,.....(CONCESIONARIO)], cumplimos con los requisitos establecidos en el Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N° 4, así como todos aquellos exigidos por las Leyes y Disposiciones Aplicables, para calificar como Acreedor Permitido, de conformidad con los términos que el Contrato de Concesión asigna a esta definición.

d) Que manifestamos que el financiamiento señalado en el literal c) anterior se llevará a cabo, entre otros, de acuerdo con las disposiciones del contrato denominado .....que se suscribirá entre..... (CONCESIONARIO) y .....[Entidad Financiera / Representante de Obligacionistas).

Atentamente,
Firma:.....
Nombre:.....
Representante del Acreedor Permitido"
Entidad: .....
Acreedor Permitido

"Con Copia al REGULADOR"

C. Sobre la inclusión del Anexo II-B: modelo de aprobación de acreedor permitido

PROYECTO DE ADENDA 2

ANEXO II-B

MODELO DE APROBACIÓN DE ACREEDOR PERMITIDO

Lima, ... de ..... de 20 ....
Señores
Acreedor Permitido [Dirección]
Lima - Perú
Presente.-
Referencia: Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial Nº 4

De acuerdo con lo previsto en el Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial Nº 4, por medio del presente declaramos en su favor lo siguiente:

a) Que hemos sido notificados de **[la línea de crédito] / [su participación] [en calidad de financista / banco de segundo piso / Representante de Obligacionistas o equivalente / Agente Administrativo / Agente de Garantías / Fiduciario] [de la emisión [internacional / nacional] de deuda] que (CONCESIONARIO) [recibirá / emitirá]** y todos los intereses, comisiones y cualquier otro gasto o pago vinculado a **dicha** operación de Endeudamiento Garantizado Permitido.
b) Que confirmamos nuestra aprobación respecto al cumplimiento de vuestra parte de todos los requisitos establecidos en el Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N° 4, así como todos aquellos exigidos por las Leyes y Disposiciones Aplicables para clasificar como Acreedor Permitido.
c) Que **vuestra condición de** Acreedor Permitido **en calidad de [financista /banco de segundo piso / Representante de Obligacionistas o equivalente/ Agente Administrativo / Agente de Garantías / Fiduciario] surtirá** pleno efecto **[desde la** fecha de **emisión de esta aprobación por el** Ministerio de Transportes y Comunicaciones] **[en caso del banco de segundo piso, desde la fecha de notificación al Ministerio de Transportes y Comunicaciones de que el evento por el cual el banco de segundo piso pasa a ser acreedor directo del CONCESIONARIO ha ocurrido]**, haciéndose efectivo lo siguiente, sin restricción alguna:
   i. Que aprobamos en forma plena e irrestricta, de conformidad con la Cláusula _del Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vía/ Nº 4, todas y cada una de las garantías que se constituirán en respaldo [de **la línea de crédito] [del financiamiento] [otorgado por [ustedes] a favor de (CONCESIONARIO) [de la deuda [internacional/nacional] emitida por (CONCESIONARIO)].**

   ii. Que damos nuestro consentimiento anticipado para que todas o parte de las garantías constituidas a vuestro favor sean ejecutadas en caso así lo establezcan los documentos **del Endeudamiento Garantizado Permitido, así como los contratos de garantía u otros documentos** relacionados y complementarios.

   iii. Que la ejecución de estas garantías no requerirá de ninguna aprobación previa o confirmación posterior, teniendo ustedes el derecho a ejecutarlas en forma, oportunidad y modo que más convengan a sus intereses, de acuerdo a lo estipulado en el Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial Nº 4.

Atentamente,

Ministerio de Transportes y Comunicaciones"

109. El Anexo II-B corresponde a un modelo de aprobación de Acreedor Permitido a ser suscrito por el Concedente, en respuesta a la declaración de Acreedor Permitido remitida por las entidades que otorgarían fondos en favor de la Concesión.

110. Respecto a los numerales a), b) y c) de la carta modelo propuesta, similar al caso de la modificación del Anexo II, analizado en el acápite previo, reiteramos nuestra observación referida a la situación de los bancos de segundo piso y las entidades partícipes en la estructuración de una emisión de deuda o título valor (Agente Administrativo y/o Agentes de Garantías que constituirían un Acreedor Permitido), en el sentido que éstos no podrían legalmente calificar como Acreedores Permitidos en el marco del Contrato de Concesión, en tanto para ello se requiere, necesariamente, tener la calidad de acreedor directo del Concesionario.

111. Por otro lado, respecto a los literales ii) y iii) del inciso c), debe indicarse que los procedimientos de ejecución de cualquier garantía deben respetar lo previsto en el Contrato de Concesión, independientemente de los acuerdos privados que tengan el Concesionario y sus Acreedores Permitidos, a fin de que guarden consistencia con las Cláusulas 11.9 y 11.10, las cuales prevén la emisión de opinión previa del Regulador y del Concedente ante la ejecución de las garantías.

112. Por lo expuesto, de manera similar a lo señalado anteriormente con relación a la modificación del Anexo II, recomendamos que, en caso se incluya la presente Carta, su redacción se ajuste al texto del Anexo 12 del Contrato de Concesión del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry, cuyo texto adaptado se transcribe:

"**ANEXO II B**

MODELO REFERENCIAL DE CARTA DE APROBACIÓN A FAVOR DEL ACREEDOR PERMITIDO

Lima, ...de ...de 20.....
Señores
Acreedor Permitido
[Dirección]
[Ciudad, País]
Presente.-
Ref.: Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N° 4

De acuerdo con lo previsto en el Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N° 4, por medio de la presente declaramos en su favor lo siguiente:

a) Que hemos sido notificados de [la línea de crédito / la emisión de valores mobiliarios / instrumentos de deuda] de hasta..... de [Soles/Dólares de Estados Unidos] (S/...../US$ Dólares (US$ ..) de capital y todos los intereses, comisiones, y cualquier otro gasto o pago vinculado a la operación de Endeudamiento Garantizado Permitido al CONCESIONARIO al crédito otorgado por los Acreedores permitidos al CONCESIONARIO.

b) Que manifestamos nuestra conformidad respecto al cumplimiento de vuestra parte de todos los requisitos establecidos en el Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N° 4, así como todos aquellos exigidos por las Leyes y Disposiciones Aplicables para clasificar como Acreedor Permitido.

c) Que otorgamos conformidad en forma plena e irrestricta, según lo dispuesto en el Contrato, respecto a todas y cada una de las garantías que se constituirán en vuestro favor en respaldo

de [la línea de crédito / la emisión de valores mobiliarios / instrumentos de deuda] antes referido, las mismas que en forma referencial se mencionan en el pronunciamiento emitido mediante el [documento] anexo adjunto.

d) Que damos nuestro consentimiento anticipado para que todas o parte de las garantías constituidas a vuestro favor, sean ejecutadas en caso así lo establezcan los documentos que forman parte de [a línea de crédito / la emisión de valores mobiliarios / instrumentos de deuda] que se autoriza, contratos de créditos y demás contratos relacionados y/o complementarios, sin perjuicio de lo estipulado en el Contrato de Concesión los Tramos Viales de la Red Vial N° 4.

e) Que la ejecución de estas garantías no requerirá de ninguna aprobación previa o confirmación posterior, teniendo ustedes el derecho a ejecutarlas en forma, oportunidad y modo que más convenga a sus intereses, sin perjuicio de lo estipulado en el Contrato de Concesión los Tramos Viales de la Red Vial N° 4, para lo cual deberán presentar la presente Carta).

Atentamente,
Firma:.....
Nombre:.....
Representante del CONCEDENTE"

D. Sobre la modificación de la Cláusula 1.14.42: Definición de Estudio Definitivo de Ingeniería.

CONTRATO DE CONCESIÓN VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 2
1.14.42. Estudio Definitivo de Ingeniería Son los estudios que corresponde desarrollar para la Construcción de la Segunda Calzada a cargo del CONCESIONARIO de acuerdo con los Términos de Referencia de las Bases y el presente Contrato. El Estudio Definitivo de Ingeniería incluirá como mínimo lo siguiente: (i) Resumen Ejecutivo, (ii) Memoria Descriptiva, (iii) Metrados, (iv) Análisis de precios unitarios, (v) Presupuesto de la totalidad de recursos que cubran las obligaciones a cargo del CONCESIONARIO, (vi) Cronogramas, (vii) Especificaciones Técnicas, (viii) Estudios básicos, (ix) Diseños, (x) Plan de Mantenimiento, (xi) Unidades de Peaje, (xii) Estaciones de Pesaje, y (xiii) Planos.	1.14.42 Estudio Definitivo de Ingeniería Son los estudios que corresponde desarrollar para la Construcción de la Segunda Calzada, **la Construcción de las Obras de Desempate y la Construcción de la Obra Vial Nueva No Ofertada** a cargo del CONCESIONARIO de acuerdo con los Términos de Referencia de las Bases y el presente Contrato. El Estudio Definitivo de ingeniería incluirá como mínimo lo siguiente: (i) Resumen Ejecutivo, (ii) Memoria Descriptiva, (iii) Metrados, (iv) Análisis de precios unitarios, (v) Presupuesto de la totalidad de recursos que cubran las obligaciones a cargo del CONCESIONARIO, (vi) Cronogramas, (vii) Especificaciones Técnicas, (viii) Estudios básicos, (ix) Diseños, (x) Plan de Mantenimiento, (xi) Unidades de Peaje, (xii) Estaciones de Peaje, y (xiii) Planos, Estos deberán someterse a la aprobación del CONCEDENTE de acuerdo a lo indicado en la Cláusula 6.4."

113. En relación con la inclusión de las Obras de Desempate y de la Obra Vial Nueva No Ofertada dentro de la definición del Estudio Definitivo de Ingeniería (en adelante, EDI), se debe indicar que, la Cláusula 1.14.59 del Contrato de Concesión define el concepto de Obra como sigue:

> *"1.14.59. **Obra** Es el elemento físico resultado de un diseño y de la ejecución de trabajos que **requieren necesariamente de un Expediente Técnico** y dirección técnica para su realización, empleando mano de obra, materiales, equipo, o alguno (s) de éstos."*

[Énfasis y subrayado agregados.]

114. Según lo anterior, todas las Obras que se ejecuten requieren necesariamente de Expediente Técnico. Al respecto, es importante mencionar que mediante el literal a) de la Cláusula 6.38 del Contrato de Concesión, se establece que el Concesionario deberá elaborar un EDI para la ejecución de la Obra Vial Nueva no Ofertada, sin embargo, no se aprecia un mismo trato para el caso de las Obras de Desempate. Por otro lado, se debe precisar que actualmente las Obras de Desempate y la Obra Vial Nueva no Ofertada cuentan con su respectivo EDI independiente del EDI de la Segunda Calzada.

115. Por lo expuesto, en vista que ambos tipos de Obra cuentan a la fecha con su propio EDI, la modificación propuesta resultaría razonable con el fin de permitir una correcta ejecución, control y supervisión del proyecto. Sin embargo, es importante considerar que la lectura del numeral que se pretende modificar debe realizarse en forma conjunta con las Cláusulas 16.16 y 6.29 del Contrato de Concesión, referidas al VCNI y las Obras Adicionales, respectivamente, los cuales se citan a continuación:

> ***" VALOR CONTABLE NETO DEL INTANGIBLE***
>
> *(...)*
>
> *16.16. Para la determinación del Valor Contable Neto del Intangible se considerará aquel valor que resulte menor entre lo siguiente:*
>
> *a) La sumatoria de: (i) el monto correspondiente al* ***presupuesto del Estudio Definitivo de Ingeniería aprobado por el CONCEDENTE****, (ii) los gastos financieros hasta la aceptación de las Obras de la Segunda Calzada a cargo del CONCESIONARIO, (iii) otros gastos que estén incluidos en el balance general auditado del CONCESIONARIO debidamente acreditados y aprobados por el REGULADOR y el CONCEDENTE, y (iv) el valor de las Obras Adicionales debidamente acreditadas y aprobadas por parte del CONCEDENTE que a la fecha de Caducidad de la Concesión estuviesen pendiente de pago, (v) menos las correspondientes amortizaciones acumuladas de los montos estipulados en (i), (ii), (iii) y (iv), al momento de realizar el cálculo.*
>
> *b) La información que se consigne en el balance general del CONCESIONARIO, debidamente auditado, al Día Calendario anterior a la fecha en que se produce el evento que origina la Caducidad.*
>
> *(...)"*

[Énfasis y subrayado agregados.]

> ***"OBRAS ADICIONALES***
>
> *(...)*
>
> *6.29. El monto de inversión agregado de todas* ***las Obras Adicionales que se acuerden no podrá superar en conjunto el diez por ciento (10%) del presupuesto aprobado en el Estudio Definitivo de Ingeniería incluido el IGV****."*

[Énfasis y subrayado agregados.]

116. Como se puede observar, ambos conceptos, el del VCNI y el de Obras Adicionales, se ven afectados ante cambios en la definición del EDI; por lo tanto, el análisis de la propuesta modificatoria debe hacerse en conjunto con las dos cláusulas antes mencionadas. Asimismo, en vista que las Obras de Desempate y la Obra Vial Nueva no Ofertada tienen tratos diferentes en el Contrato de Concesión, la evaluación también debe diferenciar el efecto de la inclusión individual de cada tipo de Obra, análisis que se presenta a continuación.

a) Respecto al efecto de incluir la Obra Vial Nueva no Ofertada en la definición del EDI.

117. En relación con el posible efecto en el VCNI, se debe precisar que la Cláusula 6.38.8[18], señala lo siguiente:

> *"6.38.8. En caso se produzca la resolución del Contrato de Concesión, será de aplicación lo dispuesto en la Sección XVI del referido Contrato, para lo cual la Obra Vial Nueva no Ofertada **"Vía de Evitamiento Chimbote" será considerada como parte del valor contable neto del intangible hasta por el monto valorizado por el Regulador**".*
>
> [Énfasis y subrayado agregados.]

118. Por tanto, la inclusión de la Obra vial Nueva no Ofertada sería consistente con las modificaciones realizadas en el Contrato de Concesión mediante la firma de la Adenda N° 2 y no se advierte un efecto directo en el cálculo del VCNI.

119. Por otro lado, tal como se explicó anteriormente, la modificación propuesta afecta también el valor del monto máximo de inversión en Obras Adicionales, considerando la redacción de la Cláusula 6.29 del Contrato de Concesión antes citada, según la cual se puede ejecutar un valor de Obras Adicionales por un monto máximo del 10% del presupuesto del EDI, incluido el IGV. Ello es reconocido por el Concedente en el numeral 7.44 del Informe de sustento de la presente propuesta de Adenda, en el cual expone lo siguiente:

> *"7.44 **La modificación propuesta indirectamente modifica la base para el cálculo del máximo monto de inversión agregado para realizar obras adicionales indicado en la cláusula 6.29 del Contrato de Concesión.** Por una parte, como se ha sostenido previamente, las modificaciones relacionadas con las obras de desempate dentro del Estudio Definitivo de Ingeniería corresponden a una precisión con el objeto de dotar de claridad al Contrato de Concesión; en consecuencia, que para el cálculo del monto de inversión agregada de Obras Adicionales se considere el presupuesto de las Obras de Desempate es una condición aplicable desde el inicio del Contrato de Concesión.*
>
> [Énfasis y subrayado agregados.]

120. Al respecto, se debe precisar que la importancia de controlar o limitar el monto máximo de Obras Adiciones en los contratos de concesión autofinanciados, es debido a que estos pueden afectar el pasivo contingente del Estado en caso de caducidad. En efecto el literal (iii) del Cláusula 16.16 referente al cálculo del VCNI, del Contrato vigente, estable que el valor de las Obras Adiciones puede formar parte del cálculo del VCNI en caso de caducidad, como se cita a continuación:

> *"**VALOR CONTABLE NETO DEL INTANGIBLE***
> *(...)*
> *16.16. Para la determinación del Valor Contable Neto del Intangible se considerará aquel valor que resulte menor entre lo siguiente:*
>
> *(...) (iii) otros gastos que estén incluidos en el balance general auditado del CONCESIONARIO debidamente acreditados y aprobados por el REGULADOR y el CONCEDENTE, y (iv) el valor de las **Obras Adicionales** debidamente acreditadas y aprobadas por parte del CONCEDENTE que a la fecha de Caducidad de la Concesión estuviesen pendiente de pago,(...)"*

[18] Incorporada por el numeral 3.2 de la Cláusula Tercera de la Adenda N° 2 al Contrato de Concesión, suscrita con fecha 22 de julio de 2016.

121. Por otro lado, se debe considerar el concepto de EDI estipulado en el Contrato de Concesión vigente, el monto máximo por el cual pueden ejecutarse las Obras Adicionales sería exclusivamente el 10% del Presupuesto de las **Obras de la Segunda Calzada**, el cual no incluye la Obra Vial Nueva no Ofertada.

122. Por tanto, con la modificación contractual (suponiendo que solo se incluyese la Obra Vial no Ofertada en la definición del EDI), el monto por el cual se podrían ejecutar las obras Adicionales se incrementaría, dado que el EDI señalado en la definición contractual no solo involucraría la Obra de la Segunda Calzada, sino también la Obra Vial no Ofertada, tal como se puede observar en los siguientes Cuadros:

Cuadro 1.
Monto máximo de Obras Adicionales

	Monto máximo de Obras Adicionales sin Adenda	**Monto máximo de Obras Adicionales con Adenda**
Forma de cálculo	MMOA = (10%)*(Presupuesto de las Obras de la Segunda Calzada).	MMOA = (10%)*(Presupuesto de las Obras de la Segunda Calzada + Presupuesto de Obra Vial No Ofertada)

Fuente: Contrato de Concesión Vigente.
Elaboración: Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN.

Cuadro 2.
Incremento del monto máximo de Obras Adicionales

	Monto máximo de Obras Adicionales sin Adenda	**Monto máximo de Obras Adicionales con Adenda**
Porcentaje (a)	10%	10%
Presupuesto de la Segunda Calzada (b)	US$ 191 550 960,82[19]	No aplica
Presupuesto de la Segunda Calzada y Obra Vial No Ofertada (c)	No aplica	US$ 349 786 782,39[20]
Monto de Obras Adicionales (c) = (a) * (b) o = (a)*(d)	US$ 19 155 096	US$ 34 978 678
Incremento en monto	US$ 15 823 582,16	
Variación porcentual	83%	

Fuente: Contrato de Concesión Vigente.
Elaboración: Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN.

123. Como se puede observar, el monto máximo por el cual se ejecutarían las Obras Adicionales en caso se adicione la Obra Vial Nueva no Ofertada, sería de US$ 34 978 678, lo que representaría un incremento porcentual de 83%, respecto al valor inicial de incluir solo la Segunda Calzada (US$ 19 155 096).

124. Sin perjuicio a lo anterior, se debe precisar que los montos de Obras Adicionales que se pretende ejecutar no han sido sustentados en marco de lo establecido en el Contrato de Concesión. En efecto, de la revisión de la información remitida para el análisis de la presente

[19] Monto extraído del presupuesto referencial. Resolución Directoral N° 309-2010-MTC/20.

[20] Presupuesto de la Segunda Calzada (US$ 191,550,960.82) y el presupuesto de la Obra Vial no Ofertada extraído de la Adenda N° 02 del Contrato de Concesión (US$ 158,235,821.57), sin incluir el Deductivo.

Adenda, ni el Concedente ni el Concesionario han sustentado debidamente la necesidad de incrementar el monto máximo de Obras Adicionales, tal es así que el mismo Concedente en el numeral 7.49 del Informe N° 1280-2018-MTC/25 señala lo siguiente:

> *"(...) a la fecha se tiene un conjunto de obra* [sic] *que calificarían como Obras Adicionales – **siempre que el Regulador los califique como tal – (...)**".*

125. Por otro lado, debido a que a la fecha no existe la opinión del Regulador sobre la conveniencia de las Obras Adicionales que señala el Concedente, ni tampoco se cuenta con los estudios que se señalan en la Cláusula 6.30 del Contrato de Concesión. Sobre el particular las Cláusulas 1.14.60 y 6.30 del Contrato de Concesión señalan lo siguiente:

> *"1.14.60. Obras Adicionales Son aquellas Obras que no se encuentran contempladas en el Anexo 9 de las Bases o en el Estudio Definitivo de Ingeniería, pero cuya ejecución puede ser decidida durante el período de Concesión por el CONCEDENTE, **con opinión previa del REGULADOR por considerarlas convenientes para el cumplimiento del objeto de la Concesión.***
>
> *La ejecución y Conservación de las Obras Adicionales se encontrará sujeta a lo regulado en las Cláusulas 6.27 al 6.36 del Contrato"*
>
> *6.30 Las Obras Adicionales podrán ser construidas o contratadas por el CONCESIONARIO, en caso de existir mutuo acuerdo entre las Partes, respecto a la realización de las Obras Adicionales, en el precio de ellas, sin exceder el porcentaje indicado en la Cláusula 6.29, y en el mecanismo de pago, para lo cual será necesaria la opinión previa del REGULADOR. En este caso, las inversiones de las Obras Adicionales y el pago por Supervisión de estas Obras a favor del REGULADOR, serán asumidas por el CONCESIONARIO, con cargo a los recursos del CONCEDENTE, en función al mecanismo que acuerden las Partes. **A tal efecto, a fin de viabilizar la ejecución de las Obras Adicionales, el CONCEDENTE deberá observar las disposiciones correspondientes al Sistema Nacional de Inversión Pública.***
>
> [Énfasis y subrayado agregados.]

126. Adicionalmente, se debe indicar que, a la fecha, solo se ha firmado un Acta de Acuerdo con el fin de ejecutar la Obra Adicional: "Muro Separador Central entre el km 496+000 al km 557+200 y del km 410+000 al km 411+000". El presupuesto de dicha Obra Adicional asciende a S/ 29 678 504,17[21], monto que es inferior al tope actual de Obras Adicionales. Al respecto, el siguiente cuadro muestra el saldo restante de Obras Adicionales después de considerar la obra mencionada previamente, el cual asciende aproximadamente a US$ 9 446 720,49.

Cuadro 3.
Saldo para ejecutar Obras Adicionales[1/]

Monto a ejecutarse por Obra adicional a la fecha (a)	Tope máximo por ejecutar por Obra Adicional (b)	Saldo de las Obras Adicionales (c) = (b) – (a)
US$ 9 708 375,59	US$ 19 155 096,08	US$ 9 446 720,49

Nota: TC = 3,057 (tipo de cambio promedio compra venta del 30 de enero de 2015, fecha a la cual está expresado el presupuesto).
1/ Cabe indicar que la Obra Adicional "Vía Evitamiento Chao" cuenta con la opinión favorable del Regulador (Oficio N° 3755-2015-JCRV-GSF-OSITRAN), sin embargo, dicha obra aún no cuenta con el Estudio Definitivo de Ingeniería requerido, por lo que no fue considerado para el cálculo del saldo.
Fuente: Contrato de Concesión Vigente.
Elaboración: Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN.

[21] Sin incluir los montos por aporte por regulación y supervisión de obras.

127. Por tanto, debido a que el Concedente no ha sustentado el incremento del tope máximo para la ejecución de las Obras Adicionales en los términos establecidos en el Contrato de Concesión y en vista a que aún existe un saldo para la ejecución de las Obras Adicionales; no se recomienda incorporar la Obra Vial Nueva no Ofertada en la definición del EDI del Contrato de Concesión, especialmente si antes no se cubre el posible riesgo de aumento del monto máximo de Obras Adicionales.

Por último, dado que existe un riesgo de aumento de las Obras Adicionales, y por lo tanto, el pasivo contingente del Estado se puede ver afectado, se recomienda que el MEF evalué si dicho aumento está considerado o sería necesario buscar un mecanismo que permita cubrir el riesgo antes mencionado.

b) Respecto al efecto de incluir las Obras de Desempate en la definición del EDI.

128. En relación con el posible efecto en el VCNI, se debe resaltar que, a diferencia de la Obra Vial Nueva no Ofertada, no existe ninguna cláusula en el Contrato de Concesión Vigente que haga explícita la inclusión de las Obras de Desempate como parte del cálculo del VCNI.

129. Por otro lado, en algunos contratos de concesión de la red vial autofinanciados, se muestra explícitamente que el EDI incluye todas las obras de la Concesión, lo cual se refleja en el VCNI; tal es el caso de los contratos de concesión de la Autopista del Sol Tramo Vial: Trujillo - Sullana y del Tramo Vial: Dv. Quilca - Dv. Arequipa (Repartición) - Dv. Matarani - Dv. Moquegua - Dv Ilo - Tacna - La Concordia. Considerando ello, y el hecho que en el Contrato de Concesión de la Red Vial N° 4 se señala que las Obras se deben ejecutar de acuerdo al Expediente Técnico, en principio pareceria razonable que de las Obras de Desempate se incluyeran en la Definición del EDI. No obstante, la redacción original del presente contrato no lo ha considerado.

130. Adicionalmente, debemos indicar que el análisis debe efectuarse contemplando la estructuración y el diseño de contrato que PROINVERSIÓN tuvo al momento de diseñar el proyecto, en vista que la experiencia indica que la estructuración puede ser diferente para cada contrato. Al respecto, se debe precisar que en las condiciones en que se licitó la presente Concesión, de acuerdo con las Bases del Concurso del proyecto de la Red Vial N° 4, el factor de competencia se subdividió en etapas, tal como muestra en la siguiente figura:

OSITRAN V°B° D. VILLEGAS

OSITRAN V°B° R. QUESADA O.

OSITRAN V°B° J. CHOCANO

Figura 1.
Sobre el factor de competencia

En cualquier caso que el empate se produzca por ofertas que alcancen la totalidad de la Longitud de Segunda Calzada por Construir, los Postores que empataron tendrán un plazo de hasta una (01) hora para presentar una nueva Propuesta Económica, de acuerdo al formato indicado en el Anexo N° 6A, que consistirá en ofrecer la construcción de Obras para

[redacted] Modificado por Circular N° 51
[redacted] Modificado por Circular N° 9
[redacted] Modificado por Circular N° 45
[redacted] Modificado por Circular N° 51
[redacted] Modificado por Circular N° 9
[redacted] Modificado por Circular N° 45
[redacted] Modificado por Circular N° 51

Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N° 4 45

PERU [redacted]

"DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERÚ"
"AÑO DE LAS CUMBRES MUNDIALES EN EL PERÚ"

casos de desempate, en la prioridad indicada en el Apéndice 4 del Anexo 9. La prioridad no podrá ser cambiada por el Postor.

La Propuesta Económica ganadora será aquella que ofrezca mayor cantidad de Obras para casos de desempate.

Fuente: Bases de concurso Red Vial N° 4. Disponible en: https://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/0/JER/REDVIALN4_DOC_BASES/TUO%20DE%20BASES%20Nov2008.pdf

131. Según lo anterior, el ganador de la concesión sería aquel postor que ofrezca construir mayores kilómetros de la Segunda Calzada y, en caso más de un postor ofreciera el tope de kilómetros de la Segunda Calzada, el ganador sería aquel que ofrezca construir mayores obras de desempate señaladas en el Apéndice 4 del Anexo 9 de las Bases del proyecto.

132. De acuerdo con ello, en las Bases del Concurso se diferenció claramente entre **Obras de la Segunda Calzada** y **las Obras de Desempate**. Adicionalmente, dicha diferenciación fue confirmada con la Adenda N° 2 al Contrato de Concesión, al establecerse una definición propia para las Obras de Desempate en la Cláusula 1.14.60.A[22]:

> *1.14.60.A. "Obras de Desempate* ***Son aquellas obras viales nuevas que se encuentran contempladas en el Anexo 9 de las Bases y que fueron ofertadas por el CONCESIONARIO****, de acuerdo al numeral 9.1.7 de las Bases como nueva Propuesta Económica para el Concurso de Proyectos integrales para la Concesión de los tramos viales de la Red Vial N° 4, en caso de empate."*
>
> [Énfasis y subrayado agregados.]

133. Por tanto, de la lectura del Contrato de Concesión y las Base del Concurso, no se puede evidenciar que las Obras de Desempate estuvieran contempladas como parte del VCNI.

134. Sin embargo, se debe mencionar que, en el Informe de sustento de la presente propuesta de Adenda, remitido por el MTC, se afirma que sobre la base de la lectura de los Informes

[22] Sobre el particular, se debe indicar que de la totalidad de las obras de desempate (21), el Concesionario ofreció 20, no ofreciéndose la Obra Evitamiento Chimbote. Esta última se incluyó como ejecución de obra obligatoria por parte del Concesionario recién con la Adenda N° 2 del Contrato de Concesión.

remitidos por PROINVERSION[23], se puede inferir que financieramente las inversiones relacionadas a las Obras de Desempate estarían comprendidas dentro del VCNI, tal como se cita a continuación:

> *"7.39 De la revisión de los referidos Informes, se aprecia que los mismos no consignan información relativa a los Estudios Definitivos de Ingeniería ni las obras que se incorporan en el Contrato de Concesión. Sin perjuicio de ello, el Informe que sustenta el Esquema Financiero de la concesión, se aprecia que el modelo recoge los montos de inversión y gastos financieros proyectados correspondientes a todas las obras de la Red Vial N° 4.*
>
> *7.40 Dado que en el **referido documento no se realiza una distinción entre obras obligatorias y de desempate, se puede inferir que financieramente las referidas inversiones serían reconocidas dentro del cálculo del VCNI, en caso de caducidad de la concesión**. En otras palabras, en la medida que dentro del proceso de promoción del proyecto Red Vial 4 no ha habido una exclusión implícita ni explícitamente de las inversiones relacionadas a las Obras de Desempate, resulta económica y financieramente razonable que toda aquella inversión retribuida con los ingresos de peaje de la concesión, forme parte del VCNI."*
>
> [Énfasis y subrayado agregados.]

135. Al respecto, el Regulador solicitó al MTC, mediante Oficio N° 168-2018-GG-OSITRAN[24], remitir el Oficio N° 261-2018/PROINVERSION/SG, con el que PROINVERSIÓN da respuesta a las consultas planteadas por el MTC en los Oficios N° 1956-2018-MTC/25 y 2303-2018-MTC/25, en el marco de la Evaluación Conjunta de la presente Propuesta de Adenda N°4.

136. Si bien el Concedente señala en su informe de sustento que se puede inferir que las obras de desempate deben ser incluidas en el VCNI, de la lectura de los documentos enviados por PROINVERSIÓN (Informe del "Modelo Financiero que sustenta el esquema de inversiones de la Concesión", Informe de "análisis y asignación de riesgos, esquemas de garantías por parte del Estado y del Concesionario y cuantificación de pasivos contingentes para el Estado", y el Informe de "determinación del Factor de Competencia"), no queda claro para el Regulador que las Obras de Desempate fueran consideradas expresamente como parte del modelo financiero. En efecto, en los referidos documentos no se aprecia que durante el proceso de promoción se haya previsto que el monto de la inversión de las Obras de Desempate haya sido considerado para efectos de la elaboración del modelo económico financiero y análisis de contingencias.

---

[23] Informes remitidos al Concedente mediante Oficio N° 261-218/PROINVERSION/SG, de fecha 30 de mayo de 2018, en respuesta a la consulta realizada por el MTC mediante el Oficio N° 1956-2018-MTC/25, referente a las Obras de Desempate y su inclusión en el EDI, tal como se cita a continuación del informe de sustento remitido por el MTC:

> *"7.38 A efectos de precisar si los Estudios Técnicos del Contrato de Concesión contemplaron las inversiones y gastos de financiamiento relativas a las Obras de Desempate, entre ellos, la obra "Vía Evitamiento Chimbote", mediante Oficio N° 1956- 2018-MTC/25, de fecha 02 de mayo de 2018, se consultó a PROINVERSION si en la evaluación de la estructuración financiera y distribución de riesgos del Contrato de Concesión la definición de la Cláusula 1.14.42 "Estudio Definitivo de Ingeniería" comprendía también las Obras de desempate.*
>
> *7.39 Mediante Oficio N° 261-218/PROINVERSION/SG, de fecha 30 de mayo de 2018, PROINVERSION atendió la consulta formulada por la DGCT habiendo adjuntado dos (02) Informes de la Asesoría Financiera al proceso de promoción de la Concesión de la Red Vial W 4 Tramos Pativilca - Santa-Trujillo y Salaverry- Empalme RO1 N. El primero desarrolla el Modelo Financiero que sustenta el esquema de inversiones del contrato; mientras que el segundo está relacionado al Análisis y asignación de riesgos, esquema de garantías y cuantificación de pasivos contingentes para el Estado."*

[24] Recibido por el MTC el 07 de setiembre de 2018.

137. En tal sentido, de la evaluación realizada por este Regulador se puede concluir que no hay una evidencia clara de que las Obras de Desempate estuvieran consideradas como parte del VCNI, por lo cual, a la luz de la información disponible, no se considera adecuada la inclusión de las Obras de Desempate en la definición del EDI, en vista que existe un riesgo que afecte al cálculo del VCNI.

138. En última instancia, dado que dicha modificación involucraría un aumento en los compromisos contingentes por parte del Estado, corresponde al MEF definir si corresponde o no aprobar la modificación propuesta, dada la interpretación por parte del Concedente en su informe de sustento y la información disponible.

139. Sin perjuicio a lo anterior, tal como se señaló, en vista que con la información disponible no queda claro el papel de las Obras de Desempate en proceso de estructuración del Contrato de Concesión, se reitera al Concedente la necesidad de que PROINVERSIÓN, entidad que tuvo a su cargo la promoción y adjudicación de la buena pro del proyecto, señale cuál fue la concepción económica y financiera para las Obras de Desempate durante el diseño de esta Concesión, debiendo indicar si constituyó un pago *up front* expresado en ejecución de obras o si estuvo considerado que sería contemplado para la determinación del VCNI, de manera que permita tener una visión más clara del efecto de la inclusión de las Obras de Desempate en el VCNI y en las condiciones de competencia del concurso.[25]

140. De otro lado, en relación al efecto en el valor de las Obras Adicionales, de manera similar al caso de la Obra Vial Nueva no Ofertada, la inclusión de las Obras de Desempate en la definición del EDI incrementaría el monto máximo de Obras Adicionales en relación al valor actual, tal como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Cuadro 4.
Incremento del monto máximo de Obras Adicionales

	Monto máximo de Obras Adicionales sin Adenda	**Monto máximo de Obras Adicionales con Adenda**
Porcentaje (a)	10%	10%
Presupuesto de la Segunda Calzada (b)	US$ 191 550 960,82[26]	No aplica
Presupuesto de la Segunda Calzada y Obras de desempate(c)	No aplica	US$ 286,165,960.82[27]
Monto de Obras Adicionales (c) = (a) * (b) o = (a)*(d)	US$ 19 155 096	US$ 28 616 596
Incremento en monto	US$ 9 461 500	
Variación porcentual	49%	

Fuente: Contrato de Concesión y el proyecto de adenda N° 4.

[25] Esta necesidad fue comunicada por el Regulador al MTC durante el proceso de evaluación conjunta de la propuesta de adenda.

[26] Monto extraído del presupuesto referencial. Resolución Directoral N° 309-2010-MTC/20.

[27] Presupuesto de la Segunda Calzada (US$ 191 550 960,82) y Obras de Desempate (US$ 94 615 000) extraídos del presupuesto referencial, Anexo 1 de la Resolución Directoral N° 309-2010-MTC/20.

Elaboración: Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN.

141. Como se puede observar, el monto máximo por el cual se ejecutarían las Obras Adicionales en caso se adicione la Obra de Desempate sería de USD 28 616 596, lo que representaría un incremento porcentual de 49% respecto al escenario inicial en el que solo se considera la Segunda Calzada (US$ 19 155 096)[28].

142. Por tanto, de manera similar a lo señalado en el caso de la inclusión de la Obra Vial Nueva no Ofertada, en vista que la modificación planteada implica un posible aumento en el monto máximo de las Obras Adicionales y dado que el Concedente no ha sustentado el incremento del tope máximo para la ejecución de las Obras Adicionales en los términos establecidos en el Contrato de Concesión, no se recomienda incorporar la Obra Vial Nueva no Ofertada en la definición del EDI del Contrato de Concesión, especialmente si antes no se cubre el posible riesgo de incremento del monto máximo de Obras Adicionales sin el debido sustento.

143. Por último, corresponde al MEF pronunciarse finalmente sobre las modificaciones analizadas, en tanto se estarían incrementando los compromisos contingentes por parte del Estado.

144. Por todo lo expuesto, en lo referente a la modificación de la definición del EDI, a razón de la información expuesta, no se considera adecuado realizar la modificación planteada, en vista a los siguientes aspectos identificados:

- Si bien la inclusión de la Obra Vial Nueva no Ofertada en la definición del EDI no afecta el cálculo del VCNI ya que es consistente con la modificación realizada mediante la Adenda Nº 2[29], se incrementa el monto máximo por el cual se pueden ejecutar las Obras Adicionales.

- Si bien parecería razonable la inclusión de las Obras de Desempate en la definición del EDI, con la información disponible no se muestra una evidencia clara de que dichas Obras hayan sido consideradas como parte del VCNI al momento de la estructuración del

[28] Es importante señalar que si se analiza el efecto de incluir al mismo tiempo las Obras de Desempate y la Obra Vial Nueva no Ofertada en el monto máximo de las Obras Adicionales (que es como está planteada la propuesta de modificación), este efecto es mucho mayor, tal como se aprecia en el siguiente cuadro:

Incremento del monto máximo de Obras Adicionales

	Monto máximo de Obras Adicionales sin Adenda	Monto máximo de Obras Adicionales con Adenda
Porcentaje (a)	10%	10%
Presupuesto de la Segunda Calzada (b)	US$ 191 550 960,82	No aplica
Presupuesto de la Segunda Calzada, Obras de desempate y Obra Vial No Ofertada (c)	No aplica	US$ 444 401 782,39[28]
Monto de Obras Adicionales (c) = (a) * (b) o = (a)*(d)	US$ 19 155 096,08	US$ 44 440 178,24
Incremento en monto	US$ 25 285 082,16	
Variación porcentual	132%	

Fuente: Contrato de Concesión vigente.
Elaboración: Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN.

Como se observa, el monto máximo por el cual se ejecutarían las Obras Adicionales se incrementaría en US$ 25 285 082, 16, lo que representaría un incremento **porcentual de 132%.**

[29] Sin embargo, se recomienda realizar las precisiones necesarias descritas en el análisis realizado respecto al su efecto en el VCNI.

proyecto; más aún si tanto en las Bases del concurso como en el Contrato de Concesión se muestra una diferencia clara entre las Obras de la Segunda Calzada y las Obras de Desempate.

- Por tanto, dada la falta de claridad señalada en el párrafo anterior, la inclusión de las Obras de Desempate en la definición del EDI podría significar que el Estado asuma un riesgo adicional, ante un escenario de terminación (caducidad) anticipada del Contrato de Concesión, reflejado en el posible aumento del VCNI.

- En atención a lo anterior, en vista a que con la información disponible no queda claro el tratamiento de las Obras de Desempate contemplado en el proceso de estructuración del Contrato, se considera necesario que PROINVERSIÓN aclare cuál fue la concepción económica y financiera para las Obras de Desempate durante el diseño y estructuración de esta Concesión, debiendo explicar si constituyó un pago up front expresado en ejecución de obras o si estuvo considerado que sería contemplado para la determinación del VCNI, de manera que permita tener una visión más clara del efecto de la inclusión de las Obras de Desempate.

E. Sobre la modificación de la Cláusula 14.2: Cláusulas en Contratos

CONTRATO DE CONCESIÓN VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 2
CLÁUSULAS EN CONTRATOS	**CLÁUSULAS EN CONTRATOS**
14.2. En todos los contratos, convenios o acuerdos que el CONCESIONARIO celebre con sus socios, terceros y personal, se deberán incluir cláusulas que contemplen los siguientes aspectos:	14.2 En todos los contratos, convenios o acuerdos que el CONCESIONARIO celebre con sus socios, terceros y personal, se deberá incluir cláusulas que contemplen los siguientes aspectos:
a) La resolución de los respectivos contratos por la Caducidad de la Concesión.	a) La resolución de los respectivos contratos por la Caducidad de la Concesión.
b) Que el plazo de vigencia no exceda el Plazo de la Concesión.	b) Que el plazo de vigencia no exceda el Plazo de la Concesión.
c) La renuncia a interponer acciones de responsabilidad civil contra el CONCEDENTE, el REGULADOR y sus funcionarios.	c) La renuncia a interponer acciones de responsabilidad civil contra el CONCEDENTE, el REGULADOR y sus funcionarios. **La Inclusión de las disposiciones contenidas en los literales precedentes no serán aplicables a los contratos y garantías vinculadas al Endeudamiento Garantizado Permitido ni tampoco a los contratos de prestación de servicios públicos a favor del CONCESIONARIO u otros contratos que celebre el CONCESIONARIO por adhesión. Sin perjuicio de ello, el CONCESIONARIO mantendrá indemne al CONCEDENTE, el REGULADOR y sus funcionarios por cualquier acción de responsabilidad civil en contra de ellos, derivada de la ejecución de estos contratos.**

CONTRATO DE CONCESIÓN VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 2
En ningún caso el CONCESIONARIO se exime de responsabilidad alguna frente al CONCEDENTE, por actos derivados de la ejecución de contratos suscritos con terceros, que pudiere tener incidencia alguna sobre la Concesión.	En ningún caso el CONCESIONARIO se exime de responsabilidad alguna frente al CONCEDENTE, por actos derivados de la ejecución de contratos suscritos con terceros, que pudiere tener incidencia alguna sobre la **Concesión."**

145. La propuesta de modificación permitiría al Concesionario exonerar de la aplicación de los literales a), b) y c) de la Cláusula 14.2 a los contratos derivados del Endeudamiento Garantizado Permitido (en adelante, EGP) y a los contratos de prestación de servicios públicos a favor del Concesionario.

146. Respecto a la exoneración a los contratos derivados de los EGP, se debe precisar que el Regulador[30] se ha opuesto a propuestas de modificación similares en otros contratos de concesión, manifestando que las garantías aprobadas por el Estado en respaldo de las obligaciones del Concesionario en el marco de un EGP deberían estar limitadas a la vigencia del Contrato de Concesión.

147. Esto se debe a que tanto el EGP como las garantías se han autorizado en el marco del Contrato de Concesión; por lo que no resultaría adecuado que ninguno de estos se mantenga más allá de la vigencia de dicho contrato. Es decir, una vez que haya producido la caducidad del Contrato, el activo más importante -y el que debería responder frente a eventuales acreedores permitidos-, debería ser el derecho a rescatar el VCNI. Por consiguiente, en opinión del Regulador, no es necesario que el plazo de otras garantías sea ampliado o supere la vigencia del Contrato de Concesión.

148. Sin perjuicio a lo anterior, corresponde al MTC y al MEF evaluar si, para el presente caso, el reconocimiento de la excepción podría implicar un traslado del riesgo de financiamiento al Estado; así como analizar el impacto que podría existir en los pasivos contingentes, toda vez que permitir que el EGP y contratos relacionados tengan una duración superior al Contrato de Concesión podría generar incertidumbre en la determinación del VCNI.

149. Al respecto, es importante mencionar que no existe un tratamiento uniforme a nivel de los contratos de concesión de infraestructura de transporte, verificándose la existencia de contratos en los que: (i)se han admitido excepciones a los EGP y sus garantías (contrato de concesión de la Hidrovía Amazónica); (ii) sólo se han establecido excepciones a los EGP, pero sin incluir a la garantía hipotecaria del derecho de concesión (contrato de concesión del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry), y (iii) se han establecido excepciones a contratos particulares de desarrollo de infraestructura, instalaciones, o inversiones ejecutadas por terceros (Adenda 7 del contrato de concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez).

150. Respecto del resto de supuestos de excepción planteados, tampoco se considera razonable incluir excepciones a contratos de prestación de servicios públicos u otros por adhesión, ya que, por el nivel de operaciones del Concesionario, su capacidad de negociación con estos

[30] Por ejemplo, el Informe N° 011-2017-GRE-GSF-GAJ sobre la opción al contrato de concesión de la Hidrovía Amazónica (numeral 111), el Informe 052-16-GRE-GSF-GAJ sobre la opinión del contrato del Carretera longitudinal de Sierra Tramo 4 (numeral 107) y el Informe 048-2016-GRE-GSF-GAJ sobre la opinión de la Adenda N° 1 al contrato de concesión del Terminal Portuario General de San Martín.

proveedores es por lo general alta; a lo que debe agregarse que hay muchos Contratos de Concesión equiparables al que es materia de análisis que no han previsto excepciones similares.

151. Finalmente, es importante aclarar que la indemnidad del Concedente debería estar siempre garantizada, en todos los contratos subscritos por el Concesionario, independientemente de que sean contratos donde apliquen las cláusulas, como en aquellos que no, tal como se ha regulado en otros contratos de concesión que ha suscrito el Estado Peruano.

F. Sobre la modificación de la Cláusula 16.3: Término por Mutuo Acuerdo

CONTRATO DE CONCESIÓN VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 2
TÉRMINO POR MUTUO ACUERDO	**TÉRMINO POR MUTUO ACUERDO**
16.3. El Contrato terminará en cualquier momento, por acuerdo escrito entre el CONCESIONARIO y el CONCEDENTE, previa opinión del REGULADOR y de los Acreedores Permitidos. Si el Término del Contrato se produce por mutuo acuerdo entre las Partes, éste deberá contener el mecanismo de liquidación de la Concesión. El acuerdo deberá considerar el tiempo transcurrido desde la celebración del Contrato, los montos de avance de Obra pendientes de ser reconocidos, el valor de los Bienes Reversibles y las circunstancias existentes a la fecha en que las Partes toman esa decisión, como criterios para determinar el mecanismo de liquidación. No se considerará monto indemnizatorio alguno por los daños que irrogue la Caducidad de la Concesión a las Partes.	16.3 El Contrato terminará en cualquier momento, por acuerdo escrito entre el CONCESIONARIO y el CONCEDENTE, previa opinión del REGULADOR y de los Acreedores Permitidos. Si el Término del Contrato se produce por mutuo acuerdo entre las Partes, **el valor de la liquidación de la Concesión será el obtenido de acuerdo a la aplicación del procedimiento general de liquidación de la Concesión según lo previsto en la Cláusula 16.19 del Contrato de Concesión.** No se considerará monto indemnizatorio alguno por los daños que irrogue la Caducidad de la Concesión a las Partes."

152. La decisión de hacer explícito o no el mecanismo de determinación de la liquidación en caso de caducidad por mutuo acuerdo es un tema que corresponde a las Partes. En cualquiera de los casos, la modificación propuesta no parecería generar un pasivo contingente adicional al Estado.

G. Sobre la modificación de la Cláusula 16.14 del Valor Contable Neto del Intangible

CONTRATO DE CONCESIÓN VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 2
VALOR CONTABLE NETO DEL INTANGIBLE	**VALOR CONTABLE NETO DEL INTANGIBLE**
16.14. Una vez declarada la Caducidad bajo cualquiera de los eventos indicados en los Literales del c) al f) de la Cláusula 16.1, el REGULADOR, en un plazo no mayor de treinta (30) Días, realizará el cálculo del Valor Contable Neto del Intangible, el mismo que	*16.14* Una vez declarada la Caducidad bajo cualquiera de los eventos indicados en los Literales b) al f) de la Cláusula 16.1, el REGULADOR, en un plazo no mayor a treinta (30) Días, realizará el cálculo del Valor Contable Neto del Intangible, **debiendo**

CONTRATO DE CONCESIÓN VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 2
será remitido al CONCEDENTE, quien deberá aprobarlo en un plazo máximo de quince (15) Días. Emitida la aprobación correspondiente, el REGULADOR lo pondrá en conocimiento del CONCESIONARIO, con copia al CONCEDENTE dentro de los cinco (5) Días Calendario.	**contar con la participación de una entidad auditora de prestigio internacional elegida y contratada por el REGULADOR, cuyo costo será reembolsado por el CONCESIONARIO. Dicho cálculo deberá ser** remitido al CONCEDENTE, quien deberá aprobarlo en un plazo máximo de quince (15) Días. Emitida la aprobación correspondiente, el REGULADOR lo pondrá en conocimiento del CONCESIONARIO, con copia al CONCEDENTE dentro de los cinco (5) Días Calendario.

153. Al respecto, el Regulador considera que la decisión de contratar una entidad auditora externa a efectos de determinar el VCNI en caso de darse la aplicación de un evento de caducidad será tomada en su oportunidad por la misma Entidad. Asimismo, si bien de la revisión de los últimos contratos de concesión se evidencia que no existe un tratamiento contractual uniforme respecto de este punto, se advierte que solo en dos casos puntuales se han considerado modificaciones similares a las planteadas en el presente proyecto de adenda (Línea 1 del Metro de Lima y Red Vial N° 6); sin embargo, ello no es permitido en la mayoría de los contratos de concesión de infraestructura de transporte. Ante ello, no recomendamos realizar la modificación planteada, ya que se estaría vulnerando la potestad del Regulador de poder establecer la mejor forma de cálculo de acuerdo con las condiciones que se pudieran presentar en su momento.

154. En todo caso, si se mantuviese la idea de incluir la participación de una entidad auditora externa, se recomienda que esta sea puesta como una facultad en lugar de una obligación. En este supuesto, el pago por el servicio de auditoría deberá ser cubierto íntegramente y por anticipado por el Concesionario, de manera que se aseguren los recursos para la contratación de dicho servicio. Para tales efectos, podrá considerarse la siguiente redacción:

> "16.14 Una vez declarada la Caducidad bajo cualquiera de los eventos indicados en los Literales b) al f) de la Cláusula 16.1, el REGULADOR, en un plazo no mayor a treinta (30) Días, realizará el cálculo del Valor Contable Neto del Intangible, **pudiendo contar con la participación de una entidad auditora de prestigio internacional elegida y contratada por el REGULADOR, cuyo costo será cubierto por anticipado por el CONCESIONARIO, previo aviso del REGULADOR. Dicho cálculo deberá ser** remitido al CONCEDENTE, quien deberá aprobarlo en un plazo máximo de quince (15) Días. Emitida la aprobación correspondiente, el REGULADOR lo pondrá en conocimiento del CONCESIONARIO, con copia al CONCEDENTE dentro de los cinco (5) Días Calendario."

[Énfasis y subrayado agregados.]

H. Sobre la modificación de la Cláusula 16.16 del Valor Contable Neto del Intangible.

CONTRATO DE CONCESIÓN VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 2
16.16. Para la determinación del Valor Contable Neto del Intangible se considerará aquel valor que resulte menor entre lo siguiente:	16.16. Para la determinación del Valor Contable Neto del Intangible se considerará aquel valor que resulte menor entre lo siguiente:
a) La sumatoria de: (i) el monto correspondiente al presupuesto del Estudio Definitivo de Ingeniería aprobado por el CONCEDENTE, (ii) los gastos financieros hasta la aceptación de las Obras de la Segunda Calzada a cargo del CONCESIONARIO, (iii) otros gastos que estén incluidos en el balance general auditado del CONCESIONARIO debidamente acreditados y aprobados por el REGULADOR y el CONCEDENTE, y (iv) el valor de las Obras Adicionales debidamente acreditadas y aprobadas por parte del CONCEDENTE que a la fecha de Caducidad de la Concesión estuviesen pendiente de pago, (v) menos las correspondientes amortizaciones acumuladas de los montos estipulados en (i), (ii), (iii) y (iv), al momento de realizar el cálculo.	a) La sumatoria de: (i) el monto correspondiente al **valor de las Obras ejecutadas total o parcialmente que hayan sido presentadas al REGULADOR en función de lo establecido en el Programa de Ejecución de Obras y de conformidad con la Cláusula 1.14.52 del Contrato de Concesión, siendo que en ningún caso el valor de las Obras certificadas por el REGULADOR podrá ser mayor al valor** del presupuesto **de los** Estudios Definitivos de Ingeniería aprobados. por el CONCEDENTE **en el marco del Contrato de Concesión, incluyendo modificaciones a solicitud del CONCESIONARIO aprobadas por el CONCEDENTE de conformidad con el Contrato de C**oncesión, (ii) los gastos financieros hasta la aceptación de las Obras de la Segunda Calzada **y las Obras de Desempate** a cargo del CONCESIONARIO y **hasta la aceptación de la Obra Vial Nueva No Ofertada "Vía Evitamiento Chimbote"**, (iii) otros gastos que están incluidos en el balance general auditado del CONCESIONARIO debidamente acreditados y aprobados por el REGULADOR y el CONCEDENTE, y (iv) el valor de las Obras Adicionales **y modificaciones a los Estudios Definitivos de Ingeniería a solicitud del CONCEDENTE**, debidamente acreditadas y aprobadas por parte del CONCEDENTE que a la fecha de Caducidad de la Concesión estuviesen pendiente de pago, (v) menos las correspondientes amortizaciones acumuladas de los montos estipulados en (i), (ii), (iii) y (iv), al momento de realizar el cálculo.
b) La información que se consigne en el balance general del CONCESIONARIO, debidamente auditado, al Día Calendario anterior a la fecha en que se produce el evento que origina la Caducidad.	b) La información **relacionada a los conceptos desarrollados en el literal (a) precedente** que se consigne en el balance general del CONCESIONARIO, debidamente auditado, el Día Calendario anterior a la fecha en que se produce el evento que origina la Caducidad.

OSITRAN V°B° D. VILLEGAS

OSITRAN V°B° R. SUESCÚN D.

OSITRAN V°B° C. CANO

155. Para el análisis de la propuesta de modificación de la Cláusula 16.16, se debe tener en consideración el análisis presentado en el acápite D de la presente sección, con relación a la propuesta de modificación de la Cláusula 1.14.42 (definición del EDI).

156. En relación a las demás modificaciones propuestas, en el punto (i) del literal a) de la Cláusula 16.16 del Contrato de Concesión vigente, se establece que el monto de reconocimiento a ser considerado en el Cálculo del VCNI debe provenir de la información del EDI aprobado por el Concedente. Ello implica que las condiciones en las cuales se efectuó el proceso licitatorio establecían que el riesgo de sobrecosto durante la etapa constructiva estuvo asignado al Concesionario.

157. En tal sentido, no se considera oportuna la modificación propuesta, dado que se estaría alterando la distribución y asignación del riesgo de demanda establecido en el Contrato de Concesión original al permitir ex ante la posibilidad de incrementar el valor reconocido mediante la adición del valor de las posibles modificaciones que efectuase el Concesionario.

I. Sobre la modificación de la Cláusula 16.19: Valorización de Caducidad por incumplimiento de cualquiera de las partes o por decisión unilateral del Concedente.

CONTRATO DE CONCESIÓN VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 2
16.19. En caso se produzca la resolución del Contrato por incumplimiento de cualquiera de las Partes o decisión unilateral del CONCEDENTE, para efectos de la valorización de Obras por Caducidad de la Concesión, se procederá de conformidad con el siguiente procedimiento:	16.19. En caso se produzca la resolución del Contrato por incumplimiento de cualquiera de las Partes, decisión unilateral del CONCEDENTE. **Mutuo Acuerdo. Fuerza Mayor o Caso Fortuito,** para efectos de la valorización de Obras por Caducidad de la Concesión. se procederá conforme al siguiente procedimiento:
(...)	(...)
b) Si la caducidad se produce después del inicio de las Obras y hasta el final de la Concesión, la Valorización de Obras por Caducidad a ser reconocida será lo correspondiente al Valor Contable Neto del Intangible de acuerdo a lo establecido en las Cláusulas 16.14, 16.15, 16.16 y 16.17. Dicho Valor Contable Neto del Intangible será pagado por el CONCEDENTE en una cantidad de cuotas semestrales iguales, equivalentes, de acuerdo a la siguiente expresión: $CVCNI = VCNI * [\frac{i * (1+i)^n}{(1+i)^n - 1}]$ Donde: $i = (1+r)^{1/2} - 1$	b) Si la caducidad se produce después del inicio de las Obras y hasta el final de la Concesión, la Valorización de Obras por Caducidad a ser reconocida será lo correspondiente al Valor Contable Neto del Intangible de acuerdo a lo establecido en las Cláusulas 16.14, 16.15, 16.16 y 16.17. Dicho Valor Contable Neto del Intangible será pagado por el CONCEDENTE **de acuerdo a su elección en un único pago total o** en una cantidad de cuotas semestrales de acuerdo a la siguiente expresión:

CONTRATO DE CONCESIÓN VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 2
Donde: CVCNI : Cuota semestral equivalente del VCN1. VCNI: Valor Contable Neto del Intangible reconocido, r:Es la tasa de deuda efectiva anual adquirida por el CONCESIONARIO a través de los Acreedores Permitidos y aprobada por el CONCEDENTE. n: El número de semestres desde la fecha de producida la Caducidad de la Concesión hasta el final del plazo de repago de la deuda del CONCESIONARIO aprobado por el CONCEDENTE en el Cierre Financiero. Si resultara un número fraccionario, será redondeado al entero más cercano. Obtenida la CVCNI, el CONCEDENTE deberá presupuestar en su presupuesto en el Proyecto de Ley del Presupuesto General de la República para el siguiente ejercicio presupuestable y en adelante. La anualidad correspondiente a dichas cuotas se harán efectivas el primer y tercer trimestre de cada año del ejercicio correspondiente.	$CST = \sum_j CVCNI_j$ $CVCNI_j = w_j \cdot VCNI \cdot \left[\frac{i_j(1+i_j)^{n_j}}{(1+i_j)^{n_j}-1}\right]$ *Siempre que n ≥ 2* $w_j = \frac{SEGP_j}{\sum_j SEGP_j}$ $\quad i_j = (1+r_j)^{1/2} - 1$ Donde: **CST: Cuota semestral total. La CST será equivalente a la suma de cada $CVCNI_j$ correspondiente a cada Endeudamiento Garantizado Permitido j.** $CVCNI_j$: **Parte proporcional de la** cuota semestral del VCNI **correspondiente al Endeudamiento Garantizado Permitido j.** VCNI : Valor Contable Neto del Intangible reconocido **SEGPj: Saldo del Endeudamiento Garantizado Permitido j a la fecha de Caducidad de la Concesión.** rj : Es la la tasa efectiva anual **del Endeudamiento Garantizado Permitido j. En caso que alguna de dichas tasas empleadas para el cálculo sea una tasa variable, dicha tasa será igual a la tasa fija efectiva anual equivalente indicada en el contrato de Endeudamiento Garantizado Permitido j.** nj: El número de semestres desde la fecha de producida la Caducidad de la Concesión hasta el final del plazo de repago **del Endeudamiento Garantizado Permitido j** del CONCESIONARIO. Si resultara un número fraccionario, será redondeado al entero más cercano. **La fórmula indicada líneas arriba será aplicable únicamente en caso el CONCEDENTE opte por pagar el Valor Contable Neto del Intangible en cuotas semestrales de manera fraccionada.** **El CONCEDENTE deberá notificar al REGULADOR y al CONCESIONARIO su elección de efectuar el pago del Valor Contable Neto del Intangible en un único pago total o de manera fraccionada en un plazo no mayor a quince (15) Días contados**

CONTRATO DE CONCESIÓN VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 2
	desde la aprobación del Valor Contable Neto del Intangible conforme a la Cláusula 16.14. **En caso CONCEDENTE opte por realizar el pago en un único pago total, deberá prever en su presupuesto el pago de la totalidad del pago del Valor Contable Neto de Intangible para el siguiente ejercicio presupuestable y deberá ser pagada dentro del primer trimestre del ejercicio presupuestado.** **En caso el CONCEDENTE opte por realizar el pago de manera fraccionada, la CST deberá ser determinada por el CONCEDENTE en un plazo no mayor a quince (15) Días contados desde que notifique al REGULADOR y al CONCESIONARIO de dicha elección,**
El CONCEDENTE podrá optar por pagar el VCNI al CONCESIONARIO en un número de semestres menor al "n" indicado en la fórmula precedente, correspondiendo realizar el cálculo del CVCNI con el nuevo número de semestres elegido por el CONCEDENTE.	Obtenida la **CST,** el CONCEDENTE deberá **prever en su presupuesto el pago de la CST** para el siguiente ejercicio presupuestable y en adelante. La anualidad correspondiente a dichas cuotas se harán efectivas **y deberán ser pagadas el último día** del primer y el tercer trimestre de cada año del ejercicio correspondiente. El CONCEDENTE podrá optar por pagar el VCNI al CONCESIONARIO en un número de semestres menor al "nj" indicado en la fórmula precedente, correspondiendo realizar el cálculo del CVCNIj; con el nuevo número de semestres elegidos por el CONCEDENTE. **En caso el Endeudamiento Garantizado Permitido haya sido repagado en su totalidad a la fecha de Caducidad de la Concesión, el Valor Contable Neto del Intangible será pagado por el CONCEDENTE en un único pago total, en cuyo caso el CONCEDENTE deberá presupuestar la totalidad del pago del Valor Contable Neto de Intangible en su presupuesto en el Proyecto de la Ley del Presupuesto General de la República para el siguiente ejercicio presupuestable y deberá ser pagada dentro del primer trimestre del ejercicio presupuestado.** **Por cualquier retraso en el pago del Valor Contable Neto del Intangible, ya sea este pagado en un único pago total o de manera fraccionada, se reconocerá automáticamente un interés moratorio equivalente al interés**

CONTRATO DE CONCESIÓN VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 2
	legal que corresponda de acuerdo a la normativa aplicable sobre la totalidad del monto pendiente de pago. El pago del Valor Contable Neto del Intangible no podrá entenderse en ningún caso como una garantía por parte del CONCEDENTE de ninguno de los pactos, acuerdos, ni obligaciones del CONCESIONARIO en los contratos de Endeudamiento Garantizado Permitido."

158. Con relación a las modificaciones del primer párrafo, cuya finalidad es incluir dentro de las reglas especiales de valorización del valor de rescate de la concesión a los supuestos de caducidad de mutuo acuerdo y fuerza mayor o caso fortuito, debe considerarse lo analizado en el presente informe con relación a la modificación de la Cláusula 16.3 (Término por Mutuo Acuerdo). En ese sentido, le corresponde al MTC y el MEF decidir si el mecanismo de liquidación por caducidad en los nuevos supuestos incluidos se equipara a los contemplados en los Contratos de Concesión que se dieron en el marco del Decreto Legislativo N° 1012 y la normativa empleada durante el proceso de estructuración y adjudicación de la buena pro del presente contrato y sus contemporáneos.

159. Al respecto, cabe precisar que los contratos de concesión auto sostenibles concesionados por PROINVERSIÓN (ejemplo: Red Vial N° 6, Tramo Vial Dv. Quilca - Dv. Arequipa (Repartición) - Dv. Matarani - Dv. Moquegua – Dv. Ilo - Tacna - La Concordia) y que a la fecha se encuentran bajo supervisión del OSITRAN contemplan una distribución de riesgos entre las partes que determina el reconocimiento de pagos, considerando el criterio de asignarlos respecto a la naturaleza del tipo de caducidad, con lo cual no necesariamente debería generarse igual compromiso de pago en caso de Mutuo Acuerdo, Fuerza Mayor o Caso Fortuito.

160. Por otro lado, respecto a la fórmula planteada, es necesario señalar que, en los Contratos de Concesión mencionados en el párrafo anterior, se efectúa un tratamiento distinto a la presente propuesta de modificación, sobre todo en lo referente a la tasa de cálculo de la caducidad. En tal sentido, es importante advertir que con la modificación propuesta se corre el riesgo de que la interpretación y cálculo puedan diferir de los considerados originalmente en el Contrato de Concesión, puesto que se está proponiendo cambiar la definición de tasa, pasando de "Tasa de Deuda Efectiva Anual adquirida por el Concesionario a través de los Acreedores Permitidos" a "Tasa Efectiva Anual del Endeudamiento Garantizado Permitido". Ante ello, de optar el MEF y el MTC por aceptar la propuesta de adenda, se recomienda que se fije un tope máximo para la tasa efectiva anual del Endeudamiento Garantizado Permitido para evitar contingencias en el aumento de posibles pasivos contingentes.

161. La recomendación de fijar un tope máximo para la tasa efectiva anual se sustenta en que el Concesionario está proponiendo modificar el Contrato de Concesión para conseguir el refinanciamiento de su deuda y la acreditación de fondos para el financiamiento de las Obras de Desempate y de la Obra Vial Nueva no Ofertada.

162. Al respecto, un ejemplo donde se podría observar la importancia de una tasa máxima corresponde al caso en que el Concesionario emite bonos por un monto equivalente a la totalidad de las Obras de Desempate y Obra Vial Nueva no Ofertada con el objetivo de

acreditar que cuenta con los fondos para la ejecución de tales obras. En caso se concretara dicha emisión, el Concesionario dispondría de la totalidad de los fondos desde un inicio y no de acuerdo con sus necesidades de ejecución de obras (determinadas por un cronograma de inversión), lo cual implica un mayor costo financiero (intereses intercalares) que se trasladaría al Concedente a través de la Tasa Efectiva Anual de Endeudamiento Garantizado Permitido y que se recogería en la determinación del VCNI en caso de caducidad de la Concesión. Dicho efecto se acentúa en un potencial evento de incumplimiento en la entrega de terrenos.

163. Con relación al resto de la modificación planteada en el literal b), es oportuno indicar que la responsabilidad de pago hacia los Acreedores Permitidos es siempre del Concesionario. En tal sentido, corresponde a este último definir las condiciones de financiamiento e informar al Concedente el cronograma de pagos que tenga con cada Acreedor Permitido.

164. En un escenario de caducidad, el Concedente, efectúa los desembolsos en favor de los Acreedores Permitidos. Es decir, el Concedente solo lleva a cabo una función administrativa, más no asume compromisos de pago con terceros.

165. Por otro lado, conforme al diseño original del Contrato de Concesión, el Concedente debe mantener la prerrogativa de definir en todo momento si efectúa la cancelación en un solo pago o mantiene cronograma de pagos que resulte del cálculo del VCNI. Corresponderá al MEF y al Concedente definir las características bajo las cuales se pagaría el VCNI en caso de caducidad posterior a la extinción de deuda con Acreedores Permitidos.

166. Sin perjuicio de lo anterior, el último párrafo no es claro en cuanto a sus alcances, y parecería que su finalidad es ajena al Contrato de Concesión, estando más bien orientado a regular la relación que se establece entre el Concesionario y sus Acreedores Permitidos.

J. Sobre la modificación de la Cláusula 16.21 – Procedimiento para la subsanación en caso de incumplimiento del Concesionario.

CONTRATO DE CONCESIÓN VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 2
PROCEDIMIENTO PARA LA SUBSANACIÓN EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL CONCESIONARIO	**PROCEDIMIENTO PARA LA SUBSANACIÓN EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL CONCESIONARIO**
16.21. En caso de incumplimiento grave del CONCESIONARIO previsto en la Cláusula 16.4 o de cualquier otra obligación que no cuente con un procedimiento expreso de subsanación regulado en el Contrato, el REGULADOR otorgará un plazo al CONCESIONARIO de hasta sesenta (60) Días Calendario, el que será contado desde la fecha de recepción del requerimiento, para subsanar dicha situación de incumplimiento. Atendiendo a las circunstancias de cada caso, el REGULADOR a su criterio podrá otorgar un plazo mayor al antes indicado.	16.21 En caso de incumplimiento grave del CONCESIONARIO previsto en la Cláusula 16.4 o de cualquier otra obligación que no cuente con un procedimiento expreso de subsanación regulado en el Contrato, el REGULADOR otorgará un plazo al CONCESIONARIO de hasta sesenta (60) Días Calendario, el que será contado desde la fecha de recepción del requerimiento, para subsanar dicha situación de incumplimiento. Atendiendo a las circunstancias de cada caso, el REGULADOR a su criterio podrá otorgar un plazo mayor al antes indicado. **Una vez que el REGULADOR certifique algún incumplimiento del CONCESIONARIO, incluyendo los indicados**

OSITRAN V°B° D. VILLEGAS

OSITRAN V°B° R. QUESADA O.

OSITRAN V°B° J. HUACANO

CONTRATO DE CONCESIÓN VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 2
	en la Cláusula 16.4, deberá notificar fehacientemente la ocurrencia de dicho evento de incumplimiento al CONCEDENTE y, simultáneamente, al CONCESIONARIO y a los Acreedores Permitidos, de manera previa al inicio del plazo de subsanación aplicable, para que el CONCESIONARIO proceda a subsanar dicha situación de incumplimiento. El CONCEDENTE reconoce que el plazo de subsanación del incumplimiento del CONCESIONARIO no empezará a transcurrir hasta la fecha en que el REGULADOR realice la notificación descrita anteriormente."

167. De la revisión efectuada, se considera que esta modificación es consistente con lo previsto en el último párrafo de la Cláusula 16.1, referente a la notificación del Acreedor Permitido, por lo cual no se formulan observaciones ni recomendaciones a la propuesta modificatoria.

V. CONCLUSIONES

1. La solicitud de opinión técnica respecto de la propuesta de Adenda N° 4 al Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N°4 (Pativilca – Santa – Trujillo y Salaverry – Empalme R01N), cumple con los requisitos de admisibilidad previstos en el Contrato de Concesión y en las Leyes y Disposiciones Aplicables.

2. Del análisis técnico realizado respecto de las modificaciones propuestas, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

A. Sobre las modificaciones propuestas en la Cláusula 1.14.1, relacionadas a la definición de Acreedores Permitidos, se concluye lo siguiente:

- No se considera necesaria la incorporación de las Agencias de Crédito a la Exportación (ECA), en vista a que el resto de contratos de concesión de la red vial no contemplan dicha opción. Asimismo, tampoco se contempla inversiones de equipamiento especializado y significativo (aspectos que fueron sustento para su incorporación en algunos contratos ferroviarios, portuarios y aeroportuarios).

- Se considera razonable la actualización de la circular del BCRP en el literal c); sin embargo, se recomienda que la misma se realice a la Circular más reciente: Circular N° 022-2018-BCRP.

- Con relación a la modificación propuesta del literal d) que otorga la clasificación de Acreedor Permitido a entidades que cuenten con una clasificación de riesgo no menor a la de la deuda soberana peruana de largo plazo, es decir, con una menor calificación crediticia que la actualmente exigida, este Organismo Regulador considera que el cambio propuesto tendría repercusión en los costos del financiamiento y en la determinación pública establecida en los contratos de concesiones y APP adjudicados, respecto a las entidades

que pueden ser catalogadas como Acreedores Permitidos en el ámbito de una APP de infraestructura de transporte. En todo caso, corresponde al MEF efectuar un pronunciamiento respecto de esta modificación, toda vez que tendría impacto en los costos del financiamiento y por consiguiente en los pasivos contingentes al estar vinculados al cálculo del VCNI.

- Con relación al literal e), se considera apropiada la modificación, dado que conlleva a una precisión que incluye a la Superintendencia de Mercado de Valores (SMV) como entidad que autoriza a la entidad clasificadora de riesgo.

- Con relación al literal f), se considera que no debe ser modificado por cuanto a que sus cambios ya fueron recogidos mediante el literal h).

- Con relación al literal h), las modificaciones propuestas se consideran apropiadas, a excepción de la referida a la posibilidad de permitir que las ofertas privadas sirvan como medio para ofertar valores inmobiliarios o instrumentos de deuda, en vista de que una oferta pública provee mayor transparencia en la fijación de las tasas y costos de financiamiento. No obstante, corresponderá al MEF evaluar si en el contexto del presente contrato se verifican circunstancias que justifiquen la inclusión propuesta.

- Con relación al literal g), se recomienda evaluar la pertinencia de su eliminación por cuanto resulta innecesario dadas las modificaciones propuestas a en los literales f) y h).

- Finalmente, en línea con anteriores pronunciamientos del Regulador, se considera que la calificación de acreedores permitidos, que se le conferiría a los representantes de los futuros adquirientes de valores mobiliarios e instrumentos de deuda deben ser de carácter **temporal** y solo con fines administrativos.

B. Sobre la modificación del Anexo II: Declaración de Acreedor Permitido.

- Respecto a la modificación propuesta en el Anexo II, se advierte que esta permitiría que los bancos de segundo piso, los Agentes Administrativos y/o Agentes de Garantía, entre otros, puedan ser reconocidos como posibles Acreedores Permitidos.

- Dicha medida va contra lo establecido en el articulo 26 del TUO del Decreto Legislativo N° 1224 y el artículo 64 de su reglamento, en los cuales se establece que la facultad del Concedente para autorizar el otorgamiento de garantías sobre el derecho de concesión se circunscribe a los acreedores del Concesionario (inversionista) y no a los financistas del Concesionario. Asimismo, del análisis contractual realizado, se desprende que la condición de Acreedor Permitido supone necesariamente una relación contractual directa entre el Concesionario y quien lo provee de fondos. En ese sentido, ni los bancos de segundo piso, ni entidades partícipes en la estructuración de una emisión de deuda o título valor (agente Administrativo y/o Agentes de Garantías) podrían calificar como Acreedores Permitidos en sentido estricto.

- Por último, le corresponde al MEF, como ente rector, evaluar quiénes pueden, legalmente, constituirse como Acreedores Permitidos. Sin embargo, en caso se mantuviese la intención de modificar el referido anexo, se recomienda que la propuesta de modificación sea similar a la redacción del Anexo 11 del contrato del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry.

C. Sobre la inclusión del Anexo II-B

- Con relación a un modelo de aprobación de Acreedor Permitido a ser suscrito por el Concedente, de igual forma que en el Anexo II, se reitera lo observado respecto a la situación de los bancos de segundo piso y las entidades partícipes en la estructuración de deuda o título valor, los cuales no deberían calificar como Acreedores Permitidos.

- Asimismo, este debería respetar lo estipulado en el Contrato de Concesión (Cláusulas 11.9 y 11.10), por lo que adicionalmente se recomienda que este se ajuste al texto del Anexo 12 del Contrato de Concesión del Terminal Multipropósito de Salaverry.

D. Sobre la modificación de la Cláusula 1.14.42: Definición de Estudio Definitivo de Ingeniería

- La propuesta modificatoria pretende incluir la Obra Nueva no Ofertada y las Obras de Desempate en la definición del Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI). Sobre el particular:

  - Si bien inclusión de la Obra Vial Nueva no Ofertada en la definición del EDI no afecta el cálculo del VCNI ya que es consistente con la modificación realizada mediante la Adenda Nº 2, se incrementa el monto máximo por el cual se pueden ejecutar las Obras Adicionales.

  - Asimismo, se debe resaltar que el efecto en el monto máximo de Obras Adicionales es aún mayor si se le considera agregar conjuntamente las Obras de Desempate y la Obra Vial Nueva no Ofertada a la definición del EDI, significando un aumento de cerca del 132% sobre la situación actual (solo Obras de Segunda Calzada).

  - Si bien parecería razonable la inclusión de las Obras de Desempate en la definición del EDI, con la información disponible no se muestra una evidencia clara de que dichas Obras hayan sido consideradas como parte del VCNI al momento de la estructuración del proyecto; más aún si tanto en las Bases del concurso como en el Contrato de Concesión se muestra una diferencia clara entre las Obras de la Segunda Calzada y las Obras de Desempate, lo cual podría conllevar a que exista un riesgo que afecte el VCNI.

  - Por tanto, dada la falta de claridad señalada en el párrafo anterior, la inclusión de las Obras de Desempate en la definición del EDI podría significar que el Estado asuma un riesgo adicional, ante un escenario de terminación (caducidad) anticipada del Contrato de Concesión, reflejado en el posible aumento del VCNI.

- En atención a lo anterior, en vista a que con la información disponible no queda claro el tratamiento de las Obras de Desempate contemplado en el proceso de estructuración del Contrato, se considera necesario que PROINVERSIÓN aclare cuál fue la concepción económica y financiera para las Obras de Desempate durante el diseño y estructuración de esta Concesión, debiendo explicar si constituyó un pago *up front* expresado en ejecución de obras o si estuvo considerado que sería contemplado para la determinación del VCNI, de manera que permita tener una visión más clara del efecto de la inclusión de las Obras de Desempate.

- Finalmente, se debe aclarar que considerando que las modificaciones planteadas involucrarían aumentos en los compromisos contingentes por parte del Estado, corresponde al MEF definir en última instancia si corresponde o no aprobar la propuesta modificatoria.

E. Sobre la modificación de la Cláusula 14.2: Cláusulas en Contratos.

- Con relación a la modificación de la cláusula 14.2 respecto a la exoneración de la aplicación de los literales a), b) y c) a los contratos derivados del Endeudamiento Garantizado Permitido y contratos de prestación de servicios públicos a favor del Concesionario, el Regulador se encuentra en desacuerdo con la misma, dado que las garantías aprobadas por el Estado en respaldo de las obligaciones del Concesionario deberían estar limitadas a la vigencia del Contrato de Concesión. Asimismo, no se considera necesario que el plazo de otras garantías sea ampliado o supere dicha vigencia.

- No obstante, la evaluación de esta medida corresponderá al MEF y al MTC, por cuanto a que la referida extensión del plazo de estas garantías implica tanto un traslado de riesgo de financiamiento al Estado, como un impacto en los pasivos contingentes.

- Asimismo, es importante aclarar que la indemnidad del Concedente debería estar siempre garantizada, en todos los contratos subscritos por el Concesionario con independiente de la aplicación o no de dichas cláusulas.

F. Sobre la modificación de la Cláusula 16.3: Término por Mutuo Acuerdo.

- La propuesta de modificación no parece generar un pasivo contingente adicional al Estado y es un tema que corresponde determinar a las Partes.

G. Sobre la modificación de la Cláusula 16.14: Valor Contable Neto del Intangible debe contar con un auditor.

- Con relación a la contratación de una entidad auditora externa a efectos de determinar el VCNI, no se recomienda realizar la modificación planteada, ya que se estaría vulnerando la potestad del Regulador de poder establecer la mejor forma de cálculo de acuerdo con las condiciones que se pudieran presentar en su momento.

- Sin embargo, de mantener la intención de especificar la posible participación de un auditor externo, se recomienda que esta sea puesta como una habilitación en lugar de una obligación. Bajo este escenario, el pago por el servicio de auditoria debe ser cubierto por anticipado por el Concesionario.

H. Sobre la modificación de la Cláusula 16.16: Determinación del Valor Contable Neto del Intangible

- Para el análisis de la presente propuesta modificatoria, se debe tener en consideración lo descrito en el análisis de la propuesta de modificación referente a de la Cláusula 1.14.42 (definición del EDI), del presente Informe, respecto a la inclusión de las Obras de Desempate y la Obra vial Nueva no Ofertada, tanto para el caso del valor reconocido como para los gastos financieros derivados de la acreditación de Obras.

- Adicionalmente, el punto (i) del literal a) de la Cláusula 16.16 del Contrato de Concesión vigente, establece que el monto de reconocimiento a ser considerado en el Cálculo del VCNI debe provenir de la información del EDI, ello implica que las condiciones en las cuales

se efectuó el proceso licitatorio establecían que el riesgo de sobrecosto durante la etapa constructiva estuvo asignado al Concesionario, por lo tanto, estos no deben ser considerados en el cálculo del VCNI. En tal sentido, no se considera oportuna la modificación propuesta.

I. **Sobre la modificación de la Cláusula 16.19: Valorización de Caducidad por incumplimiento de cualquiera de las partes o por decisión unilateral del Concedente.**

- Con relación a la inclusión de reglas especiales de valorización de valor rescate bajo los supuestos de mutuo acuerdo y fuerza mayor o caso fortuito, si bien debe tenerse presente lo analizado en el presente informe sobre la cláusula 16.3 (Término por Mutuo Acuerdo), corresponde al MTC y al MEF decidir si el mecanismo de liquidación por caducidad bajo los nuevos supuestos se mantiene.

- Asimismo, se advierte que con la modificación propuesta se corre el riesgo de que la interpretación y cálculo puedan diferir de los considerados originalmente en el Contrato de Concesión, ante el cambio en la definición de tasa de cálculo de la caducidad, el cual pasa de ser la "Tasa de Deuda Efectiva Anual adquirida por el Concesionario a través de los Acreedores Permitidos" a la "Tasa Efectiva Anual del Endeudamiento Garantizado Permitido", por lo cual en caso sea aceptada se recomienda que se fije un tope máximo para la tasa efectiva anual del Endeudamiento Garantizado Permitido.

- Con relación al resto de la modificación planteada, se hace la precisión de que la responsabilidad de pago hacia los Acreedores Permitidos es siempre del Concesionario, por lo que corresponde a este último definir las condiciones de financiamiento, así como, el cronograma de pagos con cada uno de sus Acreedores Permitidos en caso de caducidad e informarlo al Concedente.

- Por otro lado, corresponderá al MEF y al Concedente definir las características bajo las cuales se pagaría el VCNI en caso de caducidad posterior a la extinción de deuda con Acreedores Permitidos. Sin perjuicio de ello, se señala que el último párrafo de la cláusula no es claro en sus alcances, al dejar la idea que su finalidad se orienta a regular la relación que se establece entre el Concesionario y sus acreedores.

J. **Sobre la modificación de la Cláusula 16.21 – Procedimiento para la subsanación en caso de incumplimiento del Concesionario.**

- Se considera que esta modificación es consistente con lo previsto en el último párrafo de la Cláusula 16.1, referente a la notificación del acreedor permitido, por lo cual no se formulan observaciones ni recomendaciones a la propuesta modificatoria.

OSITRAN V°B° D. VILLEGAS

OSITRAN V°B° R. QUESADA O.

OSITRAN V°B° CHOCANO

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° 4 al Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial Nº 4: Pativilca - Santa - Trujillo y Salaverry - Empalme R01N.

Atentamente,

RICARDO QUESADA ORÉ
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

DAVID VILLEGAS BALAREZO
Gerente de Supervisión y Fiscalización (e)

JAVIER CHOCANO PORTILLO
Gerente de Asesoria Jurídica

Reg. Sal. 35261-18
Reg. Ref. 21465-18
22257-18

OSITRAN
GERENCIA GENERAL

PROVEIDO N°: 6[illegible]-2018-66

PARA :SCD

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

FECHA : 19 SET. 2018