CARGO

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

"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES
E-283631-2018
CONTRASEÑA: QDY2CW
FECHA Y HORA: 2018/10/15 16:16:01
TELÉFONO: 615-7800
Revisa tus trámites en nuestro www.mtc.gob.pe/sdt

OFICIO CIRCULAR N° 025-2018-SCD-OSITRAN

Lima, 15 de octubre 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 la Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Proyecto Línea 2 y Ramal Av. Faucett - Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao.

Referencia : Acuerdo de Consejo Directivo N° 2128-650-18-CD-OSITRAN

De mi consideración:

Me dirijo a usted por encargo del Consejo Directivo, a fin de poner en su conocimiento que en la Sesión Ordinaria N° 650-2018-CD-OSITRAN, se adoptó el Acuerdo N° 2128-650-18-CD-OSITRAN, referido a la emisión de opinión sobre el proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Proyecto Línea 2 y Ramal Av. Faucett - Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao.

Al respecto, remito a usted copia certificada del referido Acuerdo, así como copia del Informe N° 015-18-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, para su conocimiento y fines.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente

VÍCTOR ARROYO TOCTO
Secretario del Consejo Directivo

Reg. Sal. SCD N° 0862-18

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

ACUERDO N° 2128-650-18-CD-OSITRAN
de fecha 15 de octubre de 2018

Vistos, el Proveído N° 764-2018-GG-OSITRAN, conteniendo el Informe N° 015-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, a través del cual las Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, de Supervisión y Fiscalización, y de Asesoría Jurídica emiten la opinión técnica solicitada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, respecto del proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Proyecto "Línea 2 y Ramal Av. Faucett - Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao"; los Oficios Nos. 4278-2018-MTC/25 y 4377-2018-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° 015-18-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y, en consecuencia, emitir opinión técnica del Regulador respecto del proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Proyecto "Línea 2 y Ramal Av. Faucett - Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao".

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° 015-18-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a la empresa Metro de Lima Linea 2 S.A.

d) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

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

.....
VÍCTOR ARROYO TOCTO
Secretario del Consejo Directivo
OSITRAN

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"

SOCIEDAD CONCESIONARIA METRO DE LIMA LÍNEA 2
15 OCT. 2018
RECIBIDO
NO ES SEÑAL DE CONFORMIDAD
Hora: 5:37pm PS

OFICIO CIRCULAR N° 025-2018-SCD-OSITRAN

Lima, 15 de octubre de 2018

Señora
CARMEN DEULOFEU PALOMAS
Gerente General
METRO DE LIMA LÍNEA 2 S.A.
Av. Víctor Andrés Belaúnde N° 332, piso 4
San Isidro.-

Asunto : Opinión sobre el proyecto de la Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Proyecto Línea 2 y Ramal Av. Faucett - Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao.

Referencia : Acuerdo de Consejo Directivo N° 2128-650-18-CD-OSITRAN

De mi consideración:

Me dirijo a usted por encargo del Consejo Directivo, a fin de poner en su conocimiento que en la Sesión Ordinaria N° 650-2018-CD-OSITRAN, se adoptó el Acuerdo N° 2128-650-18-CD-OSITRAN, referido a la emisión de opinión sobre el proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Proyecto Línea 2 y Ramal Av. Faucett - Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao.

Al respecto, remito a usted copia certificada del referido Acuerdo, así como copia del Informe N° 015-18-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, para su conocimiento y fines.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente

VÍCTOR ARROYO TOCTO
Secretario del Consejo Directivo

Reg. Sal. SCD N° 38621-18

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

ACUERDO N° 2128-650-18-CD-OSITRAN
de fecha 15 de octubre de 2018

Vistos, el Proveído N° 764-2018-GG-OSITRAN, conteniendo el Informe N° 015-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, a través del cual las Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, de Supervisión y Fiscalización, y de Asesoría Jurídica emiten la opinión técnica solicitada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, respecto del proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Proyecto "Línea 2 y Ramal Av. Faucett - Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao"; los Oficios Nos. 4278-2018-MTC/25 y 4377-2018-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° 015-18-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y, en consecuencia, emitir opinión técnica del Regulador respecto del proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Proyecto "Línea 2 y Ramal Av. Faucett - Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao".

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° 015-18-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a la empresa Metro de Lima Linea 2 S.A.

d) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

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

.....
VÍCTOR ARROYO TOCTO
Secretario del Consejo Directivo
OSITRAN

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

OSITRÁN
GERENCIA GENERAL
15 OCT 2018
RECIBIDO
FIRMA: HORA: 14:03

INFORME Nº 015-18-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
15 OCT 2018
RECIBIDO
FIRMA: HORA: 12:31

Asunto : Opinión sobre proyecto de la Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Proyecto "Línea 2 y Ramal Av. Faucett - Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao"

Referencia : Informe N° 014-18- GRE-GSF-GAJ-OSITRAN
Oficio N° 4278-2018-MTC/25, recibido el 26.09.2018
Oficio N° 4377-2018-MTC/25, recibido el 03.10.2018

Fecha : 15 de octubre 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° 2 al Contrato de Concesión del Proyecto "Línea 2 y Ramal Av. Faucett - Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao".

OSITRAN V°B° D. VILLEGAS GERENTE DE SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN

II. ANTECEDENTES

2. Con fecha 28 de abril de 2014 las Partes celebraron el Contrato de Concesión del Proyecto "Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro Lima y Callao" (en adelante, el "Contrato de Concesión").

OSITRAN V°B° J. CHOCANO GERENTE DE ASESORÍA JURÍDICA

3. Con fecha 26 de diciembre de 2014 se firmó la Adenda N° 1 al Contrato de Concesión.

4. Mediante Carta Nº ML2-CARTA-2015-1723, de fecha 23 de noviembre de 2015, la empresa Metro de Lima Línea 2 SA. (en adelante, Concesionario), solicita al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante MTC o Concedente), con copia al Regulador, informar los pasos necesarios para iniciar la formulación y negociación de la Adenda Nº 2 al Contrato de Concesión.

OSITRAN V°B° R. QUESADA O. GERENTE DE REGULACIÓN Y ESTUDIOS ECONÓMICOS

5. Mediante Oficio Nº 0088-2016-MTC/25, de fecha 11 de enero de 2016, la Dirección General de Concesiones en Transportes (en adelante, DGCT), comunica al Concesionario cuáles son los pasos a seguir para la formulación y negociación de la Adenda Nº 2.

6. Mediante el Oficio 1155-2017-MTC/25, el MTC remite al Regulador la Carta Nº ML2-SPV-CARTA-2017-0447, de fecha 09 de marzo de 2017, mediante el cual el Concesionario adjunta el Proyecto de Adenda Nº 2, expedientes técnicos justificativos, presupuestos, y nuevos Cronogramas de entregas de las Áreas de la Concesión, de ejecución y de Plan de Desarrollo de los EDI.

7. Mediante Oficio Nº 1484-2017-MTC/25, de fecha 11 de abril de 2017, la DGCT convocó al Regulador a la Primera Reunión de Evaluación Conjunta para emitir opinión respecto del Proyecto de Adenda, a efectuarse el día 24 de abril de 2017.

8. Mediante Oficio Nº 1638-2017-MTC/25, de fecha 21 de abril de 2017, la DGCT convocó al Regulador a la reprogramación de la Primera Reunión de Evaluación Conjunta para emitir opinión respecto del Proyecto de Adenda, a efectuarse el día 2 de mayo de 2017.

9. Mediante Oficio Nº 2110-2017-MTC/25, de fecha 26 de mayo de 2017, la DGCT convocó al Regulador a la Segunda Reunión de Evaluación Conjunta para emitir opinión respecto del Proyecto de Adenda, a efectuarse el día 30 de junio de 2017.

10. Mediante Oficio Nº 2239-2017-MTC/25, de fecha 30 de mayo de 2017, la DGCT convocó al Regulador a la reprogramación de la Segunda Reunión de Evaluación Conjunta para emitir opinión respecto del Proyecto de Adenda, a efectuarse el día 3 de julio de 2017.

11. Mediante Oficios N° 2716-2017-MTC/25, de fecha 28 de junio de 2017, el MTC notificó al OSITRAN, la reprogramación de la segunda reunión del proceso de evaluación conjunta del Proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión para el día 17 de julio de 2017.

12. Mediante Oficio Nº 2947-2017-MTC/25, de fecha 17 de julio de 2017, la DGCT convocó al Regulador a la reprogramación de la Segunda Reunión de Evaluación Conjunta para emitir opinión respecto del Proyecto de Adenda, a efectuarse el día 24 de julio de 2017.

13. Mediante Oficio N° 3206-2017-MTC/25, de fecha 3 de agosto de 2017, el MTC comunicó al Concesionario, con copia al Regulador, su opinión respecto del Proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión presentada por éste.

14. Mediante Oficio Múltiple Nº 0004-2018-MTC/25, de fecha 30 de enero 2018, el MTC solicita al OSITRAN, Ministerio de Economía y Finanzas y Contraloría General de la República una reunión de evaluación conjunta para el día 01 de febrero? de 2018, a fin de reformular la propuesta inicial de Adenda Nº 2 presentada por el Concesionario.

15. Mediante Oficio N° 2129-2018-MTC/25, de fecha 11 de mayo de 2018, el MTC remitió al Concesionario, con copia al Regulador, un nuevo Proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión, para su evaluación respectiva. De igual modo, le solicitó que remitiera: (i) Cronograma Valorizado de Ejecución del Proyecto; (ii) definición de zonas para construcción de SEATs; (iii) respuesta al Oficio N° 852-2018-MTC/25, sobre redundancia del Sistema a nivel de 60KV entre el SET y la SEAT (doble acometida); (iv) documentación que sustente las gestiones realizadas por el Concesionario con las Municipalidades respecto al cumplimiento de secciones viales de calles y avenidas; y, (v) sustento detallado de la fórmula Polinómica, que fue requerida mediante Oficios N° 1565-2018-MTC/25 y N° 2117-2018-MTC/25.

16. Mediante Oficio Nº 4007-2018-MTC/25, de fecha 12 de septiembre de 2018, el MTC remitió al OSITRAN el Proyecto de Adenda Nº 2 actualizado, así como los sustentos correspondientes, para su evaluación y opinión respectiva. Asimismo, convocó a una reunión de Evaluación Conjunta del Proyecto de Adenda Nº 2, a realizarse el día 18 de septiembre de 2018 en las oficinas del MTC, a fin de proceder con la explicación del contenido de las modificaciones contractuales realizadas.

17. Mediante Oficio Nº 4125-2018-MTC/25 de fecha 19 de setiembre de 2018, la DGCT comunica al Regulador, la finalización del proceso de Evaluación Conjunta y que enviará los sustentos del Proyecto de Adenda Nº 2.

18. Mediante Oficio N° 4278-2018-MTC/25, recibido el 26 de setiembre de 2018, el Concedente remitió al Regulador el proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión y el Informe N° 1517-2018-MTC/25 que lo sustenta, solicitando la opinión técnica correspondiente.

19. Mediante Oficio N° 183-18-GG-OSITRAN, de fecha 1 de octubre de 2018, el OSITRAN realiza una solicitud de información a la DGCT sobre distintos temas del Informe N° 1517-2018-MTC/25, que sustenta el Proyecto de Adenda N° 02.

20. Mediante Oficio N° 4377-2018-MTC/25, recibido el 03 de octubre de 2018, el Concedente remitió al Regulador el Informe N° 1560-2018-MTC/25, mediante el cual da respuesta a lo solicitado mediante el Oficio N° 183-18-GG-OSITRAN.

21. Mediante la Carta ML2-SPV-CARTA-2018-1444, recibida el 03 de octubre del 2018, el Concesionario afirma que no mantiene vigente algún Endeudamiento Garantizado Permitido ni acreencia alguna con instituciones calificadas como Acreedores Permitidos.

22. El 15 de octubre de 2018, se llevó a cabo la Sesión ordinaria N° 650-2018 del Consejo Directivo de OSITRAN. Luego del debate correspondiente, se acordó efectuar algunas precisiones al Informe N° 014-18-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

23. 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 las condiciones y requisitos que establezca el Reglamento (...)".*
>
> [Subrayado agregado]

24. 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[1] (en adelante, el 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 que 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.

25. 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.

26. 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]

27. 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[2] 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.*
> *4. El diseño final de los Contratos de Concesión en la modalidad de asociaciones público privadas, las modificaciones a la versión final de los contratos, solicitudes de modificaciones contractuales, y sobre iniciativas privadas que se presenten vinculadas a la Infraestructura.*
> *(...)"*
>
> [Subrayado agregado.]

---

[1] Modificado por los Decretos Supremos Nos. 322-2017-EF, 243-2017-EF y 068-2017-EF.

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

28. En concordancia con ello, el inciso 9 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN, aprobado por el Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, establece lo siguiente en relación con las funciones del Consejo Directivo de este Regulador:

> ***"Artículo 7.- Funciones del Consejo Directivo***
> *Son funciones del Consejo Directivo, las siguientes:*
> *(...)*
> *9. Aprobar la opinión técnica previa a la celebración de contratos de concesión, su renovación, modificación del plazo de la concesión, renegociación o revisión; así como declarar la improcedencia de las solicitudes de renegociación o revisión, conforme a la normativa de la materia;*
> *(...)"*

29. Por su parte, la Sección XVIII del Contrato de Concesión señala lo siguiente:

> ***"SECCIÓN XVIII: MODIFICACIONES AL CONTRATO***
> *18.1 De conformidad con el Artículo 33° del TUO, las Partes podrán modificar el presente Contrato, previo acuerdo por escrito y firmado por sus representantes debidamente autorizados, por causa debidamente fundada y cuando ello resulte necesario al interés público, respetando su naturaleza y en lo posible, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibro económico – financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.*
> *18.2 En consideración a lo dispuesto en el párrafo precedente las Partes expresamente convienen que el CONCEDENTE podrá negociar y acordar con el CONCESIONARIO modificaciones al Contrato, siempre que ello sea necesario y esté debidamente sustentado, entre otros, para:*
> *a) Que el CONCESIONARIO pueda obtener el Endeudamiento Garantizado Permitido;*
> *b) Que esté relacionado con la naturaleza de la garantía que se otorgue a los Acreedores Permitidos, y de acuerdo a lo previsto en la Cláusula 11.6;*
> *c) Adecuar el Contrato a cambios tecnológicos o nuevas circunstancias que se produzcan durante la vigencia de la Concesión o sus prórrogas y que las Partes no puedan razonablemente conocer o prever en la Fecha de Cierre;*
> *d) Restablecer el equilibrio económico - financiero, de acuerdo con lo previsto en Sección IX.*
> *18.3 Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Sección, es de aplicación al presente Contrato lo dispuesto en el Artículo 9° del Decreto Supremo Nº 146-2008-EF, Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1012 que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada, y sus modificatorias.*
> *(...)"*

[Subrayado agregado]

30. En lo que respecta a las referencias normativas que se hacen en los distintos numerales de la Sección XVIII del Contrato, corresponde tener en cuenta que el Decreto Legislativo N° 1012 y el Decreto Supremo Nº 059-96-PCM[3] fueron derogados por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1224[4] (recogida en la Primera

[3] A saber, la Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada, y el Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos (TUO).

[4] Con excepción, en el caso del TUO, de lo dispuesto en el primer y segundo párrafo de su artículo 19, así como su artículo 22.

Disposición Complementaria Derogatoria del TUO DL 1224), a partir del 28 de diciembre de 2015, día siguiente de la publicación del Reglamento del DL 1224.

31. De otro lado, los numerales 23.2, 23.3 y 23.4 del artículo 23 del TUO DL 1224, regulan un mecanismo de Evaluación Conjunta, de acuerdo con 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]

32. 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[5].*

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

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[6].

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."

33. 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[7].
    c) La precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato[8].

34. 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[9].

35. 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, prosiguiendo 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.

---

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

7 Esta disposición fue modificada por el Decreto Supremo N° 68-2017-EF, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 28 de marzo de 2017.

8 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.

9 Conforme con lo previsto en el numeral 55.6 del artículo 55 del Reglamento del DL 1224.

36. 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*[10].
>
> *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 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*[11]*".*

37. 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 deberá solicitarla dentro de los tres (03) días hábiles de recibida la solicitud de opinión y el plazo quedará suspendido hasta que se reciba la información.

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

[11] Numeral incorporado por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 243-2017-EF.

38. Al respecto, mediante el Oficio N° 4278-2018-MTC/25, notificado al OSITRAN el 26 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° 1517-2018-MTC/25 y sus anexos en cuatro (4) pioners. En tal sentido, el plazo para que el OSITRAN cumpla con emitir la opinión solicitada vencería, en principio, el jueves 11 de octubre de 2018[12].

39. No obstante, mediante Oficio N° 183-18-GG-OSITRAN, notificado al Concedente el 01 de octubre 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 01 hasta el día 03 de octubre de 2018, fecha en que el Concedente remitió la información solicitada adjunta al Oficio N° 4377-2018-MTC/25, reanudándose el cómputo de los diez (10) días hábiles para emitir el informe a partir del día hábil siguiente, esto es desde el 04 de octubre de 2018. De esta manera, el plazo para que este Regulador emita su opinión no vinculante vence el próximo 15 de octubre.

40. Teniendo en cuenta las normas antes señaladas, 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 de la Sección XVIII 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 de Concesión.

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

41. 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.

42. 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.

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

44. 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.

45. 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

[12] Considerando el feriado del lunes 8 de octubre de 2018.

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.

46. 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 .

47. En lo que respecta especificamente al Contrato de Concesión materia de modificación, nuevamente debemos remitirnos a lo que en la Sección XVIII del mismo se establece:

> ***"SECCIÓN XVIII: MODIFICACIONES AL CONTRATO***
>
> *18.1 De conformidad con el Artículo 33° del TUO, las Partes podrán modificar el prsente Contrato, previo acuerdo por escrito y firmado por sus representantes debidamente autorizados, por causa debidamente fundada y cuando ello resulte necesario al interés público, respetando su naturaleza y en lo posible, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibro económico – financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.*
>
> *(...)*
>
> *18.4 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.*
>
> *18.5 El CONCEDENTE resolverá la solicitud de enmienda, adición o modificación, contando con la opinión técnica del Regulador, quien se pronunciará respecto a la propuesta de acuerdo al que lleguen las Partes.*
>
> *De igual modo, las Partes podrán presentar una solicitud destinada a la revisión del Contrato, por causas que a criterio de una de las Partes no se haya previsto a la Fecha de Cierre para lo cual se aplicará el procedimiento antes descrito, en concordancia al Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, el TUO y su Reglamento."*
>
> [Énfasis y subrayado agregados.]

48. Como se evidencia, el numeral 18.4 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" y, de corresponder, la conformidad de los acreedores permitidos como requisito para que este Regulador pueda emitir su opinión técnica previa.

49. En ese sentido, dentro del marco legal y contractual antes expuesto, será evaluado el proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión.

50. 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

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 la Sección XVIII 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) Una evaluación sobre el mantenimiento del equilibrio económico financiero;

        ii) Una evaluación sobre el mantenimiento de las condiciones de competencia del proceso de promoción;

        iii) Una evaluación sobre el mantenimiento del valor por dinero a favor del Estado;

        iv) Un análisis sobre si se mantiene o altera la asignación de riesgos; y

        v) 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.

52. Cabe señalar que, 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.

53. 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.

54. 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.

55. 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 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

56. 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 28 de abril de 2014, habiendo transcurrido más de cuatro (4) 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 los puntos 5.4 a y 3.11 del Informe N° 1517-2018-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.

57. En cuanto al sustento técnico, económico y financiero de la propuesta, se advierte que mediante la Carta N° ML2-SPV-CARTA-2017-0447, de fecha 09 de marzo de 2017, el Concesionario presentó al MTC una propuesta inicial del Proyecto de Adenda N° 2, conforme a las coordinaciones realizadas con el Concedente. A través de esta carta, el Concesionario planteó una propuesta inicial de modificación al contrato de concesión bajo análisis, adjuntando -según se indica en dicho documento y corrobora el MTC[13]- cuatro tomos con el sustento técnico y económico (presupuestos) de dicha propuesta (expedientes técnicos justificativos, presupuestos y nuevos cronogramas de entrega de áreas de la concesión, de ejecución y del plan de desarrollo de los EDI). Adicionalmente, mientras se llevaba a cabo el proceso de evaluación conjunta, el Concedente requirió en varias oportunidades al Concesionario información relativa al sustento económico financiero de su propuesta (Oficios Nos. 2663-2018-MTC/25 y 3285-2018-MTC/25); dichas comunicaciones fueron respondidas por el Concesionario a través de las Cartas N°s. ML2-SPV-CARTA-2018-0911, ML2-SPV-CARTA-2018-1059 y ML2-SPV-CARTA-2018-1084.

58. De otro lado, en lo que respecta a la existencia y, de corresponder, a la acreditación del consentimiento de los eventuales acreedores permitidos, se tiene que mediante el Oficio N° 183-18-GG-OSITRAN, se solicitó al Concedente verificar dicha situación al no evidenciarse ello en el Informe N° 1517-2018-MTC/25. En respuesta, el Concedente ha remitido el Oficio N° 4377-2018-MTC/25 y el Informe N° 1560-2018-MTC/25, señalando en el punto 4.34 de este último que a la fecha el proyecto no tiene acreedores permitidos y concluyendo en el punto 5.6 del mismo que *"A la fecha este Proyecto no tiene Acreedores Permitidos ya que no se llegó a perfeccionar los documentos financieros relacionados al Endeudamiento Garantizado Permitido, pese a contar con la aprobación de los mismos. En tal sentido este Proyecto de*

[13] Conforme se señala en el punto 2.12 de los Informes N° 1517-2018-MTC/25 y N° 1560-2018-MTC/25, que sustenta el proyecto de adenda remitida para opinión y que remite la información complementaria solicitada por este Regulador, respectivamente. Cabe indicar que, adicionalmente, se ha verificado que dicha propuesta y sus anexos también ingresaron a este Regulador, según se desprende de la información consignada en la sección adjuntos de la Hoja de Trámite interna N° 5707-2017.

Adenda Nº 2 no requiere con [sic] *la aprobación de los Acreedores Permitidos, ya que no sería aplicable lo indicado en la Cláusula 18.4 del Contrato de Concesión*". Ello, además, ha sido corroborado por el Concesionario a través de la Carta N° ML2-SPV-CARTA-2018-1444[14].

59. 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

60. 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 Sección XVIII del referido contrato, de la lectura de la Carta N° ML2-SPV-CARTA-2017-0447 y sus adjuntos presentada al MTC se advierte que esta solicitud se emitió con copia a este Regulador; habiendo el MTC cumplido con hacer llegar dicho documento y sus adjuntos a OSITRAN el 22 de marzo de 2017 mediante el Oficio N° 1155-2017-MTC/25 el 19 abril de 2018[15], conjuntamente con la convocatoria al inicio del proceso de evaluación conjunta del proyecto de adenda remitido.

61. 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

62. No se advierte que en el Informe N° 1517-2018-MTC/25, ni tampoco en el Informe N° 1560-2018-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 del presente Informe se ha verificado que en dicho portal se encuentra publicado el documento que sustenta la propuesta de modificación original al contrato de concesión[16], que el Concesionario adjuntó a su Carta N° ML2-SPV-CARTA-2017-0447.

63. 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 DL 1224, 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

64. Conforme lo señalado en los puntos 2.14 y 2.15 del Informe N° 1517-2018-MTC/25, con ocasión de la solicitud presentada por el Concesionario para la modificación del Contrato de Concesión a través de la Carta N° ML2-SPV-CARTA-2017-0447, el MTC convocó a este Regulador y al MEF a un proceso de evaluación conjunta del Proyecto de Adenda N°2, a través de los Oficios N°s. 1484 y 1485-2017-MTC/25, respectivamente[17].

[14] Recibida por el Regulador el 03 de octubre de 2018.

[15] Documento al que, internamente, se le asignó la Hoja de Trámite N° 6577-2017.

[16] Específicamente, en la siguiente dirección electrónica, verificada el día 04 de octubre de 2018: https://portal.mtc.gob.pe/transportes/concesiones/documentos/Proyecto%20Adenda%202%20Linea%202.pdf .

[17] Inicialmente, se había convocado a OSITRAN el 19 abril de 2017 para dar inicio de este proceso; convocatoria realizada a través del Oficio N° 1155-2017-MTC/25 con el que el MTC hizo llegar a este Regulador de la solicitud de adenda presentada por el Concesionario en marzo de 2017.

65. Asimismo, con fecha 19 de setiembre de 2018 el Concedente notificó al Regulador el Oficio N° 4125-2018-MTC/25[18], mediante el cual informó del término del proceso de evaluación conjunta del proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión, haciendo lo propio con el MEF y la Contraloría a través de los Oficios N°s. 4126-2018-MTC/25 y 4127-2018-MTC/25[19], respectivamente. Según indica el MTC, dicha comunicación también habría sido realizada al Concesionario a través del Oficio N° 4128-2018-MTC/25 (punto 2.89 de los Informes N° 1517-2018-MTC/25 y N° 1560-2018-MTC/25), en concordancia con lo establecido en el inciso 55.6 del artículo 55 del Reglamento del DL 1224[20]. Lo señalado en dicho informe coincide con lo constatado por este Regulador en lo que respecta a su participación en dicho proceso.

66. Teniendo en cuenta lo anterior, y en la medida que se hayan efectuado válidamente dichas notificaciones, se verifica la adecuación de la propuesta remitida también respecto de estas condiciones.

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

67. 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.

68. En el presente caso, se aprecia que adjunto al Oficio N° 4278-2018-MTC/25, el Concedente ha remitido el Informe N° 1517-2018-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 sobre el mantenimiento del Equilibrio Económico – Financiero

69. Respecto a este punto, en el numeral 5.4 b del Informe N° 1517-2018-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:

> *"b. Equilibrio Económico - Financiero*
> *(...)*
> *Los contenidos del Proyecto de Adenda propuesta no afectan el Equilibrio económico financiero de la Concesión, en la medida que bajo ninguna de las propuestas de modificación se aumenta o disminuye las obligaciones de las Partes*
> *(...).*
> *Los cambios propuestos implican modificaciones no sustanciales, por lo mismo se afirma que no se ha afectado el equilibrio económico financiero del contrato.*
>
> *Por otro lado, si bien la modificación del cronograma de valorizaciones del proyecto genera un cambio en la oportunidad de los flujos previstos por el Concesionario mediante Adenda 1 al Contrato de Concesión, dicha modificación no supone una alteración al equilibrio económico*

[18] Documento al que, internamente, se le asignó la Hoja de Trámite N° 22953-2018.

[19] Notificado el 20 de setiembre de 2018, conforme al cargo que obra en el expediente. Cabe señalar que en el Informe de Sustento el Concedente erróneamente indica que el número de oficio con el que se notificó a la Contraloría es el 4128.

[20] El número correcto de comunicación es el 4127.

financiero del proyecto toda vez que esta no nace a causa de un acuerdo entre las Partes que altere las metas del proyecto, sino se realizan con el objetivo de sincerar el cronograma de ejecución del proyecto sin reconocimiento de mayores derechos a favor del Concesionario, salvo los ya reconocidos por el propio Contrato de Concesión.

(...)
Es bajo este marco que es posible afirmar que para las Partes las modificaciones contenidas en la adenda no afecta, entre otros, al equilibrio de la concesión, declarándolo así el la Adenda de manera expresa."

70. En ese sentido, el Concedente manifiesta que las modificaciones propuestas en el Proyecto de Adenda no son sustanciales al mantenerse los parámetros que afectan el equilibrio económico financiero de la Concesión, no aumentando o disminuyendo las obligaciones de las Partes, reiterando dicha conclusión en el punto 7.1 del informe citado previamente. A mayor abundamiento, en el Informe N° 1560-2018-MTC/25, ampliatorio de su informe original, el Concedente ratifica dicha conclusión al señalar en el punto 5.1 que *"Los contenidos de la Propuesta de Adenda Nº 2 al Contrato de Concesión no afectan el Equilibrio económico financiero de la Concesión, en la medida que estas propuestas no implican la inclusión de obligaciones injustificadas y desequilibradas para las partes, ni implican cambios que transfieran riesgos entre estas, de conformidad con lo previsto en el Artículo 22.1 del Decreto Legislativo N° 1224 y en el Artículo 53 del Decreto Supremo N° 410-2015-EF, ni trasgreden las Leyes y Disposiciones Aplicables"*.

71. 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.

b. Evaluación sobre el mantenimiento de las condiciones de competencia del proceso de promoción

72. Sobre el particular, en el Informe N° 1517-2018-MTC/25, el Concedente incluye una matriz en la que analiza el efecto de cada una de las cláusulas del Proyecto de Adenda N° 2 sobre las condiciones de competencia, entendidas como aquellas que fueron determinantes para la selección del inversionista privado, y no sobre todos los parámetros que pudieron ser tomados en consideración por los postores en el proceso de adjudicación de la concesión, pues esto último técnicamente no es factible de realizar.

73. En dicha matriz concluye, respecto de cada una de las cláusulas, que éstas no adicionan o disminuyen obligaciones, agregando que en los casos en que se modifican fechas máximas para el cumplimento de determinadas obligaciones, ello no obedece a un otorgamiento de plazos de gracia que acarree una liberación de las penalidades contractuales que sean aplicables, por lo que no alteran las condiciones de competencia del proceso de promoción.

74. Sin embargo, de lo expuesto en el citado informe no se advierte que el Concedente haya analizado si el efecto de la modificación del cronograma sobre los topes máximos anuales de cofinanciamiento y la desagregación de los hitos afectan o no las condiciones de competencia. En ese sentido, mediante el Oficio N° 183-2018-GG-OSITRAN este Regulador solicitó al MTC que verificara si esos parámetros del Contrato de Concesión original formaban parte de las condiciones de competencia y, de serlo, si las modificaciones a los mismos acarreaban o no una alteración de las condiciones de competencia.

75. Mediante el Informe N° 1560-2018-MTC/25 el Concedente dio respuesta a lo solicitado, opinando que las modificaciones que introduce el Proyecto de Adenda N° 2 a los parámetros indicados no acarrean una modificación de las condiciones de competencia, concluyendo sobre el particular lo siguiente:

> *"5.2 Para la evaluación del mantenimiento de las condiciones de competencia debe tenerse en cuenta la naturaleza especifica de estos parámetros y su razonabilidad teniendo en cuenta la marcha del proyecto. En ese sentido, los límites máximos de cofinanciamiento anual establecidos en las Bases se realizaron con la finalidad de salvaguardar la capacidad presupuestal del Sector bajo un escenario de cumplimiento del cronograma de ejecución de obras. Es así que en la medida que se incumplió dicho cronograma que las Partes acordaron su modificación mediante Adenda N° 1 y se realiza nuevamente mediante la presente propuesta de adenda, sin alterar ello el equilibrio económico financiero ni las condiciones de competencia del proceso.*
>
> *5.3 Asimismo, el eliminar el requisito de considerar hitos con un monto mínimo de US$ 50 millones no corresponde a un cambio en las condiciones de competencia o incentivos hacia el Concesionario, toda vez que como se señaló anteriormente, para la evaluación del mantenimiento de las condiciones de competencia debe tenerse en cuenta la naturaleza especifica de estos parámetros y su razonabilidad teniendo en cuenta la marcha del proyecto. En ese sentido, el Contrato de Concesión considera ya fechas máximas para la Puesta en Operación Comercial de cada una de las etapas y las penalidades (y caducidad) correspondientes en caso su incumplimiento.*
>
> *5.4 De producirse un incremento en el costo de las obras por causa de la aplicación de la fórmula polinómica y la extensión del plazo de ejecución, corresponderá evaluar las acciones a tomar, estando entre ellas una demanda arbitral en instancia nacional o ante el CIADI en la medida que la posición del Estado peruano es que las demoras en la ejecución del proyecto son imputables al Concesionario. (...)".*

76. 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.

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

77. Al respecto, mediante el Informe N° 1517-2018-MTC/25, el Concedente presenta los siguientes argumentos para establecer que no se ha alterado el aspecto de valor por dinero en la Concesión:

> ***"5.6 Análisis de Valor por Dinero***
> (...)
> *En razón a lo señalado, en la medida que no se están introduciendo costos adicionales, el escenario con adenda permite que el proyecto empiece a brindar los beneficios esperados a la sociedad en fechas anteriores al escenario sin adenda, **por lo cual estaría generando Valor por Dinero**"*

78. En tal sentido, el Concedente señala que el proyecto de Adenda respeta el principio de valor por dinero, ya que permite que el proyecto brinde los beneficios esperados en una fecha anterior al escenario en el que no se apruebe la adenda, sin que ello genere costos adicionales. 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; esto último, sin perjuicio de la evaluación que efectué el MEF en su calidad de ente rector del

sistema de Asociaciones Público Privadas considerando que no se ha emitido una reglamentación metodológica a efectos de efectuar este análisis.

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

79. En el Informe N° 1517-2018-MTC/25 el Concedente afirma que las modificaciones que plantea el Proyecto de Adenda N° 2 no son sustanciales; y en ese sentido, a lo largo del análisis de la viabilidad técnica de las propuestas de modificación (punto 6 del informe) el Concedente manifiesta que ninguna de éstas implica una reasignación o liberación de riesgos, concluyendo finalmente que:

> *"7.1 Los contenidos de la Propuesta de Adenda **no afectan el equilibrio económico financiero de la Concesión, en la medida que estas propuestas no implican la inclusión de obligaciones injustificadas y desequilibradas para las Partes, ni implican cambios que transfieran riesgos entre estas**, de conformidad con lo previsto en el Artículo 23.1 del TUO de la Ley de APP y en el Artículo 53 del Decreto Supremo N° 410-2015-EF."*

[Énfasis y subrayado agregados]

80. Adicionalmente, en el Informe N° 1560-2018-MTC/25, el Concedente reitera dicha conclusión, al afirmar en el punto 5.4 que *"El Proyecto de Adenda Nº 2 mantiene el equilibrio económico financiero de la concesión y no afecta la distribución de riesgos (...)"*.

81. 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.

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

82. En el Informe N° 1517-2018-MTC/25, el Concedente afirma lo siguiente acerca del referido parámetro:

> *"5.5 La naturaleza de la concesión*
>
> *De conformidad con el numeral 2.1 de la Sección II del Contrato de Concesión, la Concesión ha sido entregada como parte del proceso emprendido por el Estado de la República del Perú, para la transferencia al sector privado de las actividades objeto del presente Contrato. Este proceso tiene por objeto mejorar la calidad del Servicio e incrementar el alcance de la infraestructura de la Red Básica del Metro de Lima y Callao, a fin de coadyuvar al mejoramiento de los niveles y calidad de servicio de transporte público urbano, evitar los sobrecostos producidos por la obsolescencia del parque automotor, disminuir la contaminación ambiental y sus efectos nocivos sobre la salud, reducir la pérdida innecesaria de horas-hombre de los usuarios como consecuencia de la congestión vehicular.*
>
> *La Concesión no supone la transferencia de la titularidad de la infraestructura, que formará parte de la Red Básica del Metro de Lima y Callao, la misma que en todo momento mantiene su condición de pública.*
>
> *La modalidad constituye una Asociación Público Privada bajo la modalidad de Concesión cofinanciada, de conformidad con lo señalado en el Decreto Legislativo N° 1012, y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 146-2008-EF, y sus modificatorias, en*

concordancia con el literal c) del artículo 14 del TUO. Esta concesión es de naturaleza unitaria y responde a una causa única, sin perjuicio de la multiplicidad de actividades y prestaciones en que se divide su objeto, conforme se describe en la Cláusula 2.3 del presente Contrato, asimismo se rige por los principios de continuidad, regularidad y de no discriminación."

83. De lo indicado, no se advierte que el Concedente se haya limitado a describir la naturaleza de la concesión, pero ha obviado analizar y pronunciarse expresamente sobre si la adenda propuesta, a su criterio, afecta la naturaleza del proyecto. Sin perjuicio de ello, de su afirmación en el sentido que las modificaciones que plantea el proyecto de adenda no son sustanciales[21], se colegiría que en opinión del Concedente la naturaleza del Contrato de Concesión no se vería afectada por las modificaciones propuestas; lo que guarda consistencia con la afirmación que se hace en el texto del numeral 5.1 de la Cláusula 5 del Proyecto de Adenda en dicho sentido.

84. Sin perjuicio de ello, se reitera que 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 y habida cuenta de la naturaleza cofinanciada del proyecto.

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

85. 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° 4278-2018-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° 1517-2018-MTC/25, requiriéndole la emisión de su opinión técnica no vinculante[22].

86. 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"*[23].

87. En consecuencia, la solicitud de opinión técnica presentada por el Concedente mediante el Oficio N° 4278-2018-MTC/25, notificado el 26 de septiembre de 2018, respecto del proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión, cumple con las condiciones analizadas anteriormente.

IV.3 Análisis del proyecto de Adenda

88. 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,

---

[21] De acuerdo con la afirmación textual que se realiza en el punto 5.4.b del Informe N° 1517-2018-MTC/25.

[22] Como se ha indicado previamente en este informe, el plazo para la emisión de la opinión solicitada vence recién el próximo 15 de octubre de 2018, ya que el plazo de diez (10) días hábiles que prevé la ley para cumplir con esta obligación se inició el 27 de setiembre de 2018, pero se suspendió desde el 01 de octubre de 2018, con la notificación del Oficio N° 183-18-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 03 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 04 de octubre de 2018.

[23] 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.

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 aspectos.[24]

IV.3.1 Objeto del proyecto de Adenda

89. De acuerdo con la cláusula segunda de la propuesta de Adenda N° 2, esta tiene por objeto:

- Incorporar las siguientes definiciones a la sección I del Contrato de Concesión: (i) informe de Avance Físico, (ii) Nuevo Cronograma Actualizado de Entrega de las Áreas de la Concesión, (iii) Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución, (iv) Subestación Eléctrica de Transmisión, (v) Subastación Eléctrica de Alta Tensión -SEAT y (vii) Líneas de Transmisión - L T.

- Modificar las siguientes definiciones a la sección I del Contrato de Concesión: (i) Hito de Provisión, (ii) Reporte de Avance y (iii) Valorización de Avance.

- Modificar las cláusulas 5.16, 6.4, 6.7, 6.30, II del Apéndice 1 del Anexo N° 5 y Anexo 8.

- Asimismo, son objeto de la presente Adenda lo descrito en la Cláusula Cuarta y Quinta.

IV.3.2 Aspectos Generales referidos a la propuesta de Adenda

90. Previo al análisis particular de las modificaciones planteadas en la propuesta de Adenda N° 2, es importante indicar que esta tiene como finalidad principal el cambio en el cronograma de ejecución de obras reflejado en el "Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución" que, si bien puede estar sustentada en la situación actual del proyecto, posee un riesgo de afectar a otros factores previstos al momento de la estructuración del proyecto y de la lectura del Contrato de Concesión vigente.

91. Ante ello, en el presente acápite se indican algunos aspectos identificados por este Regulador que se considera importante analizar, con miras a establecer la viabilidad de la propuesta modificatoria.

A. Efecto en las condiciones de competencia

92. Al respecto, se debe indicar que el Concedente en el Informe de sustento de la propuesta de Adenda Nº 2, Informe N° 1517-2018-MTC/25[25], indica que las modificaciones propuestas no alteran las condiciones de competencia.

93. Sin embargo, de la lectura efectuada por el Regulador, no se evidencia claramente que el Concedente haya evaluado si las modificaciones propuestas (cambios en la ejecución de obras), afectan o no los límites máximos de cofinanciamiento establecidos mediante el Contrato de Concesión, teniendo en cuenta que la buena pro al momento de adjudicar el

[24] 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.

[25] Remitido mediante el Oficio N° 4278-2018-MTC/25, del 26 de setiembre de 2018.

proyecto comprende el importe máximo total del cofinanciamiento y los límites anuales al mismo[26].

94. Ante ello, mediante el Oficio N° 183-18-GG-OSITRAN[27], el Regulador solicitó al Concedente que se evalúe si como consecuencia de la propuesta de Adenda N°2, dichos límites no se cumplirían, lo cual podría reflejarse en un riesgo del aumento en el monto de obra anual, lo cual podría afectar la programación anual de los pasivos firmes y contingentes del Estado.

95. Asimismo, se solicitó se confirme, si dicho aspecto fue consultado con PROINVERSIÓN y aclare si los límites anuales de cofinanciamiento fijados en el TUO de las bases del concurso formaron parte de las condiciones de competencia, y, de ser así, si se ha verificado que las modificaciones que el proyecto de Adenda, afectan o no dichas condiciones.

96. Como se ha mencionado anteriormente, el Concedente, mediante Oficio N° 4377-2018-MTC/25[28], adjuntó el Informe N° 1560-2018-MTC/25, en respuesta a la solicitud formulada por OSITRAN mediante el Oficio N° 183-18-GG-OSITRAN.

97. En dicho Informe, el Concedente señala que el monto de cofinanciamiento ofertado por el postor adjudicado con la buena pro del proyecto fue por un 95,6% del cofinanciamiento máximo establecido; asimismo, con la suscripción de la Adenda N° 1, las partes (Concedente y Concesionario) acordaron establecer un nuevo cronograma de ejecución del proyecto con una nueva proyección de desembolso de cofinanciamiento. La comparación entre los importes comprometidos en el contrato adjudicado firmado, la primera adenda y lo propuesto en el proyecto de segunda adenda según lo señalado por el MTC, en relación con los pagos de cofinanciamiento de Pago por Obra (en adelante PPO) y Pago por Material Rodante (en adelante PPMR), son los siguientes:

---

[26] Al respecto, el TUO de las Base de Fecha 12 de marzo de 2014, (descargable de la siguiente ruta: http://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/2/JER/LINEA2_TREN/TUO_DE_BASES_MARZO_2014.pdf), cita lo siguiente:

"7.2.2 *La Propuesta Económica tendrá los siguientes componentes:*

Cofinanciamiento:

Son los recursos otorgados por el Concedente para financiar parte de las Inversiones Obligatorias que serán ejecutadas por el Concesionario.

El importe máximo de Cofinanciamiento asciende a Tres mil ochocientos sesenta y cuatro millones sesenta y siete mil ciento veintinueve y 001100 Dólares (US$ 3 864 167 129.00) incluyendo I.G. V.

Asimismo, el importe máximo del Cofinanciamiento se ajustará a los siguientes /límites anuales:

i) Trescientos noventa y ocho Millones treinta y seis mil trescientos veintiuno y 001100 de Dólares (US$ 398 036 321.00) para el primer año de la Concesión.

ii) Setecientos dieciséis Millones veintinueve mil doscientos cincuenta y uno y 001100 de Dólares (US$ 716 029 251.00) para el segundo año de la Concesión.

iii) Novecientos setenta Millones ochocientos sesenta y cuatro mil setecientos dieciocho y 001100 de Dólares (US$ 970 864 718.00) para el tercer año de la Concesión.

iv) Ochocientos cuarenta y ocho Millones trescientos noventa y siete mil treinta y un y 001100 de Dólares (US$ 848 397 031.00) para el cuarto año de la Concesión.

v) Novecientos un Millones quinientos setenta y seis mil trescientos treinta y seis y 001100 de Dólares (US$ 901 576 336) para el quinto año de la Concesión.

vi) Veintinueve millones doscientos sesenta y tres mil cuatrocientos setenta y un y 001100 de Dólares (US$ 29 263 471.00) para el sexto año de la Concesión.

Para efectos de ajustar los /límites anuales con la Oferta Económica del Interesado Calificado, se determinará el porcentaje que significa el ahorro del monto propuesto respecto del Cofinanciamiento máximo. Dicho porcentaje será aplicado a todos los /límites máximos anuales."

[27] Recibido por el Concedente el 01 de octubre de 2018.

[28] Recibido por el Regulador el 03 de octubre de 2018.

Tabla Nº 1

Programación de cofinanciamiento - PPO y PPMR (US$ con IGV)

Año de la Concesión		Límites Anuales ajustados	Adenda 1	Adenda 2
Primero	2014	380 620 693	234 551 381	-
Segundo	2015	684 700 203	387 064, 110	309 915 325
Tercero	2016	928 385 634	**1 000 371 811**	216 009 597
Cuarto	2017	811 276 381	699 546, 612	227 126 809
Quinto	2018	862 128 886	434 738 931	104 581 032
Sexto	2019	27 983 081	**783 516 851**	**148 584 932**
Sétimo	2020		155 305 183	504 348 016
Octavo	2021			891 865, 974
Noveno	2022			675 566 476
Décimo	2023			454 363 073
Undécimo	2024			162 733 646

Fuente: Informe N° 1560-2018-MTC/25

98. Al respecto, el Concedente señala lo siguiente:

> *"4.8. Del cuadro anterior se observa que como consecuencia de ajustar el cronograma de ejecución del proyecto mediante Adenda N° 1 al Contrato, el monto de cofinanciamiento programado de los años 2016 y 2017 vieron superado los límites establecidos inicialmente en las Bases, sin configurar ello una modificación a las condiciones de competencia, de acuerdo a lo opinado por el OSITRAN y el MEF en sus respectivos pronunciamientos de la referida adenda."*

99. Por otro lado, el Concedente señala que como resultado del incumplimiento de la ejecución del cronograma de avance de obra establecido en la Adenda N° 1, por causas en discusión ante el CIADI, las partes han establecido un nuevo cronograma de ejecución que dé previsibilidad sobre el avance de las obras y las fechas máximas, lo que no representa un cambio en las condiciones de competencia.

100. El Concedente, también afirma que la modificación del cronograma de valorizaciones del proyecto se realiza con el objetivo de sincerar su cronograma de ejecución sin reconocimiento de mayores derechos a favor del Concesionario ni liberación de responsabilidades por los incumplimientos que le sean atribuibles, salvo los ya reconocidos por el propio Contrato de Concesión.

101. Sin embargo, se afirma que el Contrato de Concesión considera la aplicación de fórmulas polinómicas que permiten efectuar el ajuste de precios de cada hito de obra y provisión, para lo cual debe tenerse en cuenta tanto la variación del costo de los factores como la variación del tipo de cambio, dado que el pago del cofinanciamiento se realiza en dólares.

102. En ese sentido, el Concedente señala que si bien el importe de Cofinanciamiento establecido por el Concesionario en su Propuesta Económica se mantiene invariable a efectos de la presente Adenda, el importe final que pague el Estado puede verse afectado por una extensión en el cronograma de ejecución del proyecto y la aplicación del factor resultante de la fórmula polinómica; asimismo, el ajuste final como resultado de la aplicación de la fórmula polinómica podría tener un resultado neto que podría ser positivo o negativo.

103. El Concedente señala adicionalmente, que en la medida que no están definidos los valores de las fórmulas polinómicas del proyecto, sería incorrecto afirmar (o negar) en este momento que una extensión en el cronograma de ejecución del proyecto conllevaría a mayores gastos para el Estado, siendo este un tema sujeto a una decisión del Estado Peruano, en caso se generen sobrecostos para el Concedente, dado que las demoras en la ejecución del proyecto deberían ser imputables al Concesionario.

104. Adicionalmente, el Concedente afirma que los montos de cofinanciamiento de los años 2016 y 2017, ajustados mediante la Adenda Nº 1 (ver tabla 1), superaron los límites señalados en las bases sin configurar ello modificaciones a las condiciones de competencia en opinión del OSITRAN. Al respecto, se advierte que dicha afirmación no es correcta, dado que lo opinado por OSITRAN en su Informe N° 037-2014-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, respecto a la Adenda N° 1, se centró en la definición de Cronograma Actualizado de Ejecución de la Adenda N° 1 al Contrato de Concesión. En ese sentido, en relación al cronograma de ejecución del proyecto, el referido informe, aprobado mediante acuerdo N° 1774-533-14-CD-OSITRAN de fecha 24 de diciembre de 2014, señala lo siguiente en el numeral 3 de las conclusiones:

> *"-Incluir la definición de Cronograma Actualizado de Ejecución*
> *En el marco de la información y documentos de sustento remitidos a este Organismo Regulador, se considera que la inclusión del Cronograma Actualizado de Ejecución, el cual se basa en el Nuevo Cronograma de Entrega del Área de Concesión, permitirá contar con la herramienta que guarde concordancia con la situación actual; viabilizando de esta manera la ejecución de las obras, así como el seguimiento y control de las mismos, el cual no implicará variación alguna del presupuesto contemplado en el Contrato de Concesión, ni en la matriz de asignación de riesgos que contiene el contrato de concesión vigente. Por lo tanto, y en ese marco, se considera que la inclusión de esta definición en el proyecto de Adenda resulta procedente.*
> *Sin perjuicio de lo anterior, teniendo en cuenta que el cronograma acordado entre las partes modifica los plazos establecidos en las cláusulas 6.11, 6.21 y 6.24 del Contrato de Concesión, se considera necesario que en el proyecto de Adenda se indique expresamente los nuevos plazos máximos referidos en dichas cláusulas, para dar certeza a las Partes sobre las condiciones de ejecución del contrato, y para efectos de facilitar una adecuada supervisión del contrato de concesión."*

105. Del párrafo citado, se advierte que OSITRAN opinó a favor de la inclusión de una definición de Cronograma Actualizado de Ejecución, sin embargo, ello no implicó necesariamente la validación de la valorización del cronograma actualizado de ejecución, toda vez que dicha validación correspondía a un tema presupuestal y de competencia del MEF. Sin perjuicio de lo señalado, es oportuno indicar que la Tabla N° 1 muestra, en relación a la adenda N° 1, que prácticamente se redistribuyó la ejecución de obras al interior de cada año en lo referido a pagos PPO y PPMR, a efectos de mantener el mismo periodo de construcción que el contrato de concesión inicial establecía (el 96% de las obras que se pagan con PPO y PPMR se ejecutan hasta el sexto año de la concesión). Asimismo, la conformidad del Regulador se dio en el entendimiento que dicha modificación no implicaba variación alguna del presupuesto total contemplado en el Contrato de Concesión, ni en la matriz de asignación de riesgos que contenía el Contrato de Concesión vigente en dicha oportunidad.

106. Asimismo, el Regulador en su Informe N° 037-2014-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, además, consideró necesario que en el proyecto de Adenda N° 1 se indique expresamente los plazos máximos referidos en las cláusulas 6.11, 6.21 y 6.24 del Contrato de Concesión para dar certeza a las partes sobre las condiciones de ejecución del contrato y para efectos de facilitar una adecuada supervisión del contrato de concesión.

107. En relación con las modificaciones que se plantea incorporar con la Adenda N° 2 objeto del presente informe, se puede apreciar en la misma Tabla N° 1, alcanzada por el MTC, que se ha efectuado una significativa ampliación del periodo constructivo para la ejecución de las obras a ser reconocidas con pagos PPO y PPMR, habiéndose extendido el cronograma ahora hasta el undécimo año de la concesión, es decir 5 años adicionales al originalmente contemplado. Ello conlleva a que deba calendarizarse nuevas partidas presupuestales anuales de cofinanciamiento, aspecto que debería ser validado por el MEF, considerando que producto de la ejecución presupuestal del nuevo cronograma podrían variar los pasivos firmes y contingentes del Estado, conforme a lo señalado por el MTC.

108. Por otro lado, en el Informe N° 4377-2018-MTC/25, el Concedente cita lo siguiente:

> En ese sentido, atendiendo a la magnitud del proyecto y que los montos de cofinanciamiento no son financiados por el Concesionario, sino que son asumidos con cargo al **Presupuesto Anual del Sector, el establecimiento de límites de cofinanciamiento anual debe entenderse como la preocupación del Estado de salvaguardar su Capacidad Presupuesta para el cumplimiento de sus compromisos financieros durante los primeros años de la concesión, asumiendo** el correcto cumplimiento del cronograma inicial de ejecución del proyecto. Lo señalado es concordante a lo establecido en el Informe Final del Modelo Económico Financiero de Proinversión donde se analizó, entre otros, el Factor de Competencia del concurso, señalándose lo siguiente:
>
> > *"El esquema del factor de competencia propuesto tiene **como objetivo principal optimizar el Cofinanciamiento el Estado**, considerando los límites presupuesto/es establecidos para este proyecto (...)"*
>
> [Énfasis y subrayado agregados]

109. De la lectura del texto citado, se pude establecer que el Concedente reconoce la necesidad de establecer montos máximos anuales de cofinanciamiento, con el fin de salvaguardar su Capacidad Presupuesta del Estado y poder mantener las condiciones de competencia del proyecto.

110. Por tanto, en el entendido que, con la posible aprobación del presente proyecto de Adenda, se aprobaría el nuevo cronograma de ejecución de obra sobre los cuales el Estado programaría sus nuevos compromisos, y a efectos de mantener los alcances de la estructuración original establecido en el contrato y su distribución de riesgos, corresponderá al MTC y el MEF evaluar si actualizándose los límites máximos de desembolsos anuales, similar a lo establecido en las Bases del proceso de licitación, y considerándose los hechos sobrevinientes a la fecha en la ejecución de la concesión, se sigue manteniendo el equilibrio económico financiero del Contrato.

B. Riesgo de mayores gastos de financiamiento

111. En lo referente a los gastos de financiamiento, el Concedente señala en Informe N° 1517-2018-MTC/25 que, sin la modificación de la asignación del mecanismo de pago (RPI por PPO[29]), existe

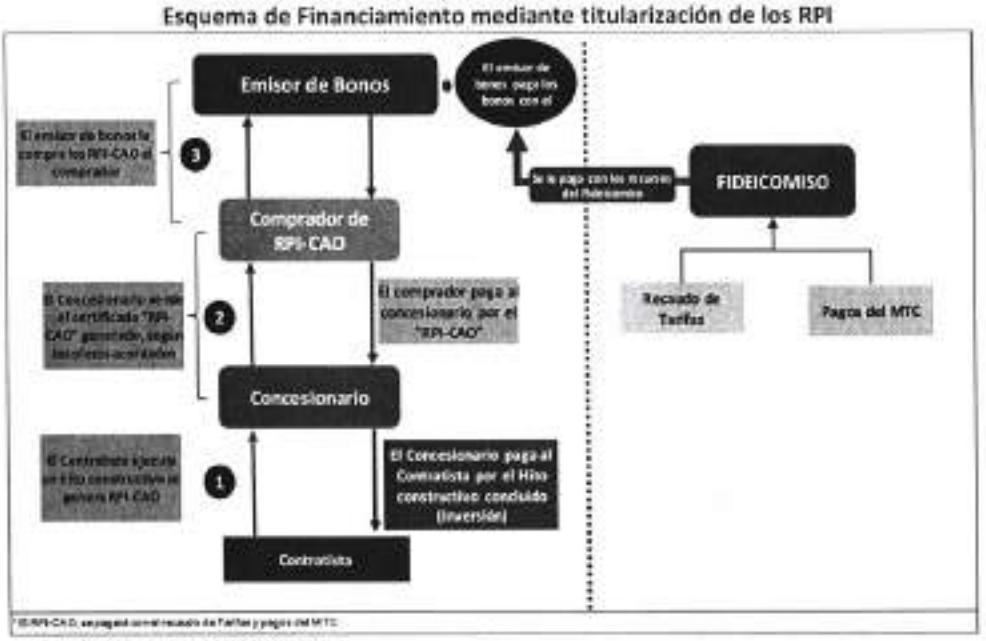
[29] *RPI es el mecanismo de retribución por inversiones, remunera al Concesionario por la ejecución de inversiones asociadas a dicho mecanismo su pago se efectúa en una fecha fija posterior a la ejecución de inversiones, PPO es el mecanismo de retribución de Pago por Obras, contempla el pago al concesionario contra avance de la ejecución de hitos.*

el riesgo de financiamiento del Proyecto[30], debido a que el Concesionario perdería parte de los flujos ya comprometidos en operaciones de endeudamiento vigentes y se vería obligado a recurrir nuevamente al mercado financiero a costos distintos a los inicialmente pactados.

112. Asimismo, en el punto 6.85 del mismo informe, el Concedente señala que el quiebre del esquema de financiamiento de las inversiones no reconocidas obligaría al Concesionario a estructurar una nueva operación de endeudamiento que le brinde los fondos necesarios para el cumplimiento de las inversiones remanentes.

113. Al respecto, es necesario señalar que conforme a lo informado por el MTC en su Informe de sustento (Informe N° 1517-2018-MTC/25), en lo referente al Cierre Financiero aprobado, las inversiones retribuidas con el mecanismo de RPI, son financiadas a través de un mecanismo de compra/venta de Certificados de Avance de Obra (CAO), estableciéndose un cronograma de compra/venta cuya modificación podría generar sobrecostos dado que se estaría alterando el cronograma de compra/venta en montos y plazos. En ese sentido, el mismo informe citado del MTC, ahonda en este riesgo en el financiamiento al señalar "*6.89. ... De firmarse la adenda* [presente adenda N° 2 en análisis], *el porcentaje de inversiones reconocidas* [se refiere al reconocimiento de RPI-CAO] *aumentaría a 56.19% "*. Por tal motivo, es recomendable que se defina en el proyecto de adenda cual sería la parte que asumiría dichos costos adicionales, puesto que, de no hacerse, los compradores de CAO podrían tener algún descalce que dificultaría la operación de compra/venta de los certificados y con ello la ejecución de las inversiones. Ello en el entendido que las inversiones a ser retribuidas con el mecanismo de RPI son financiadas a través de la compra / venta de CAO asociados a la RPI, tal como se aprecia en el siguiente diagrama:

Esquema de Financiamiento mediante titularización de los RPI



Fuente: Informe N° 1517-2018-MTC/25
Elaboración: Gerencia de Regulación y Estudios Económicos-OSITRAN.

[30] En el Informe de sustento se cita lo siguiente:
"6.89. *Con la modificación antes expuesta (escenario con adenda) se lograría disminuir el porcentaje de inversiones que perderían su financiamiento, en comparación a la situación actual. Según el cuadro siguiente, de no firmarse la adenda solamente se lograría el reconocimiento del 27.91 % de las inversiones por RPI-CAO, quedando fuera un 72.09% (..)*"

114. Lo señalado previamente cobra mayor importancia; si se considera que todos los contratos de financiamiento existentes, conforme a lo señalado por el MTC, no cuentan con Acreedores Permitidos, por lo que constituirían contratos de financiamiento privados que no cuentan con garantías del Estado (dado que sólo existe contratos de compra / venta de CAO asociados al RPI), y por lo tanto son de entera responsabilidad del Concesionario. En tal sentido, se sugiere establecer en la adenda expresamente esta situación, a efectos de no generar algún imprevisto futuro durante el desarrollo de ejecución de las inversiones, que pudiera generar pasivos contingentes.

115. Ante ello, en el Oficio N° 183-18-GG-OSITRAN, el Regulador observó que dado la ampliación del cronograma del Proyecto, se requería especificar si la propuesta de adenda implicaría una modificación en el Contrato de *Purchase* y otros vinculados con la estructuración del financiamiento para las inversiones de cargo del Concesionario; atendiendo a que ello podría conllevar a costos adicionales sobre los financiamientos existentes para inversiones y costos adicionales al contrato de fideicomiso, no precisándose quién será el encargado de cubrir dichos costos si se presentasen.

116. En tal sentido, el Regulador solicitó que el Concedente explique cómo se abordaría contractualmente el impacto de la ampliación del cronograma en los endeudamientos contraídos y quién asumiría los gastos financieros que dicha ampliación generaría.

117. En la misma línea que el numeral anterior, se solicitó que, se defina si la implementación del proyecto de Adenda N° 2; supone el incremento de los costos del fideicomiso, toda vez que con la implementación de la Adenda se estaría modificando la operatividad del fideicomiso al incrementar el número de operaciones, aspecto que también se recomienda sea evaluado por el MEF.

118. En respuesta, el Concedente señala lo siguiente en su informe N° 1560-2018-MTC/25:

> *"4.25. Asimismo, es necesario tener en cuenta que el riesgo de financiamiento está asignado al Concesionario, por lo cual es obligación suya de disponer con los fondos necesarios para la ejecución del proyecto. En dicha medida, el riesgo de tasa de interés también se encuentra asignado al Concesionario, estando limitado el pago del cofinanciamiento del Estado a la Propuesta Económica con la cual se le adjudicó la buena pro del proyecto al Concesionario, y a las condiciones establecidas en el Contrato de Concesión. Por lo cualquier incremento de los gastos de financiamiento son de cuenta y riesgo del privado."*

119. Como se puede observar, el Concedente señala que, el Contrato de Concesión asigna el riesgo de financiamiento al Concesionario, siendo su obligación disponer de los fondos necesarios para la ejecución del proyecto, además que el riesgo de la tasa de interés también se encuentra asignado al Concesionario, concluyendo que cualquier incremento de los gastos de financiamiento son de cuenta y riesgo privado.

120. Sin embargo, en el mismo Informe el Concedente expresa que, el Contrato de Concesión no es claro sobre las acciones a realizar en caso se produzca algún evento de incumplimiento por parte del Concesionario respecto a la operación de financiamiento de las inversiones retribuidas con el mecanismo de RPI, tal como observa a continuación:

"4.23. Como puede apreciarse, el Contrato de Concesión establece claramente la oportunidad y forma en que el Concesionario deberá acreditar que cuenta con los fondos necesarios para la ejecución de las inversiones a financiarse mediante el mecanismo del RPI. Asimismo, regula la obligación del acreedor de comunicar al Concedente en caso se produzca alguna causal que active su terminación o resolución de la operación de Endeudamiento. ***Empero, el Contrato de Concesión no es claro sobre las acciones a realizar en caso esta situación se produzca.***"

[Énfasis y subrayado agregados]

121. De lo expuesto, se aprecia que existe un riesgo de financiamiento del proyecto en lo referente a las inversiones financiadas con el mecanismo de RPI, el cual pretende ser mitigado en su integridad por el proyecto de Adenda N° 2, no obstante, se aprecia que dicho riesgo no es del todo mitigado por la presente propuesta de adenda, por lo cual, es importante se aclare quién asumiría los posibles gastos financieros.

122. Por tanto, es importante que el Concedente aclare esta aparente contradicción expresado en su informe de sustento, a efectos de establecer con certeza respecto a que si es el Concesionario el encargado de asumir los posibles riesgos de un aumento en los gastos de financiamiento posterior a la firma de la adenda N° 2, derivados del cambio en el cronograma de ejecución de obra; y de ser necesario, a efectos de mitigar riesgos que puedan interferir con el desarrollo de ejecución de las obras, que dicha conclusión quede expresa en la propuesta de Adenda Nº 2.

C. La existencia de Acreedores Permitidos

123. Al respecto, se debe precisar que en la cláusula 18.1 del Contrato de Concesión, se establece que en caso de modificaciones al Contrato se requiere contar con la aprobación de los Acreedores Permitidos, tal como se cita a continuación:

"18.1 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."

124. En el Informe de sustento presentado por el MTC, no se hace referencia a si a la fecha, el Concesionario cuenta con Acreedores Permitidos. Sin embargo, en los Estados Financieros Auditados del 2017, figura que el Concesionario asumió una obligación por USD 62.4 millones con Sumitomo Mitsui Banking Corporation[31].

125. Ante ello, mediante Oficio N° 183-18-GG-OSITRAN[32], se requirió al Concedente que confirmara que el Concesionario no cuenta con Acreedores Permitidos o, en caso contrario, remita la carta de aprobación del proyecto de Adenda N° 2 por parte de este(os).

126. Al respecto el MTC, en su Informe N° 1560-2018-MTC/25 precisó lo siguiente:

"4.34 Sobre el particular es preciso indicar que a la fecha este Proyecto no tiene Acreedores Permitidos ya que no se llegó a perfeccionar los documentos financieros relacionados al

[31] Sumitomo Mitsui Banking Corporation fue presentado como posible acreedor permitido durante la evaluación de la solicitud de autorización de EGP presentada al Regulador en el 2016, según figura en el Informe N° 006-16-GRE-GAJ.

[32] Recibido por el Concedente el 01 de octubre de 2018.

Endeudamiento Garantizado Permitido, pese a contar con la aprobación de los mismos. En tal sentido este Proyecto de Adenda N° 2 no requiere con la aprobación de los Acreedores Permitidos, ya que no sería aplicable lo indicado en la Cláusula 18.4 del Contrato de Concesión."

127. Por otro lado, respecto al financiamiento con Sumitomo Mitsui Banking Corporation, el MTC afirmó que el préstamo se realizó a nombre del Concesionario, pero sin que ello implique un financiamiento en el marco del Endeudamiento Garantizado Permitido y que actualmente dicha deuda ha sido cancelada en su totalidad.

> *"4.37 (...) el Concesionario asumió una obligación por uso 62.4 millones con Sumitomo Mitsui Banking Corporation, préstamo que se realizó a nombre del Concesionario, pero sin que ello implique un financiamiento en el marco del Endeudamiento Garantizado Permitido, con el fin de financiar la adquisición de material rodante de la Etapa 1 B de este Proyecto, el cual actualmente ha sido pagado en su integridad por el Concesionario y por ende no se mantiene vigente.*
> *Este préstamo fue a cuenta y a riesgo del SPV o Concesionario y por ende no gozó de las garantías de la Concesión bajo el marco del numeral 11.6 de la Sección XI del Contrato de Concesión, es decir sin Acreedor Permitido (...)"*

128. Asimismo, el Concedente anexó a su respuesta la Carta ML2-SPV-CARTA-2018-1444, que le fuese remitida por el Concesionario el 03 de octubre de 2018, en la cual el Concesionario afirma que no mantiene vigente algún Endeudamiento Garantizado Permitido ni acreencia alguna con instituciones calificadas como Acreedores Permitidos.

129. Por tanto, de acuerdo con lo expuesto por el Concedente, a la fecha de emisión del presente informe, el Concesionario no cuenta con Acreedores Permitidos por lo cual no sería aplicable la cláusula 18.1 del Contrato de Concesión.

D. Riesgo de mayores costos de supervisión

130. Atendiendo a los efectos del "Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución" y a la modificación de la cláusula 6.4 (plazo para presentación de EDI) del Contrato de Concesión, contenidas en el Proyecto de Adenda N° 2; se verifica que se propone prorrogar la fase constructiva a cargo del Concesionario, lo cual podría derivar en mayores prestaciones de supervisión.

131. Ante ello, mediante el Oficio N° 183-18-GG-OSITRAN, este Regulador solicitó al MTC complementar la información remitida mediante el Informe N° 1517-2018-MTC/25, respecto del riesgo de los eventuales mayores costos de supervisión, con el siguiente tenor:

> *"c) De los eventuales mayores costos de supervisión*
> *Atendiendo a los efectos del "Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución" y a la modificación de la cláusula 6.4 (plazo para presentación de EDI) del Contrato de Concesión, contenidas en el Proyecto de Adenda N° 2; se verifica que se propone prorrogar la fase constructiva a cargo del Concesionario, lo cual podría derivar en mayores prestaciones de supervisión.*
> *Asimismo, debido a la modificación de las definiciones "Hito de Provisión" y "Valorización de Avance", eventualmente podría requerirse de mayores prestaciones de supervisión, respecto de las contratadas con el Consorcio Supervisor Internacional Línea 2.*
> *Como puede observarse, existe un riesgo de que se presenten mayores costos de supervisión (incluso superiores a los que deben ser cubiertos por el Concesionario, conforme al Contrato de Concesión), **por lo que resulta conveniente que en el Proyecto de Adenda N° 2 se asigne expresamente dicho riesgo**.*

*No obstante ello, ni en el texto del referido Proyecto, ni en el Informe N° 1517-2018-MTC/25, el MTC ha sustentado cuál de las Partes (Concedente o Concesionario) asumiría los eventuales mayores costos de supervisión. Sin perjuicio de ello, **deberá tenerse en cuenta que la falta de precisión sobre cómo se asumirá dicho riesgo, implica que sea el Concedente quien lo asuma pues no pueden dejarse de efectuar labores de supervisión**. En ese sentido, es conveniente que se precise expresamente cómo se asumirá el riesgo de los eventuales mayores costos de supervisión."*

[Énfasis y subrayado agregado]

132. En atención al requerimiento anterior, por medio del Informe N° 1560-2018-MTC/25[33], la Dirección General de Concesiones en Transportes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, DGCT), complementó la información remitida previamente en el siguiente sentido:

c) SOBRE LOS EVENTUALES MAYORES COSTOS DE SUPERVISIÓN

(...)

4.27. Al respecto, como bien lo señalado el Regulador, este riesgo se origina debido a la extensión del plazo para la ejecución de las obras conforme a lo establecido en el Nuevo Cronograma Actualización de Ejecución. En ese sentido, tal como se detalló previamente en el Informe N° 1517-2018-MTC/25 y en párrafos anteriores del presente documento, esta extensión se produce a causa de la situación de retraso en la ejecución de obras por parte del Concesionario como consecuencia de hechos en discusión actualmente en el CIADI, por lo que se efectúa sin reconocimiento de mayores derechos o cargas a las Partes, con la finalidad de mantener el equilibrio económico financiero de la concesión.

4.28. Por otro lado, en los términos actuales del Contrato de Concesión ya se contempla la eventualidad de una ampliación del Plazo de Ejecución de las Obras, razón por la cual se previno disponer el presupuesto suficiente que garantice la sostenibilidad de las actividades de supervisión por parte del Regulador. Muestra de ello es que el presupuesto contratado actualmente asciende a US$ 110,650,000.00, frente a los US$ 170,362,899.13 disponibles para dicha labor de acuerdo a la cláusula 6.41 del Contrato de Concesión.

4.29. Adicionalmente, el riesgo de atraso en la ejecución del proyecto es recogido por el Regulador en el contrato suscrito con el Supervisor de Obra, consignándose lo siguiente:

> *"5.9 En caso de paralizaciones o menor ritmo en la ejecución de las Obras, EL SUPERVISOR podrá reducir los recursos humanos y bienes asignados a la supervisión, con el objeto de minimizar el impacto de estos hechos en los costos de la misma, sin perjuicio de la responsabilidad de EL SUPERVISOR de cumplir con las obligaciones establecidas en el presente Contrato (...)"*

*4.30. Como puede apreciarse, **el riesgo de retraso en la ejecución del proyecto y por ende la ampliación en el plazo de ejecución de las obras es un riesgo identificado desde la estructuración del Contrato de Concesión, ante lo cual tanto el Concedente como el Regulador adoptaron las medidas de mitigación correspondiente**.*

4.31. A razón de lo señalado, considerando que el presente Proyecto de Adenda N° 2 mantiene el equilibrio económico financiero de la concesión y no se afecta la distribución de riesgos, por tanto no es exacto afirmar que resulta conveniente que se asigne el riesgo de mayores gastos de supervisión a alguna de las Partes, dado que ni el Concesionario ni el Concedente aceptan la imputabilidad de dicho retraso, siendo esto materia del proceso arbitral ante el CIADI.

[33] Mediante el Oficio N° 4377-2018-MTC/25, recibido por el Regulador el 03 de octubre de 2018.

4.32. Corresponderá a la defensa legal del Estado Peruano en dicho proceso considerar el posible perjuicio por mayores gastos de supervisión como un componente adicional en las reclamaciones a efectuar al Concesionario."

[Énfasis y subrayado agregado]

133. Como puede observarse, el MTC señala que el riesgo de mayores costos de supervisión se encontraría previsto desde la estructuración del Contrato de Concesión, siendo mitigado tanto por el monto disponible para la supervisión (cláusula 6.41 del Contrato de Concesión), como por la disposición contractual de reducir recursos humanos y bienes asignados por el supervisor de obra en caso de paralizaciones o menor ritmo en la ejecución de obra por parte del Concesionario (cláusula 5.9 del Contrato N° 030-2015 -OSITRAN).

134. Sobre el particular, debemos precisar que, no es factible indicar que la estructuración original del Contrato contempló que el periodo constructivo podía ampliarse significativamente tal como lo está estableciendo la propuesta de Adenda N° 2, y en tal sentido los costos de supervisión no se definieron contemplando dicho escenario. La situación es más compleja si, conforme la Tabla N° 1 alcanzada por el MTC[34], se evidencia que según el nuevo cronograma constructivo para las obras remuneradas con PPO y PPRM, el 59% de las inversiones (USD 2 184 millones), se efectuarán entre los años 2021 a 2024, periodo que no está contemplado en el contrato de supervisión que mantiene OSITRAN con su supervisor externo internacional especializado. En consecuencia, la adenda está incorporando un riesgo de supervisión que las Partes no han contemplado en la determinación de las cláusulas de modificación del Contrato, y que para este Organismo Regulador es necesario contemplar y que está referido a que los mayores costos que puedan originarse por la ampliación del cronograma de ejecución de obras, y por la generación de reconocimiento de avances de obras trimestrales inferiores a los USD 50 millones (lo cual implicará mayor cantidad de informes de hitos e informes de reconocimiento), más aún si se produjesen hechos sobrevinientes luego de la firma de la Adenda N° 2 que impacten en la ampliación del cronograma de ejecución de obras que se está definiendo. En tal sentido, la Parte (Concesionario o Concedente) que fue responsable de dicho efecto debería reconocer los mayores costos de supervisión que pudieran generarse; y que dicha regla sea recogida en el Contrato de Concesión.

135. Esta falta de regulación contractual genera el riesgo de que las partes tengan posiciones discordantes sobre cuál de ellas debe asumir los costos adicionales que demande una extensión o ampliación del contrato de supervisión, en caso de presentarse la situación en que

[34] cronograma y nuevos importes anuales de cofinanciamiento:

Tabla Nº 1

Programación de cofinanciamiento - PPO y PPMR (US$ con IGV)

Año de la Concesión		Límites Anuales ajustados	Adenda 1	Adenda 2	Año de la Concesión		Límites Anuales ajustados	Adenda 1	Adenda 2
Primero	2014	380 620 693	234 551 381	-	Séptimo	2020	-	155 305 183	504 348 016
Segundo	2015	684 700 203	387 064, 110	309 915 325	Octavo	2021	-	-	891 865, 974
Tercero	2016	928 385 634	**1 000 371 831**	216 009 597	Noveno	2022	-	-	675 566 476
Cuarto	2017	811 276 381	699 546, 612	227 126 809	Décimo	2023	-	-	454 363 073
Quinto	2018	862 128 886	434 738 931	104 581 032	Undécimo	2024	-	-	162 733 646
Sexto	2019	27 983 081	**783 516 851**	**148 584 932**					

Fuente: Informe N° 1560-2018-MTC/25

se requieran más recursos que los inicialmente previstos para cumplir con estas labores. Ello, a su vez, podría demorar e incluso paralizar (al menos temporalmente) la supervisión de las obras; asimismo, se debe precisar que este Regulador no podría redireccionar los ingresos que percibe de otras fuentes a esta finalidad, pues todos sus ingresos tienen un destino predeterminado, legal (Aporte por Regulación) o contractualmente (gastos de supervisión de obras). Por tal motivo, conforme se advirtió con antelación en el literal c) del Oficio N° 183-18-GG-OSITRAN, es necesario que exista una regulación contractual clara en el texto de la Adenda N° 2, respecto a esta materia.

E. Respecto de las penalidades y sanciones en curso y/o no detectadas

136. En el Informe N° 1517-2018-MTC/25[35], remitido por el Concedente, se hace referencia a las consecuencias que han de producirse a la vigencia de la Adenda N° 2 en lo referente a las penalidades aplicadas y sanciones impuestas al Concesionario por parte del OSITRAN, en los siguientes términos:

"(...)

CLÁUSULA DE ADENDA	*MODIFICACIÓN*	*ANÁLISIS*
CLAÚSULA TERCERA: DE LAS MODIFICACIONES E INCORPORACIONES AL CONTRATO DE CONCESIÓN		
3.1 Incorporación de las Definiciones (...)	(...) *"Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución"*	(...) *Asimismo, esta ampliación no corresponde a un plazo de gracia a favor del Concesionario* ***sin la aplicación de las penalidades contractuales****, toda vez el Estado peruano ha presentado una Demanda Reconvencional frente al CIADI con la finalidad de solicitar el resarcimiento frente a los Daños Socio Económicos y Ambientales Causados por la Demora en Poner la Línea 2 en Operación y frente a las Penalidades que han sido impuestas por OSITRAN pero que el Concesionario no ha pagado.*
3.2 Modificación de las Definiciones (...)	*"Hito de Provisión*	(...) *Esta ampliación no corresponde a un plazo de gracia a favor del Concesionario* ***sin la aplicación de las penalidades contractuales****, toda vez el Estado peruano ha presentado una Demanda Reconvencional frente al CIADI con la finalidad de solicitar el resarcimiento frente a los Daños Socio Económicos y Ambientales Causados por la Demora en Poner la Línea 2 en Operación y frente a las Penalidades que han sido impuestas por OSITRAN pero que el Concesionario no ha pagado.*

[35] Remitido mediante el Oficio N° 4278-2018-MTC/25, del 26 de setiembre de 2018.

3.4 Modificación de primer párrafo del numeral 6.4 de la Sección VI del Contrato de Concesión:	*(Plazo para la presentación de los EDI)*	*(...)* *Esta ampliación no corresponde a un plazo de gracia a favor del Concesionario **sin la aplicación de las penalidades contractuales**, toda vez el Estado peruano ha presentado una Demanda Reconvencional frente al CIADI con la finalidad de solicitar el resarcimiento frente a los Daños Socio Económicos y Ambientales Causados por la Demora en Poner la Línea 2 en Operación y frente a las Penalidades que han sido impuestas por OSITRAN pero que el Concesionario no ha pagado.*

(...)

VI. EVALUACIÓN DEL PROYECTO DE ADENDA N° 2

(...)

i) Incorporar las siguientes definiciones (...)

(...)

c) Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución

*6.18 En base a lo señalado en las Causas Fundadas y resumen de las situaciones operativas descritas en los numerales previos, en particular, considerando que las fechas de entrega de las áreas de la Concesión serán modificadas y que no se ha cumplido con el Plan de Desarrollo Propuesto por el Concesionario, así como con las fechas máximas de aprobación de los EDI, resulta necesario actualizar el Cronograma aprobado a través del Anexo II de la Adenda N° 2 al Contrato de Concesión, a fin de hacer viable el Proyecto, dando origen a la inclusión de la Definición de "Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución". **Dicha modificación** no implica un perjuicio económico para el Concedente ni para el Concesionario, **no afecta sanciones y/o penalidades que a la fecha de suscripción de la Adenda se hayan producido**, ya que se respetan los montos establecidos en el Presupuesto de Inversión, establecido en el Contrato de Concesión, tal y como se señala en el Informe Nº 052-2018-MTC/33.8.*

(...)

iii) Modificar parcialmente los numerales 6.4 (modificado por el numeral 3.2.7 de la Adenda N° 1 del Contrato de Concesión), (...)

a) Modificar parcialmente el numeral 6.4 de la Sección VI (modificada por el numeral 3.2.7 de la Adenda N° 1 del Contrato de Concesión)

*6.94 Por otro lado, es preciso recalcar que **cualquier penalidad impuesta por el Regulador** al Concesionario **con anterioridad a la suscripción del Proyecto de Adenda N° 2**, seguirá su curso regular, es decir la suscripción del presente Proyecto de Adenda N° 2 no implicará en ninguna forma, ni modo, ni extremo una reducción o exoneración o condonación o anulación de la **penalidad impuesta**. Dicho extremo es concordante con lo indicado en el acápite ii. Del numeral 5.3 del mencionado proyecto, por ello las consecuencias de los incumplimientos del Contrato de Concesión que modifica, incluidas las penalidades, serán objeto de las consecuencias objeto del Arbitraje CIADI Nº ARB/17/3.*

[Énfasis y subrayado agregado]

137. Al respecto, de la cita anterior, se evidencia que el MTC sustenta que con la suscripción del Proyecto de Adenda N° 2 no se afectarán las penalidades aplicadas ni las sanciones impuestas con anterioridad a la vigencia de la referida adenda.

138. No obstante, no se efectúa mención expresa respecto de cuál será la situación de los procedimientos de penalidades (y sanciones) en curso y/o no detectadas a la fecha, derivadas

de posibles incumplimientos de obligaciones contractuales del Concesionario con anterioridad a las modificaciones que se incorporarán con la suscripción del Proyecto de Adenda N° 2. Al respecto, deberá tenerse en cuenta que las sanciones no son susceptibles de inaplicación vía contrato.

139. Ante ello, mediante el Oficio N° 183-18-GG-OSITRAN, se requirió al MTC precisar cuál será la situación de las penalidades (y sanciones) en curso y/o los incumplimientos no detectados, realizados con anterioridad a la suscripción de la Adenda N° 2.

140. Mediante el Informe N° 1560-2018-MTC/25, el Concedente sustentó adicionalmente lo siguiente:

"g) SOBRE LAS PENALIDADES Y SANCIONES EN CURSO Y/O NO DETECTADAS

(...)

4.54. *El OSITRAN señala lo siguiente respecto de las penalidades y sanciones en curso y/o no detectadas:*

a) *Se evidencia que el MTC sustento que con la suscripción del Proyecto de Adenda N° 2 no se afectarán las penalidades aplicadas ni las sanciones impuestas con anterioridad a la vigencia de la referida adenda.*

b) *No obstante, en el Informe N° 1517-2018-MTC/25 no se ha efectuado mención expresa respecto de cuál será la situación de los procedimientos de penalidades (y sanciones) en curso y/o no detectadas a la fecha, derivadas de posibles incumplimientos de obligaciones contractuales del Concesionario con anterioridad a las modificaciones que incorporará el Proyecto de Adenda N° 2.*

c) *Las sanciones no son susceptibles de inaplicación vía contrato.*

4.55. *Al respecto, cabe señalar que los efectos del Proyecto de Adenda N° 2 no serán retroactivos, sino que se producirán a partir de la fecha de su suscripción, lo que brinda seguridad jurídica para el Concedente y el Concesionario.*

4.56. *Asimismo, en los numerales 6.18 y 6.94 queda claramente establecido que las modificaciones propuestas al Contrato de Concesión: (i) no implican un perjuicio económico para el Concedente ni para el Concesionario; y, (ii)* ***no afectarán, en modo alguno, a las sanciones y/o penalidades que a la fecha de suscripción de la Adenda N° 2 se han producido o configurado (aquellas que habiéndose producido aún no han sido detectadas)****, es decir, la firma de ésta no reducirá, exonerará, condonará o anulará las penalidades o sanciones impuestas, cuyos respectivos procedimientos seguirán su curso normal o regular ante las instancias correspondientes.*

4.57. *Teniendo en cuenta lo antes indicado, le comunicamos que respecto a los procedimientos en curso y/o no detectadas a la fecha, derivados de posibles incumplimientos de obligaciones contractuales del Concesionario con anterioridad a las modificaciones que incorporará el Proyecto de Adenda N° 2, conforme a lo indicado en el Contrato de Concesión o el Reglamento de Infracciones y Sanciones del OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN.*

4.58. *Como ya se afirmó en el Informe N° 1517-2018-MTC/25, y como quedó remarcado durante las negociaciones con el Concesionario, este cambio no provoca efecto alguno en las sanciones y/o penalidades que antes de la suscripción de este Proyecto de Adenda se hayan producido, las cuales proseguirán su trámite correspondiente, ante la instancia respectiva.*

4.59. *Tal y como mencionamos, las sanciones impuestas al Concesionario antes de la fecha de suscripción del Proyecto de Adenda Nº 2, no podrán verse afectadas, o ser inaplicadas, por vía contractual. Por ello, los procedimientos de penalidades (y sanciones) en curso y/o no detectadas a la fecha, derivadas de posibles incumplimientos de obligaciones contractuales del Concesionario con anterioridad a las modificaciones que incorporará el Proyecto de Adenda N° 2* ***no podrán verse afectados por la suscripción de éste y para ello OSITRAN deberá notificarlo oportunamente, previo a la entrada en vigencia de la Adenda N° 2.***"

[Énfasis y subrayado agregado]

141. De la lectura, se debe entender, por un lado, que las penalidades aplicadas y las sanciones impuestas por el Regulador no serán afectadas con la entrada en vigencia de las modificaciones a ser incorporadas por la Adenda N° 2.

142. Asimismo, el MTC reconoce que las modificaciones a ser incorporadas con la suscripción de la Adenda N° 02 tampoco afectarán a las penalidades y/o sanciones "configuradas", esto es, aquellas que habiéndose producido aún no han sido detectadas.

143. En ese sentido, en concordancia con lo manifestado por el MTC en el ítem 4.56, los correspondientes procedimientos de penalidades y/o sanciones derivados de incumplimientos contractuales anteriores a la suscripción de la Adenda N° 2, se regirán y serán evaluados según el alcance de las obligaciones en los términos contractuales acordados por las Partes antes de la suscripción de dicha adenda.

144. Sin embargo, en el ítem 4.59, se indica que los mencionados procedimientos de penalidades y sanciones en curso no serán afectados con la suscripción de la Adenda N° 02 "(...) y para ello OSITRAN deberá notificarlo oportunamente, previo a la entrada en vigencia de la Adenda N° 2.

145. Por lo indicado, pareciera existir una contradicción entre lo manifestado por el MTC en el ítem 4.56 y el ítem 4.59, lo cual hacemos de conocimiento, dado que, al tener una lectura distinta, es necesario hacer la precisión en el texto de la adenda.

146. Sin perjuicio de lo anterior, debe considerarse que, conforme lo ha manifestado el Concedente en el ítem 4.56 de Informe N° 1560-2018-MTC/25, con la entrada en vigencia de la Adenda N° 2 "*no* [se] *reducirá, exonerará, condonará o anulará las penalidades o sanciones*" configuradas, es decir, aquellas que habiéndose producido no han sido detectadas. Esto se condice con la afirmación que el proyecto de adenda no altera el equilibrio económico financiero y la asignación de riesgos. En tal sentido, este Regulador procederá con la aplicación de penalidades y la imposición de sanciones correspondientes por los incumplimientos configurados (incurridos), ya que de otra forma sí se alteraría el equilibrio económico financiero y la asignación de riesgos.

147. Finalmente, en base a la falta de claridad en la interpretación antes mencionada y atendiendo a lo indicado en el numeral 124 nos reiteramos en lo manifestado en el Oficio N° 183-18-GG-OSITRAN, en el sentido que las sanciones derivadas de incumplimientos legales por parte del Concesionario no son susceptibles de inaplicación vía contrato.

IV.3.3 Análisis de las modificaciones propuestas

A. Incorporación de Definiciones en la Sección I del Contrato de Concesión.

PROYECTO DE ADENDA 2

SECCION I
ANTECEDENTES Y DEFINICIONES

Definiciones
(...)

(i) Informe de Avance Físico

Es aquel documento elaborado por el CONCESIONARIO y validado por el Regulador considerando todos los avances físicos de Obra o Avances de Provisión ejecutados por el CONCESIONARIO, estén o no programados para su ejecución en el trimestre correspondiente.

Este documento se generará de manera trimensual con fines exclusiva y únicamente informativos, el cual será enviado al CONCEDENTE con copia al CONCESIONARIO, y que no es vinculante para efectos del pago del Avance de Obra o Provisión, ni de ningún otro pago u obligación del CONDEDENTE".

(ii) Nuevo Cronograma Actualizado de Entrega de Áreas de la Concesión

Es aquel cronograma elaborado por el CONCEDENTE que sustituye los plazos establecidos en los Numerales 5. 16 y 5. 65 de la Sección V del Contrato de Concesión, así como los plazos establecidos en el Anexo 1 de la Adenda N° 1 al Contrato de Concesión. Toda mención que se haga en el presente Contrato al Nuevo Cronograma de Entrega de Áreas deberá entenderse realizado al Nuevo Cronograma Actualizado de Entrega de Áreas de la Concesión".

Este Nuevo Cronograma Actualizado de Entrega de Áreas de la Concesión forma parte integrante de la presente Adenda N° 2 como Anexo 1 y establece las nuevas fechas de entrega por el CONCEDENTE al CONCESIONARIO del Área de la Concesión".

(iii) Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución

Es aquel cronograma elaborado por el CONCESIONARIO sobre la base del Nuevo Cronograma Actualizado de Entrega de Áreas de la Concesión, que sustituye al Cronograma Actualizado de Ejecución que forma parte de la Adenda N° 1 del Contrato de Concesión como Anexo 11. Toda mención que se haga en el presente Contrato de Concesión al Cronograma Actualizado de Ejecución se entenderá realizado al Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución.

El Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución sustituye aquellos plazos señalados en los Numerales 6.11, 6.21 y 6.24 de la Sección VI del Contrato de Concesión, a su vez, sustituidos por la Adenda 1 al Contrato de Concesión.

El Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución forma parte integrante de la presente Adenda ° 2 como Anexo 11. En caso de contradicción o duda entre el Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución y el Contrato de Concesión, prevalecerá lo estipulado en el Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución, respecto a los plazos señalados en éste".

(iv) Subestación Eléctrica de Transmisión - SET"

Puntos de suministro eléctrico en alta tensión de 60 kV, cuya gestión, operación y administración se encuentra a cargo de los distribuidores eléctricos de la ciudad de Lima y Callao que servirán para la ejecución de las Inversiones Obligatorias.

(v) Subastación Eléctrica de Alta Tensión -SEAT

PROYECTO DE ADENDA 2
Subastación eléctrica de transformación de 60 kV a 20 kV, cuyo diseño, construcción y operación es parte de las Inversiones Obligatorias a cargo del Concesionario. Las áreas de las SEAT forman parte del Área de la Concesión que se incorporan como parte del Anexo 3 de la presente Adenda que modifica el Anexo 8 del Contrato de Concesión y se entenderán incorporadas automáticamente al Anexo 8 del Contrato de Concesión cuando el CONCEDENTE informe su ubicación definitiva de acuerdo al Nuevo Cronograma Actualizado de Entrega de Áreas de la Concesión, dentro de la zona geográfica que ha sido indicada por el CONCESIONARIO para cada SEAT. **(vi) Líneas de Transmisión - L T** Líneas de trasmisión en Alta o Media Tensión, que son parte del sistema de alimentación eléctrica que forma parte de las Inversiones Obligatorias a ser ejecutadas por el CONCESIONARIO".

i) Inclusión de la definición de *"Informe de Avance Físico"*

148. Con relación a esta nueva definición, en su Informe N° 1517-2018-MTC/25, el Concedente precisa que:

> *"(...)*
> *6.5 El realizar un buen sistema de control y monitoreo de cada uno de los aspectos que intervienen en la Obra y que no necesariamente están siendo reconocidas y pagadas al Concesionario, teniendo en cuenta que desde un inicio el Concedente se comprometió a pagar lo programado siempre y cuando el Concesionario haya cumplido con ejecutar por lo menos el 95% del mismo, significaría una herramienta más para visualizar el ritmo con el cual se viene ejecutando realmente la ejecución de la Obra.*
>
> *6.6 Tal y como lo señala el Informe Nº 052-2018-MTC/33.8, la AATE señala que la inclusión de la definición de "Informe de Avance Físico" tiene por finalidad introducir una herramienta de medición adicional en la ejecución del Proyecto, que plasme los avances reales (o concretos) llevados a cabo en un trimestre. Este informe es elaborado por el Concesionario y validado por el Regulador como parte de sus actividades de supervisión. Sin embargo, en la Adenda N°2 se establece que dicho informe no es vinculante, y por consiguiente no significa aprobación de reconocimiento de los pagos de Avance de Obra o Provisión ni genera obligación alguna al Concedente, no afectando así la asignación de riesgo original del Contrato de Concesión, y solo sirve como un instrumento de seguimiento y monitoreo del Proyecto.*
> *(...)".*

149. El Contrato de Concesión no incluyó originalmente una definición que contemple un informe sobre los avances físicos. La información sobre este aspecto en efecto no consta en un documento independiente y solo se tiene conocimiento de este avance en los informes trimestrales del Consorcio Supervisor Internacional Línea 2, que son presentados al Regulador como parte de los entregables de su servicio. Si bien no existe imposibilidad alguna para conocer el detalle del avance físico, contar con este detalle en un documento independiente, , puede ser útil a efectos de lograr un control más inmediato y actualizado de cómo el Concesionario viene ejecutando el Proyecto.

150. El Concedente en su Informe N° 1517-2018-MTC/25, señala que el Informe de Avance Físico tendrá como única finalidad controlar y monitorear la ejecución del Proyecto, de manera que se cuente con un marco para el seguimiento de avance de las actividades que son materia de los reconocimientos de inversión. Por consiguiente, considerando el carácter informativo del

documento sobre la ejecución de las obras en términos de avance físico y no una valorización y certificación del avance de obra, se considera viable la idea de incluir una definición de informe de avance físico; sin embargo, respecto al texto sugerido en la propuesta de adenda para la definición planteada, se considera que la misma no es clara respecto a la responsabilidad en elaboración y tratamiento del documento.

151. Por tanto, con la finalidad de soslayar cualquier entendimiento contrario al carácter informativo de dicho informe, se recomienda remplazar la definición según lo siguiente:

> ***Informe de Avance Físico***
> *Es aquel documento elaborado por el CONCESIONARIO, considerando todos los avances físicos de Obra o Avances de Provisión ejecutados por el CONCESIONARIO estén o no programados para su ejecución en el trimestre correspondiente".*
>
> *Este documento será generado por el CONCESIONARIO de manera trimensual con fines exclusivo y únicamente informativos, el cual será enviado al CONCEDENTE con copia al Regulador (para su revisión) y que no es vinculante para efectos del pago del Avance de Obra o Provisión, ni de ningún otro pago u obligación del CONDEDENTE".*

ii) Inclusión de definición de *"Nuevo Cronograma Actualizado de Entrega de Áreas de la Concesión"*

152. En vista que, a la fecha, el Concedente no ha efectuado la entrega de las Áreas de la Concesión conforme a lo establecido la Cláusula 5.16, por las diferentes razones argumentadas en su Informe N° N° 1517-2018-MTC/25, propone la redefinición de fechas conforme al Nuevo Cronograma Actualizado de Entrega del Área de la Concesión. En este cronograma, se sinceran las respectivas fechas de entrega, a consecuencia de los retrasos que se vienen verificando en la ejecución del Proyecto, permitiendo de esta manera establecer el Cronograma Actualizado de Ejecución y armonizar con la secuencia constructiva de la obra.

153. De acuerdo a lo señalado por el Concedente, las nuevas fechas máximas de entrega de las Áreas de la Concesión "han sido fijadas considerando el estado actual de la adquisición/expropiación de los predios pendientes y la conclusión de los trabajos de liberación de interferencias previamente coordinadas con el Concesionario, según lo señalado en el numeral 3.2.1 del Informe Nº 052-2018-MTC/33.8, de la AATE". Dicho Informe de la AATE ha servido para la formulación de la información contenida en los cuadros del literal g) del Numeral IV del Informe 1517-2018-MTC/25. Asimismo, se añade que "De acuerdo a lo informado por la AATE, con la emisión del Decreto Legislativo N° 1366, se agilizarían tanto el proceso de obtención de los predios como el de liberación de las interferencias. Con ello, los plazos involucrados se condicen con los nuevos cronogramas propuestos (de entrega de áreas y de ejecución de obra) del Proyecto".

154. Cabe señalar que este Nuevo Cronograma Actualizado de Entrega del Área de la Concesión sustituirá los plazos establecidos en las Cláusulas 5.16 y 5.65 y el Anexo I de la Adenda N° 01 del Contrato de Concesión. Sobre el particular, conforme lo refiere el MTC, en su Informe N° 1517-2018-MTC/25, la AATE emitió opinión favorable a la referida modificación indicando que "resulta necesario y conveniente crear la definición de Nuevo Cronograma Actualizado de Entrega del Área de la Concesión, a fin de que contemple las nuevas fechas de liberación de los terrenos", de conformidad con el Memorándum Nº 0631-2018-MTC/33.1 de dicha entidad.

155. Teniendo en cuenta los argumentos señalados y sustentos presentados por el Concedente con relación a la necesidad de sincerar el cronograma de entrega del Área de la Concesión y bajo el entendimiento que la modificación propuesta no altera la asignación de riesgos establecida

en este aspecto específico del Contrato de Concesión, se considera procedente la inclusión propuesta por las Partes, a fin de que se establezcan los nuevos plazos para la entrega de las Áreas de la Concesión.

iii) Inclusión de definición de *"Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución"*

156. Con relación a esta definición, el Concedente precisa en su Informe N° 1517-2018-MTC/25 lo siguiente:

> *"Si bien a efectos del Concurso y en la versión original del Contrato de Concesión se establecieron fechas máximas para el inicio de Explotación de cada una de las etapas del proyecto, frente a lo cual cada postor debía organizar programar la ejecución de las obras y sus respectivos gastos, modificar estas fechas no constituye una variación a las condiciones de competencia porque esta ampliación se realiza con la finalidad de contar con un horizonte realista sobre la ejecución y control del proyecto, tomando en cuenta los retrasos registrados.*
>
> *Asimismo, esta ampliación no corresponde a un plazo de gracia a favor del Concesionario sin la aplicación de las penalidades contractuales, toda vez el Estado peruano ha presentado una Demanda Reconvencional frente al CIADI con la finalidad de solicitar el resarcimiento frente a los Daños Socio Económicos y Ambientales Causados por la Demora en Poner la Línea 2 en Operación y frente a las Penalidades que han sido impuestas por OSITRAN pero que el Concesionario no ha pagado".*

157. Asimismo, a efectos del establecimiento del Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución, el Concedente ha tenido en consideración lo siguiente:

> *"(...)*
>
> ***Ruta Crítica - Tramo con tuneladora TBM***
>
> *6.7 Así, los plazos totales para la puesta en operación por etapas están definidos por la ruta crítica. La ruta crítica del proyecto está constituida por las actividades necesarias para la ejecución del túnel TBM, constituidas por la Planta de dovelas y todas las estaciones por las que ingresará y cruzará la tuneladora.*
>
> *6.8 Los trabajos a realizar en la Planta de dovelas consisten en los trabajos preliminares para la Planta de dovelas, la instalación de la Planta de dovelas, la fabricación y el acopio de dovelas.*
>
> *6.9 Los tramos que serán realizados con tuneladora son:*
>
> - *Etapa 1B:*
> - *Estación San Juan de Dios P.K. 17+400 a Tercera Vía Parque Murillo P.K.: 10+300*
> - *Etapa 2 – L2:*
> - *Estación Parque Murillo P. K. 10+300 a estación Insurgentes P.K.: 4+200*
> - *Estación Insurgentes P.K. 4+080 a Pozo de extracción PV1 Bis P.K.: 0+000*
> - *Etapa 2 – L4:*
> - *Pozo de extracción PV-1Bis P.K. 0+000 a PV-7Bis P.K.: 7+600*
>
> *6.10 Las estaciones que están dentro del tramo de excavación con TBM son de dos tipos: estaciones desde donde ingresa y/o se extrae la TBM o estaciones por las que se cruza la TBM.*
>
> *Las estaciones desde donde se inicia la excavación con tuneladora son las siguientes:*
>
> - *L2: E19 Estación San Juan de Dios*
> - *L2: E11 Estación Parque Murillo*

- *L2: E4 Estación Insurgentes*
- *L4: Pozo de ataque PV-1Bis*

En las estaciones por donde cruzará la tuneladora se ha previsto una losa de fondo o cuna de arrastre, realizada con la finalidad de permitir el cruce de la tuneladora con ayuda de un pórtico de reacción de acero a través del cual se empuja la TBM.

(...)

Tramo con el Nuevo Método Austriaco de construcción de túneles (NATM)

6.11 Las etapas a ser realizados con el nuevo método Austriaco de construcción de túneles (NATM) son:

- *L2: Estación San Juan de Dios P.K. 17+400 a Cola de vía Ate P.K. 26+875*

Cabe mencionar que actualmente ya se ha concluido la ejecutado del túnel NATM de la etapa 1A (PV-19 Bis a PV24) y se han iniciado los trabajos en la etapa 1B desde el pozo PV-19 hacia la Estación San Juan de Dios y Evitamiento; desde el pozo PV-24 hacia la Municipalidad de Ate. Se ha programado para los próximos meses el inicio de los pozos PV-25 y PV-26 desde los que se completará el tramo faltante NATM.

6.12 La construcción del tramo de túnel NATM se realiza en forma paralela al tramo con tuneladora TBM por lo que no existe relación de precedencia entre estas. En el primer caso se realiza el túnel a través de los pozos cenitales y en el segundo caso viene condicionado por la Planta de dovelas y la construcción de las estaciones del tramo TBM.
(...)".

158. De esta manera, los plazos fijados en las Cláusulas 5.16 y 5.65 (para la entrega de las Áreas de la Concesión) y los establecidos en las Cláusulas 6.11, 6.21 y 6.24 de la Sección VI del Contrato de Concesión (para la ejecución de las inversiones obligatorias), se han visto afectados negativamente debido a los retrasos generados hasta la fecha en el Proyecto.

159. En este contexto, el proyecto de Adenda plantea la incorporación de un Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución, que refleje las fechas efectivas de cumplimiento de estas tareas, en función a las fechas "reales" en las que: i) se tenga a su disposición las áreas necesarias para iniciar la ejecución de obras, ii) se efectúe la entrega y aprobación de los EDIs; iii) se efectúe la Toma de Posesión de las Áreas de la Concesión; iv) se concluya con la liberación de interferencias; y finalmente, v) se obtenga oportunamente los permisos municipales correspondientes (como son, la autorización para ejecutar el Plan de Desvíos y la Licencia de Edificación).

160. El Concedente señala que la necesidad de contar con este documento radica en las situaciones operativas descritas en su Informe N° 1517-2018-MTC/25, en particular, que las fechas de entrega de las áreas de la Concesión serán modificadas y que no se ha cumplido con el Plan de Desarrollo Propuesto por el Concesionario, así como con las fechas máximas de aprobación de los EDI. En esa medida, siguiendo las mismas consideraciones constructivas y la secuencia de las actividades del Cronograma de la Adenda 1[36], de acuerdo al Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución, se tienen las siguientes fechas de puesta en Operación por Etapas:

[36] Si bien se está respetando los criterios de la formulación planteados en la Adenda 1, cabe precisar que el plazo de ejecución de las Estaciones E-17 San Juan de Dios y E-06 Oscar Benavides se ha incrementado en 2 y 4.5 meses, respectivamente. Asimismo, el plazo de ejecución de los Pozos de Ventilación se ha incrementado en 2 meses en promedio en comparación de los Plazos de la Adenda 1.

- Etapa 1A: diciembre 2020
- Etapa 1B: junio 2023
- Etapa 2 L2: agosto 2024

161. En ese sentido, de la evaluación realizada, se considera que la inclusión del Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución, el cual se basa en el Nuevo Cronograma Actualizado de Entrega del Áreas de la Concesión, permitirá contar con la herramienta que refleje la situación actual, viabilizando de esta manera la ejecución de las obras, así como el seguimiento y control de las mismas.

162. Por lo tanto, con base en la información de sustento presentada por el Concedente, se estima procedente la inclusión de esta definición en el proyecto de Adenda, bajo el entendimiento que el mismo no genere variación alguna del presupuesto contemplado del proyecto, ni en la matriz de asignación de riesgos de este punto específico establecido en el Contrato de Concesión.

163. Asimismo, teniendo en cuenta que el cronograma acordado entre las Partes modifica los plazos establecidos en las cláusulas 6.11, 6.21 y 6.24 de la Sección VI del Contrato de Concesión, es necesario que en el proyecto de Adenda se indique expresamente los nuevos plazos máximos referidos en dichas cláusulas.

iv) y v) Inclusión de las definiciones de *"Subestación Eléctrica de Transmisión - SET"* y *"Subestación Eléctrica de Alta Tensión -SEAT"*

164. De acuerdo con el Informe N° 052-2018-MTC/33.8, el AATE señala que:

> *"En las Especificaciones Técnicas Básicas no se define claramente las diferencias entre las SET y las SEAT. Esto se advierte en diversos puntos del Anexo 6, en cuyo numeral 4.5.12.1 indica: "La red eléctrica del distribuidor del servicio eléctrico proveerá la potencia a 60 kV a través de las SEAT."; motivo por el cual resulta necesario incluir estas definiciones. Estas definiciones, además de establecer la aclaración técnica correspondiente y especificar la responsabilidad del Concesionario para la ejecución de las Inversiones Obligatorias; aclaran que, las áreas en las que se construirán e instalaran las SEAT forman parte del Área de la Concesión.*
>
> *Por su parte, la inclusión de la definición de "Subestación Eléctrica de Transmisión" o "SET", tiene como finalidad diferenciarse del sistema de la Subestación Eléctrica de Alta tensión – SEAT, estableciendo que la SET se encuentra bajo la gestión, operación y administración de los distribuidores eléctricos de la ciudad (fuera de la infraestructura propia del Proyecto), mientras que la SEAT se encuentra a cargo del Concesionario y constituye parte de las Inversiones Obligatorias.*
>
> *Asimismo, se ha incluido la definición de Líneas de Transmisión Eléctrica" o "LT", con la finalidad de evidenciar su inclusión como parte de las Inversiones Obligatorias y la facultad del Concesionario de llevar a cabo su tendido y administración".*

165. Asimismo, se indica que estas definiciones son incluidas con la finalidad de clarificar la responsabilidad de las Partes, tanto de las SET como de las SEAT, lo cual no supone adicionar o disminuir obligaciones a las partes, razón por lo que no se produce una modificación a las condiciones de competencia.

166. En efecto, el Contrato de Concesión no ha establecido definiciones para las SET o SEAT que permitan tener claridad respecto de lo previsto en las Especificaciones Técnicas Básicas del Contrato de Concesión, delimitándose las responsabilidades del Concesionario para las SEAT,

y no las SET que pertenecen a las empresas concesionarias que suministran energía eléctrica (como, por ejemplo, EDELNOR o Luz del Sur, ya sea en el norte o sur de la ciudad, respectivamente).

167. Sobre el particular, el Anexo 6 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

> *"El sistema de alimentación eléctrica será dimensionado de acuerdo a los requerimientos del Proyecto, estará formado referencialmente por:*
>
> - *Redes de alta tensión*
> - *Subestaciones eléctricas de alta tensión (SEAT): se proporcionan 4 SEAT para la línea 2 y 2 SEAT para el Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta*
> - *Subestaciones eléctricas rectificadoras (SER): hay 10 SER para la Línea 2 y Ramal Av. Faucett - Av. Gambetta SER para el Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta*
> - *Circuitos de la catenaria*
> - *Cabinas de transformación eléctrica de media tensión a baja tensión*
> - *Circuitos usuarios de bajo voltaje".*

168. De acuerdo con lo indicado por el Concedente, "las SEAT consisten en grupos de transformación (TR) en paralelo. El sistema se definirá como un modo de garantizar la erogación de la energía de tracción (SER), de las cabinas de las estaciones pasajeros y Patios (CE)". Asimismo, dado que la energía eléctrica que proviene de las subestaciones eléctricas de transmisión (es decir, las SET) tiene una tensión de 60kV, es necesario que dicha tensión sea transformada a 20 kV, a efectos de que el sistema eléctrico del Proyecto (ferroviario y no ferroviario) opere apropiadamente. Para tal efecto, será necesario seis (06) SEAT que distribuirán la energía eléctrica a las Subestaciones Eléctricas Rectificadoras (SER) y a las cabinas eléctricas de las estaciones y patios talleres.

169. En consecuencia, a fin de mitigar los posibles efectos de demora de definición de las SEAT, las Partes habrían acordado lo siguiente: i) establecer nuevas zonas geográficas de Lima y Callao potencialmente propicias para que el Concedente identifique y defina las áreas finales de los SEAT; ii) aclarar y evitar la confusión de las SEAT y SET; iii) incluir de manera referencial los planos de ubicación de las SEAT en el Anexo III de la propuesta de Adenda N° 02; y iv) incorporar como Áreas de la Concesión aquellas áreas finales de los SEAT que sean definidas en su oportunidad por el Concedente.

170. Cabe precisar que la definición de las SEAT debiera entenderse en concordancia con lo señalado en el 4.5.12 del Anexo 6.

171. Teniendo en cuenta lo señalado por el Concedente, este Regulador considera procedente la incorporación de las citadas definiciones, con la finalidad de facilitar el desarrollo del proyecto y eventualmente mitigar los posibles efectos de la demora para la definición de las áreas donde se ubiquen las SEAT. Sin perjuicio de lo señalado, recomendamos que se incluya el siguiente párrafo al texto de la definición de las SET:

> ***Subestación Eléctrica de Transmisión - SET***
>
> *Puntos de suministro eléctrico en alta tensión de 60 kV, cuya gestión, operación y administración se encuentra a cargo de los distribuidores eléctricos de la ciudad de Lima y Callao que servirán para la ejecución de las Inversiones Obligatorias.*

Desde la SET se inicia la construcción de la línea de transmisión subterránea especificada en el numeral 4.5.13.6 del Anexo 6.

[Subrayado agregado]

vi) Inclusión de definición de *"Líneas de Transmisión - LT"*

172. Respecto de esta inclusión, a través de su Informe N° 1517-2018-MTC/25, el Concedente señala lo siguiente:

> *"(...)*
> *6.33 El sistema de alimentación eléctrica deberá recibir la energía eléctrica, suministrada por los concesionarios de electricidad, que llegará mediante una línea de transmisión en alta tensión y la transformará para la distribución de energía eléctrica a las subestaciones rectificadoras y a las cabinas eléctricas de las estaciones y de los patios.*
>
> *6.34 La línea está formada por conductores eléctricos con una disposición geométrica determinada que condiciona las características de las ondas electromagnéticas en ella.*
>
> *6.35 La inclusión de esta definición en el Contrato de Concesión permitirá que el Concesionario solicite la servidumbre correspondiente ante el Ministerio de Energía y Minas.*
> *(...)".*

173. Dada las definiciones de SET y SEAT antes incorporadas y la delimitación de las obligaciones del Concesionario, el Concedente ha considerado necesario incluir también una definición de las "Líneas de Transmisión", las que son parte –según se prevé– del sistema de alimentación eléctrica que forma parte de las Inversiones Obligatorias a ser ejecutadas por el Concesionario y que permitirá a este obtener la servidumbre eléctrica ante la autoridad competente conforme con el marco normativo aplicable (Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N° 25844, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM).

174. A partir de la definición propuesta, se desprende que podría existir más de una línea de transmisión y que estas infraestructuras no solo se limitarán a aquellas que interconecten a las SET y las SEAT. Podrían tener este carácter también aquellas infraestructuras que interconecten las SEAT con las Subestaciones Eléctricas Rectificadoras (SER) o las Cabinas Eléctricas (CE), entre otros.

175. No obstante lo señalado, si bien este Regulador considera pertinente la incorporación de la definición de la "Líneas de Transmisión – LT", debe señalarse que –como es de conocimiento del Concedente– actualmente existe una discrepancia técnica respecto a la obligación de tender una (01) o dos (02) Líneas de Transmisión desde las SET hasta las SEAT proyectadas, situación no es resuelta a partir de la definición bajo comentario. Cabe precisar que el numeral 4.5.12 del Anexo N° 06 del Contrato de Concesión precisa que "El sistema de alimentación a las SEAT contempla una línea de llegada y una línea de respaldo".

176. Dicha discrepancia gira en torno a determinar la necesidad de la instalación de un segundo circuito en 60 kV para el Proyecto, con la finalidad de cumplir con la exigencia de "un sistema altamente redundante", según los numerales 1.3.3.7 (sobre la tolerancia a fallas)[37] y 4.8.7 (de

[37] Según el numeral 1.3.3.7 Tolerancia a fallas del Anexo N° 06, se señala que *"una falla individual no debe reducir el rendimiento del sistema ni reducir el nivel de seguridad"*.

la eficacia y eficiencia del sistema)[38] del Anexo N° 06 del Contrato de Concesión. Ello debiera concordarse con lo previsto en el numeral 4.5.2 del mismo anexo[39].

177. En adición, es necesario tener en cuenta lo siguiente:

- En el Punto 18. De la Matriz - Consultas de Postores HTD 009319-2013 del 22.11.13, PROINVERSIÓN señaló que "La segunda línea del 4.5.12 es sólo proyectada".

- En el Tomo 17 / C.1.2.5./1.1.2 Descripción del Sistema de *AT 60 Kv.* de la Propuesta Técnica, el Concesionario planteó que *"A cada SEAT llegan dos líneas de 60 kV. (una para ser utilizada en el futuro) provenientes del ente proveedor de energía eléctrica, las cuales se ensamblan en una barra de 60 kV. Y desde la cual derivan dos transformadores de 60 kV. a 20 Kv) uno en reserva caliente del otro"*.

- Los Items H.9.1.1 del Tomo 1, A.1 del Tomo 2, A.5 del Tomo 5 de la Propuesta Técnica, el Concesionario indicó que *"Las Subestaciones Eléctricas de Alta Tensión cuentan con una alimentación doble, desde la compañía suministradora, siendo una redundante de la otra"*

178. A partir de lo señalado, a efectos de que dicha discrepancia no genere algún impacto en el desarrollo del Proyecto, se considera pertinente recomendar al Concedente que evalué dicha circunstancia en el marco de sus competencias e incorpore las precisiones que resulten pertinentes en la definición en cuestión. Sin perjuicio de lo señalado, acorde con las características previstas en el Anexo N° 06 del Contrato de Concesión, se sugiere precisar el texto de la siguiente manera: "Líneas de trasmisión subterránea en Alta o Media Tensión, que son parte del sistema de alimentación eléctrica que forma parte de las Inversiones Obligatorias a ser ejecutadas por el CONCESIONARIO"

B. Modificación de Definiciones de la Sección I del Contrato de Concesión.

CONTRATO DE CONCESIÓN VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 2
SECCION I ***ANTECEDENTES Y DEFINICIONES*** (...) **Hito de Provisión** Es un conjunto de sub-partidas del presupuesto general que han sido agrupadas con el fin de controlar su provisión y facilitar los pagos al CONCESIONARIO por conceptos de Material Rodante. El CONCESIONARIO ha propuesto el cronograma de ejecución de los Hitos de Provisión de en su Propuesta Técnica, de acuerdo a lo siguiente: (i) Hito de Material Rodante N°1, que corresponde a la cantidad de trenes requerida para la Primera	***SECCION I*** ***ANTECEDENTES Y DEFINICIONES*** (...) **Hito de Provisión** Es un conjunto de sub-partidas del presupuesto general que han sido agrupadas con el fin de controlar su provisión y facilitar los pagos al CONCESIONARIO por conceptos de Material Rodante. El CONCESIONARIO ha propuesto el cronograma de ejecución de los Hitos de Provisión de en su Propuesta Técnica, de acuerdo a lo siguiente:

[38] Conforme con el numeral 4.8.7 Eficacia y Eficiencia del Sistema, se contempla la posibilidad de que exista un periodo *"fuera de servicio del sistema"*.

[39] Según el numeral 4.5.2. Criterios de confiabilidad del Sistema de alimentación eléctrica, *"En cada nivel, jerarquía o subsistema, podrá existir un equipo en falla, incluso, varias fallas en sistemas diferentes, pero la operación no deberá ser afectada en absoluto"*.

CONTRATO DE CONCESIÓN VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 2
Etapa A, de acuerdo al literal a) de la Cláusula 6.24. (ii) Hito de Material Rodante N°2, que corresponde a la cantidad de trenes requerida para la Primera Etapa B, de acuerdo al literal b) de la Cláusula 6.24. (iii) Hito de Material Rodante N°3, que corresponde a la cantidad de trenes requerida para la Segunda Etapa, de acuerdo al literal c) de la Cláusula 6.24.	(i) Hito de Material Rodante N° 1, que corresponde a la cantidad de trenes requerida para la Primera Etapa A (5 trenes), de acuerdo al literal a) de la Cláusula 6.24. (ii) Hito de Material Rodante N° 2, que corresponde a la cantidad de trenes requerida para la Primera Etapa B (15 trenes), de acuerdo al literal b) de la Cláusula 6.24. (iii) Hito de Material Rodante W3, que corresponde a ~~la cantidad de trenes~~ requerida los trenes 1, 2 y 3 requeridos para la Línea 2 de la Segunda Etapa (3 trenes), de acuerdo al literal e) de la Cláusula 6.24. (iv) Hito de Material Rodante N° 4. que corresponde a los trenes 4, 5 y 6 requeridos para la Línea 2 de la Segunda Etapa (3 trenes), de acuerdo al literal e) de la Cláusula 6.24. (v) Hito de Material Rodante N° 5, que corresponde a los trenes 7, 8 y 9 requeridos para la Línea 2 de la Segunda Etapa (3 trenes) de acuerdo al literal e) de la Cláusula 6.24. (vi) Hito de Material Rodante N°6. que corresponde a los trenes 10, 11 y 12 requeridos para la Línea 2 de la Segunda Etapa (3 trenes), de acuerdo al literal e) de la Cláusula 6.24. (vii) Hito de Material Rodante N° 7, que corresponde a los trenes 13, 14 y 15 requeridos para la Línea 2 de la Segunda Etapa (3 trenes). de acuerdo al literal e) de la Cláusula 6.24. (viii) Hito de Material Rodante N°8, que corresponde a los trenes 1, 2, 3. 4, 5, 6 y 7 requerida para el Ramal Av. Faucett- Av. Gambetta de la Segunda Etapa (7 trenes), de acuerdo al literal e) de la Cláusula 6.24.
Reporte de Avance Se refiere al informe que deberá presentar el Regulador al CONCEDENTE de manera trimestral por cada Avance de Obra o Avance de Provisión, según corresponda, a efectos que el CONCEDENTE pueda aprobarlo y autorizar el pago del Avance de Obra o Provisión, según corresponda.	**Reporte de Avance** Se refiere al informe que deberá presentar el Regulador al CONCEDENTE de manera trimestral por cada Avance de Obra o Avance de Provisión, según corresponda, a efectos que el CONCEDENTE pueda ~~aprobarlo y~~ autorizar el pago del Avance de Obra o Provisión~~, según corresponda~~.
Valorización de Avance Se refiere a las valorizaciones propuestas por el CONCESIONARIO a los Avances de Obra y/o los Avances de Provisión, según corresponda que el CONCESIONARIO ha incluido en el Cronograma Actualizado de Ejecución.	**Valorización de Avance** ~~Se refiere~~ Es el documento que consigna a las valorizaciones propuestas por el CONCESIONARIO a los Avances de Obra y/o los Avances de Provisión, según corresponda que el CONCESIONARIO ha incluido en el Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución.
Esta Valorización de Avance forma parte integrante de la presente adenda como Anexo III la cual contiene	~~Esta~~ La Valorización de Avance forma parte integrante de la presente ~~adenda~~ Adenda 2 como Anexo ~~III~~ IV, la cual contiene información referencial sobre la distribución por fuente de pago

CONTRATO DE CONCESIÓN VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 2
información referencial sobre la distribución por fuente de pago. La información definitiva será fijada por el CONCESIONARIO al momento de la presentación del EDI conforme al Contrato.	correspondiente a cada Avance de Obra y/o Avance de Provisión, respectivamente. La información definitiva será referida a la distribución por fuente de pago podrá ser fijada por el CONCESIONARIO al momento de la presentación del EDI conforme al Contrato de Concesión, sujeto a la aprobación del CONCEDENTE.

179. Con relación a modificación del **Hito de Provisión**, a través de su Informe N° 1517-2018-MTC/25, el Concedente señala que:

> *"(...)*
>
> *6.56 Inicialmente, la distribución de los Hitos de la etapa 1A, 1B, 2 y ramal 4 se habían distribuido en tres (3) partes. Sin embargo en la actualidad, el proyecto presenta un retraso importante a nivel de las obras civiles, por lo que no tendría sentido mantener una secuencia de llegada de trenes para la etapa 2 en un solo momento, debido a que esto genera mayores costos para el Concedente, debido al retraso existente en las obras y la puesta en servicio de las diferentes etapas. Por dicha razón, es adecuado dividir los hitos de provisión en ocho (8) pagos, para facilitar los pagos de manera más eficiente, respetando lo estipulado en el Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución. En ese sentido, lo que busca el texto de Proyecto de Adenda Nº 2 es reducir el plazo entre la llegada del tren, su pago y la puesta en inicio de la operación comercial, a fin de que la secuencia de llegada de trenes para la etapa 2 no se realice en un solo momento, ya que podría generar mayores costos de mantenimiento para el Concedente, durante un periodo en el que los trenes estarían almacenados y no en pruebas o servicio.*
>
> *6.57 La modificación propuesta está vinculada al nuevo programa de provisión de los trenes, que contempla una entrega gradual del Material Rodante de la Segunda Etapa en relación con el programa de la Adenda 1, armonizado con el Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución.*
>
> *6.58 En efecto, aunque se tenga la posibilidad industrial de continuar con la entrega de los trenes según lo indicado en la Adenda 1, se reprograma la entrega de los 22 trenes de la Segunda Etapa con la única finalidad de maximizar el vínculo con el Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución.*
>
> *(...)".*

180. De esta manera, se observa que la modificación propuesta busca evitar costos adicionales de almacenamiento y mantenimiento no previstos respecto del Material Rodante correspondiente a la Segunda Etapa, debido al retraso existente en las obras y la puesta en servicio de las diferentes etapas, de manera que exista concordancia con el Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución incorporado a través de la propuesta de Adenda N° 02.

181. De esta manera, la reprogramación del Material Rodante según esta modificación supondrá la entrega de veintidós (22) trenes de la Segunda Etapa de la siguiente manera: i) quince (15) trenes de la Línea 2, para el periodo comprendido entre abril 2018 y agosto 2020; y ii) siete (07) trenes del Ramal Línea 4, para el periodo de octubre 2022 a abril 2023.

182. Por consiguiente, teniendo en cuenta lo referido por el Concedente y la incorporación del Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución, este Regulador considera procedente la

modificación bajo comentario a fin de guardar correspondencia con la secuencia constructiva propuesta y evitar costos adicionales.

183. Respecto a la propuesta de modificación de la definición del **Reporte de Avance de Obra**, el cual pretende eliminar la aprobación de este por parte del Concedente, se debe precisar que los Reportes de avance son utilizados entre otras actividades, para los procesos de aprobación y Pagos por Obra (PPO), así como para la Retribución por Inversiones en Obras (RPI-Obras).

184. En relación a ello, mediante Oficio N° 183-18-GG-OSITRAN, este Regulador trasladó al Concedente su preocupación respecto a la consistencia de la modificación que propone eliminar la aprobación del Concedente al Reporte de Avance de Obras y el efecto de tal modificación sobre el Procedimiento de Retribución por Inversiones en Obra (RPI-Obras) [40], con las normas que regulan la Administración Financiera del Sector Público[41]. Ello por cuanto, conforme a dicha normativa, quien contrae compromisos, devenga gastos, ordena pagos y registra información generada por las acciones y operaciones realizadas, es la unidad ejecutora o entidad usuaria (en este caso el MTC).

185. En ese sentido, si bien al emitir el Reporte de Avance de Obras OSITRAN reconoce las inversiones realizadas por el Concesionario; para que dicho pronunciamiento pueda afectar el patrimonio de quien debe responder por las mismas -en este caso el MTC-, es necesario un acto de reconocimiento de la entidad que sume dicha obligación, haciendo suyo lo verificado por el tercero (en este caso, OSITRAN). De allí que, que en opinión de este Regulador para que lo verificado en el Reporte de Avance de Obras pueda tener un efecto en la esfera patrimonial del Concedente (obligación), siempre será necesario que el MTC, como entidad que reconoce una obligación, haga suyo y apruebe dicho reporte. Antes de reconocida dicha obligación, no cabría que un tercero emita un documento (en este caso, el CAO) que tenga efectos sobre el patrimonio de la entidad llamada a responder por ella.

186. Sobre el particular, el MTC a través del Oficio N° 4377-2018-MTC/25, remitió el Informe N° 1560-2018-MTC/25, en el cual manifiesta ser de la opinión que la eliminación propuesta no vulnera lo dispuesto en la Ley N° 28112, el Decreto Supremo N° 304-2012-EF y el Decreto Supremo N° 126-2017-EF. En efecto, en opinión del MTC, para la realización del pago al Concesionario por avance de obra, sí existe una aprobación de parte del Concedente, pero esta se verifica en el momento que se procede a realizar la emisión del Certificado del RPI-CAO. En esa línea, señaló que en los Contratos de Concesión IIRSA NORTE, IIRSA SUR TRAMO 2, IIRSA SUR TRAMO 3 e IIRSA SUR TRAMO 4 ya se prevé que los CAO sean emitidos por el OSITRAN, sin que exista una aprobación anterior por parte del Concedente de las Inversiones del proyecto.

187. Considerando lo argumentado por el Concedente resulta pertinente comparar cómo se encuentra regulada la figura del CAO en los Contratos de Concesión mencionados por el MTC y cómo en el Contrato de Concesión de Línea 2, para determinar si son equiparables (ver Tabla N° 2).

[40] Regulado por el numeral II, punto 2.1 Apéndice 1 del Anexo N° 5.

[41] Específicamente, La Ley Marco del Sistema de Administración Financiera del Estado, Ley N° 28112, el Texto Único Ordenado del Sistema Nacional de Presupuesto y el Texto Único Ordenado del Sistema Nacional de Tesorería vigentes.

Tabla Nº 2

Comparación de los Contratos de Concesión de las Concesiones de IIRSA Norte, IIRSA SUR TRAMO 2, IIRSA SUR TRAMO 3, IIRSA SUR TRAMO 4 y LÍNEA 2

COMPARATIVO	
Contrato de Concesión IIRSA NORTE: ***"Definiciones*** *1.5. En este Contrato, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:* *(...)* *CAO* *Es el Certificado de Avance de Obra, según el modelo que consta en el Anexo XII del Contrato, expedido por el REGULADOR conforme a la evaluación y certificación mensual del avance de obras ejecutado por el CONCESIONARIO. A través del CAO el REGULADOR otorga su conformidad al avance de las obras ejecutadas por el CONCESIONARIO materia de certificación. El CONCEDENTE al recepcionar el CAO correspondiente se obliga a la emisión de los CRPAO respectivos."*	**Contrato de Concesión METRO DE LIMA Y CALLAO - LÍNEA 2:** ***"Definiciones*** *En este Contrato, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:* *(...)* *Certificado de Avance de Obra (CAO)* *Es el Certificado de Avance de Obra emitido por el Regulador, de conformidad a los términos y condiciones establecidas en el Apéndice 2 del Anexo 5 del presente Contrato."*
Contrato de Concesión IIRSA SUR TRAMO 2: ***"Definiciones*** *1.6. En este Contrato, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:* *(...)* *CAO* *Es el certificado de Avance de Obra, según el modelo que consta en el Anexo XII del Contrato, expedido por el REGULADOR por cada Hito. A través del CAO el REGULADOR otorga su conformidad al avance de las obras ejecutadas por el 14 CONCESIONARIO materia de certificación. El CONCEDENTE, al recepcionar el CAO correspondiente del REGULADOR, se obliga a la emisión de los CRPAO respectivos."*	
Contrato de Concesión IIRSA SUR TRAMO 3: ***"Definiciones*** *1.6. En este Contrato, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:* *(...)* *CAO* *Es el certificado de Avance de Obra, según el modelo que consta en el Anexo XII del Contrato, expedido por el REGULADOR por cada Hito. A través del CAO el REGULADOR otorga su conformidad al avance de las obras ejecutadas por el 14 CONCESIONARIO materia de certificación. El CONCEDENTE, al*	

OSITRAN V°B° D. VILLEGAS SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN

OSITRAN V°B° J. CHOCANO GERENTE DE ASESORÍA JURÍDICA

OSITRAN V°B° JUS.DAD.

recepcionar el CAO correspondiente del REGULADOR, se obliga a la emisión de los CRPAO respectivos."	
Contrato de Concesión IIRSA SUR TRAMO 4: ***"Definiciones*** *1.6.- En este Contrato, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:* *(...)* *CAO* *Es el certificado de Avance de Obra, según el modelo que consta en el Anexo XII del Contrato, expedido por el REGULADOR por cada Hito. A través del CAO el REGULADOR otorga su conformidad al avance de las obras ejecutadas por el CONCESIONARIO materia de certificación. El CONCEDENTE, al recepcionar el CAO correspondiente del REGULADOR, se obliga a la emisión de los CRPAO respectivos."*	

188. De la tabla anterior se aprecia que, si bien en las definiciones del CAO expuestas no hay una diferenciación relevante entre las esbozadas por los Contratos de Concesión mencionados por el MTC y el Contrato de Concesión del Metro de Lima y Callao – Línea 2, es preciso indicar que, en el último caso, existen otras previsiones que regulan el CAO. En efecto, mientras que en los Contratos de Concesión citados por el MTC no se efectúa un mayor desarrollo del CAO que el señalado en su "Definición", en el Contrato de Concesión del Metro de Lima y Callao – Línea 2, en el Apéndice 1 del Anexo 5 se establecen otras características aplicables a los CAO que se emitan bajo este Contrato:

"ANEXO 5
RÉGIMEN FINANCIERO
APÉNDICE 1
PROCEDIMIENTO PARA LA RETRIBUCIÓN DE INVERSIONES OBLIGATORIAS

(...)

II. Sistema de Retribución por Inversiones (RPI)

2.1. Retribución por Inversiones en Obras (RPI-Obras)

El RPI-Obras será reconocido de acuerdo al siguiente el procedimiento:

Avance de Obra

(...)

(v) El cálculo para la emisión del CAO para cada Avance de Obra se regirá bajo el procedimiento antes descrito.

<u>Cada CAO emitido por el Regulador dará derechos de cobro al CONCESIONARIO, proporcionales al RPI-Obras o denominados RPICAO. Por consiguiente, una vez expedido cada CAO, el CONCEDENTE tendrá la obligación irrevocable de pagar al CONCESIONARIO</u>, *a través del Fideicomiso, los correspondientes RPI trimestrales."*

[Énfasis y subrayado agregado]

189. Como se observa, del tratamiento contractual de los CAO emitidos bajo las reglas de los Contratos de Concesión mencionados por el MTC (los cuales tienen una redacción muy similar), no tienen el efecto de generar, por su sola emisión, una obligación irrevocable de pago del Concedente en favor del Concesionario; a diferencia de lo que ocurre con los CAO que se emitan bajo el Contrato de Concesión del Metro de Lima y Callao – Línea 2, en donde se señala de manera expresa que, una vez emitido el CAO, éste generará un derecho de cobro a favor del Concesionario y constituirá una obligación irrevocable de pago al Concedente. En ese sentido, al habérsele conferido al CAO el carácter de obligatorio en el contrato materia de análisis, dicho certificado tendrá que ser previamente aprobado por el Concedente conforme a lo dispuesto al marco normativo aplicable a la Administración Financiera del Sector Público, ya que la emisión de dicho documento tendrá un impacto en su esfera patrimonial.

190. En tal sentido, este Organismo Regulador expresa su desacuerdo con la modificación incorporada; y considera que debe mantenerse la redacción original del Contrato, que desde su concepción determinó la necesidad de una aprobación expresa del Concedente de un Informe de Avance de obra emitido por el Regulador, de tal manera que, posteriormente, recién se proceda a la emisión del CAO, el cual ya es irrevocable y originará la emisión del RPICAO.

191. Sin perjuicio a lo anterior, en caso el Concedente decida eliminar el requisito de aprobación del Reporte de Avance de Obra por parte del Concedente como condición o paso previo a la emisión del CAO, sería necesario ajustar la redacción del numeral v) del procedimiento que regula la retribución de inversiones en obras (Apendice 1 del Anexo 5), de manera que se indique que los CAO emitidos no conllevan una obligación irrevocable de pago mientras el Concedente no haya cumplido con lo dispuesto las normas que regulan el marco normativo aplicable a la Administración Financiera del Sector Público para el reconocimiento (y, de corresponder, devengo) de la obligación allí representada.

192. Respecto a la propuesta de modificación de la definición de valorización de Avance, mediante informe N° 1560-2018-MTC/25, el Concedente señala lo siguiente:

> *"4.48. Al respecto, **no es exacto afirmar que el Contrato de Concesión establece únicamente que los RPI serán pagados una vez se haya iniciado la operación del proyecto.** Prueba de ello es lo consignado en la cláusula 10.13 del referido contrato, que a la letra señala:*
>
> > *"10.13. El pago de la parte proporcional al RPI por los CAO, CAO-AL o CAO-MR emitidos (RPI-CAO) será efectuado de manera trimestral vencida durante quince (15) años, contados a partir del inicio de la Explotación de la Segunda Etapa. En caso que la fecha para el inicio de la Explotación de la Segunda Etapa se postergue más de tres (03) meses a la prevista en el Contrato, el pago del RPI se realizará a partir del mes sesenta y cinco (65), contados desde la Fecha de Cierre.*
> > *Tratándose de CAO, CAO-MR o CAO-AL emitidos por cualquier motivo, con posterioridad al mes sesenta y cinco (65) contado desde la Fecha de Cierre, los pagos se efectuarán a partir del trimestre siguiente durante quince (15) años contados a partir de dicha emisión."*
>
> *4.49. Como puede **apreciarse, con la finalidad de brindar las garantías adecuadas a los acreedores con el objetivo de asegurar la bancabilidad del proyecto se considerá una***

***fecha máxima para el inicio del pago de los RPI trimestrales**, correspondiente al mes sesenta y cinco contado desde la Fecha de Cierre (setiembre 2019).*

4.50. En ese sentido, considerando la estructuración inicial del proyecto de reconocimientos de pagos a través del avance de hitos financieros, previa supervisión por parte del OSITRAN, el riesgo de terminación siempre se gestionó a través de los plazos máximos para la puesta en operación comercial de cada una de las etapas y sus consiguientes penalidades o caducidad en caso incumplimiento, así como el otorgamiento las siguientes garantías por parte del Concesionario.

4.51. Asimismo, el Contrato de Concesión, modificado mediante Adenda N° 1, que contó con opinión favorable del Regulador y el MEF. Consigna que la distribución de fuente de pago de cada hito en el cronograma de valorizaciones es referencial y puede ser modificada por el Concesionario en el EDI respectivo, de acuerdo al siguiente detalle:

> *"Valorización de Avance*
> *Se refiere a las valorizaciones propuestas por el CONCESIONARIO a los Avances de Obra y/o los Avances de Provisión, según corresponda que el CONCESIONARIO ha incluido en el Cronograma Actualizado de Ejecución".*
> *Esta Valorización de Avance forma parte integrante de la presente adenda como Anexo 11/ la cual contiene información referencial sobre la distribución por fuente de pago. La información definitiva será fijada por el CONCESIONARIO al momento de la presentación del EDI conforme al Contrato."*

4.52. De acuerdo con lo señalado, el Concesionario cuenta ya con la posibilidad de solicitar la modificación en la fuente de pago sin tener que recurrir a una adenda, pudiendo dar prioridad a la emisión los certificados RPI frente al PPO, lo cual no altera el equilibrio económico financiero de la Concesión al ser un derecho ya reconocido contractualmente, ni altera la distribución de riesgos establecida inicialmente."

[Énfasis y subrayado agregado]

193. De la cita previa se debe establecer que, ya sea que los pagos RPI se den una vez se haya iniciado la operación del proyecto, o se realicen a partir del mes sesenta y cinco (65), contados desde la Fecha de Cierre, en ambas situaciones los pagos, bajo el esquema actual de valorización, serían con fecha posterior a lo que se plantea en el cronograma de la propuesta de Adenda N° 2.

194. Por otro lado, si bien de la definición actual de la valorización de avance, podría interpretarse que este es referencial, no especifica el nivel de cambio que puede realizarse, teniendo en cuenta que el método de valorización afecta directamente a los recursos del Estado ya que estos se programan en base a las condiciones previamente establecidas.

195. Sin embargo, siendo el MEF el encargado de velar por los recursos y programas de desembolso, se recomienda que este evalué si la modificación propuesta no afecta los pasivos contingentes del Estado.

C. **Sobre la modificación de la Cláusula 5.16 de la Sección V – Régimen de Bienes.**

CONTRATO DE CONCESIÓN VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 2
Toma de Posesión 5.16 La Toma de Posesión de los bienes que entregará el CONCEDENTE al CONCESIONARIO, se efectuarán de acuerdo a lo siguiente: (...) En caso el CONCEDENTE no entregue injustificadamente la totalidad del Área de la Concesión para la Etapa correspondiente en los plazos antes indicados, el CONCESIONARIO podrá invocar la aplicación lo dispuesto en el numeral (v) de la cláusula 15.8 del presente Contrato.	**Toma de Posesión** 5.16 La Toma de Posesión de los bienes que entregará el CONCEDENTE al CONCESIONARIO, se efectuarán de acuerdo a lo siguiente: (...) En caso el CONCEDENTE no entregue injustificadamente la totalidad del Área de la Concesión para la Etapa correspondiente en los plazos antes indicados, el CONCESIONARIO podrá invocar la aplicación lo dispuesto en el numeral (v) de la cláusula 15.8 del presente Contrato. <u>Cerramientos</u> <u>En caso el CONCEDENTE lo considere necesario, podrá requerir, excepcionalmente y por escrito, al CONCESIONARIO no realizar actividades de cerramiento en algunas de las Áreas de la Concesión correspondientes a la Segunda Etapa. En este caso si el CONCESIONARIO, tras la evaluación técnica correspondiente, lo aceptase, las Partes seguirán el siguiente procedimiento:</u> (i) <u>Las Partes se obligan a suscribir un acta a fin de acreditar que las Áreas de Concesión cumplen con todas las condiciones exigidas en el Contrato de Concesión para la entrega de las mismas al CONCESIONARIO. Suscrita el acta se tendrá por cumplida la obligación del CONCEDENTE establecida en el Nuevo Cronograma Actualizado de Entrega de Áreas de la Concesión sin que ello signifique la transferencia de los riesgos del Área de la Concesión al CONCESIONARIO dado que no se produce la Toma de Posesión del Área de la Concesión. La elaboración y suscripción del acta se sujetará a las condiciones, procedimientos y plazos previstos en el Contrato de Concesión para el Acta de Entrega del Área de la Concesión.</u> (ii) <u>EL CONCESIONARIO comunicará al CONCEDENTE la fecha de inicio de las actividades de cerramiento con una anticipación no menor de veinte (20) Días, a fin de suscribir el Acta de Entrega del Área de la</u>

CONTRATO DE CONCESIÓN VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 2
	Concesión mediante la cual se dará por producida la Toma de Posesión. Con carácter previo a la firma del Acta de Entrega del Área de la Concesión deberá volver a verificarse que las Áreas de la Concesión cumplen con todas las condiciones exigidas en el Contrato de Concesión para la entrega de las mismas y que fueron verificadas en el acta señalada en el acápite (i). En caso de que las Áreas de la Concesión no cumplan con todas las condiciones exigidas en el Contrato de Concesión para la entrega de las mismas y que fueron verificadas en el acta emitida al amparo del acápite (i) precedente, dicha acta se entenderá como no suscrita y no surtirá ningún efecto. En caso de que el CONCEDENTE no suscriba el Acta de Entrega del Área de la Concesión, el acta emitida al amparo del acápite (i) precedente se entenderá como no suscrita y no surtirá ningún efecto. En caso de que el CONCESIONARIO no suscriba el Acta de Entrega del Área de la Concesión dentro del plazo señalado en el primer párrafo del numeral (iii), el Área de la Concesión se entenderá como entregada y el riesgo transferido en dicha oportunidad, con la conformidad del CONCESIONARIO, salvo que hubieran surgido circunstancias posteriores a la firma del acta del acápite (i) que evidencien que las Áreas de la Concesión no cumplen con todas las condiciones exigidas en el Contrato de Concesión para la entrega de las mismas. Hasta la firma del Acta de Entrega del Área • de la Concesión, el CONCEDENTE mantendrá, a su costo y riesgo, la posesión de las Áreas de la Concesión objeto del acta referida en el acápite (i) y, en particular, le corresponderá adoptar las acciones necesarias a efectos de que las Áreas de la Concesión mantengan las condiciones dispuestas en el Contrato de Concesión para la entrega de las mismas, las cuales fueron verificadas al momento de la suscripción del acta mencionada en el acápite (i)".

196. Con relación a esta modificación, a través de su Informe N° 1517-2018-MTC/25, el Concedente señala lo siguiente:

"(...)

6.40 La finalidad de la incorporación de esta cláusula, es evitar el cerramiento innecesario de las calles, a efectos de no generar restricciones al tránsito de la ciudad, hasta que el Concesionario inicie la ejecución de obras, previo cumplimiento de los requerimientos que lo permitan (aprobación de EDI, obtención de autorizaciones de obra, entre otros). Dicha afirmación es sustentada por el Órgano Técnico del Concedente en su Informe Nº 052-2018-MTC/33.8, quien a la letra dice:

> *"En tal sentido, la incorporación de esta cláusula de Cerramientos, busca reducir los cierres prolongados de calles y avenidas, mitigando con ello el impacto social y económico para la ciudad, y hacerlos efectivos de manera oportuna con el inicio de la ejecución de obras por parte del Concesionario, previo cumplimiento de las condiciones necesarias para dicho fin.*
>
> *Cabe señalar que, esta medida es de carácter excepcional y deberá ser analizada por el Concedente en cada caso concreto, dependiendo de la situación que se presente al momento de la Toma de Posesión del área y debe ser consensuada con el Concesionario como responsable de la ejecución de la Obra y la secuencia constructiva".*

6.41 Cabe mencionar que los cerramientos de Obra son parte de los Planes de desvío, los cuales son aprobados por la Municipalidad Metropolitana de Lima y son parte de las obligaciones del Concesionario en el marco del Contrato de Concesión.

(...)

6.51 Sin embargo, debido a la gran cantidad de vehículos que circulan por los Tramos mencionados, realizar estos cerramientos al mismo tiempo podría resultar en una afectación mayor para la población involucrada, generando CAO y disconformidad entre los usuarios de las vías.

6.52 Al respecto, se ha buscado una solución razonable y viable, que permitirá que los cerramientos se ejecuten en etapas factibles de realizarse, reduciendo la posibilidad de afectaciones, los tiempos en que estos se producirían, y optimizando el espacio que se tendría para el funcionamiento de los planes de desvío, debido a que las calles aledañas a estos Tramos, por las que se realizaría el desvío, no tienen las condiciones para soportar el flujo vehicular que actualmente soportan las vías que serían cerradas durante la ejecución de las Obras.

(...)".

197. Como se observa, esta modificación permitiría al Concedente retrasar la entrega de las Áreas de la Concesión sin afectar el Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución, con la finalidad de salvaguardar el interés público y evitar impactos viales y sociales innecesarios, de manera que los cerramientos sean oportunos y proporcionales con el avance de las Obras, más aún si se tiene en cuenta que muchas de la zonas que serán afectadas por el desarrollo del Proyecto tienen una gran confluencia de tránsito de personas y vehículos (como es el caso de algunas avenidas del Cercado de Lima y la Provincia Constitucional del Callao). Esta modificación forma parte de un consenso entre el Concedente y el Concesionario:

> *"(...)*
>
> *6.48 De acuerdo a lo señalado en los párrafos precedentes, se ha llegado a un consenso entre CONCEDENTE y CONCESIONARIO, contando con la participación del Órgano Técnico del Concedente, para determinar la forma más razonable de ejecutar los cerramientos a través de planes de desvíos de manera independiente, a fin de mitigar los impactos sociales y ambientales que se podrían suceder si los cerramientos son de forma paralela y no continua.*

(...)".

198. Por consiguiente, teniendo en consideración la necesidad de mitigar el impacto ambiental y las externalidades sobre la población que pudiera generar el desarrollo del Proyecto, se considera pertinente la propuesta de modificación, en tanto que la obligación en la entrega de terrenos se mantenga a cargo del Concedente y que la construcción permanezca bajo responsabilidad del Concesionario.

199. Sin embargo y sin perjuicio a lo anterior, se sugiere precisar el texto referido, de la siguiente manera:

> *Cerramientos*
>
> *En caso el CONCEDENTE lo considere necesario, podrá requerir, excepcionalmente y por escrito, al CONCESIONARIO no realizar actividades de cerramiento en algunas de las Áreas de la Concesión correspondientes a la Segunda Etapa. El CONCESIONARIO solo podrá oponerse justificando técnicamente las razones que le impiden cumplir con dicho requerimiento.*
>
> *De no mediar oposición las Partes seguirán el siguiente procedimiento:*

D. Sobre la modificación de la Cláusula 6.4 de los Estudios Definitivas de Ingeniería.

CONTRATO DE CONCESIÓN VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 2
6.4 El CONCESIONARIO, deberá presentar el EDI que corresponda al CONCEDENTE para su aprobación y con copia al Regulador para su opinión, conforme a los siguientes plazos: (...) Para el caso de las Obras, el CONCESIONARIO deberá contar con los EDIs debidamente aprobados en los siguientes plazos máximos: Para el Tramo 5: A los dieciocho (18) meses posteriores a la Fecha de Cierre. Para los Tramos 3, 4 y 6: Cada uno a los treinta y cuatro (34) meses posteriores a la Fecha de Cierre. Para los Tramos 1,2, 7 y 8: Cada uno a los cuarenta y tres (43) meses posteriores a la Fecha de Cierre. (...)	6.4 El CONCESIONARIO, deberá presentar el EDI que corresponda al CONCEDENTE para su aprobación y con copia al Regulador para su opinión, conforme a los siguientes plazos: (...) Para ~~el caso~~ de la ejecución de las Obras, y el cobro de penalidades CONCESIONARIO deberá contar con los EDIs debidamente aprobados en los siguientes plazos máximos: ~~Para el Tramo 5: A los dieciocho (18) meses posteriores a la Fecha de Cierre.~~ ~~Para los Tramos 3, 4 y 6: Cada uno a los treinta y cuatro (34) meses posteriores a la Fecha de Cierre.~~ ~~Para los Tramos 1,2, 7 y 8: Cada uno a los cuarenta y tres (43) meses posteriores a la Fecha de Cierre.~~ Para la Etapa 1A: A los cincuenta y ocho (58) meses posteriores a la Fecha de Cierre. Para la Etapa 1 B: A los setenta y siete (77) meses posteriores a la Fecha de Cierre. Para la Etapa 2: A los ochenta y dos (82) meses posteriores a la Fecha de Cierre.

CONTRATO DE CONCESIÓN VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 2
	(...)

200. Respecto de la modificación de la Cláusula 6.4 del Contrato de Concesión, el Concedente señala en el numeral 6.90 del Informe N° 1517-2018-MTC/25, lo siguiente: "Teniendo en cuenta que en el Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución se modifican los plazos para la Puesta en Operación Comercial de las Etapas 1A, 1B y 2 y que a la fecha no han sido aprobados todos los EDI correspondientes, es indispensable modificar las fechas máximas para la aprobación de los mismos, a fin de lograr que el proyecto sea sostenible en el tiempo y se pueda realizar un adecuado seguimiento contractual de las obligaciones contraídas por el CONCESIONARIO".

201. Asimismo, en el numeral 6.92 del referido informe, el Concedente precisa que a la fecha los plazos máximos para la aprobación de EDIs se encuentran vencidos, por diversos motivos, para lo cual cita lo explicado por la AATE a través del Informe Nº 052-2018-MTC/33.8[42]:

> *"Los incumplimientos en los que han incurrido y viene incurriendo el Concesionario, durante en el proceso de aprobación de los EDI se registró desde la presentación tardía de éstos, respecto del "Plan de Desarrollo de los EDIs actualizado" conforme al Contrato de Concesión.*
>
> *La negativa del Concesionario de levantar las observaciones formuladas por el Supervisor de la Obra, el Regulador y la AATE ha generado reiteradas observaciones y subsanaciones de observaciones en el trámite de aprobación de los EDIs. Cabe mencionar que el Contrato de Concesión no establece la cantidad máxima de número de revisiones para la formulación observaciones y subsanación de las mismas a los EDIs.*
>
> [Se incluye cuadro de presentación y aprobación de EDI, revisiones y tiempo de revisión]
>
> *Como se advierte del cuadro antes señalado, los EDIs antes de ser aprobados han sido re-evaluados hasta en 12 ocasiones.*
>
> *Siendo ello así, la AATE en el marco del Contrato de Concesión, propuso aplicar el procedimiento de Peritaje Técnico, dado que las discrepancias entre el Concedente y el Concesionario no permitían la aprobación de los EDI y por tanto el avance de la Obra, situación que no fue aceptada por el Concesionario justificando dicha decisión que este tema era materia del Arbitraje Internacional ante el CIADI.*
>
> [Se incluye cuadro de estado situacional de los EDIs que la AATE recomendó peritaje técnico]
>
> *Asimismo, es importante indicar que, otro de los factores que incidieron en el retraso de la aprobación de los EDI, presentados por el Concesionario, es que estos evidenciaron una serie de modificaciones respecto de lo planteado en su Propuesta Técnica. Por dicho motivo, en el proceso de revisión de los EDI por parte del Regulador y del Concedente, se generaron una gran cantidad de observaciones asociadas a los incumplimientos de la Propuesta Técnica, Especificaciones Técnicas Básicas y marco legal aplicable. Este hecho generó reiterados ciclos de revisiones y levantamiento de observaciones, que no eran subsanadas por el Concesionario, y que extendieron los plazos de aprobación de los EDIs injustificadamente".*

202. Al respecto, cabe señalar que en el Informe N° 052-2018-MTC/33.8, la AATE ha establecido que existe un desfase de tiempo entre los plazos señalados según la Adenda N° 01 con las modificaciones propuestas en la Adenda N° 02, cuyo margen es muy significativo.

[42] Remitido al Regulador mediante el Oficio N° 4278-2018-MTC/25, del 26 de setiembre de 2018.

203. Sobre el particular, se considera procedente la modificación que se propone en la Cláusula 6.4, dado que la misma adecúa los plazos para la presentación de los Estudios Definitivos de Ingeniería (EDIs) en concordancia con el Nuevo Cronograma Actualizado de Entrega de Áreas de la Concesión y el Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución.

204. Sin perjuicio de lo señalado, a efectos de las penalidades que correspondan aplicar por incumplimientos del Concesionario con anterioridad a la fecha de suscripción de la Adenda N° 02, cabe destacar lo precisado por el Concedente en el numeral 6.94 de su Informe N° 1517-2018-MTC/25:

> *"(...)*
>
> *6.94 Por otro lado, **es preciso recalcar que cualquier penalidad impuesta por el Regulador al Concesionario con anterioridad a la suscripción del Proyecto de Adenda Nº 2, seguirá su curso regular, es decir la suscripción del presente Proyecto de Adenda Nº 2 no implicará en ninguna forma, ni modo, ni extremo una reducción o exoneración o condonación o anulación de la penalidad impuesta**. Dicho extremo es concordante con lo indicado en el acápite ii. Del numeral 5.3 del mencionado proyecto, por ello las consecuencias de los incumplimientos del Contrato de Concesión que modifica, incluidas las penalidades, serán objeto de las consecuencias objeto del Arbitraje CIADI Nº ARB/17/3.*
>
> *(...)".*

[Énfasis agregado.]

E. Sobre la modificación de la Cláusula 6.7 de De los Estudios Definitivos de Ingeniería (EDI).

CONTRATO DE CONCESIÓN VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 2
6.7 Si durante la ejecución de las Obras, el CONCESIONARIO determina la necesidad de incorporar una variación al EDI aprobado, éstas modificaciones deberán ajustarse al Anexo 6 de las Especificaciones Técnicas Básicas, al Contrato y la normatividad vigente, sin que ello implique reconocimiento de compensaciones económicas y de plazos adicionales a favor del CONCESIONARIO, aplicando el procedimiento a que se hace referencia en la Cláusula 6.3de la presente Sección.	6.7 Si durante la ejecución de las Obras, el CONCESIONARIO determina la necesidad de incorporar una variación al EDI aprobado, éstas modificaciones deberán ajustarse al Anexo 6 de las Especificaciones Técnicas Básicas, al Contrato y la normatividad vigente, sin que ello implique reconocimiento de compensaciones económicas y de plazos adicionales a favor del CONCESIONARIO, aplicando el procedimiento a que se hace referencia en la Cláusula 6.3de la presente Sección. En caso se determine la necesidad de una modificación menor detectada una vez realizados los replanteos en Obra, que no impliquen cambios sustanciales al EDI aprobado, estos deberán ser aprobados por el Supervisor en un plazo no mayor de diez (10) Días, luego de presentada la modificación menor y consignarlo en el Libro de Obra, sin que ello implique reconocimiento de compensaciones económicas y de plazos adicionales a favor del CONCESIONARIO.

205. Respecto a la modificación del numeral 6.7 del Contrato de Concesión, referente a la inclusión de la definición de cambios menores, el Concedente precisa lo siguiente en su Informe N° 1517-2018-MTC/25:

> *"(...)*
>
> *6.97 En la ejecución de las obras se pueden presentar situaciones que ameriten la realización de cambios durante el proceso constructivo como por ejemplo la falta de stock de materiales, el cambio de denominación de productos o la conveniencia de realizar un procedimiento constructivo distinto al previsto, los mismos que no alteran o modifican la calidad, alcance, costo o duración de la Obra.*
>
> *6.98 Por ello, de cara a agilizar la ejecución de las obras y que no surjan retrasos por cambios no significativos se ha contemplado incluir un procedimiento de cambios menores que sea implementado por el Concesionario y el Supervisor en el ámbito de la Obra.*
>
> *6.99 Los cambios menores son aquellos posibles ajustes o cambios originados por factores internos o especificos de esta actividad, entre ellos utilizar nuevas tecnologías, corrección de algunos aspectos de diseño o de funcionamiento que hayan demostrado en otras instalaciones sus beneficios en seguridad y eficiencia. Por esta razón es necesario regular el procedimiento de aprobación de estos cambios, los cuales no deberían seguir el procedimiento principal, ya que estos se dan durante la ejecución de la obra y por tanto, deben tener un procedimiento ágil y dinámico que permita la ejecución de los mismos, en un plazo razonable, sin que su reconocimiento o aprobación implique compensaciones económicas o de plazos adicionales a favor del CONCESIONARIO.*
>
> *6.100 Asimismo, un cambio menor puede significar modificación (es) en el contenido de uno o más EDI aprobados, debido a situaciones no previstas que aparecen antes o durante la construcción. Por ello, los cambios menores sirven para reducir la variabilidad durante la construcción, como por ejemplo: un detalle de ingeniería que ha sido omitido en el plano y es necesario para la ejecución de la partida correspondiente.*
>
> *(...)".*

206. Cabe precisar que, a través del Oficio N° 6392-2017-GSF-OSITRAN de fecha 23 de agosto de 2017, este Regulador puso en conocimiento del Concedente la necesidad de efectuar esta modificación al Contrato de Concesión, a fin de que los cambios menores a los EDIs aprobados no supusieran contratiempos al tener que seguir el procedimiento de modificación del EDI previsto en el numeral 6.7 del referido contrato. En tal virtud, a través de la referida comunicación, se remitió una propuesta de "Procedimiento de Cambios Menores en Estudios Definitivos de Ingeniería", procedimiento presentado por el Concesionario y que atendió las observaciones del Consorcio Supervisor Internacional Línea 2 (según las Cartas Nros. ML2-SPV-CARTA-2017-0867 y CAR-2885-17-CSIL2-SCML-0, respectivamente).

207. Dicho procedimiento tenía por finalidad definir un marco de actuación durante la etapa de ejecución de obras, a efectos de la identificación, revisión y aprobación de los cambios o modificaciones menores a los documentos técnicos incluidos en los EDIs que hayan sido aprobados por el Concedente, y que resulten necesarios para la ejecución del Proyecto, sin que ello genere sobrecostos o extensiones de plazo a los cronogramas establecidos. De esta manera, se evitaba la complejidad y los tiempos de proseguir con el procedimiento de modificación de EDIs previsto en el numeral 6.7 del Contrato de Concesión, más cuando si tales cambios versan sobre aspectos técnicos secundarios o no sustanciales y cuyo alcance ha sido consensuado entre el Concesionario y la Supervisión.

208. Si bien dicho procedimiento no fue aprobado por el Concedente, este Regulador dispuso a través del Oficio N° 02877-2018-GSF-OSITRAN de fecha 03 de abril de 2018 que, para la

aprobación de soluciones técnicas entendidas como "cambios menores" que no impliquen modificaciones de costo, plazo o especificaciones técnicas de un EDI aprobado, se debe continuar con el procedimiento a través del cual el Supervisor –luego de su evaluación– otorga Conformidad Técnica, informando para conocimiento a OSITRAN, para cuyo caso no correspondería la aplicación de lo establecido en la cláusula 6.7 del Contrato de Concesión; de esta manera, dichos cambios pasarán a integrar la documentación técnica final (as built), tal como lo establece el ítem 6.2 del Contrato de Concesión como uno de los requisitos para el cumplimiento de las Inversiones Obligatorias de cada Etapa. Lo señalado se viene aplicando desde dicha fecha hasta la actualidad. Cabe precisar que dicha comunicación fue remitida al Supervisor en virtud del Oficio N° 1240-2018-MTC/25 del 19.03.2018 del Concedente, el mismo que reconoce la facultad del Supervisor para validar cambios no sustanciales en los EDIs aprobados.

209. Aun cuando el procedimiento antes referido no ha sido incorporado formalmente en la propuesta de Adenda N° 02, este Regulador considera pertinente que el mismo debiera adecuarse a lo previsto en la modificación bajo comentario e incorporarse a un acta de acuerdo entre el Supervisor y el Concesionario, con la finalidad de que permita cristalizar sus alcances y enmarcar las actuaciones que correspondan en estos casos.

210. A partir de lo señalado por el Concedente y la necesidad de contar con un marco que facilite el ejercicio de las funciones de supervisión de este Regulador, se considera que esta modificación es adecuada para el Proyecto, dado que agiliza el desarrollo en la etapa de ejecución de obras y mejora su ejecución contractual a futuro.

F. Sobre la modificación de la Cláusula 6.30 del Hito de Obra.

CONTRATO DE CONCESIÓN VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 2
Hito de Obra 6.30 El CONCESIONARIO se obliga a ejecutar las Obras de acuerdo lo establecido en su Propuesta Técnica, respetando los cronogramas y plazos de ejecución de los Hitos de Obra, los cuales tienen una periodicidad no menor a un Trimestre y un presupuesto no menor a Cincuenta y 00/100 millones de Dólares (US$ 50 000 000.00).	**Hito de Obra** 6.30 El CONCESIONARIO se obliga a ejecutar las Obras de acuerdo lo establecido en ~~su Propuesta Técnica, respetando los cronogramas y plazos de ejecución de los Hitos de Obra, los cuales tienen una periodicidad no menor a un Trimestre y un presupuesto no menor a Cincuenta y 00/100 millones de Dólares (US$ 50 000 000.00)~~ el Anexo N° IV: Valorización de Avance de Obra de la Adenda N° 2 al Contrato de Concesión.

211. La propuesta de modificación de la cláusula 6.30 referida al hito de obra consiste en eliminar la obligación de que los hitos de obra tengan un presupuesto no menor de USD 50 millones, lo cual conllevaría a que sea aceptado un mayor número de hitos de obra. Cabe señalar que en el Informe N° 1517-2018-MTC/25[43], no se especifica si dicha modificación implicaría o no un cambio en las condiciones de competencia. Por ello, mediante el Oficio N° 183-18-GG-OSITRAN, se solicitó que el Concedente evalué dicho aspecto, tal como se cita a continuación:

[43] Remitido mediante el Oficio N° 4278-2018-MTC/25, del 26 de setiembre de 2018.

"Por otro lado, respecto a la modificación de la cláusula 6.30 del Contrato de Concesión, en la que se propone eliminar la obligación que los hitos de obra tengan un presupuesto no menor de USD 50 millones, lo cual conllevaría a que sean aceptados un mayor número de hitos de obra, no se especifica si este llevaría o no a un cambio en las condiciones de competencia, por lo cual se sugiere que se solicite opinión a PROINVERSION que especifique la razón para fijar dicho monto y que la aprobación para efectos de pago del cofinanciamiento correspondiente sea que se ejecute al menos el 95% de dicho valor."

212. En respuesta, mediante Informe N° 1560-2018-MTC/25, el Concedente señala lo siguiente:

"Con respecto a la eliminación del monto mínimo de los hitos

4.17. Como se señaló anteriormente, para la evaluación del mantenimiento de las condiciones de competencia no solamente debe considerarse la naturaleza de los requisitos técnicos y económicos relevantes para la propuesta de los postores durante el proceso de adjudicación, sino su razonabilidad y contribución con la marcha del proyecto en vista de la experiencia recogida durante los años de su ejecución.

4.18. En ese sentido, la obligación de considerar hitos de como mínimo US$ 50 millones y el requisito del cumplimiento de como mínimo del 95 % de ejecución para el reconocimiento de inversiones, se realizó con el objetivo de incentivar al Concesionario a ejecutar las obras de acuerdo al cronograma planteado. No obstante, en la práctica se ha verificado que esta distribución de hitos no ha favorecido el avance de las obras, perjudicando el procedimiento de valorizaciones y pagos respectivos, afectando la ejecución presupuestal del Concedente y generando incertidumbre de la procedencia de dicho pago.

4.19. Para favorecer la ejecución de las obras y agilizar el proceso de revisión de las valorizaciones, generando incentivos para la recepción parcial de áreas de la Concesión se ha contemplado un ajuste de los hitos de pago a propuesta del Concesionario y revisada por el Concedente.

4.20. En ese sentido, el eliminar el requisito de considerar hitos con un monto mínimo de US$ 50 millones no corresponde a un cambio en las condiciones de competencia o incentivos hacia el Concesionario, ya que sería erróneo afirmar que estos cambios disminuyen los incentivos del Concesionario de ejecutar de cumplir con el cronograma de ejecución, toda vez que el Contrato de Concesión considera ya fechas máximas para la Puesta en Operación Comercial de cada una de las etapas (actualizadas mediante la presente propuesta de adenda) y las penalidades (y caducidad) correspondientes en caso su incumplimiento."

213. De la lectura de la cita previa, se aprecia que el Concedente señala que la modificación se efectúa para agilizar el proceso de revisión de las valorizaciones, generando incentivos para la recepción parcial de áreas de la Concesión, concluyendo que esta no genera cambios en las condiciones de competencia para la adjudicación de la buena pro del proyecto.

214. Sin embargo, debe precisarse que lo descrito anteriormente sigue siendo una interpretación propia del Concedente bajo el escenario de la problemática actual del proyecto, por lo cual, se ratifica lo expuesto por el Regulador mediante el Oficio N° 183-18-GG-OSITRAN, en el cual se sugiere solicitar opinión a PROINVERSION para que especifique la razón inicial para fijar dicho monto y que la aprobación para efectos de pago del cofinanciamiento correspondiente sea que se ejecute al menos el 95% de dicho valor.

G. Sobre la modificación del punto II del Apéndice 1 del Anexo N° 5 - Procedimiento Para La Retribución De Inversiones Obligatorias.

CONTRATO DE CONCESIÓN VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 2
ANEXO 5 **RÉGIMEN FINANCIERO** APÉNDICE 1 PROCEDIMIENTO PARA LA RETRIBUCIÓN DE INVERSIONES OBLIGATORIAS	**ANEXO 5** **RÉGIMEN FINANCIERO** APÉNDICE 1 PROCEDIMIENTO PARA LA RETRIBUCIÓN DE INVERSIONES OBLIGATORIAS
I. Sistema de pago por Avances con Fondos de Cofinanciamiento (..)	**I. Sistema de pago por Avances con Fondos de Cofinanciamiento** (..)
II. Sistema de Retribución por Inversiones (RPI)	**II. Sistema de Retribución por Inversiones (RPI)**
2.1. Retribución por Inversiones en Obras (RPI-Obras) El RPI-Obras será reconocido de acuerdo al siguiente procedimiento: **Avance de Obra** (i) Transcurrida la fecha dispuesta para el Avance de Obra correspondiente, el CONCESIONARIO deberá presentar al Regulador, la solicitud de reconocimiento de Avance de Obra efectivamente ejecutado, la cual deberá contener, entre otros, el porcentaje que éste representa del Hito respectivo con el debido sustento. (ii) A más tardar a los quince (15) Días de presentada la solicitud, el Regulador deberá emitir el Reporte de Avance de Obra y remitirlo al CONCEDENTE, quien contará con cinco (05) Días para su aprobación y devolución al Regulador, ello en caso de no emitir observaciones durante el plazo antes indicado. (iii) Si el Regulador tuviera observaciones a la solicitud, en dicho caso el Reporte de Avance de Obra deberá señalar el valor observado como un porcentaje de la Valorización del Avance de Obra del Hito de Obra (%Obs) correspondiente, hasta con dos decimales. Con la presentación y aprobación del Reporte de Avance de Obra por el CONCEDENTE, el Regulador, en un plazo	**2.1. Retribución por Inversiones en Obras (RPI-Obras)** El RPI-Obras será reconocido de acuerdo al siguiente procedimiento: **Avance de Obra** (i) Transcurrida la fecha dispuesta para el Avance de Obra correspondiente, el CONCESIONARIO deberá presentar al Regulador, la solicitud de reconocimiento de Avance de Obra efectivamente ejecutado, la cual deberá contener, entre otros, el porcentaje que éste representa del Hito respectivo con el debido sustento. (ii) A más tardar a los quince (15) Días de presentada la solicitud <u>por el CONCESIONARIO,</u> ~~el Regulador deberá emitir el Reporte de Avance de Obra y remitirlo al CONCEDENTE, quien contará con cinco (05) Días para su aprobación y devolución al Regulador, ello en caso de no emitir observaciones durante el plazo antes indicado~~ <u>el Regulador deberá emitir el Reporte de Avance de Obra y CAO y remitirlo al CONCEDENTE.</u> (iii) Si el Regulador tuviera observaciones a la solicitud, en dicho caso el Reporte de Avance de Obra deberá señalar el valor observado como un porcentaje de la Valorización del Avance de Obra del Hito de Obra (%Obs) correspondiente, hasta con dos decimales. Con ~~la presentación y aprobación del~~ <u>Reporte de Avance de Obra</u> ~~por el CONCEDENTE~~, el Regulador, ~~en un plazo~~

CONTRATO DE CONCESIÓN VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 2
de cinco (05) Días, procederá a la emisión del CAO, siempre que sus observaciones no superen el cinco por ciento (5%) del Avance de Obra propuesto, conforme a lo indicado en el Apéndice 2 del presente Anexo.	~~de cinco (05) Días~~, procederá a la emisión del CAO, siempre que sus observaciones no superen el cinco por ciento (5%) del Avance de Obra propuesto, conforme a lo indicado en el Apéndice 2 del presente Anexo.
Por otro lado, si el Regulador tuviera observaciones a la solicitud por un porcentaje mayor al cinco (5%) del Avance de Obra, éste notificará al CONCESIONARIO para que dentro del siguiente trimestre subsane dichas observaciones. A más tardar a los quince (15) Días de subsanadas totalmente las observaciones o cuando subsistan y éstas no superen el cinco (5%) del Avance de Obra, el Regulador deberá emitir el Reporte de Avance Obra, así como el CAO respectivo.	Por otro lado, si el Regulador tuviera observaciones a la solicitud por un porcentaje mayor al cinco (5%) del Avance de Obra, éste notificará al CONCESIONARIO para que dentro del siguiente trimestre subsane dichas observaciones. A más tardar a los quince (15) Días de subsanadas totalmente las observaciones o cuando subsistan y éstas no superen el cinco (5%) del Avance de Obra, el Regulador deberá emitir el Reporte de Avance Obra, así como el CAO respectivo.
Una vez emitido el Reporte de Avance de Obra, como consecuencia de los supuestos anteriores el Regulador remitirá el CAO correspondiente a la Valorización del Avance de Obra, menos la parte observada conforme a la siguiente fórmula: CAO = Valorización del Avance de Obra * (1-%Obs) (...)	Una vez emitido el Reporte de Avance de Obra y el CAO respectivo, como consecuencia de los supuestos anteriores el Regulador remitirá el CAO correspondiente a la Valorización del Avance de Obra, menos la parte observada conforme a la siguiente fórmula: CAO = Valorización del Avance de Obra * (1-%Obs) (...)
Liquidación del Hito de Obra (...)	**Liquidación del Hito de Obra** (...)
(v) Una vez elaborada la Liquidación de Hito de Obra, el Regulador contará con un plazo no mayor a dos (02) Días para remitirla al CONCEDENTE, quien a a su vez contará con un plazo adicional de cinco (05) Días para aprobar la respectiva Liquidación de Obra.	~~(v)~~ Una vez elaborada y aprobada la Liquidación de Hito de Obra, por parte del Regulador, este contará con un plazo no mayor a dos (02) Días para remitirla al CONCEDENTE, ~~quien a a su vez contará con un plazo adicional de cinco (05) Días para aprobar la respectiva Liquidación de Obra.~~
(vi) En caso corresponda algún reconocimiento adicional derivado de la Liquidación de Hito de Obra, el Regulador, una vez recibida la aprobación de dicha Liquidación por parte del CONCEDENTE, emitirá un CAO de ajustes y liquidación en un plazo que no deberá excede de cinco (05) Días contados a partir de la aprobación de la	(vi) En caso corresponda algún reconocimiento adicional derivado de la Liquidación de Hito de Obra, el Regulador, ~~una vez recibida la aprobación de dicha Liquidación por parte del CONCEDENTE~~, emitirá un CAO de ajustes y liquidación en un plazo que no deberá excede de cinco (05) Días

CONTRATO DE CONCESIÓN VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 2
Liquidación de Obra por parte del CONCEDENTE. (...)	~~contados a partir de la aprobación de la Liquidación de Obra por parte del CONCEDENTE~~. (...)

215. Con relación a esta modificación, en su Informe N° 1517-2018-MTC/25, el Concedente indica lo siguiente:

> *"(...)*
> *6.111 La definición de Reporte de Avance señalaba desde un inicio que el Concedente debía aprobarlo y autorizar el pago del Avance de Obra o Provisión, según corresponda, sin embargo, teniendo en cuenta la modificación 22 de la Adenda Nº 1 al Contrato de Concesión, la cual indica que en caso que por razones derivadas de la entrega del Área de la Concesión, la liberación de las Interferencias y/o Interferencias adicionales, siempre que estas no resulten imputables al CONCESIONARIO y generen que éste no pueda culminar los trabajos programados de acuerdo al Cronograma Actualizado de Ejecución y el Regulador verificase este supuesto, procederá a remitir el Reporte de Avance de Obra en el cual deberá contener entre otros, el porcentaje que representa el Avance de Obra, efectivamente ejecutado al Hito respectivo, aunque no se haya alcanzado el 95%.*
>
> *6.112 **En base a lo antes señalado, es indispensable eliminar el requisito de la aprobación de parte del CONCEDENTE en el Reporte de Obra, a fin de agilizar los procesos de pagos y teniendo en cuenta que el Regulador tiene competencia para la** supervisión al Concesionario en el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales, técnicas o administrativas, en los aspectos de su competencia , ya que a criterio de esta asesoría no es necesaria una aprobación expresa de parte del Concedente de los Reportes de Obras, cuya supervisión corre exclusivamente a cargo del Regulador.*
> *(...)".*

[Énfasis agregado.]

216. De la revisión de la propuesta de Adenda 2 se observa que las modificaciones básicamente giran en torno a dos aspectos:

i) La simplificación del procedimiento de los reconocimientos de las inversiones efectuadas por el Concesionario. De esta manera, conforme a la propuesta de Adenda N° 2, existiría una sola fase procedimental (en lugar de dos fases) que conlleve a la emisión conjunta por parte del Regulador tanto del Reporte de Avance de Obra (RAO) como del Certificado de Avance de Obra (CAO). Para tal efecto, con la finalidad de agilizar –a juicio del Concedente– el procedimiento referido, se ha eliminado la fase intermedia de aprobación y revisión por parte del Concedente.

ii) La omisión de las referencias a la participación del Concedente y la aprobación a su cargo del RAO y CAO. Asimismo, se traslada expresamente esta responsabilidad al Regulador.

217. Sobre este último punto, este Regulador se reafirma en lo señalado en el punto B del presente informe referido a la modificación de la definición del "Reporte de Avance de Obra".

218. En adición de lo señalado, cabe precisar que los artículos 35 y 36 del TUO del Sistema Nacional de Presupuesto (Decreto Supremo 304-2012-EF) y los artículos 29 al 32 del TUO del Sistema Nacional de Tesorería (Decreto Supremo 126-2017-EF) prescriben que la ejecución de pagos

por el cumplimiento de obligaciones contractuales debe efectuarse por la entidad usuaria (MTC), previa verificación y conformidad de la prestación. Por ello, el OSITRAN deberá remitir el Reporte de Avance para la correspondiente aprobación del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

219. Además, corresponde a la Dirección General de Concesiones en Transportes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones efectuar el seguimiento del cumplimiento de las obligaciones contractuales durante la vigencia y hasta la terminación del referido Contrato, de conformidad con el artículo 79° del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, aprobado por el Decreto Supremo N° 021-2007-MTC.

220. En ese sentido, consideramos que en efecto el Concedente no puede desentenderse de su rol y de sus obligaciones legales y contractuales con relación a la aprobación de los pagos materia de los Avances de Obra y de Provisión, más aún si el Concedente (y ninguna otra entidad) es la contraparte del Contrato de Concesión, además de propietaria de la infraestructura objeto del referido Contrato, razón por lo cual este Regulador no está de acuerdo con la propuesta de modificación y se recomienda que se mantenga la redacción original del Contrato de Concesión; sin embargo, en caso se mantenga la referida modificación, esta carecerá de efectos jurídicos.

H. Sobre la modificación del Anexo 8 – Área de la Concesión.

CONTRATO DE CONCESIÓN VIGENTE	PROYECTO DE ADENDA 2
	Modificación del Anexo No 8 del Contrato de Concesión: Las Partes acuerdan modificar el Anexo N° 8 del Contrato en los términos que constan en el Anexo 111 de la presente Adenda N° 2. Asimismo, se incorporan al Área de la Concesión y se definen las siguientes áreas: - De la Etapa 2 en Línea 2: Pozo 1 BIS. Puerto Callao (pozo de extracción). - De la Etapa 2 en Línea 4: Pozo 1 BIS. Gambeta (pozo de ataque) y Pozo 7 BIS. Carmen de la Legua (pozo de extracción). - Las SEAT".

221. Con relación a la modificación de los Apéndices del Anexo 8 del Contrato de Concesión, el Concedente –a través del Informe N° 1517-2018-MTC/25– ha indicado que:

"(...)

6.117 Es así que de acuerdo al Oficio Nº 3350-2018-MTC/25, el Concedente remitió la información contenida en la propuesta de Anexo III, en base a las coordinaciones sostenidas entre los representantes del Concesionario y el Concedente, dentro del principio colaborativo y de buena fe contractual, así como en el mejor entendimiento de las Partes, con el único y exclusivo objetivo de agilizar la ejecución del Proyecto y teniendo en cuenta la situación actual del mismo.

6.118 La propuesta de Anexo III modificaría de manera parcial el Anexo 8 del Contrato de Concesión en aras de continuar con la ejecución del Proyecto, siendo el mismo que es de naturaleza referencial y en ninguna forma, modo ni contenido, significa una aprobación automática de los Estudios Definitivos de Ingeniería, los cuales son aprobados teniendo en cuenta lo establecido en el Contrato de Concesión.

(...)".

222. Si bien la definición de las Áreas de la Concesión condiciona y limita el espacio físico donde será desarrollado posteriormente el diseño a nivel de detalle por parte el Concesionario materia de los EDIs, se precisa que la modificación de dichas áreas, señaladas según el Anexo III del Proyecto de Adenda N° 02, no supone automáticamente una aprobación de los EDI, para lo cual será necesario seguir el procedimiento previsto en el Contrato de Concesión.

223. Respecto del alcance de esta modificación, el Concedente señala que:

"(...)

6.120 Las diferencias y/o modificaciones de Áreas de la Concesión de la propuesta de Anexo III, respecto a las descritas en el Anexo 8 del Contrato de Concesión, son las que a continuación se detallan:

Nº	ETAPA	ESTRUCTURA
1	ETAPA 1B	Manco Cápac E14
2	ETAPA 1B	Cangallo E15
3	ETAPA 1B	Vista Alegre E25*
4	ETAPA 1B	Muni. de ATE E27*
5	ETAPA 2	Puerto del Callao E1
6	ETAPA 2	Juan Pablo II E3
7	ETAPA 2	Insurgentes E4
8	ETAPA 2	Oscar Benavidez E6
9	ETAPA 2	Alborada E9
10	ETAPA 2	Parque Murillo E11
11	ETAPA 2	PV1
12	ETAPA 2	PV2
13	ETAPA 2	PV3
14	ETAPA 2	PV4
15	ETAPA 2	PV10
16	Ramal 4	Gambeta E01
17	Ramal 4	Canta Callao E02
18	Ramal 4	Bocanegra E03
19	Ramal 4	PV4-01
20	Ramal 4	PV4-02
21	Ramal 4	PV4-03
22	Ramal 4	PV4-04
23	Ramal 4	PV4-05
24	Ramal 4	PV4-06

6.121 Dichas modificaciones no puede interpretarse bajo ningún supuesto como una propuesta de cambio u optimización del Concedente. Por lo tanto, las áreas descritas en este numeral no podrán ni deberán ser consideradas como una aceptación del Concedente respecto al origen, cambio, diferencia y/o modificación de las mismas, tal y como fue señalado en el oficio Nº 3350-2018-MTC/25.

6.122 Para realizar la optimización de las Áreas de Concesión sería necesario negociar 24 actas de Optimización, cada acta debe ser negociada con el Concesionario y luego ser enviada al Regulador que a su vez la remite al Supervisor para su opinión, luego de lo que se puede proceder a la suscripción del acta de optimización. La experiencia en optimizaciones muestra que los plazos para realizar una optimización varían de tres a seis meses pudiendo dilatarse en caso de no existir consenso entre las Partes.

6.123 Por otro lado, es preciso indicar que en el Anexo 8 no se definieron las áreas para Pozos de Extracción y Ataque de las Tuneladoras; no obstante, éstas sí estaban contenidas en la Propuesta Técnica del Concesionario que forma parte del Contrato de Concesión, por lo que resulta necesario que éstas sean incorporadas como Áreas de Concesión a efectos de ejecutar Inversiones Obligatorias. Asimismo, en el caso de las SEAT, estas fueron definidas como Inversiones Obligatorias en el Estudio de Factibilidad y en la Propuesta Técnica, condicionando su ubicación definitiva al diseño detallado que realizaría el Concesionario. Luego de realizados los estudios técnicos correspondientes, el Concesionario ha indicado las zonas en donde se pueden ubicar cada una de las SEAT, para ser adquiridas por el Concedente incorporándose en el futuro como parte del Área de la Concesión.

6.124 Adicionalmente a lo señalado y tal y como lo señala en el Informe Nº 052-2018-MTC/33.8, en el Anexo 8 del Contrato de Concesión se establecieron setenta y tres (73) Áreas de la Concesión para el Proyecto. Con la modificación parcial establecida en el Anexo III del Proyecto de Adenda N° 02, - respecto a la modificación parcial de los planos de las Áreas de la Concesión -, se advierte que el número de Áreas de la Concesión se incrementaría a ochenta (80) (...)".

224. En ese sentido, a partir de lo señalado por el Concedente, las razones que motivarían la modificación bajo comentario giran en torno a lo siguiente: a) la falta de definición en el Contrato de Concesión de las áreas para pozos de extracción y ataque, a efectos del ingreso y posterior extracción de las tuneladoras, por lo cual se incrementan tres (03) pozos para dicho cometido (que serán incorporadas a las Áreas de la Concesión); b) la falta de definición de áreas para la ubicación de las Subestaciones Eléctricas de Alta Tensión ("SEAT") del Proyecto (áreas que también formarán parte de las Áreas de la Concesión –según la definición que se incorpora en la Adenda 2), motivo por el cual se incluye –de manera referencial– cuatro (04) áreas que están fuera de los patios talleres; c) la necesidad de efectuar modificaciones u "optimizaciones" a las Áreas de la Concesión existentes en el Anexo 8 del Contrato de Concesión (tanto para las estaciones, pozos de ventilación y accesos), que –a juicio del Concedente– supondrían modificaciones bajo la responsabilidad del Concesionario, que de no efectuarse a través de la Adenda 2 podrían generar retrasos en el Proyecto, dado los plazos y condiciones para tales casos que actualmente se encuentra previsto en el Contrato de Concesión.

225. Con relación a los puntos a) y b), referidos a las áreas para los pozos y las SEATs, en efecto, el Contrato de Concesión originalmente no previó la necesidad y existencia de dichas áreas, las cuales técnicamente resultan cruciales tanto para las labores de la Tuneladora (durante la ejecución de las Obras) como para provisión de energía eléctrica a la infraestructura férrea (durante la etapa de operación y explotación).

226. Sobre el punto c) antes referido, el Concedente puntualiza que *"En relación a las optimizaciones se desprende que de las veintisiete (27) Áreas de la Concesión del Anexo III del Proyecto de Adenda N° 02 que cuentan con alguna modificación respecto del Anexo 8 vigente, en opinión del Concedente se ha identificado que en tres (3) casos corresponden a optimizaciones propuestas por el Concedente, y en las restantes veinticuatro (24) áreas existe discrepancia con la Concesionaria en relación a la responsabilidad del cambio/modificación de*

las áreas respecto al Anexo 8. Para el Concedente estos serían optimizaciones de responsabilidad de la Concesionaria".

227. Asimismo, de manera general, se ha indicado que en el numeral 6.119 que "*A la fecha no se cuenta con todos los EDI aprobados, debido principalmente a temas relacionados a la falta de aprobación de optimizaciones a las áreas de la concesión. Cabe precisar que estas optimizaciones se realizan con la finalidad de reubicar, obviar o requerir nuevas áreas para el desarrollo de la inserción urbana de las estaciones y pozos, así como garantizar el cumplimiento de la Propuesta Técnica*".

228. Al respecto, debe señalarse que, salvo lo indicado en el párrafo precedente, el sustento y el alcance de cada una de las "optimizaciones" que son materia de esta modificación contractual no ha sido debidamente detallada por el Concedente a través de Informe N° 1517-2018-MTC/25 y tampoco se desprenden a partir del texto de la Adenda N° 2. De manera general, el Concedente refiere que existe una discrepancia respecto de cuál de las Partes debe tener la titularidad de las optimizaciones a las Áreas de la Concesión existentes e invocar la aplicación de los literales vi) o viii) del numeral 1.1 del Anexo N° 6 del Contrato de Concesión, según corresponda –respectivamente– al Concesionario o el Concedente. La aplicación de alguno de estos literales hubiera sido la vía contractual a efectos de introducir cambios a las áreas, en caso no existir dicha discrepancia.

229. Cabe precisar, sin embargo, que las dificultades para las "optimizaciones" en las Áreas de la Concesión y la aprobación de los estudios son conocidas –en algunos casos– a partir de la documentación generada al interior de las revisiones de los EDIs, cuya aprobación precisamente se encuentra pendiente, tal como refiere el Concedente.

230. Ahora bien, el detalle de las modificaciones propuestas a través de la Adenda N° 2 solo puede observarse en el dibujo y trazado de los planos incluidos como Anexo III de la Adenda N° 2, los que plantean una reconfiguración de algunas de las Áreas de la Concesión señaladas en el Anexo N° 8 del Contrato de Concesión. Para tal efecto, existen sesenta y cuatro (64) planos en el Anexo III, de los cuales: treinta (30) están referidos a áreas de estaciones y pozos; cuatro (04), a las áreas referenciales de los SEATs, y veintiséis (26), al trazo y perfil de la Línea 2 y el ramal de la Línea 4, además de Tablas de Coordenadas.

231. Luego de la revisión por parte de este Regulador de los planos incorporados en el Anexo III de la Adenda N° 2 relativos a las estaciones y pozos, a fin de tomar conocimiento del alcance de dichas modificaciones (denominadas "optimizaciones" por el Concedente), presentamos la siguiente tabla que resume brevemente los resultados de dicha revisión:

Tabla N° 2
Resumen de las modificaciones a las estaciones y pozos según los planos del Anexo III de la Adenda N° 2

N°	Componente	Denominación de Plano	Comentarios
1	L2- Estación 14 Plaza Manco Cápac	Plano AD2-01B-E025-URB-PL-1301	Se modifica ubicación que anteriormente se ubicaba entre las Av. Manco Cápac y Av. Luna Pizarro. Los accesos se ubicaban en sitios que requerían expropiación de inmuebles; mientras que, en la nueva ubicación, no se requeriría expropiaciones, puesto que los accesos están en áreas públicas.
2	L2-Estación 15 Cangallo	Plano AD2-01B-E025-URB-PL-1301	Se modifica la ubicación de las salidas de emergencia. En la versión de la PT, las salidas de emergencia estaban situadas en un inmueble a expropiar; en el Anexo III, las salidas de emergencia están situadas en la vía pública (aceras).
3	L2-Estación 25 Vista Alegre	Plano AD2-01B-E025-URB-PL-1301	Se modifica la ubicación uno de los accesos y se reubica el bicicletario.
4	L2-Estación 27 Municipalidad de Ate	Plano AD2-01B-E025-URB-PL-1301	Se reubican los accesos a la estación. Se ubican 2 accesos en el lado norte y en el lado sur se reunifican los 2 accesos en uno solo. Se reubican las salidas de emergencia y rejillas de ventilación.
5	L2-Pozo PV 11	Plano AD2-01B-PV11-URB-PL-1301	Se precisan los límites de la concesión e inserción urbana en el Pozo PV11.
6	L2-Pozo PV 16	Plano AD2-01B-PV16-URB-PL-1301	Se precisan los límites de la concesión e inserción urbana en el Pozo PV16.
7	L2- Estación 01 Puerto del Callao	Plano OXX-URB—E001301	Se modifica ubicación a fin de trasladar el centro de la estación hacia el oeste, fuera de la Plaza Garibaldi. Asimismo, se reubica el único acceso de la estación de la plaza a la berma central.
8	L2- Estación 02 Buenos Aires	Plano OXX-URB—E002301	Se modifica la ubicación de las salidas de emergencia. Se modifica las ubicaciones de los accesos y ascensores dentro de los predios expropiados.
9	L2- Estación 03 Juan Pablo II	Plano OXX-URB—E003301	Se modifica la ubicación de una salida de emergencia. Se modifica la orientación de 2 de los 4 accesos a la estación. Asimismo, se reubica el bicicletario.
10	L2- Estación 04 Insurgentes	Plano OXX-URB—E004301	Se modifica ubicación a fin de trasladar el centro de la estación hacia el oeste (aprox. 100 mts). Asimismo, se ubica uno de accesos dentro del centro comercial.
11	L2- Estación 06 Benavides	Plano OXX-URB—E006301	Se modifica la ubicación de una de las salidas de emergencia y se reubica el bicicletario.
12	L2- Estación 09 La Alborada	Plano OXX-URB—E009301	Se modifica la ubicación de las salidas de emergencia y de uno de ascensores al interior de un predio público. También se reubica el bicicletario.
13	L2- Estación 11 Parque Murillo	Plano OXX-URB—E011301	Se modifica la ubicación de los accesos y ascensores. Un acceso se ubica en el parque Murillo y el otro en un predio particular.
14	L2-Pozo PV 01	Plano VXX-URB-PV01301 A	Se precisan los límites de la concesión e inserción urbana en el Pozo PV01.
15	L2-Pozo PV 01BIS	Plano VXX-URB-PV01B301 A	Se precisan los límites de la concesión e inserción urbana en el Pozo PV01BIS.
16	L2-Pozo PV 02	Plano VXX-URB-PV02301 A	Se precisan los límites de la concesión e inserción urbana en el Pozo PV02.
17	L2-Pozo PV 03	Plano VXX-URB-PV03301 A	Se precisan los límites de la concesión e inserción urbana en el Pozo PV03.

OSITRAN V°B° D. VILLEGAS

OSITRAN V°B° J. CHACCHO

OSITRAN V°B° R. QUESADA

N°	Componente	Denominación de Plano	Comentarios
18	L2-Pozo PV 04	Plano VXX-URB-PV04301 A	Se precisan los límites de la concesión e inserción urbana en el Pozo PV04.
19	L2-Pozo PV 10	Plano VXX-URB-PV010301 A	Se precisan los límites de la concesión e inserción urbana en el Pozo PV10.
20	L4- Estación 01 Gambetta	Plano AD2-2L4-E001S-URB—PL1301	Se modifica ubicación a fin de trasladar el centro de la estación hacia el sur, conforme la ubicación de la PT y EDI presentado.
21	L4- Estación 02 Canta Callao	Plano AD2-2L4-E002-URB—PL1301	Se modifica la ubicación de ascensor, salida de emergencia y rejillas de ventilación.
22	L4- Estación 03 Bocanegra	Plano AD2-2L4-E003-URB—PL1301	Se modifica la ubicación de los accesos, salidas de emergencia y ascensores.
23	L4-Pozo PV4- 01BIS	Plano AD2-2L4-P01B-URB—PL1301	Se precisan los límites de la concesión e inserción urbana en el Pozo PV4-1 BIS.
24	L4-Pozo PV4- 01	Plano AD2-2L4-PV01-URB—PL1301	Se precisan los límites de la concesión e inserción urbana en el Pozo PV4-01.
25	L4-Pozo PV4- 02	Plano AD2-2L4-PV02-URB—PL1301	Se precisan los límites de la concesión e inserción urbana en el Pozo PV4-02.
26	L4-Pozo PV4- 03	Plano AD2-2L4-PV03-URB—PL1301	Se precisan los límites de la concesión e inserción urbana en el Pozo PV4-03.
27	L4-Pozo PV4- 04	Plano AD2-2L4-PV04-URB—PL1301	Se precisan los límites de la concesión e inserción urbana en el Pozo PV4-04.
28	L4-Pozo PV4- 05	Plano AD2-2L4-PV05-URB—PL1301	Se precisan los límites de la concesión e inserción urbana en el pozo PV4-05.
29	L4-Pozo PV4- 06	Plano AD2-2L4-PV06-URB—PL1301	Se precisan los límites de la concesión e inserción urbana en el pozo PV4-06.
30	L4-Pozo PV4- 07Bis	Plano AD2-2L4-PV07BIS-URB—PL1301	Se precisan los límites de la concesión e inserción urbana en el pozo PV4-07Bis.

Elaboración propia: Jefatura de Contratos Ferroviarios y del Metro de Lima y Callao - GSF

232. Asimismo, en el caso de los planos relativos al trazo y perfil para la Línea 2, de la revisión de este Regulador, se observa que -en comparación con lo señalado en la Propuesta Técnica– las progresivas de las estaciones no coinciden, siendo las de la Adenda N° 2 menores a las de la Propuesta Técnica. Por otro lado, en el caso de los planos relativos al trazo y perfil para la Línea 4, se verifica que los ejes de las estructuras (tales como, pozo de ataque, pozos de ventilación y estaciones) han sido reubicados con respecto a su ubicación inicial, como en el caso del Pozo de Ataque, los Pozos de Ventilación PV-01, PV-02, PV-03 y las Estaciones E-1 Gambeta, E-2 Canta Callao y E-3 Boca Negra (de manera aproximada: 127.33m, 165.86m, 158.09m, 159.96m, 171.15m, 152.56m y 152.47m, respectivamente).

233. Para el Concedente, las modificaciones propuestas como parte de las "optimizaciones" a las Áreas de la Concesión no alteran el monto de inversión ni genera modificaciones a la asignación inicial de riesgos, costos y beneficios contenidos en el Contrato de Concesión; sin embargo, estas "optimizaciones" condicionan el espacio físico donde se desarrollarán los diseños a detalle de los EDIs por parte el Concesionario, lo que podría acarrear mayores o menores costos en comparación con lo señalado en la Propuesta Técnica, según sea el caso.

234. Si bien estos mayores o menores costos para tales "optimizaciones" forman parte del riesgo de diseño asumido por el Concesionario, corresponde al Concedente –como parte de las

evaluaciones pertinentes para la presente Adenda N° 02– efectuar el análisis en torno a que dichas modificaciones no generan *prima facie* alguna condición que podría alterar negativamente la calidad del Proyecto ni afectar los niveles de servicios previsto en el Contrato de Concesión, aun cuando ello vaya a ser abordado a nivel de detalle en los EDIs. Resulta claro que el Concedente –a través de la Adenda N° 02– tiene interés en "optimizar" las Áreas de la Concesión a fin de que ello coincida con su responsabilidad de entregar oportunamente los predios al Concesionario, conforme al riesgo que ha sido asumido por el Concedente; no obstante, para lograr dicho cometido, el Concedente no podría rebajar la calidad del Proyecto sin un sustento que así lo avale.

235. Sin perjuicio de lo señalado, este Regulador verificará a través del procedimiento de revisión de los EDIs que se mantengan los niveles de servicio y la calidad del Proyecto, una vez que sean presentados los estudios de ingeniería que correspondan a las modificaciones a las Áreas de la Concesión comprendidas en la propuesta de Adenda N° 02 del Contrato de Concesión.

236. Finalmente, dado que se han actualizado las progresivas de las estaciones y pozos, esta modificación debería concordarse expresamente en las progresivas indicadas en el Anexo N° 06 del Contrato de Concesión, en particular en lo referido a la planimetría y el numeral 3.1.3.4 respecto de la ubicación de las estaciones y la distancia entre ellas, razón por lo cual debiera añadirse lo pertinente en la propuesta de Adenda N° 02.

I. Sobre la Cláusula Cuarta: Planta de Dovelas.

PROYECTO DE ADENDA 2
SOBRE LA CLÁUSULA CUARTA: DE LA PLANTA DE DOVELAS DEL PROYECTO DE ADENDA N° 2 Mediante la presente Adenda, el CONCEDENTE otorga a favor del CONCESIONARIO el derecho de uso, a título gratuito, del área de su titularidad denominada para efectos de la presente Adenda como "Quilca", para que sea destinada a la fabricación y almacenamiento de las dovelas destinadas a la ejecución del túnel con tuneladora para el Proyecto Línea 2 y Ramal Av. Faucett - Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao. El derecho de uso otorgado a favor del CONCESIONARIO se mantendrá vigente como máximo hasta seis (6) meses posteriores a la suscripción del Acta de Aceptación de las Obras correspondiente a la finalización del último túnel ejecutado con tuneladora para el Proyecto Línea 2 y Ramal Av. Faucett - Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao. El Concedente deberá entregar al Concesionario el área de Quilca como máximo en el plazo establecido para el inicio del montaje de la Planta de Dovelas indicado en el Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución de la Adenda 2. EL CONCEDENTE asumirá la gestión de permisos y autorizaciones asociados a la Planta de Dovelas a implantar en el área de Quilca que se encuentren descritos en el Numeral 1 del Anexo VI de la presente Adenda N° 2 ante las entidades respectivas. En los demás casos descritos en el Numeral 2 del Anexo VI de la presente Adenda N° 2 el CONCEDENTE se obliga a entregar y suscribir los documentos requeridos conforme a la normativa vigente aplicable y/o el pedido expreso de la autoridad competente en el ejercicio de sus funciones, según sea el caso, y el CONCESIONARIO se obliga a entregar la información técnica y tramitar los permisos señalados en el referido Numeral 2. Respecto de este Numeral 2, cada Parte subsanará las observaciones que le sean inherentes a la información y/o documentación que hayan proporcionado.

237. Con relación a esta cláusula, el Concedente –a través del Informe N° 1517-2018-MTC/25– ha indicado que:

"(...)

6.129 De acuerdo al Oficio N° 920-2015-MTC/25, el Concedente remite al Concesionario, el acta de entrega de posesión del Patio Taller L4/Dovelas. En dicho oficio, le reitera la solicitud formulada en el documento señalado en el párrafo precedente, a fin de proceder a la suscripción del acta correspondiente, de conformidad con lo establecido en la Cláusula 5.16 del Contrato de Concesión y le comunica que el Informe Técnico N° 001-2015-MTC33.1-RSFM concluye en lo siguiente:

- *"De acuerdo a la justificación presentada en el Informe No. 005-2015-MTC/33.1 se estima un ahorro aproximadamente 695 millones de soles, por el cambio de ubicación del Patio Taller de Bocanegra al terreno de la Marina de Guerra.*
- *De la evaluación a la alternativa del terreno de la Marina de Guerra del Perú, se considera técnicamente viable la proyección del Patio de Dovelas en dichas instalaciones, utilizando inicialmente un área disponible de 7.58 Has., la misma donde se podrá construir y almacenar la infraestructura necesaria. Posteriormente se liberará etapas, en concordancia con el cronograma de ejecución de obras vigente.*
- *En las diversas reuniones de coordinación con el Concesionario, éste ha manifestado su opinión favorable al cambio de ubicación del terreno para que en una primera etapa se instale el Patio de Dovelas y posteriormente se construya el Patio Taller de la Línea 4. A la fecha viene trabajando en un planeamiento de distribución funcional, que permita obtener las mayores ventajas constructivas y operacionales en la nueva ubicación del patio".*
- *De la evaluación conjunta, se considera viable el cambio de ubicación del Patio Taller para la Línea 4, con los accesos al terreno cedido por la Marina de Guerra (...)".*

6.130 En ese contexto y pese a todos los esfuerzos realizados por el Concedente desde el año 2015 a la fecha, el Concesionario se negó rotundamente a que se efectúe esta entrega, aduciendo mayores costos si se trasladaba de Bocanegra a Quilca, por ello y teniendo en cuenta esta coyuntura y con el único y exclusivo fin de continuar con el Proyecto y superar estas situaciones que son materia de controversia ante el CIADI, se planteó que la solución viable para la pronta implantación de la Planta de Dovelas era ceder el uso del área de Quilca, la cual inicialmente había sido aceptada por el Concesionario pero que después solicitó requerimientos adicionales (...)"

238. Teniendo en cuenta los retrasos en la entrega de las Área de la Concesión del Patio Taller Boca Negra, a través de la propuesta de Adenda Nº 2 se prevé que el Concedente otorgue a favor del Concesionario un derecho de uso, a título gratuito, del área cuya titularidad pertenece al Concedente. Dicha área se denomina "Quilca" para efectos de la propuesta y tendrá por finalidad la instalación de la fábrica de dovelas y su almacenamiento, las cuales son indispensables para la ejecución de la obra con la Tuneladora.

239. El derecho de uso conferido se mantendrá vigente hasta seis (6) meses posteriores a la suscripción del Acta de Aceptación de las Obras correspondiente a la finalización del último túnel ejecutado a través del método TBM. Asimismo, sin perjuicio de la asignación de riesgos del Contrato de Concesión, se precisa que, únicamente en el caso de que los trámites adicionales originen sobrecostos no imputables al Concesionario, el Concedente de manera excepcional asumiría la responsabilidad de llevar a cabo trámites o actuaciones administrativas que sean requeridas conforme a la normativa aplicable, en tanto su calidad de propietario del área cedida en uso.

240. Tal como se ha indicado, de acuerdo a lo indicado originalmente en el Contrato de Concesión, la fábrica de dovelas debió implantarse en la zona destinada a la construcción del Patio Taller del ramal de la Línea 4; es decir, la zona denominada "Bocanegra", área que no ha podido ser entregada por el Concedente. Dado que en el Nuevo Cronograma Actualizado de Entrega de Áreas de la Concesión de la Adenda N° 02 y que el área denominada "Bocanegra" será entregada por el Concedente a más tardar el 31.12.2019, el inicio de los trabajos necesarios para la fabricación de dovelas se vería postergado hasta dicha fecha, en caso se mantenga la condición original para que dicha fábrica se implante en la zona del Patio Taller de Bocanegra, lo cual justifica que la fábrica de dovelas sea reubicada a un área distinta, tal como prevé la cláusula bajo comentario.

241. Ahora bien, la citada cláusula señala que "*El Concedente deberá entregar al Concesionario el área de Quilca como máximo en el plazo establecido para el inicio del montaje de la Planta de Dovelas indicado en el Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución de la Adenda 2*". Esta fecha se verificaría en noviembre de 2018, de acuerdo a lo observado en el Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución; sin embargo, del texto de la referida adenda, no se especifica esta fecha máxima.

242. Es necesario destacar que la producción de dovelas representa una actividad crítica para el Proyecto y, en particular, es esencial para la construcción del túnel con TBM; en tal medida, dado que la entrega por el Concedente del área denominada "Quilca" estaría prevista para noviembre de 2018, la disposición de que la fábrica de dovelas se implante en esta área, representa un adelanto de más de doce (12) meses, en comparación de las condiciones para la implantación de la fábrica de dovelas del Contrato.

243. En virtud de lo señalado y que la disposición de la nueva área para la fábrica de dovelas permitirá la culminación de las inversiones en el menor tiempo disponible, se considera adecuada la modificación contractual propuesta en el proyecto de adenda.

244. Sin perjuicio de lo señalado, debemos advertir que la demora en la entrega del área denominada "Quilca" podría impactar negatvamente en el plazo de ejecución de todo el proyecto, por lo que siendo la implantación de la fábrica de dovelas una actividad crítica en el desarrollo de la integridad del Proyecto, se debiera especificar expresamente la fecha máxima que dispondrá el Concedente para la entrega al Concesionario de la referida área.

J. Sobre la Cláusula Quinta: Declaración de las Partes.

PROYECTO DE ADENDA 2
CLAUSULA QUINTA: DECLARACION DE L.AS PARTES
5.1 Las Partes declaran que todas las cláusulas contenidas en la presente Adenda no alteran la naturaleza de la Concesión, las condiciones económicas y técnicas, así como tampoco alteran el equilibrio económico y financiero de las prestaciones a cargo de las Parte, originalmente convenidas en el contrato de Concesión y la Adenda N° 1.
5.2 En relación al: (i) Anexo III de esta Adenda No 2, (ii) Nuevo Cronograma Actualizada de Entrega .de áreas de concesión', según Anexo 1 de esta Adenda N° 2 y (iii) a las fechas máximas para la aprobación de los EDI; así como el otorgamiento en el uso del área de Quilca para la Planta de Dovelas señalada en la Cláusula Cuarta de la Adenda N°·2, las partes declaran que no suponen el reconocimiento o aceptación o renuncia o allanamiento a las respectivas posiciones que han mantenido antes de la suscripción de esta Adenda N° 2, incluyendo entre otro, cartas, Informes, oficios, memorándums y su posición con respectos a las mismas o temas relacionados en el Arbitraje CIADI W ARB/17/3 (en adelante, el Arbitraje

CIADI), iniciado por el CONCESIONARIO ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a inversiones - CIADI. En consecuencia, las Partes declaran que lo acordado en la presente Adenda N° 2 no limita ni perjudica en nada su derecho a seguir reclamando en el Arbitraje CIADI todas las consecuencias que, a su juicio, con fecha de corte a la firma de la Adenda W 2 deriven de la misma.

Las Partes declaran que las Áreas de la Concesión descritas en el Anexo III de la presente Adenda no limitan ni perjudican en nada el derecho de las Partes a reclamar o rechazar todos los efectos y consecuencias que, a su juicio, deriven de las mismas, incluyendo las modificaciones a los diseños presentados, de acuerdo al Contrato de Concesión.

Las Partes declaran que el Anexo III de esta Adenda tiene el mismo propósito, para efectos técnicos, jurídicos y contractuales, que el Anexo 8 del Contrato de Concesión al que modifica y que ha sido incorporado a la presente Adenda en aras de continuar con el Proyecto.

5.3 Conforme con lo anterior, la presente Adenda N° 2 se celebra bajo las siguientes condiciones esenciales:

I. Que las Partes mantienen en su integridad las reclamaciones contenidas en el Arbitraje CIADI iniciado por el CONCESIONARIO ante el CIADI.

II. Que la Adenda N° 2 no regula las consecuencias de los incumplimientos del Contrato de Concesión que modifica, incluyendo las penalidades, puesto que dichas consecuencias son objeto del Arbitraje CIADI.

III. Que la Adenda N° 2 es independiente y no perjudica en nada las reclamaciones planteadas por las partes en el Arbitraje CIADI, por lo que no implica ni puede interpretarse en caso alguno como una renuncia o allanamiento o limitación a ninguna de dichas reclamaciones ni a las que las partes han planteado o puedan plantear o actualizar en el futuro dentro del Arbitraje CIADI con base en los incumplimientos del Contrato de Concesión, desde la fecha de cada incumplimiento hasta la fecha de suscripción de la presente Adenda N° 2.

5.4 Las Partes declaran que el contenido de esta adenda ha sido evaluada y proyectada en la situación actual del proyecto conforme a lo señalado en la cláusula segunda de la Adenda N° 2, independiente de las reclamaciones o alegatos señaladas en el Arbitraje CIADI.

5.5 Las Partes declaran que, en concordancia con lo previsto en el Anexo II de la presente Adenda, ~~la fecha para el inicio de la Explotación de la segunda Etapa se ha postergado por más de tres (03) meses con relación a la fecha prevista en la Adenda N°1 del Contrato de Concesión por lo que~~ y en aplicación de lo dispuesto en el primer párrafo de la Cláusula 10.13 del Contrato de Concesión, el pago de la parte proporcional del RPI por los CAO-MR emitidos (RPI-CAO) será efectuado de manera trimestral vencida durante 15 años, a partir del 28 de septiembre del 2019~~mes 65 contados desde la Fecha de Cierre.~~

245. A través del Informe N° 1517-2018-MTC/25, el Concedente ha indicado respecto de esta cláusula lo siguiente:

"(...)

6.138 En razón a ello, el presente proyecto de Adenda ha considerado una Cláusula de Arbitraje CIADI ya que existe un proceso arbitral en curso, el mismo que versa respecto a incumplimientos y/o penalidades, cuya materia está siendo analizada bajo las normas de esta Institución.

6.139 Tratándose de un arbitraje, a través de este Proyecto de Adenda Nº 2, las Partes han sometido sus diferencias a un tercero, en este caso el CIADI, quien se encargará de

resolver y cuya decisión es aceptada como definitiva por los contendientes, conllevando a un resultado legalmente obligatorio para las Partes y, brindando predictibilidad respecto a la capacidad de ejecución de sus decisiones.

6.140 Al respecto, el consentimiento del Estado Peruano para someter las controversias específicas al CIADI se manifestó en el Contrato de Concesión celebrado entre el CONCEDENTE y el CONCESIONARIO, a través de una cláusula por la que se expresó que las diferencias que surjan de la inversión realizada sean resueltas recurriendo al arbitraje del CIADI.

6.141 De acuerdo a la presente Cláusula, los procedimientos que se realicen ante el CIADI prevén el arreglo de diferencias mediante conciliación, arbitraje o comprobación de hechos, encontrándose diseñados para tener en cuenta las características particulares tanto de las diferencias relativas a inversiones internacionales como de ambas Partes y, de ese modo, mantener un cuidadoso equilibrio entre los intereses del CONCEDENTE y el CONCESIONARIO. En ese sentido, cada caso será considerado por un Tribunal de Arbitraje independiente, luego de ponderar las pruebas y los argumentos jurídicos presentados por las partes, asignándose un equipo que brinda asistencia especializada a lo largo del proceso.

6.142 Dentro de este contexto, los incumplimientos de las obligaciones contractuales efectuadas por el Concesionario son las siguientes:

[Se incluye cuadro de penalidades aplicadas al Concesionario al 10.05.2018]

6.143 En ese sentido, la propuesta de Cláusula Quinta tiene como objeto encapsular cualquier tipo de diferencia que se haya presentado antes de la suscripción del Proyecto de Adenda Nº 2, así como las consecuencias de las mismas.

246. Tal como lo señala el Concedente, dada las controversias entre las Partes que se vienen siendo dilucidadas en el arbitraje internacional en el CIADI, la finalidad de esta cláusula es mantener las reclamaciones de cada una de las Partes, sin afectar las consecuencias de los incumplimientos que se hubieran producido antes de la suscripción de la Adenda N° 02 del Contrato de Concesión, de manera que esta no perjudique las reclamaciones planteadas por las Partes en dicho arbitraje. De esta manera, la suscripción de la Adenda N° 02 no implica en modo alguno como una renuncia o allanamiento o limitación a dichas reclamaciones, con relación a los incumplimientos que estas se imputan entre su ocurrencia y la fecha de suscripción de la presente Adenda Nº 2.

247. Esta circunstancia incluye a las penalidades que dichos incumplimientos acarreen; al respecto, en el literal E del numeral VI.3.2 del presente documento, respecto de las penalidades y sanciones en curso y/o no detectadas, se indicó que existe una contradicción entre lo manifestado por el MTC en el ítem 4.56 y el ítem 4.59, por lo que nos reiteramos en lo manifestado en el Oficio N° 183-18-GG-OSITRAN, en el sentido que las sanciones derivadas de incumplimientos legales por parte del Concesionario no son susceptibles de inaplicación via contrato.

248. En consecuencia, a partir de lo señalado, se verifica que es común intención de las Partes "encapsular" las consecuencias que son objeto del Arbitraje CIADI y los incumplimientos que tuvieron lugar antes de la suscripción de la propuesta de Adenda N° 02, por lo que consideramos lo señalado resulta pertinente a efectos de continuar con el desarrollo y ejecución del Contrato de Concesión, sin perjuicio de lo indicado en el Oficio N° 183-18-GG-OSITRAN antes referido.

IV.3.4 Aspectos pendientes vinculados a la ejecución del Proyecto no contemplados en la propuesta de Adenda N° 02

249. En aras de contribuir a una mejor ejecución del Proyecto a futuro, este Regulador considera pertinente destacar –sin carácter exhaustivo– algunos aspectos cuya definición se encuentran pendientes y que, sin embargo, resultan cruciales para el objetivo del Contrato de Concesión. En ese sentido, si bien los siguientes aspectos no han sido abordados en la propuesta de Adenda N° 02 y su referencia no condiciona la opinión materia del presente informe, ameritan –en opinión de OSITRAN– la evaluación a la brevedad posible por parte del Concedente, con la finalidad de que este encuentre –conjuntamente con el Concesionario– las soluciones legales o técnicas que posibiliten una ejecución adecuada y oportuna del Contrato de Concesión sobre dichos aspectos.

a) Integración entre la Línea 1 y 2 a través de la Estación E-16 - 28 de Julio

250. De acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión[44], corresponde al Concesionario la implementación de la infraestructura que permita la interconexión de las Líneas 1 y 2, a efectos de permitir a los usuarios el desplazamiento entre las dos líneas de metro.

251. Este mismo entendimiento fue recogido por el Concesionario en el ítem A.8.3 Soluciones de Ingeniería de la Propuesta Técnica:

> ***Estación 28 de Julio: Intercambio L2-L1***
>
> En el caso de la estación 28 de Julio, y dado que la entrada en servicio tanto de la estación de L2, como la nueva estación de L1 (construida exprofeso para este intercambio), se producirá en la misma etapa, se puede asegurar una operatividad inmediata sin interferencias importantes. Cabe destacar que el diseño de la obra civil de la nueva estación elevada 28 de Julio de la Línea 1, se ha realizado con el objetivo de garantizar la independencia de las nuevas estructuras previstas y el viaducto actual, siguiendo los diseños del Estudio de Factibilidad, con el ánimo de minimizar la afección a la explotación comercial línea 1 durante la construcción de la nueva estación.
>
> (...)

OSITRAN V°B° D. VILLEGAS

OSITRAN V°B° J. CHUMANO

OSITRAN V°B° R. QUESADA O.

[44] Tramo 3
Comprende las Obras que se desarrollan en los ejes de las Av.9 de Diciembre, Av. Paseo de la República, Av. 28 de Julio, Av. Nicolás Ayllón, esto es desde la Estación Plaza Bolognesi hasta la Estación Nicolás Ayllón.
Dicho tramo incluye la ejecución de las Estaciones: Plaza Bolognesi, Estación Central, Plaza Manco Cápac, Cangallo y 28 de Julio – L1/L2.

El caso de la estación 28 de Julio, presenta una problemática diferente. El diseño de los sistemas ferroviarios de la nueva estación elevada 28 de Julio de la Línea 1, se ha realizado adoptando, de acuerdo con la información referencial disponible, los mismos sistemas existentes en la L1, de tal manera que la integración con los sistemas de L1 es total. Esta nueva estación se integrará por completo dentro del sistema de control de L1. Como es lógico, la tecnología, los equipos y sistemas a instalar en la estación de L1 son los mismos que los existentes en la estación de L1. La implantación de estos sistemas se realizará de manera gradual, por fases con el objeto de minimizar la afección a la explotación comercial de la línea 1. La estación de 28 de Julio de L2, se ha previsto totalmente independiente de la L1, situándose, en principio ya que pueden fijarse de otra manera, los límites de batería entre L1 y L2 en el inicio del pasadizo de conexión de L1 con el nuevo vestíbulo de L2.

Los sistemas en la conexión entre líneas, como la Estación 28 de Julio de la Línea 2 con la Línea 1, serán totalmente integrables y permitirán la integración física, con el menor impacto entre ambas. Además, existirá una particularidad en el sistema de ticketing que se describe en el apartado de instalaciones ferroviarias, al tener que ser compatibles el uso de billetes y boletos en ambas líneas.

El sistema AFC (Automatic Fare Collection) estará predispuesto para el intercambio de datos relacionados con la venta, la recolección de tarifas, y el uso de billetes de viaje con el sistema de la Línea 1.

252. Asimismo, cabe mencionar que, mediante los documentos ML2-SPV-CARTA-2018-0624 y ML2-SPV-CARTA-2018-0624, el Concesionario manifestó respecto a la presentación de los EDI 01B-07 A Estación E-16 28 de Julio (L2) y 01B-07 B Estación E-16 28 de Julio (L1), que "*(...) para la atención del requerimiento que hace el Concedente sobre la presentación del EDI según la optimización del Concedente, sólo podrá ser atendida firmando el Acta de Acuerdos entre las partes, en la que se incluirá el impacto en plazo y costo que dicha optimización del Concedente le causa al Concesionario. (...)*". Cabe precisar que a la fecha se encontraría pendiente la suscripción de las mencionadas Actas de Acuerdo, lo que contribuiría a la definición de los diseños que se desarrollen en los EDIS.

253. En ese sentido, a falta de los acuerdos correspondientes, existe una indefinición respecto de la ubicación y disposición de las Áreas de la Concesión y el desarrollo de los EDIs, a fin de lograr la interconexión de las Líneas 1 y 2, sin perjuicio de los costos que eventualmente pudieran generarse. Cabe mencionar que la modificación de las Áreas de la Concesión prevista según el Anexo III de la Adenda N° 02, no se incluye alguna modificación que pueda sufrir la configuración actual en EDIs 01B-07 A y 01B-07 B a fin de resolver dicha indefinición. Por tal motivo, recomendamos al Concedente evalúe esta circunstancia y adopte las medidas pertinentes para una mejor ejecución del Contrato de Concesión, de manera que no se afecten el Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución.

254. De otro lado, teniendo en cuenta que la implementación de la interconexión de la Estación E-16 28 de Julio con la Línea 1 requerirá la intervención en esta infraestructura ferroviaria y el suministro de energía eléctrica al equipamiento electromecánico a fin de su funcionamiento, corresponde al Concedente establecer los mecanismos pertinentes con el Concesionario de la Línea 1 que permitan la ejecución de las inversiones necesarias para dicha interconexión, así como su operación y mantenimiento. Estas coordinaciones deberán ser efectuadas por el Concedente oportunamente, considerando las fechas previstas en el Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución de Áreas de la Concesión y el Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución.

b) Integración entre las Líneas 2 y 4 a través de la Estación Carmen de la Legua

255. Mediante la Carta ML2-SPV-CARTA-2017-1763 del 16.09.2017, el Concesionario presentó el EDI 2L2-007 correspondiente a "Estación Carmen de la Legua – Proyecto de Obra Civil" – Revisión A, respecto a lo cual se indicó que no se contaría con la definición formal de los PACRIS

de la Etapa 1B y 2, a partir de lo cual pretendió sustentar que se haya formulado el referido EDI sobre la base de la información disponible a la fecha. En dicha propuesta de EDI, el Concesionario unificó las estaciones E-05 de la Línea 2 y E-08 de la Línea 4 en una sola infraestructura, bajo el detalle siguiente:

- La E-08 (Carmen de la Legua) de la Línea 4, presenta variación de su eje de trazo desplazándose hacia el oeste para unificarse con la Línea 2 (E-05). Asimismo, incrementa su profundidad, la cual se encuentra por debajo de la E-05 Línea 2.

- La E-05 (Carmen de la Legua) de la Línea 2, presenta cambios en su diseño, de una disposición geométrica en cajón (Propuesta Técnica) a una en cruz (Propuesta EDI), tal como se puede visualizar en los planos de "Plantas Funcionales de Arquitectura' (contenidas en el Volumen 6).

256. Con relación a dicho diseño, mediante las Cartas CAR-3227-17-CSIL2-OST-0 del 26.09.2017 y Carta CAR-3302-17-CSIL2-OST-0 del 16.10.2017, el Consorcio Supervisor Internacional Linea 2 advirtió que el EDI presentado por el Concesionario consideró unificar en una sola edificación la Estación 05 – Carmen de la Legua (L2), con la Estación E-08 Carmen de la Legua (L4), variando la ubicación de esta última en comparación con lo establecido en el Anexo 8 del Contrato de Concesión y el Proyecto Referencial, modificación que –a su juicio– no respetaría el planteamiento de la Propuesta Técnica y que superaría el alcance de una optimización, tal como se encuentra contemplado en el Contrato de Concesión.

257. Teniendo en cuenta lo señalado, este Regulador, mediante el Oficio Nº 8345-2017-GSF-OSITRAN de fecha 02 de noviembre de 2017, solicitó al Concedente que *"(...) se pronuncie sobre los aspectos técnicos señalados por el Concesionario en el EDI en cuestión, debiendo precisar si existe algún acuerdo con su representada para la reubicación de la indicada estación, que haya sido suscrito en el marco de sus competencias como administrador del Contrato de Concesión"* y, además, manifieste lo que considere pertinente sobre lo expresado por el Concesionario.

258. No obstante, durante la reunión celebrada el 03 de noviembre de 2017 con funcionarios del AATE, debe señalarse que pudo corroborarse que no existe acuerdo para la "reubicación", "unificación" o "variación" de Estación E-08 Carmen de la Legua (L4) y que el Concesionario no se encontraba habilitado a formular la alternativa propuesta en su oportunidad según lo indicado el EDI 2L2-007 "Estación Carmen de la Legua – Proyecto de Obra Civil".

259. Debe señalarse que este mismo planteamiento fue propuesto por el Concesionario en mayo de 2015[45] y fue rechazado en su oportunidad, lo que a su vez fue materia del Informe Especial N° 58, elaborado por el Supervisor, documento puesto en conocimiento tanto al Concedente como del Concesionario mediante el Oficio N° 1777-2017-GSF-OSITRAN de fecha 03 de marzo de 2017 (vale decir, de manera previa a la presentación del EDI en cuestión).

260. En virtud de lo señalado, mediante el Oficio Nº 8626-2017-GSF-OSITRAN del 14.11.2017, este Regulador dispuso que el EDI 2L2-007"Estación Carmen de la Legua – Proyecto de Obra Civil" - Revisión A se tenga por "No presentado" para todos sus efectos, dejando a salvo el derecho del Concesionario de presentar el referido EDI cumpliendo con la documentación correspondiente y lo previsto en el numeral 2.3 y siguientes del Anexo 6 del Contrato de

[45] Conforme a la Carta N° ML2-SPV-2015-519 de fecha 08.05.2015, en respuesta al Oficio N° 1158-2015-MTC/25 del Concedente, a partir del cual este le solicitó mayor información sobre las "optimizaciones" presentadas a propuesta del Concesionario.

Concesión. Para tal efecto, se tuvo en cuenta lo siguiente: i) que el planteamiento presentado por el Concesionario no se ajustaba a lo establecido en el Anexo 8 del Contrato de Concesión y Proyecto Referencial, y que este mismo ya había sido rechazado anteriormente –lo cual fue puesto en conocimiento del Concesionario–, ii) que el EDI en cuestión consideró modificaciones (p.e. integrar en un solo bloque dos estaciones y modificar el trazo de la Línea 4) respecto de los cuales el Concesionario no se encontraba debidamente habilitado y que no se encuentran comprendidos en los supuestos de optimización del Concesionario, según lo previsto en el Contrato de Concesión, y iii) que dicho EDI se encontraba incompleto, sin la información técnica relevante que posibilite su revisión. Lo señalado fue puesto en conocimiento del Concedente, a fin de la implementación de los mecanismos pertinentes establecidos en el referido Contrato y la definición de las acciones a seguir, en el marco de sus competencias.

261. Ahora bien, mediante el Oficio N° 1881-2018-MTC/25 del 02 de mayo de 2018, el Concedente ha solicitado al Concesionario que presente nuevamente este EDI de conformidad con lo establecido en su Propuesta Técnica, a fin de evitar mayores atrasos en el proceso de aprobación del mismo, así como perjuicios para el proyecto. Asimismo, el Concedente señaló que no es posible efectuar una evaluación integral del EDI 2L2-07 Estación E-05 (Carmen de la Legua) - Proyecto de Obra Civil - Revisión A, debido que el Concesionario no ha presentado los fundamentos técnicos ni contractuales que sustenten las modificaciones incorporadas respecto de su Propuesta Técnica.

262. Dado que hasta la fecha el EDI correspondiente no ha sido presentado y que subsiste la problemática suscitada en torno a su disposición de las estaciones, existe una indefinición sobre las Áreas de la Concesión y la integración que interconectará las Líneas 2 y 4, lo cual podría afectar la secuencia constructiva prevista en el Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución, razón por lo cual recomendamos al Concedente adopte oportunamente las medidas pertinentes para su oportuna evaluación y definición de tales aspectos.

c) Integración de Línea 4 con ampliación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez

263. Tal como se mencionó en el Informe Nº 010-2017-GSF-GAJ-GRE-OSITRAN del 14 de Marzo de 2017, el Contrato de Concesión comprende –en el desarrollo de la Segunda Etapa y del Ramal de la Línea 4– la construcción de la Estación denominada Aeropuerto[46], la misma que tuviese que desarrollar dos (02) accesos en la zona de la Av. Tomas Valle y un tercer acceso por la zona de parqueo en el interior del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (en adelante, "el AIJCH"), siendo posible considerar un túnel de conexión para una futura prolongación de dicho túnel al nuevo Terminal de pasajeros del AIJC, que ha sido previsto como una inversión complementaria de dicha Concesión.

264. En ese sentido, tomando en cuenta que la Concesión de la Línea 2 del Metro de Lima se encuentra en las fase de desarrollo de la ingeniería y, por su parte, que existe una adenda al Contrato de Concesión del AIJCH que permite –entre otros– la entrega de terrenos necesarios para la ejecución del nuevo terminal, es importante tomar en cuenta la necesidad de desarrollar una propuesta de interconexión entre la Línea 2 del Metro de Lima, con el futuro terminal de pasajeros del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez. Así, se recomienda al MTC tomar en cuenta las siguientes consideraciones:

[46] Anexo Nº 08 del Contrato de Concesión de la Línea 2.

- ✓ Entre el perímetro del Aeropuerto, donde se ubicaría un punto de acceso a la estación de la Línea 2 del Metro, hasta el actual Terminal de Pasajeros, según el diseño actual, habría una distancia aproximada de 200 m; mientras que hasta el futuro Terminal de Pasajeros del AIJC habría un aproximado de 1,000 m de distancia, la cual se vería minimizada si la Estación del Metro conectara directamente con el Nuevo Terminal de pasajeros del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.

- ✓ Con la conexión establecida entre el Aeropuerto y la Estación de la Línea 2 de Metro, se asegura que gran parte de los usuarios, tanto nacional como internacional, opten por usar este medio de transporte masivo.

- ✓ La conexión recomendada entre el Aeropuerto y la Estación de Metro está alineada con el principio de intermodalidad del transporte, con la creación de cadenas de transporte integradas combinando dos o más modos de transporte, buscando optimizar la eficiencia del sistema y la organización del transporte en Lima.

- ✓ El transporte vial contribuye significativamente a la contaminación del aire urbano, una oferta de transporte distinta como la del Metro de Lima, tendría efectos positivos, como una disminución de la contaminación del medio ambiente con el objetivo de lograr una Lima sostenible. El principal objetivo para acceder al aeropuerto sería reemplazar el transporte vial (público o privado) que es el que se usa actualmente, por el transporte masivo como a través de la Línea 2 de Metro de Lima y el Ramal de la Línea 4.

d) Intercambiador con la Estación Central como parte de conexión de las Líneas 2 y 3

265. Mediante la Carta ML2-SPV-CARTA-2017-1750 del 19.09.2017, el Concesionario realizó el envío del EDI correspondiente a las Estaciones E12 y E-13 Plaza Bolognesi y Central y señaló que *"En reuniones mantenidas con el Concedente/AATE y PROINVERSION, se le comunicó al Concesionario la necesidad del Concedente de diseñar la Estación Central como un Intercambiador directo entre la Línea 2 (L2) y la futura Línea 3 (L3), lo cual no corresponde al Contrato de Concesión y, de ser el caso, debe ser recogido en una Adenda al mismo, toda vez que supera los alcances del procedimiento regulado en el romanillo viii) del numeral 1.1 del Anexo 6 del Contrato de Concesión. La propuesta del Concedente consiste en que la Estación Central sea diseñada en el Sub – EDI 01N-12A como un intercambiador directo entre la L2 y la L3 implicaría cambiar sustancialmente el diseño funcional de la Propuesta Técnica incorporando demandas específicas de intercambios entre andenes que no están en el Contrato de Concesión"*.

266. Por otro lado, el Concesionario precisó que *"En diversas reuniones de trabajo sostenidas con el Concedente /AATE se informó al Concesionario de la existencia de problemas de incompatibilidad de la Estación E-13 con la Sección Vial Normativa, debido a que la Sección vial normativa E-03. Av. 09 de diciembre (Paseo Colón) (Prolongación Norte V.E. Paseo de la República) incluye una estructura subterránea de la que sería la Prolongación de la Vía Expresa, interfiriendo a nivel de vestíbulo con la Estación E-13 Central del Proyecto que también es Subterranea"*.

267. Mediante el Oficio Nº 9284-2017-GSF-OSITRAN, este Regulador efectuó la evaluación al EDI presentado por el Concesionario, señalándose a través de la Nota Nº 265-2017-JCFM-GSF-OSITRAN DEL 04.12.2017 lo siguiente:

"Cabe precisar que, de acuerdo a lo señalado por el Supervisor, para el caso de la Estación Central, no se ha adjuntado la documentación formal que sustente las modificaciones al Proyecto incluidas en el EDI, razón por la que el Concesionario debe ceñirse a los términos de su Propuesta Técnica (PT), de conformidad con lo dispuesto en la posición institucional contenida en el Acuerdo de Consejo Directivo N° 2063-621-17-CD-OSITRAN."

268. Asimismo, para efectos de dicha opinión, el Supervisor precisó que:

"(...) ESTACIÓN DE INTERCAMBIO: El Concesionario debe cumplir el concepto de la PT y Estudio de Factibilidad que define a la Estación Central como una Estación de "intercambio" o de "interconexión" tanto con la futura Línea 3 como con el Metropolitano en el COSAC. Si bien el EDI ha tomado en cuenta la conexión con la futura Línea 3, no lo ha hecho con el Metropolitano (COSAC) ya que no han desarrollado el Túnel o galería de conexión entre ambos".

269. Por su parte, en el Informe Técnico N° 052-2018-MTC/33.8 del 23.03.2018, la Unidad Gerencial de Infraestructura de la AATE señaló en sus conclusiones lo siguiente:

"4.2 Asimismo, al haberse computado los plazos fijados en el Contrato de Concesión (Sección VI Numeral 6.4), para la revisión del EDI, este debió entenderse por "DENEGADO". Sin embargo, encontrándose el Concesionario en la obligación de presentar nuevamente el referido EDI y según lo establecido en la Propuesta Técnica para la Estación Central E-13 (debido a que no existe optimización del Concedente) y cumpliendo con la Normatividad Vigente (compatibilización de la sección vial normativa, entre otros aspectos), a la fecha no lo ha efectuado, lo cual genera retrasos en el proceso de aprobación del mismo y por consiguiente, perjuicios para el proyecto que son imputables al Concesionario."

270. En virtud de lo señalado de manera precedente, existe una indefinición respecto a la emplazamiento y disposición de la infraestructura que sea necesaria para lograr la interconexión entre las Líneas 2 y 3, a través de las Estación Central; por tal motivo, recomendamos al Concedente evalué las soluciones legales y técnicas que permitan lograr oportunamente dicha integración, para lo cual será conveniente acotar claramente los alcances a considerar en el diseño de dicha infraestructura (como por ejemplo, pantallas, andenes, pilares), de conformidad con el Contrato de Concesión, de manera que no se afecte el Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución.

e) Definición de la Fórmula Polinómica

271. Sobre las fórmulas polinómicas, de los cuarentaisiete (47) EDIs aprobados por el Concedente hasta la fecha, ninguno de ellos incluye dichas fórmulas, por lo que no se podría efectuar la liquidación de los Hitos de Obra e Hitos de Provisión de Material Rodante, conforme lo establece el procedimiento establecido en el Apéndice N° 1 del Anexo 5 del Contrato de Concesión.

272. Si bien en el Contrato de Concesión establece cuales son los componentes mínimos que debe incluir la fórmula polinómica no establece si ésta debe incluir diferentes tipos de monedas, o una sola moneda, tampoco establece las proporciones asignadas a cada uno de los componentes que se indican en la cláusula 6.3 del Contrato de Concesión, lo cual ha generado que el Concedente determine que la evaluación de esta fórmula polinómica será integral para todo el proyecto.

273. Sin embargo, hasta la fecha no se cuenta con un acuerdo consensuado entre las partes, motivo por el cual se recomienda al Concedente evaluar la incorporación de precisiones o establecer la metodología a aplicar para la determinación de la fórmula polinómica, a efectos que el Concesionario pueda incluirlas en los EDIS o se elabore una fórmula polinómica integral para el proyecto, lo que permitiría hacer predecible su aplicación y reducir los riesgos asociados a su indefinición.

f) En temas de Seguridad y Salud en el Trabajo

274. En el Item 12.3 apartado 15 del Anexo 06 del Contrato de Concesión se señala que: *"El CONCESIONARIO deberá informar al Regulador, antes de cumplidas las 24 horas de ocurridos, los accidentes o incidentes de relevancia en cuanto a su gravedad potencial (cuasi accidente) o real, indicando el momento de su ocurrencia, las causas, esquemas y las medidas a tomar para mitigar su repetición"*. [El subrayado es nuestro]

275. Considerando el texto de citada dicha disposición y que la "relevancia" tiene un carácter subjetivo según cada caso, el Concesionario a la fecha no viene incluyendo todos los accidentes e incidentes ocurridos, argumentando que éstos nos "no son relevantes".

276. Por tal motivo, dado que existe el riesgo de que incidentes efectivamente relevantes no sean reportados, se propone al Concedente que se omita tal condición, a efectos de que la totalidad de los incidentes sean reportados en su oportunidad. En tal caso, corresponderá al Regulador determinar cuáles de los incidentes efectivamente son relevantes según las consecuencias e implicancias de cada incidente y adoptar las acciones pertinentes en proporción a su calificación.

V. CONCLUSIONES

1. La solicitud de opinión técnica respecto de la propuesta de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Proyecto "Linea 2 y Ramal Av. Faucett - Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao", 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, se puede concluir lo siguiente:

En lo referente a los aspectos Generales de la propuesta de Adenda

- Respecto a los límites máximos de cofinanciamiento, y su efecto en las condiciones de competencia, de los informes de sustento de la propuesta de Adenda N° 2, se pude establecer que el Concedente reconoce la necesidad de establecer montos máximos anuales de cofinanciamiento, con el fin de salvaguardar la Capacidad Presupuestaria del Estado y poder mantener las condiciones de competencia del proyecto.

- Por tanto, en el entiendo que, con la posible aprobación del presente proyecto de adenda, se aprobaría el nuevo cronograma de ejecución de obra sobre el cual el Estado programaría sus nuevos compromisos, y a efectos de mantener los alcances de la estructuración original establecida en el contrato y su distribución de riesgos, corresponderá al MTC y al MEF evaluar si actualizándose los límites máximos de desembolsos anuales, de manera similar a lo

establecido en las Bases del proceso de licitación, y considerándose los hechos sobrevinientes a la fecha en la ejecución de la concesión, se sigue manteniendo el equilibrio económico financiero del Contrato.

- En lo referente a los mayores gastos de financiamiento derivados de la ampliación de plazo de ejecución de obras, se pudo identificar que existe un riesgo de financiamiento del proyecto en lo referente a las inversiones financiadas con el mecanismo de RPI, el cual pretende ser mitigado en su integridad por el proyecto de Adenda N° 2, no obstante, se aprecia que dicho riesgo no es del todo mitigado por la presente propuesta de Adenda, por lo cual, es importante se aclare quien asumiría los posibles gastos financieros.

- Ello en vista que, si bien el Concedente, en primera instancia, establece que cualquier incremento de los gastos de financiamiento son de cuenta y riesgo del privado, también expresa que en su interpretación el Contrato de Concesión no es claro en la determinación de los mecanismos o acciones a realizar antes un problema en el proceso de financiamiento.

- Por tanto, es importante que el Concedente aclare lo expresado en el párrafo anterior, a efectos de establecer con certeza que es el Concesionario el encargado de asumir los posibles riesgos de un aumento en los gastos de financiamiento posteriores a la firma de la adenda N° 2, derivados del cambio en el cronograma de ejecución de obra y, de ser necesario a efectos de mitigar riesgos que puedan interferir con el desarrollo de ejecución de las obras, que el mismo quede expreso en la propuesta de Adenda Nº 2.

- Sobre la opinión de los Acreedores Permitidos, mediante el Informe N° 1560-2018-MTC/25 y la Carta ML2-SPV-CARTA-2018-1444, tanto el Concedente como el Concesionario, afirman que a la fecha de elaboración del presente informe, el Concesionario no mantiene vigente algún Endeudamiento Garantizado Permitido ni acreencia alguna con instituciones calificadas como Acreedores Permitidos, por lo cual, no sería aplicable la cláusula 18.1 del Contrato de Concesión referente a requerir la aprobación de los Acreedores Permitidos para modificaciones contractuales.

- En lo referente a los mayores costos de supervisión, el Regulador identificó que un aumento en el plazo del cronograma de ejecución de obra, podría derivar en mayores gastos de supervisión. Ante ello el Concedente, mediante el Informe N° 1560-2018-MTC/25, señaló que el riesgo de mayores costos de supervisión se encontraría previsto desde la estructuración del Contrato de Concesión, siendo mitigado tanto por el monto disponible para la supervisión (cláusula 6.41 del Contrato de Concesión), como por la disposición contractual de reducir recursos humanos y bienes asignados por el supervisor de obra en caso de paralizaciones o menor ritmo en la ejecución de obra por parte del Concesionario.

- Sin embargo, debe precisarse que no es factible indicar que la estructuración original del Contrato haya contemplado que el periodo constructivo podía ampliarse significativamente tal como lo está estableciendo la propuesta de Adenda N° 2 y, en tal sentido, los costos de supervisión no se definieron contemplando dicho escenario. La situación es más compleja al evaluar la información remitida por el MTC, mediante la cual se evidencia que según el nuevo cronograma constructivo para las obras remuneradas con PPO y PPRM, el 59% de las inversiones (USD 2 184 millones), se efectuarán entre los años 2021 a 2024, periodo que no está contemplado en el contrato de supervisión que mantiene OSITRAN con su supervisor

externo internacional especializado. En consecuencia, la Adenda está incorporando un riesgo de supervisión que las Partes no han contemplado en la determinación de las cláusulas de modificación del Contrato, que para este Organismo Regulador es necesario contemplar, el cual está referido a los mayores costos que puedan originarse por la ampliación del cronograma de ejecución de obras.

- Respecto a las penalidades y sanciones en curso y/o no detectadas, tanto en la lectura de la propuesta de Adenda N° 2, así como, en los informes de sustento no se efectúa mención expresa respecto de cuál será la situación de los procedimientos de penalidades (y sanciones) en curso y/o no detectadas a la fecha, derivadas de posibles incumplimientos de obligaciones contractuales del Concesionario con anterioridad a las modificaciones que se incorporarán con la suscripción del Proyecto de Adenda N° 2.

- A lo anterior se suma que, en el Informe N° 1560-2018-MTC/25, se aprecia una contradicción entre lo manifestado por el MTC en el ítem 4.56 y el ítem 4.59, respecto al trato de las penalidades y sanciones, lo cual se hace de conocimiento, dadoque al tener una lectura distinta, es necesario hacer la precisión en el texto de la adenda.

- Por tanto, se establece que es necesario que el MTC precise cuál será la situación de las penalidades (y sanciones) en curso y/o los incumplimientos no detectados, realizados con anterioridad a la suscripción de la Adenda N° 2.

Respecto a las modificaciones propuestas

A. Incorporación de Definiciones en la Sección I del Contrato de Concesión.

OSITRAN V°B° D. VILLEGAS GERENTE DE SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN

Inclusión de la definición de *"Informe de Avance Físico"*

Considerando el carácter informativo del documento sobre la ejecución de las obras en términos de avance físico y no una valorización y certificación del avance de obra, se considera viable la idea de incluir una definición de informe de avance físico; sin embargo, respecto al texto sugerido en la propuesta de adenda para la definición planteada, se considera que la misma no es clara respecto a la responsabilidad en elaboración y tratamiento del documento.

OSITRAN V°B° A. CHACCHO GERENTE DE ASESORÍA JURÍDICA

- Por tanto, con la finalidad de soslayar cualquier entendimiento contrario al carácter informativo de dicho informe, se recomienda remplazar la definición según lo siguiente:

OSITRAN V°B° R. QUESADA G.

> ***Informe de Avance Físico***
> *Es aquel documento elaborado por el CONCESIONARIO, considerando todos los avances físicos de Obra o Avances de Provisión ejecutados por el CONCESIONARIO estén o no programados para su ejecución en el trimestre correspondiente".*
>
> *Este documento será generado por el CONCESIONARIO de manera trimensual con fines exclusiva y únicamente informativos, el cual será enviado al CONCEDENTE con copia al Regulador (para su revisión) y que no es vinculante para efectos del pago del Avance de Obra o Provisión, ni de ningún otro pago u obligación del CONDEDENTE".*

Inclusión de definición de *"Nuevo Cronograma Actualizado de Entrega de Áreas de la Concesión"*

- En este cronograma, se sinceran las respectivas fechas de entrega de áreas de la concesión, a consecuencia de los retrasos que se vienen verificando en la ejecución del Proyecto, permitiendo de esa manera establecer el Cronograma Actualizado de Ejecución y armonizar con la secuencia constructiva de la obra.

- Teniendo en cuenta los argumentos señalados por el Concedente con relación a la necesidad de sincerar el cronograma de entrega de Áreas de la Concesión y atendiendo a que la modificación propuesta no altera la asignación de riesgos respecto a este aspecto puntual establecida en el Contrato de Concesión, toda vez que el riesgo y la obligación de entrega de terrenos permanece a cargo del Concedente, se considera procedente la inclusión propuesta por las Partes, a fin que se establezcan los nuevos plazos para la entrega de Áreas de la Concesión.

Inclusión de definición de *"Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución"*

- En ese sentido, de la evaluación realizada, se considera que la inclusión del Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución, el cual se basa en el Nuevo Cronograma Actualizado de Entrega del Áreas de la Concesión, permitirá contar con la herramienta que refleje la situación actual, viabilizando de esta manera la ejecución de las obras, así como el seguimiento y control de las mismas.

- Por lo tanto, con base en la información de sustento presentada por el Concedente, se estima procedente la inclusión de esta definición en el proyecto de Adenda, bajo el entendimiento que el mismo no genere variación alguna del presupuesto contemplado del proyecto, ni en la matriz de asignación de riesgos sobre este punto específico establecida en el Contrato de Concesión.

- No obstante, teniendo en cuenta que el cronograma acordado entre las Partes modifica los plazos establecidos en las cláusulas 6.11, 6.21 y 6.24 de la Sección VI del Contrato de Concesión, es necesario que en el proyecto de Adenda se indique expresamente los nuevos plazos máximos referidos en dichas cláusulas.

Inclusión de las definiciones de *"Subestación Eléctrica de Transmisión - SET"* y *"Subestación Eléctrica de Alta Tensión -SEAT"*

- A fin de mitigar los posibles efectos de demora de definición de las SEAT, las Partes habrían acordado lo siguiente: i) establecer nuevas zonas geográficas de Lima y Callao potencialmente propicias para que el Concedente identifique y defina las áreas finales de las SEAT; ii) aclarar y evitar la confusión de las SEAT y SET; iii) incluir de manera referencial los planos de ubicación de las SEAT en el Anexo III de la propuesta de Adenda N° 02; e iv) incorporar como Áreas de la Concesión aquellas áreas finales de las SEAT que sean definidas en su oportunidad por el Concedente. Cabe precisar que la definición de las SEAT debiera entenderse en concordancia con lo señalado en el punto 4.5.12 del Anexo 6.

- Teniendo en cuenta lo señalado por el Concedente, este Regulador considera procedente la incorporación de las citadas definiciones, con la finalidad de facilitar el desarrollo del proyecto y eventualmente mitigar los posibles efectos de la demora para la definición de las áreas donde se ubiquen las SEAT. Sin perjuicio de lo señalado, recomendamos que se incluya el siguiente párrafo al texto de la definición de las SET:

> ***Subestación Eléctrica de Transmisión - SET***
> *Puntos de suministro eléctrico en alta tensión de 60 kV, cuya gestión, operación y administración se encuentra a cargo de los distribuidores eléctricos de la ciudad de Lima y Callao que servirán para la ejecución de las Inversiones Obligatorias.*
> *Desde la SET se inicia la construcción de la línea de transmisión subterránea especificado en el numeral 4.5.13.6 del Anexo 6.*
> [El subrayado es nuestro].

Inclusión de definición de "*Líneas de Transmisión - LT*"

- A partir de la definición propuesta, se desprende que podría existir más de una línea de transmisión y que estas infraestructuras no sólo se limitarán a aquellas que interconecten a las SET y las SEAT. Podrían tener este carácter también aquellas infraestructuras que interconecten las SEAT con las Subestaciones Eléctricas Rectificadoras (SER) o las Cabinas Eléctricas (CE), entre otros.

- Dado que existe una discrepancia en torno a determinar la necesidad de la instalación de un segundo circuito en 60 kV para el Proyecto, consideramos pertinente recomendar al Concedente que evalué dicha circunstancia en el marco de sus competencias e incorpore las precisiones que resulten pertinentes en la definición en cuestión, a efectos de que dicha discrepancia no genere algún impacto en el desarrollo del Proyecto. Sin perjuicio de lo señalado, acorde con las características previstas en el Anexo N° 06 del Contrato de Concesión, sugerimos se precise el texto de la siguiente manera:

> ***"Líneas de Transmisión - LT"***
> *"Líneas de trasmisión **subterráneas** en Alta o Media Tensión, que son parte del sistema de alimentación eléctrica que forma parte de las Inversiones Obligatorias a ser ejecutados por el CONCESIONARIO"*
> [el subrayado es nuestro].

B. **Modificación de Definiciones de la Sección I del Contrato de Concesión**

Modificación de la definición "Hito de Provisión"

- La modificación propuesta busca evitar costos adicionales de almacenamiento y mantenimiento no previstos respecto del Material Rodante correspondiente a la Segunda Etapa, debido al retraso existente en las obras y la puesta en servicio de las diferentes etapas, de manera que exista concordancia con el Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución incorporado a través de la propuesta de Adenda N° 02. Por consiguiente, teniendo en cuenta lo referido por el Concedente y la incorporación del Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución, este Regulador considera procedente la modificación bajo comentario a fin de guardar correspondencia con la secuencia constructiva propuesta y evitar costos adicionales.

Modificación de la definición "Reporte de Avance de Obra"

- En lo referente a la propuesta de modificación de la definición del **Reporte de Avance de Obra**, el cual pretende eliminar la aprobación de este por parte del Concedente, este Organismo Regulador expresa su desacuerdo con la modificación incorporada; y considera que debe mantenerse la redacción original del Contrato, que desde su concepción determinó la necesidad de una aprobación expresa del Concedente de un Informe de Avance de obra emitido por el Regulador, de tal manera que, posteriormente, recién se proceda a la emisión del CAO, el cual ya es irrevocable y originará la emisión del RPICAO.

- Sin embargo, si en caso el Concedente decide eliminar el requisito de aprobación del Reporte de Avance de Obra por parte del Concedente como condición o paso previo a la emisión del CAO, sería necesario ajustar la redacción del numeral v) del procedimiento que regula la retribución de inversiones en obras (Apendice 1 del Anexo 5), de manera que se indique que los CAO emitidos no conllevan una obligación irrevocable de pago mientras el Concedente no haya cumplido con lo dispuesto en las normas que regulan el marco normativo aplicable a la Administración Financiera del Sector Público para el reconocimiento (y, de corresponder, devengo) de la obligación allí representada.

Modificación de la definición "Valorización de Avance"

- Respecto a la propuesta de modificación de la definición de **valorización de Avance**, que se refiere al cambio de distribución por fuente de pago correspondiente a cada Avance de Obra y/o Avance de Provisión (PPO y RPI), se debe precisar que, si bien de la definición actual de la valorización de avance, podría interpretarse que esta es referencial, no especifica el nivel de cambio que puede realizarse, teniendo en cuenta que el método de valorización afecta directamente a los recursos del Estado ya que estos se programan en base a las condiciones previamente establecidas.

- Ante ello, se debe precisar que la propuesta de Adenda N° 2 implica que las fechas de pago por RPI serán adelantadas en comparación al cronograma vigente, en tal sentido siendo el MEF el encargado de velar por los recursos y programas de desembolso, se recomienda que este evalué si la modificación propuesta no afecta los pasivos contingentes del Estado.

C. Sobre la modificación de la Cláusula 5.16 de la Sección V – Régimen de Bienes.

- Esta modificación se encuentra referida a los cerramientos y permitiría al Concedente retrasar la entrega de las Áreas de la Concesión sin afectar el Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución, con la finalidad de salvaguardar el interés público y evitar impactos viales y sociales innecesarios, de manera que los cerramientos sean oportunos y proporcionales con el avance de las Obras. En tal sentido, teniendo en consideración la necesidad de mitigar el impacto ambiental y las externalidades sobre la población que pudiera generar el desarrollo del Proyecto, consideramos pertinente la propuesta de modificación.

D. Sobre la modificación de la Cláusula 6.4 de los Estudios Definitivos de Ingeniería.

- Dado que a la fecha existe un desfase significativo entre los plazos señalados según la Adenda N° 01 con las modificaciones propuestas en la Adenda N° 02, se considera procedente la modificación que se propone en la Cláusula 6.4, dado que la misma adecúa los plazos para la presentación de los Estudios Definitivos de Ingeniería (EDIs) en

concordancia con el Nuevo Cronograma Actualizado de Entrega de Áreas de la Concesión y el Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución.

- Sin perjuicio de lo señalado, en relación a las penalidades que correspondan aplicar por incumplimientos del Concesionario con anterioridad a la fecha de suscripción de la Adenda N° 02, cabe destacar que en el numeral 6.94 de su Informe N° 1517-2018-MTC/25 el Concedente precisa que *"cualquier penalidad impuesta por el Regulador al Concesionario con anterioridad a la suscripción del Proyecto de Adenda Nº 2, seguirá su curso regular, es decir la suscripción del presente Proyecto de Adenda Nº 2 no implicará en ninguna forma, ni modo, ni extremo una reducción o exoneración o condonación o anulación de la penalidad impuesta".*

E. Sobre la modificación de la Cláusula 6.7 De los Estudios Definitivos de Ingenieria (EDI).(modificaciones menores)

- A partir de lo señalado por el Concedente y la necesidad de contar con un marco que facilite el ejercicio de las funciones de supervisión de este Regulador, consideramos que esta modificación es adecuada y beneficiosa para el Proyecto, dado que agiliza el desarrollo en la etapa de ejecución de obras y mejora su ejecución contractual a futuro.

- Sin embargo, cabe precisar que este Regulador dispuso al Supervisor en su oportunidad (a través del Oficio N° 02877-2018-GSF-OSITRAN del 03.04.2018) que para la aprobación de soluciones técnicas entendidas como "cambios menores" que no impliquen modificaciones de costo, plazo o especificaciones técnicas de un EDI aprobado, se debe continuar con el procedimiento a través del cual el Supervisor –luego de su evaluación– otorga Conformidad Técnica, informando para conocimiento a OSITRAN, en cuyo caso no correspondería la aplicación de lo establecido en la cláusula 6.7 del Contrato de Concesión; de esta manera, dichos cambios pasarán a integrar la documentación técnica final (as built), tal como lo establece el ítem 6.2 del Contrato de Concesión como uno de los requisitos para el cumplimiento de las Inversiones Obligatorias de cada Etapa. Lo señalado se viene aplicando desde dicha fecha hasta la actualidad.

- Sin embargo y sin perjuicio a lo anterior, se sugiere precisar el texto referido, de la siguiente manera:

> *<u>Cerramientos</u>*
>
> *<u>En caso el CONCEDENTE lo considere necesario, podrá requerir, excepcionalmente y por escrito, al CONCESIONARIO no realizar actividades de cerramiento en algunas de las Áreas de la Concesión correspondientes a la Segunda Etapa. El CONCESIONARIO solo podrá oponerse justificando técnicamente las razones que le impiden cumplir con dicho requerimiento.</u>*
>
> *<u>De no mediar oposición las Partes seguirán el siguiente procedimiento:</u>*

F. **Sobre la modificación de la Cláusula 6.30 del Hito de Obra.**

- El Concedente señala que la modificación se efectúa para agilizar el proceso de revisión de las valorizaciones, generando incentivos para la recepción parcial de áreas de la Concesión, concluyendo que esta no genera cambios en las condiciones de competencia para la adjudicación de la buena pro del proyecto.

- Sin embargo, debe precisarse que esta sigue siendo una interpretación propia del Concedente bajo el escenario de la problemática actual del proyecto, por lo cual, se ratifica lo expuesto por el regulador mediante el Oficio N° 183-18-GG-OSITRAN, en el cual se sugiere solicitar opinión a PROINVERSION para que especifique la razón inicial para fijar dicho monto y que la aprobación para efectos de pago del cofinanciamiento correspondiente sea que se ejecute al menos el 95% de dicho valor.

G. **Sobre la modificación del punto II del Apéndice 1 del Anexo N° 5 - Procedimiento Para La Retribución De Inversiones Obligatorias.**

- De la revisión de la propuesta de Adenda N° 2 se observa que las modificaciones básicamente giran en torno a dos aspectos: i) La simplificación del procedimiento de los reconocimientos de las inversiones efectuadas por el Concesionario, de manera que existiría una sola fase procedimental (en lugar de dos fases) que conlleve a la emisión conjunta por parte del Regulador tanto del Reporte de Avance de Obra (RAO) como del Certificado de Avance de Obra (CAO), por lo que se ha eliminado la fase intermedia de aprobación y revisión por parte del Concedente; y ii) La omisión de las referencias a la participación del Concedente y la aprobación a su cargo del RAO y CAO. Asimismo, se traslada expresamente esta responsabilidad al Regulador.

- Sobre este último punto, nos reafirmamos en lo señalado en el punto B del presente informe referido a la modificación de la definición del "Reporte de Avance de Obra".

- En ese sentido, consideramos que en efecto el Concedente no puede desentenderse de su rol y de sus obligaciones legales y contractuales con relación a la aprobación de los pagos materia de los Avances de Obra y de Provisión, más aún si el Concedente (y ninguna otra entidad) es la contraparte del Contrato de Concesión, además de propietaria de la infraestructura objeto del referido Contrato, razón por la cual rechazamos la propuesta de modificación y recomendamos que se mantenga según la redacción original del Contrato de Concesión; sin embargo, en caso se mantenga la referida modificación, esta carecerá de efectos jurídicos.

H. **Sobre la modificación del Anexo 8 – Área de la Concesión.**

- Las razones que motivarían la modificación bajo comentario giran en torno a lo siguiente: a) la falta de áreas para pozos de extracción y ataque para las tuneladoras; b) la falta de áreas para la ubicación de las Subestaciones Eléctricas de Alta Tensión ("SEAT") del Proyecto (áreas que también formarán parte de las Áreas de la Concesión –según la definición que se incorpora en la Adenda N° 2); y; c) la necesidad de efectuar modificaciones u "optimizaciones" a las Áreas de la Concesión existentes en el Anexo 8 del

Contrato de Concesión (tanto para las estaciones, pozos de ventilación y accesos), que –a juicio del Concedente– supondrían modificaciones bajo la responsabilidad de la Concesionaria. Estas "optimizaciones", que no han sido debidamente detalladas por el Concedente a través de Informe N° 1517-2018-MTC/25 y no se desprenden a partir del texto de la Adenda N° 2, podrían generar retrasos en el Proyecto en caso no se efectúen a través de la Adenda N° 2.

- Con relación a los puntos a) y b), dichas áreas técnicamente resultan cruciales tanto para las labores de la Tuneladora (durante la ejecución de las Obras) como para provisión de energía eléctrica a la infraestructura férrea (durante la etapa de operación y explotación). Sobre el punto c), el Concedente ha puntualizado que *"En relación a las optimizaciones se desprende que de las veintisiete (27) Áreas de la Concesión del Anexo III del Proyecto de Adenda N° 02 que cuentan con alguna modificación respecto del Anexo 8 vigente, en opinión del Concedente se ha identificado que en tres (3) casos corresponden a optimizaciones propuestas por el Concedente, y en las restantes veinticuatro (24) áreas existe discrepancia con la Concesionaria en relación a la responsabilidad del cambio/modificación de las áreas respecto al Anexo 8. Para el Concedente estas serían optimizaciones de responsabilidad de la Concesionaria"*.

- Las modificaciones propuestas como parte de las "optimizaciones" a las Áreas de la Concesión condicionan el espacio físico donde se desarrollarán los diseños a detalle de los EDIs por parte el Concesionario, lo que podría acarrear mayores o menores costos en comparación con lo señalado en la Propuesta Técnica, según sea el caso. Si bien estos mayores o menores costos forman parte del riesgo de diseño asumido por el Concesionario, corresponde al Concedente efectuar el análisis en torno a que dichas modificaciones no generen *prima facie* alguna condición que podría alterar negativamente la calidad del Proyecto ni afectar los niveles de servicios, de manera que no se generen condiciones que rebajen la calidad del Proyecto sin un sustento que así lo avale. Sin perjuicio de ello, este Regulador verificará a través del procedimiento de revisión de los EDIs que a nivel de detalle se mantengan los niveles de servicio y la calidad del Proyecto, una vez que sean presentados los estudios de ingeniería que correspondan a las modificaciones a las Áreas de la Concesión comprendidas en la propuesta de Adenda N° 02 del Contrato de Concesión.

- Finalmente, deben concordarse expresamente en las progresivas indicadas en el Anexo N° 06 del Contrato de Concesión, en particular en lo referido a la planimetría y el numeral 3.1.3.4 respecto de la ubicación de las estaciones y la distancia entre ellas, razón por la cual debiera añadirse lo pertinente en la propuesta de Adenda N° 02.

I. Sobre la Cláusula Cuarta: Planta de Dovelas.

- En virtud de lo señalado y que la disposición de la nueva área para la fábrica de dovelas permitirá la culminación de las inversiones en el menor tiempo disponible, se considera adecuada la modificación contractual propuesta en el proyecto de Adenda.

- Sin perjuicio de lo señalado, debemos advertir que la demora en la entrega del área denominada "Quilca" podría impactar negativamente en el plazo de ejecución de todo el proyecto, por lo que siendo la implantación de la Planta de dovelas una actividad crítica en el desarrollo de la integridad del Proyecto, se debiera especificar expresamente la fecha máxima que dispondrá el Concedente para la entrega al Concesionario de la referida área.

J. **Sobre la Cláusula Quinta: Declaración de las Partes.**

- A partir de lo señalado por el Concedente, se verifica que es común intención de las Partes "encapsular" las consecuencias que son objeto del Arbitraje CIADI y los incumplimientos que tuvieron lugar antes de la suscripción de la propuesta de Adenda N° 02, de manera que esta no perjudique las reclamaciones planteadas por las Partes en dicho arbitraje, por lo que consideramos que resulta pertinente lo referido en esta cláusula, a efectos de continuar con el desarrollo y ejecución del Contrato de Concesión.

- Esta circunstancia incluye a las penalidades que dichos incumplimientos acarreen; al respecto, en el literal E del numeral VI.3.2 del presente documento, respecto de las penalidades y sanciones en curso y/o no detectadas, se indicó que existe una contradicción entre lo manifestado por el MTC en el ítem 4.56 y el ítem 4.59, por lo que este Regulador se ratifica en lo manifestado en el Oficio N° 183-18-GG-OSITRAN, en el sentido que las sanciones derivadas de incumplimientos legales por parte del Concesionario no son susceptibles de inaplicación vía contrato.

En cuanto a los aspectos pendientes vinculados a la ejecución del Proyecto no contemplados en la propuesta de Adenda N° 02

- En aras de contribuir a una mejor ejecución del Contrato de Concesión, este Regulador ha considerado pertinente destacar –sin carácter exhaustivo– algunos aspectos cuya definición se encuentra pendiente y que son cruciales para el desarrollo del Proyecto, los cuales no condicionan la opinión materia del presente informe. El detalle de dichos aspectos se encuentra en el interior del presente informe y están referidos a lo siguiente:

  a) Integración entre la Línea 1 y 2 a través de la Estación E-16 - 28 de Julio;
  b) Integración entre las Líneas 2 y 4 a través de la Estación Carmen de la Legua;
  c) Integración de Línea 4 con ampliación del Aeropuerto Internacional Jorge Chavez;
  d) Intercambiador con la Estación Central como parte de conexión de las Líneas 2 y 3;
  e) Definición de la Fórmula Polinómica;
  f) Temas de Seguridad y Salud en el Trabajo.

- Con relación a las situaciones antes descritas, recomendamos al Concedente que evalúe oportunamente las medidas y acciones que resulten pertinentes, en el marco de sus competencias, a efectos de que no se afecte el Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución (materia de la propuesta de Adenda N° 02), se reduzcan los riesgos asociados y se logren los objetivos del Contrato de Concesión.

VI. RECOMENDACIÓN

Se recomienda al Consejo Directivo aprobar el presente Informe, que contiene la opinión técnica requerida por el Concedente, respecto del proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Proyecto "Línea 2 y Ramal Av. Faucett - Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao".

Atentamente,

RICARDO QUESADA ORÉ
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

DAVID VILLEGAS BALAREZO
Gerente de Supervisión y Fiscalización (e)

JAVIER CHOCANO PORTILLO
Gerente de Asesoría Jurídica

Reg. Sal. 38620-18
Reg. Ref. 23627-18
24163-18

OSITRAN
GERENCIA GENERAL
PROVEIDO N°: 764-2018-66
PARA :SCD
ACCIONES A SEGUIR :SE REMITE INFORME TÉCNICO PARA SU INCLUSIÓN EN AGENDA DEL CONSEJO DIRECTIVO
FECHA 15 OCT. 2018
V°B°