CARGO

PERÚ | Presidencia del Consejo de Ministros | OSITRÁN | Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público

"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

OFICIO N° 0086-2019-SCD-OSITRAN

DP WORLD CALLAO S.R.L.

Lima, 22 de mayo de 2019

2019 MAY 23 10:25

Señor
GERARD VAN DEN HEUVEL
Gerente General
DP WORLD CALLAO S.R.L.
Av. Manco Cápac 113
Callao.-

COMO ACUSE DE RECIBIDO
NO [illegible] CONFORMIDAD

Asunto : Opinión técnica sobre el Proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur.

Referencia : Acuerdo de Consejo Directivo N° 2185-671-19-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° 671-2019-CD-OSITRAN de fecha 22 de mayo de 2019, se adoptó el Acuerdo N° 2185-671-19-CD-OSITRAN, referido a la opinión técnica sobre el Proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur.

Al respecto, remito a usted copia certificada del referido Acuerdo, así como copia del Informe Conjunto N° 068-2019-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), para su conocimiento y fines.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,

HUMBERTO SHEPUT STUCCHI
Secretario del Consejo Directivo

NT: 2019039556

NOTIFICACIÓN PERSONAL
Fecha: .....
Hora: .....
Nombre: .....
.....
DNI: .....
Relación con el administrado:
.....
.....
FIRMA

Estas son copias auténticas imprimibles de documentos electrónicos archivados por el OSITRAN, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: https://servicios.ositran.gob.pe:8443/SGDEntidades

NT: 2019039556
Clave: tbq2IYP

ACUERDO N° 2185-671-19-CD-OSITRAN
de fecha 22 de mayo de 2019

Vistos, el Proveído del Informe Conjunto N° 068-2019-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), 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 Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur; los Oficios Nos. 1257-2019-MTC/19, 093-2019-GG-OSITRAN, 1345-2019-MTC/19, 1587-2019-MTC/19 y 1782-2019-MTC/19. 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 Decreto Legislativo N° 1362, "Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos", y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 240-2018-EF; el Consejo Directivo de OSITRAN acordó por unanimidad:

a) Aprobar el Informe Conjunto N° 068-2019-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ) y, en consecuencia, emitir opinión técnica del Regulador respecto del proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur.

b) La opinión técnica emitida por OSITRAN tiene carácter no vinculante, de acuerdo con lo expresamente señalado por el numeral 55.4 del artículo 55 del Decreto Legislativo N° 1362 y el numeral 138.3 del artículo 138 de su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 240-2018-EF.

c) Notificar el presente Acuerdo, así como el Informe Conjunto N° 068-2019-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ) al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a la empresa Concesionaria DP World Callao S.R.L.

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

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

.....

HUMBERTO SHEPUT STUCCHI
Secretario del Consejo Directivo
OSITRAN

INFORME CONJUNTO Nº 068-2019-IC-OSITRAN
(GRE-GSF-GAJ)

Para	:	**JUAN CARLOS MEJÍA CORNEJO** Gerente General
De	:	**RICARDO QUESADA ORÉ** Gerente de Regulación y Estudios Económicos
		FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA Gerente de Supervisión y Fiscalización
		HUMBERTO SHEPUT STUCCHI Gerente de Asesoría Jurídica
Asunto	:	Opinión sobre la propuesta de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur
Referencia	:	Oficio N° 1587-2019-MTC/19
Fecha	:	22 de mayo de 2019

I. OBJETO

1. Emitir opinión técnica solicitada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a través del Oficio N° 1587-2019-MTC/19, respecto del proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur (en adelante, el Proyecto de Adenda).

II. ANTECEDENTES

2. El 24 de julio de 2006, el Estado de la República del Perú (en adelante, el Concedente) y DP World Callao S.A. (hoy, DP World Callao S.R.L.; en adelante, el Concesionario) suscribieron el Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores ubicado adyacente al rompeolas sur del Terminal Portuario del Callao – Zona Sur (en adelante, el Contrato de Concesión).

3. El 11 de marzo de 2010, el Concedente y el Concesionario (en adelante, las Partes) suscribieron la Adenda N° 1 al Contrato de Concesión, referida a la incorporación de las definiciones de obras mayores y obras menores dentro de la cláusula 1.20.67., y de un segundo párrafo a la cláusula 15.6; así como la modificación de la cláusula 6.6., y numeral 2.3.3. del Anexo 9 del Contrato de Concesión.

4. Mediante Oficio Circular N° 006-14-SCD-OSITRAN de fecha 27 de enero de 2014, el Organismo Supervisor de Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante, el Ositrán, Regulador u Organismo Regulador) puso en conocimiento del Concedente, la interpretación efectuada con Resolución N° 005-2014-CD-OSITRAN respecto a la Sección VI del Contrato de Concesión, referida a los plazos y procedimientos de aprobación del expediente técnico y la ejecución de obras, recomendando que el Concedente convoque al Concesionario, a fin de determinar los términos y plazos para la implementación de la Fase 2, mediante la suscripción de una Adenda al Contrato de Concesión.

5. Mediante Oficio N° 0910-2019-MTC/25 recibido el 25 de febrero de 2019, el Concedente comunicó a este Organismo Regulador el inicio de la evaluación de la propuesta de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión que el Concesionario le había remitido mediante Carta N° DALC.DPWC.035-2019 del 21 de febrero de 2019. Asimismo, en dicha comunicación, el Concedente convocó a una reunión de evaluación conjunta, la cual se

realizó el 1 de marzo de 2019 en las instalaciones de la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, APN).

6. Mediante Oficio N° 010-2019-EF/68.02 del 13 de marzo de 2019, al cual adjunta el Informe N° 076-2019-EF/68.02, la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada del Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, MEF) emitió opinión respecto del alcance e interpretación de las normas del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, indicando que: "(e)n el caso de modificaciones al Contrato de APP, la no inclusión de la cláusula anticorrupción no está sancionada con la nulidad por el marco jurídico vigente", aunque el MEF también señala que "... es recomendable que en el proceso de modificaciones al Contrato de APP, las Partes, previo acuerdo, consideren la inclusión de la cláusula anticorrupción, siguiendo el procedimiento indicado en la normativa vigente".

7. Con fecha 29 de marzo de 2019, mediante Oficio N° 0683-2019-MTC/19, el Concedente envió al Concesionario un nuevo proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión, solicitándole su opinión y aprobación. En respuesta a dicha solicitud, mediante Carta N° DALC.DPWC.057.2019 del 11 de abril de 2019, el Concesionario emitió su conformidad al proyecto de Adenda N° 2 del Contrato de Concesión, precisando que "(s)in perjuicio de ello, hemos hecho algunas precisiones debido a errores mecanográficos, los mismos que hemos marcado con control de cambios".

8. Por medio del Oficio N° 1060-2019-MTC/19 recibido el 15 de abril de 2019, el Concedente comunicó a este Organismo Regulador la finalización de la evaluación conjunta del proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión, indicando que en los siguientes días cumplirá con remitir el sustento respectivo del mencionado proyecto de adenda.

9. Mediante Oficio N° 0352-2019-APN-GG-UAJ del 23 de abril de 2019, la APN comunicó al Concedente, la aprobación del Informe Técnico Legal N° 049-2019-APN-UAJ-DIPLA-UPS-DITEC-DOMA, con el cual emiten opinión favorable respecto del proyecto de Adenda N° 2 del Contrato de Concesión. La opinión de la APN fue solicitada por el Concedente mediante Oficio Nº 1057-2019-MTC/19 del 12 de abril de 2019, a través del cual remitió la versión del proyecto de Adenda N° 2 del Contrato de Concesión que el Concesionario había enviado a través de la mencionada Carta N° DALC.DPWC.057.2019 del 11 de abril de 2019.

10. Por medio del Oficio N° 1257-2019-MTC/19 del 24 de abril de 2019, el Concesionario solicitó a este Organismo Regulador emitir opinión respecto del proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión (en adelante, proyecto de Adenda), y también remitió su Informe Nº 0420-2019-MTC/19.

11. El 29 de abril de 2019, el Ositrán por intermedio del Oficio Nº 093-2019-GG-OSITRAN solicitó al MTC la siguiente información: (i) proyecto de Adenda visado por el MTC y la empresa concesionaria DP World Callao S.R.L.; (ii) sustento de la proyección de los movimientos de carga contenedorizada que se movilizará a través del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur (en adelante, Muelle Sur); (iii) documentación que formalizaría la aprobación por parte del Concedente o de la APN de la decisión referida a que el equipamiento y las obras indicadas en el numeral 60 del Informe Técnico Legal 0049-2019-APN-UAG-DOMA-UPS-DITEC-DIPLA (1 grúa pórtico de muelle, 6 tracto camiones y 6 chasis de terminal y obras en el área 1B y patio existente) forman parte de la denominada Fase 2; y (iv) confirmación respecto a si las opiniones del MTC y de la APN respecto del proyecto de Adenda, se encuentran efectivamente contenidas en los "Informe Nº 0420-2019-MTC/19" e "Informe Nº 0049-2019-APN-UAJ-DOMA-UPS-DITEC-DIPLA" respectivamente.

12. A través del Oficio N° 1345-2019-MTC/19 del 29 de abril de 2019, el MTC precisó que el Oficio N° 1257-2019-MTC/19 presenta un error material al mencionar que se remite el Informe N° 046-2019-MTC/19, el cual debería ser el Informe N° 0420-2019-MTC/19, y el Informe Nº 0420-2019-APN-UAJ-DCMA-UPS-DITEC-DIPLA, el cual debería ser el Informe Nº 049-2019-APN-UAJ-DCMA-UPS-DITEC-DIPLA.

13. Mediante Oficio N° 1587-2019-MTC/19 del 8 de mayo de 2019, el MTC envió la información solicitada por este Organismo Regulador por medio del Oficio N° 093-2019-GG-OSITRAN, adjuntando el Oficio N° 0394-2019-APN-GG-DIPLA, copia del Proyecto de Adenda N° 2 visado por las Partes, precisiones respecto de las Cláusulas Séptima, Octava y Novena del Proyecto de Adenda, y demás documentos solicitados por este Organismo Regulador. Asimismo, en dicho Oficio, el MTC nos comunicó sobre la incorporación de una Cláusula décima al Proyecto de Adenda a solicitud de la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada del Ministerio de Economía y Finanzas, referida al proceso arbitral que mantiene el Estado Peruano con el Concesionario ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI). Adicionalmente a la información solicitada por este Organismo Regulador mediante Oficio N° 093-2019-GG-OSITRAN, mediante Oficio N° 0394-2019-APN-GG-DIPLA, la APN presentó en el Apéndice 3 del Anexo 1 de dicha comunicación, una aclaración respecto de los conceptos utilizados para para determinar los gatillos de las Sub Fases 2B y 2C de la Fase 2 del Contrato de Concesión.

14. Por medio de Oficio N° 1782-2019-MTC/19 del 16 de mayo de 2019, el Concedente remite a este Organismo Regulador en calidad de información complementaria, el Oficio N° 0431-2019-APN/GG-DIPLA, en el cual la APN le envía una modificación del Apéndice 3 del Anexo 1 del Oficio N° 0394-2019-APN-GG-DIPLA. En dicha modificación se realiza algunas precisiones respecto de los conceptos y cálculo utilizados para determinar los gatillos de las Sub Fases 2B y 2C de la Fase 2 del Contrato de Concesión.

15. En la sesión de Consejo Directivo de fecha 22 de mayo de 2019, se solicitó realizar algunas precisiones al Informe Conjunto N° 065-19-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), lo cual ha sido atendido en el presente informe.

III. MARCO LEGAL Y CONTRACTUAL APLICABLE

III.1 Sobre la modificación del Contrato de Concesión

16. El inciso 55.1 del artículo 55 del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada Mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, (en adelante, DL 1362), establece lo siguiente:

> *"**Artículo 55.- Modificaciones contractuales***
> *55.1 El Estado, de común acuerdo con el inversionista, puede 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."*
>
> [El subrayado es nuestro.]

17. Del mismo modo, el artículo 134 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362 (en adelante, DL 1362), aprobado por el Decreto Supremo N° 240-2018-EF (en adelante, el Reglamento del DL 1362), 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 la entidad pública titular del proyecto es responsable de sustentar el valor por dinero a favor del Estado y que, durante el proceso de evaluación de una adenda, es obligación de la entidad pública titular del proyecto publicar en su portal institucional las propuestas de modificaciones contractuales que se presenten durante su evaluación.

18. 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.

19. 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 Ositrán, 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.

(...)"

[El subrayado es nuestro.]

20. En concordancia con lo anterior, el artículo 28 del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante, REGO), aprobado por el Decreto Supremo N° 044-2006-PCM[1] y sus modificatorias, establece que corresponde a este Regulador, a través de su Consejo Directivo, emitir opinión respecto de las propuestas de modificación de los contratos de concesión. En tal sentido, dispone lo siguiente:

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

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

(...)

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

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. (...)"

[El subrayado es nuestro.]

21. En concordancia con ello, el inciso 9 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán, 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; (...)"

22. Por su parte, la Sección XVII del Contrato de Concesión señala lo siguiente:

*"**SECCIÓN XVII: MODIFICACIONES AL CONTRATO***

17.1 Toda solicitud de enmienda, adición, o modificación del presente Contrato deberá ser presentada al REGULADOR, con copia para la otra Parte, con el debido sustento. El CONCEDENTE o el CONCESIONARIO resolverán la solicitud contando con la opinión del REGULADOR. El acuerdo de modificación será obligatorio para las Partes solamente si consta por escrito y es firmado por los representantes debidamente autorizados de las Partes.

De conformidad con el Artículo 33° del TUO, el CONCEDENTE podrá modificar el presente Contrato, previo acuerdo con el CONCESIONARIO, cuando ello resulte necesario, respetando en lo posible su naturaleza, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio – económico financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.

17.2 En consideración a lo dispuesto en el párrafo precedente las Partes expresamente convienen que el CONCEDENTE podrá modificar el presente Contrato, previo acuerdo con el CONCESIONARIO y con la opinión previa del REGULADOR, siempre que ello sea necesario y esté debidamente sustentado, para:

---

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

i. Que el CONCESIONARIO pueda obtener el Endeudamiento Garantizado Permitido; o

ii. Que esté relacionado con la naturaleza de la garantía que se otorgue a los Acreedores Permitidos, y de acuerdo a lo previsto en la Sección X de este Contrato; o

iii. 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;

iv. Restablecer el equilibrio económico - financiero, de acuerdo con lo previsto en Cláusula 8.21 y 8.22."

[El subrayado es nuestro.]

23. En lo que respecta a las referencias normativas que se hacen en los distintos numerales de la Sección XVII del Contrato de Concesión, corresponde tener en cuenta que el Decreto Legislativo N° 1012 y el Decreto Supremo N° 059-96-PCM[2] fueron derogados por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1224[3] (recogida en la Primera Disposición Complementaria Derogatoria del TUO DL 1224). Asimismo, es conveniente indicar que, en la Única Disposición Complementaria Derogatoria del DL 1362 se derogó el Decreto Legislativo 1224[4].

24. Asimismo, como puede observarse, existiría una contradicción entre lo dispuesto por el artículo 134 del Reglamento del DL 1362 y la Cláusula 17.1 del Contrato de Concesión. Al respecto, debe tenerse en consideración que, en virtud de lo dispuesto por la Cláusula 1.20.60 "Leyes y Disposiciones Aplicables", el contrato de concesión se regula por las normas con rango de ley, reglamentos, directivas y resoluciones, que "pueda dictar cualquier Autoridad Gubernamental competente", motivo por el cual prevalece lo señalado en el mencionado reglamento.

25. De otro lado, el DL 1362 establece en sus numerales 55.2 al 55.10 el mecanismo de Evaluación Conjunta con que se inicia el procedimiento adenda:

*"**Artículo 55.- Modificaciones contractuales***

(...)

55.2 En el plazo de diez (10) días hábiles de recibida la solicitud de adenda, la entidad pública titular del proyecto convoca a las entidades públicas competentes que deben emitir opinión a la adenda propuesta, quienes asisten al proceso de evaluación conjunta, al cual también puede ser convocado el inversionista. En esta etapa, se puede solicitar información sobre el diseño del proyecto y del contrato al Organismo Promotor de la Inversión Privada que tuvo a su cargo el proceso de promoción que originó el contrato, o al órgano que haga sus veces.

55.3 Dentro del plazo establecido en el Reglamento, Proinversión emite opinión no vinculante en los contratos de Asociación Público Privada cuyo proceso de promoción estuvo a su cargo.

55.4 Culminado el proceso de evaluación conjunta, la entidad pública titular del proyecto evalúa y sustenta las modificaciones contractuales; asimismo, solicita la opinión no vinculante del organismo regulador respectivo, así como la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, en caso se involucren materias de competencia de este último.

55.5 Los acuerdos que contienen modificaciones al contrato de Asociación Público Privada sobre materias de competencia del Ministerio de Economía y Finanzas, que no

---

[2] 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).

[3] 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.

[4] *"DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA*
ÚNICA. Derogación de normas
Derógase el Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos."

cuenten con su opinión previa favorable, no surten efectos y son nulos de pleno derecho.

55.6 Recabadas las opiniones del organismo regulador y del Ministerio de Economía y Finanzas, la entidad titular del proyecto solicita a la Contraloría General de la República la emisión del Informe Previo, en caso las modificaciones incorporen o alteren el cofinanciamiento o las garantías del contrato de Asociación Público Privada. Dicho Informe Previo se emite en el plazo máximo de diez (10) días hábiles.

55.7 El Informe Previo tiene el carácter de no vinculante y versa sobre los aspectos que comprometen el crédito o la capacidad financiera del Estado, de conformidad con lo previsto en el inciso l) del artículo 22 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

55.8 Una vez suscrita la modificación contractual, el organismo regulador y el Ministerio de Economía y Finanzas publican sus opiniones en sus respectivos portales institucionales.

55.9 De no emitirse las opiniones señaladas en este artículo dentro de los plazos previstos, se considera que son favorables.

55.10 Los demás plazos y procedimientos relacionados con la aplicación del presente artículo, se establecen en el Reglamento."

[El subrayado es nuestro.]

26. Con relación a lo anterior, los artículos 135, 136 y 137 del Reglamento del DL 1362, establecen lo siguiente:

"Artículo 135.- Límite temporal para la suscripción de modificaciones contractuales

Durante los tres (03) primeros años contados desde la fecha de suscripción del Contrato, no pueden suscribirse modificaciones contractuales a los Contratos de APP, salvo que se trate de:

1. *La corrección de errores materiales.*
2. *Hechos sobrevinientes a la adjudicación de la buena pro que generan modificaciones imprescindibles para la ejecución del proyecto.*
3. *La precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato.*
4. *El restablecimiento del equilibrio económico financiero, siempre y cuando resulte estrictamente de la aplicación del Contrato suscrito, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37."*

"Artículo 136.- Evaluación conjunta

136.1 Las modificaciones contractuales a solicitud del Inversionista deben estar sustentadas y adjuntar los términos de la modificación propuesta. Esta propuesta de modificación contractual es publicada por la entidad pública titular del proyecto en su portal institucional, dentro del plazo de cinco (05) días calendario de recibida.

136.2 Recibida la propuesta, la entidad pública titular del proyecto en el plazo máximo de diez (10) días hábiles, convoca a las entidades públicas que deben emitir opinión a la modificación contractual propuesta, para el inicio del proceso de evaluación conjunta, adjuntando la información presentada por el Inversionista. De manera previa a la primera reunión, dichas entidades públicas designan mediante comunicación escrita o electrónica a los representantes titulares y alternos que participan de la evaluación conjunta. Si el representante o alterno, no están presentes en la reunión, no se reconoce la participación de esa entidad.

136.3 De acuerdo a las fechas programadas por la entidad pública titular del proyecto, las entidades públicas convocadas tienen la obligación de asistir a las sesiones del proceso de evaluación conjunta. Asimismo, en esta etapa puede requerirse que Proinversión informe sobre la estructuración económica financiera originaria del proyecto y la asignación original de riesgos del proyecto.

136.4 Las entidades públicas convocadas emiten comentarios y/o consultas preliminares a los temas y/o materias de la modificación contractual, pudiendo solicitar la información adicional que resulte necesaria para complementar su evaluación. Corresponde únicamente a la entidad pública titular del proyecto determinar la concurrencia del Inversionista y sus financistas, de ser necesario.

136.5 Para efectos de lo establecido en el párrafo precedente, el Inversionista puede convocar, a través de la entidad pública titular del proyecto, a las entidades públicas que participan en el proceso de evaluación conjunta, a efectos de exponer su propuesta de modificación contractual y presentar información complementaria.

136.6 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 de que el Inversionista o la entidad pública titular del proyecto presenten cambios a la propuesta de modificación contractual, éstas se incorporan a la evaluación sin que ello implique retrotraer el análisis.

136.7 El proceso de evaluación conjunta finaliza cuando la entidad pública titular del proyecto así lo determine, lo cual debe ser informado a las entidades públicas y al Inversionista.

136.8 Las disposiciones indicadas en el presente artículo son aplicables en lo que corresponda cuando la modificación contractual es solicitada por la entidad pública titular del proyecto."

*"**Artículo 137.- Reglas aplicables para la evaluación de modificaciones contractuales***

137.1 Los Contratos de APP que prevean la introducción de inversiones adicionales al proyecto, deben incluir las disposiciones necesarias para que dichas inversiones se aprueben de acuerdo al procedimiento de modificación contractual previsto en el presente Reglamento.

137.2 Asimismo, si la modificación contractual propuesta desvirtuara el objeto del proyecto original o involucrara un monto adicional que supere el quince por ciento (15%) del CTP, la entidad pública titular del proyecto evalúa la posibilidad y conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección, como alternativa a negociar una modificación al Contrato de APP en el marco de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley.

27. 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.
c) La precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato
d) El restablecimiento del equilibrio económico financiero, siempre y cuando resulte estrictamente de la aplicación del Contrato suscrito.

28. De otro lado, el artículo 55 del DL 1362 y el artículo 136 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, la entidad pública titular del proyecto 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 la entidad pública titular del proyecto, quien debe informar de su decisión a las entidades públicas y al inversionista[5].

29. 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 55.4 del artículo 55 del DL 1362 y el numeral 138.1 del artículo 138 del Reglamento del DL 1362, esta etapa inicia con la evaluación que debe realizar la entidad pública titular del proyecto 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. En aquellos casos en que PROINVERSIÓN haya sido el Órgano Promotor de la Inversión Privada (OPIP), se requerirá su opinión; y posteriormente se requerirá 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.

30. Así, el artículo 138 del Reglamento del DL 1362 regula en forma específica esta etapa del proceso de modificación contractual de los Contratos de Asociación Público Privadas, señalando lo siguiente:

*"**Artículo 138.- Opiniones previas***

[5] Conforme con lo previsto en el numeral 136.7 del artículo 136 del Reglamento del DL 1362.

138.1 En base a la información proporcionada en el proceso de evaluación conjunta, la entidad pública titular del proyecto determina y sustenta las modificaciones contractuales.

138.2 En los proyectos en los que Proinversión haya sido el OPIP, la entidad pública titular del proyecto solicita la opinión no vinculante de Proinversión, sobre la propuesta de modificación contractual, para lo cual Proinversión evalúa la asignación original de riesgos, las condiciones de competencia del Proceso de Promoción previamente identificados en el IEI que sustentó la VFC y la estructuración económica financiera del proyecto. En los proyectos suscritos antes de la vigencia de la presente norma, que no cuenten con IEI, la solicitud de opinión a Proinversión es facultativa.

138.3 Posteriormente, la entidad pública titular del proyecto, solicita la opinión no vinculante del organismo regulador respectivo en los proyectos bajo su competencia.

138.4 Contando con la opinión de Proinversión, conforme a lo establecido en el presente Reglamento, y del organismo regulador, respecto a cada una de las modificaciones contractuales propuestas y a los sustentos remitidos por la entidad pública titular del proyecto, esta última solicita la opinión previa favorable del MEF, en caso que las modificaciones contractuales generen o involucren cambios en:

1. *Cofinanciamiento,*
2. *Garantías,*
3. *Parámetros económicos y financieros del Contrato,*
4. *Equilibrio económico financiero del Contrato o,*
5. *Contingencias fiscales al Estado.*

138.5 Los acuerdos, indistintamente a la denominación que adopten, que contengan modificaciones al Contrato de APP, que regulen aspectos de competencia del MEF y que no cuenten con opinión previa favorable de éste, no surten efectos y son nulos de pleno derecho.

138.6 La opinión de las entidades públicas competentes se emite en un plazo no mayor a 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 es favorable.

138.7 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.

138.8 Emitida la opinión de las entidades públicas señaladas en los párrafos precedentes, la entidad pública titular del proyecto 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 APP conforme a lo señalado en el artículo 22 de la Ley.

138.9 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 N° 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.

138.10 El plazo para la emisión del informe previo es de diez (10) días hábiles. La Contraloría General de la República cuenta 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."

31. 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.

32. Al respecto, mediante el Oficio N° 1257-2019-MTC/19, notificado al OSITRAN el 24 de abril de 2019, el Concedente ha presentado la solicitud de opinión previa al Proyecto de Adenda aludido, para lo cual remitió el Informe N° 0420-2019-MTC/19. En tal sentido, el plazo para que el Ositrán cumpla con emitir la opinión solicitada vencía, en principio, el jueves 9 de mayo de 2019.

33. No obstante, mediante Oficio N° 093-2019-GG-OSITRAN, notificado al Concedente el 29 de abril de 2019, Ositrán solicitó información adicional al Ministerio de Transportes y Comunicaciones a fin de emitir opinión previa de manera adecuada y oportuna; por lo que, conforme con lo establecido numeral 138.7 del artículo 138 del Reglamento del DL 1362, el plazo antes mencionado para que el Regulador emita su opinión quedó suspendido desde el día 30 de abril.

34. Sin embargo, a través del Oficio N° 1587-2019-MTC/19, recibido por Ositrán el 08 de mayo de 2019, el Concedente, junto a la información solicitada por este Regulador, remitió una nueva versión[6] del Proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión; por lo que, el nuevo plazo para que el Ositrán cumpla con emitir su opinión no vinculante vence el 22 de mayo de 2019.

35. Teniendo en cuenta las normas antes señaladas, en los acápites siguientes se procederá a emitir la opinión técnica no vinculante solicitada respecto del Proyecto de Adenda planteado por el Concesionario en el marco de la Sección XVII 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

36. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la ya mencionada Ley de Creación de Ositrán, 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.

37. 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 Ositrán, 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.

38. Asimismo, el inciso 9 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán, 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;

---

[6] Al respecto, es conveniente señalar que el Concesionario, en la Carta N° DALC.DPWC.068.2019 de fecha 03 de mayo de 2019, hace referencia a una "*Nueva versión propuesta de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Nuevo Terminal Portuario del Callao – Zona Sur*", y precisa que el nuevo texto del proyecto de adenda es similar a aquel recibido por el MTC el 11 de abril de 2019. Asimismo, la Autoridad Portuaria Nacional, en el Oficio N° 0406-2019-APN/GG-UAJ de fecha 07 de mayo de 2019, señaló que: "*esta nueva versión resulta similar a aquella que fue objeto de pronunciamiento por parte de esta Autoridad Portuaria; advirtiéndose la inclusión de una cláusula referida a Disputas que no impacta en el pronunciamiento antes indicado, motivo por el cual se remite, debidamente visado (...)*". Por otro lado, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en el Oficio N° 1587-2019-MTC/19 señala lo siguiente: "*se ha incorporado una cláusula décima al Proyecto de Adenda N° 2 en atención a la solicitud efectuada mediante correo de la referencia c) por la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada del MEF (...)*".

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

39. 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.

40. De otro lado, los "Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión", aprobados por el Acuerdo de Consejo Directivo N° 557-154-04-CD-OSITRAN (en adelante, los Lineamientos), establecen los criterios a analizar en caso se presenten solicitudes de interpretación, modificación y reconversión de los Contratos de Concesión.

41. 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 .

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

> *"**SECCIÓN XVII: MODIFICACIONES AL CONTRATO***
> *17.1 Toda solicitud de enmienda, adición o modificación del presente Contrato deberá ser presentada al REGULADOR, con copia para la otra Parte, con el debido sustento. El CONCEDENTE o el CONCESIONARIO resolverán la solicitud contando con la opinión del REGULADOR. El acuerdo de modificación será obligatorio para las Partes solamente si consta por escrito y es firmado por los representantes debidamente autorizados de las Partes.*
>
> *De conformidad con el Artículo 33 del Reglamento del TUO, el CONCEDENTE podrá modificar el presente Contrato, previo acuerdo con el CONCESIONARIO, cuando ello resulte necesario, respetando en lo posible su naturaleza, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico - financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.*
>
> *En consideración a lo dispuesto en el párrafo precedente las Partes expresamente convienen que el CONCEDENTE podrá modificar el presente Contrato, previo acuerdo con el CONCESIONARIO y con la opinión previa del REGULADOR, siempre que ello sea necesario y esté debidamente sustentado, para:*
> *(...)"*
>
> [El subrayado es nuestro.]

43. Sobre el particular, debemos recordar que conforme a lo dispuesto por el artículo 138.1 del Reglamento del DL 1362, "en base a la información proporcionada en el proceso de evaluación conjunta, la entidad pública titular del proyecto determina y sustenta las modificaciones contractuales".

44. En ese sentido, dentro del marco legal y contractual antes expuesto, será evaluado el Proyecto de Adenda al Contrato de Concesión.

45. Finalmente, cabe precisar que la opinión técnica emitida por el Ositrán y contenida en el presente Informe tiene carácter no vinculante, de conformidad con lo expresamente señalado por el inciso 55.4 del artículo 55 del DL 1362 y el artículo 138.3 del Reglamento del DL 1362, concordantes con el inciso 182.2 del artículo 182 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, el cual establece que "*los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, con las excepciones de ley*".

IV. ANÁLISIS

46. Luego de revisar la solicitud de opinión remitida por el Concedente, el Contrato de Concesión y sus modificaciones, así como lo establecido en el marco legal vigente, a continuación, se presenta nuestro análisis, el cual consta de dos secciones:

(i) Análisis de admisibilidad de la solicitud; y,
(ii) Análisis del proyecto de Adenda.

IV.1 Análisis de Admisibilidad

IV.1.1 Análisis del cumplimiento de las condiciones formales requeridas para la suscripción de una adenda

47. De la lectura conjunta del marco normativo aplicable a la modificación de los Contratos de Asociación Público Privadas, conformado por el DL 1362 y el Reglamento del DL 1362, y la Sección XVII 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) Publicación de la propuesta de modificación en el portal web del Concedente.

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

d) 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.

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

48. Cabe señalar que, con la opinión del Regulador, el Concedente debe proceder a solicitar la opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, MEF) en caso la modificación contractual genere o involucre cambios en 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.

49. Finalmente, con las opiniones de PROINVERSIÓN[7], de corresponder[8], del Regulador y del MEF, el Concedente debe solicitar el Informe Previo no vinculante 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.

50. 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 Organismo Regulador.

51. 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 del Proyecto de Adenda remitida por el Concedente, serán desarrolladas en las secciones siguientes.

IV.1.2 Cumplimiento del límite temporal para la suscripción de modificaciones al Contrato de Asociación Público Privada

52. En relación con el límite temporal impuesto por el artículo 135 del Reglamento del DL 1362 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 de 24 de julio de 2006, habiendo transcurrido más de cuatro (10) años desde dicha fecha, por lo que la restricción no resulta aplicable en el presente caso.

IV.1.3 Publicación de la propuesta de modificación en el portal web del Concedente

53. No se advierte que en el Informe N° 0420-2019-MTC/19, se analice el cumplimiento de la condición relacionada con la obligación del MTC, en su condición de Concedente, de publicar las propuestas de modificaciones contractuales que se presenten durante su evaluación 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[9], que el Concesionario adjuntó a su Carta N° DALC.DPWC.035.2019.

54. No obstante, corresponde que el MTC verifique y certifique que la publicación cumpla con los criterios señalados en el numeral 134.4 del artículo 134 del Reglamento del DL 1362, conforme con los cuales, durante el proceso de evaluación de la adenda, es obligación de

---

[7] Reglamento DL 1362

"Artículo 138. Opiniones previas
(...)
138.2 En los proyectos en los que Proinversión haya sido el OPIP, la entidad pública titular del proyecto solicita la opinión no vinculante de Proinversión, sobre la propuesta de modificación contractual, para lo cual Proinversión evalúa la asignación original de riesgos, las condiciones de competencia del Proceso de Promoción previamente identificados en el IEI que sustentó la VFC y la estructuración económica financiera del proyecto. En los proyectos suscritos antes de la vigencia de la presente norma, que no cuenten con IEI, la solicitud de opinión a Proinversión es facultativa."

[8] De acuerdo a lo establecido por el MTC en el numeral 3.8 y 3.9 del Informe N° 0420-2019-MTC/19, en el presente caso, la opinión de PROINVERSION es facultativa.

[9] Específicamente, en la siguiente dirección electrónica, verificada el día 02 de mayo de 2019: https://portal.mtc.gob.pe/transportes/concesiones/documentos/AdendaMuelleSur220219.pdf

la entidad pública titular del proyecto publicar en su portal institucional las propuestas de adenda que se presenten durante su evaluación.

IV.1.4 Convocatoria y realización del proceso de evaluación conjunta

55. Conforme lo señalado en el punto 5.72 del Informe N° 0420-2019-MTC/19, con ocasión de la solicitud presentada por el Concesionario para la modificación del Contrato de Concesión a través de la Carta N° DALC.DPWC.035.2019, el MTC convocó a la Autoridad Portuaria Nacional (APN), a la Contraloría General de la República (CGR), MEF, este Regulador y a PROINVERSION, a un proceso de evaluación conjunta del Proyecto de Adenda N° 2, a través de los Oficios N° 907, 908, 909, 910 y 965-2019-MTC/25, respectivamente.

56. Asimismo, con fecha 15 de abril de 2019 el Concedente notificó al Regulador el Oficio N° 1060-2019-MTC/19, 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 Concesionario, la APN, el MEF, la CGR y a PROINVERSION a través de los Oficios N° 1057, 1059, 1061 y 1062-2019-MTC/19, respectivamente. Según indica el MTC, dicha comunicación también habría sido realizada al Concesionario a través del Oficio N° 1058-2019-MTC/19 (punto 2.20 del Informe N° 0420-2019-MTC/19), en concordancia con lo establecido en el inciso 136.7 del artículo 136 del Reglamento del DL 1362. Lo señalado en dicho informe coincide con lo constatado por este Regulador en lo que respecta a su participación en dicho proceso.

57. 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.1.5 Informe del Concedente con su evaluación de la propuesta de modificación presentada por el Concesionario

58. 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 d) del numeral 46 de este informe.

59. En el presente caso, se aprecia que adjunto al Oficio N° 1257-2019-MTC/19, el Concedente ha remitido el Informe N° 0420-2019-MTC/19, 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

60. Respecto a este punto, en el numeral 7.62 del Informe N° 0420-2019-MTC/19, 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:

> "c) *EQUILIBRIO ECONÓMICO - FINANCIERO*
> *(...)*
> *7.62 Al respecto, se afirma que el contenido del Proyecto de Adenda no afecta el Equilibrio económico financiero de la Concesión, en la medida que no afectan la equidad de las Partes. Más aún, el proyecto de adenda contempla una declaración de las partes, a través de la cual el Concedente y el Concesionario declaran que la presente Adenda respeta el equilibrio económico financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.*
> *(...).*
> *7.64 En este sentido, teniendo en cuenta que cada uno de los parámetros expuestos podrían generar alteraciones al equilibrio económico financiero, es necesario precisar que las modificaciones propuestas en la presente Adenda no alteran los parámetros a considerarse para el Equilibrio Económico Financiero.*

(...)
7.66 Respecto al parámetro de Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión (...). En razón de ello, se afirma que no se ha afectado el equilibrio económico financiero del contrato.
7.67 Por otro lado, en cuanto al parámetro de compromisos de inversión, (...). Al respecto, dicha modificación no supone una alteración al equilibrio económico financiero del proyecto toda vez que no se otorgan mayores derechos a favor del Concesionario, salvo los ya reconocidos por el propio Contrato de Concesión, ni se reducen las obligaciones asignadas al mismo.

7.68 Finalmente, respecto al parámetro de niveles de servicio, (...). En ese sentido, se concluye que no se ha afectado el equilibrio económico financiero del contrato.

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

[El subrayado es nuestro.]

61. 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 10.2 del informe citado previamente.

62. 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

63. Sobre el particular, en el Informe N° 0420-2019-MTC/19, 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.

64. En dicha matriz concluye, respecto de cada una de las cláusulas, que éstas no alteran o afectan las condiciones de competencia del proceso de promoción.

65. 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

66. Al respecto, mediante el Informe N° 0420-2019-MTC/19, el Concedente presenta los siguientes argumentos para establecer que no se ha alterado el aspecto de valor por dinero en la Concesión:

"e) ANÁLISIS DE VALOR POR DINERO
(...)
En razón a lo señalado, en la medida que se están respetando las condiciones de competencia y asignación de riesgos iniciales, que no se están introduciendo costos adicionales y que se permite que el proyecto empiece a brindar los beneficios esperados a los usuarios, sin modificar los niveles de servicio establecidos en el Contrato de Concesión inicial, se estaría generando Valor por Dinero con la suscripción del Proyecto de Adenda N° 2"

67. 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

68. En el Informe N° 0420-2019-MTC/19 el Concedente afirma que las modificaciones que plantea el Proyecto de Adenda N° 2: "*se encuentran vinculadas directamente entre ellas, y en su conjunto representan cambios necesarios para preservar el equilibrio económico financiero del Contrato y prever alguna posible redistribución de los riesgos originalmente asumidos por las Partes durante el proceso de administración del Contrato de Concesión. Por ello, la Propuesta de Adenda N° 2 no afecta la asignación inicial de riesgos ni el equilibrio económico financiero de la concesión.*", concluyendo finalmente que:

> "*10.2 El contenido del Proyecto de Adenda N° 2* ***no afecta el equilibrio económico financiero de la Concesión, en la medida que estas propuestas no implican la inclusión de obligaciones injustificadas ni desequilibradas para las Partes, ni implican cambios que transfieran riesgos entre estas****, de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo N° 1362 y su Reglamento.*"
>
> [Énfasis y subrayado agregados]

69. 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

70. En el Informe N° 0420-2019-MTC/19, el Concedente afirma lo siguiente acerca del referido parámetro:

> "*f) ANÁLISIS LA NATURALEZA DE LA CONCESIÓN*
>
> *7.83 De conformidad con el numeral 2.1 de la Sección II del Contrato de Concesión, la concesión ha sido otorgada para el diseño, Construcción, financiamiento, Conservación y Explotación de una Obra de infraestructura pública como es el Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur, dentro del proceso de promoción de la inversión privada emprendido por el Estado de la República del Perú.*
>
> *7.84 Asimismo, de acuerdo al numeral 2.2 del referido contrato, la Concesión no supone la transferencia en propiedad de los Bienes del CONCEDENTE, los mismos que en todo momento mantiene su condición de bienes de dominio público.*
>
> *La modalidad constituye una Asociación Público Privada bajo la modalidad de Concesión autofinanciada, de conformidad con lo señalado en la legislación vigente. 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 2.8 del presente Contrato, asimismo se rige por los principios de continuidad, regularidad y de no discriminación, de conformidad con lo dispuesto en la LSPN.*
>
> *Finalmente, es importante mencionar que la modalidad de concesión autofinanciada no se ve modificada con el Proyecto de Adenda N° 2, pues la adenda no establece compromisos de pago provenientes de tesoro público que califiquen como cofinanciamiento, ni se comprometen garantías financieras y no financieras.*"

71. En tal sentido, el Concedente ha cumplido con realizar un análisis sobre la naturaleza de la concesión, concluyendo que el proyecto de Adenda N° 2 no implica una modificación a la modalidad de la concesión.

72. 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 autofinanciada del proyecto.

IV.1.6 Solicitud de la opinión no vinculante del Regulador

73. 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° 1587-2019-MTC/19, el Concedente remitió a Ositrán el Proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión, cuya evaluación sobre la procedencia de la modificación contractual solicitada por el Concesionario fue plasmada en el Informe N° 0420-2019-MTC/19, requiriéndole la emisión de su opinión técnica no vinculante.

74. 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"*[10].

75. En consecuencia, la solicitud de opinión técnica presentada por el Concedente mediante el Oficio N° 1587-2019-MTC/19, notificado el 08 de mayo de 2019, respecto del proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión, cumple con las condiciones analizadas anteriormente.

IV.2 Análisis del Proyecto de Adenda

76. El Proyecto de Adenda tiene por objeto incorporar al Contrato de Concesión los términos y plazos para implementar la Fase 2.

77. Para tal efecto, el Proyecto de Adenda plantea modificar el Contrato de Concesión, incorporando las Cláusulas 1.20.102 de la Sección I, Cláusulas 6.37 al 6.75 de la Sección VI, un último párrafo a la Cláusula 10.2 de la Sección X; un último párrafo a la Cláusula 12.9 de la Sección XII, un último párrafo respecto al Indicador "Tiempo de atención al Usuario para el retiro de su mercadería" del Anexo 3; y las Cláusulas pertinentes de la Sección VI en Tabla N° 3 del Anexo 17, y modificar la cláusula 6.34 y el literal n) de la Cláusula 15.1.3.

IV.2.1 Cuestión previa: Naturaleza de la Concesión

78. El 24 de julio de 2006, el Concedente y el Concesionario suscribieron el Contrato de Concesión, mediante el cual se otorga en Concesión el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur por un plazo de 30 años, contados desde la fecha de suscripción, como parte del proceso de promoción de la inversión privada emprendido por el Estado de la República del Perú.

79. A partir de la firma del Contrato de Concesión, se le reconoce al Concesionario el derecho a la Ejecución y/o Prestación Exclusiva de todos y cada uno de los Servicios que se pueden

---

[10] 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.

brindar dentro del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur, el cual califica como infraestructura portuaria nueva.[11]

80. La modalidad de la Concesión es onerosa, de conformidad con lo señalado en la cláusula 2.7 del Contrato de Concesión y lo dispuesto por el Literal a) del Artículo 14° del TUO; por lo que el Concesionario debe aportar una contribución determinada en dinero o una participación sobre sus beneficios a favor del Estado.

81. En atención a lo expuesto, como parte del análisis del Proyecto de Adenda se verificará que ésta no constituya una vulneración a la naturaleza de la Concesión ni que varíe el objeto de la misma.

IV.2.2 Cuestión previa: Asignación de riesgos

82. Uno de los resultados más importantes provenientes de la literatura del análisis económico de la teoría de contratos y de la economía de la información[12] es que, en un contexto de incertidumbre, el riesgo en una relación contractual debe ser asumido por aquella parte que se encuentra en mejor capacidad de asumirlo. La capacidad de asumir mayores niveles de riesgo responde no solo al grado de aversión al riesgo que enfrente cada una de las partes, sino también de quien esté en mejor posición de evitar la ocurrencia de determinados eventos, así como de administrar, evaluar o mitigar su impacto, entre otros aspectos[13].

83. Pereira (2008)[14] sostiene que la asignación del riesgo al más capacitado obedece a la estrecha relación que existe entre riesgos e incentivos; en la medida que un cierto agente está sometido a un cierto riesgo, tendrá seguramente el incentivo a manejarlo de la mejor manera posible en función de su propio interés. De esta manera, es habitual que al Concesionario se le asignen riesgos como el caso del riesgo de la construcción, pues ello implica establecer un adecuado incentivo a la eficiencia en la construcción.

84. Uno de los elementos claves en el diseño de las concesiones es la identificación de los riesgos y su adecuada asignación. Este último tiene un importante impacto en el costo de capital y la bancabilidad de la concesión, dado que en el diseño de la concesión se busca establecer el equilibrio financiero del Concesionario, bajo una determinada asignación de riesgos. En otras palabras, la reasignación de riesgos podría provocar una modificación del valor de la concesión, desfavoreciendo a una de las Partes.

85. En el caso específico de esta concesión, los riesgos fueron asignados a las Partes a través del Contrato de Concesión y las Bases del Concurso. De este modo, una eventual modificación o reasignación de los riesgos establecidos en el Contrato de Concesión podría implicar una alteración del equilibrio económico.

86. De otro lado, conforme a los Lineamientos que rigen el actuar de Ositrán, uno de los principios generales aplicables al análisis de procedencia y opinión técnica para las

---

[11] Cláusula 2.5 del Contrato de Concesión.

[12] Ver, por ejemplo, MACHO-STADLER, I. y PEREZ-CASTRILLO, J. (1997). *An introduction to the Economics of Information. Incentives and contracts*. Oxford University Press.

[13] Para mayor detalle ver: RUIZ, G. y GARCÍA-GODOS, C. (2006). *Aspectos Económicos y Conceptuales Relativos al Diseño de Contratos de Concesión Viales*. Revista de Derecho THEMIS 52. Pág. 241. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/8834/9232> (último acceso: 2 de mayo de 2019).

[14] PEREIRA, A. (2008). *Asignación de riesgos en concesiones viales: Evaluación de la aplicación de mecanismos de mitigación de Riesgos en contratos de concesión en Uruguay*. Departamento de Economía - Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de la República de Uruguay. Disponible en: <http://cienciassociales.edu.uy/departamentodeeconomia/wp-content/uploads/sites/2/2013/archivos/2008.pdf> (último acceso: 2 de mayo de 2019).

modificaciones y reconversiones de contratos es el de Equilibrio[15], según el cual las renegociaciones de los contratos de concesión no deben producir un traspaso de riesgos entre las Partes.

87. En esa línea de razonamiento, el análisis de las modificaciones que propone el Proyecto de Adenda se realizará verificando que las mismas no alteren la asignación de riesgos establecida en el Contrato de Concesión; destacándose que en caso alguna de las cláusulas propuestas no acompañe el sustento debido, Ositrán observará dicha circunstancia, para señalar que no procede dicha modificación.

IV.2.3 Análisis de las modificaciones propuestas

88. En el Proyecto de Adenda, las Partes plantean incorporar la Cláusula 1.20.102 de la Sección I, las Cláusulas 6.37 al 6.75 de la Sección VI, un último párrafo a la Cláusula 10.2 de la Sección X; un último párrafo a la Cláusula 12.9 de la Sección XII, un último párrafo respecto al Indicador "Tiempo de atención al Usuario para el retiro de su mercadería" del Anexo 3; y las Cláusulas pertinentes de la Sección VI en Tabla N° 3 del Anexo 17, y modificar la Cláusula 6.34 y el literal n) de la Cláusula 15.1.3. A continuación, se analiza cada una de las modificaciones propuestas en el Proyecto de Adenda, remitido mediante el Oficio N° 1257-2019-MTC/19.

a) Incorporar la definición de "Fase 2" contenida en la SECCIÓN I: ANTECEDENTES Y DEFINICIONES (Cláusula 1.20.102)

89. El Proyecto de Adenda plantea incluir la Cláusula 1.20.102, a fin de añadir la definición de "Fase 2" a la SECCIÓN I: ANTECEDENTES Y DEFINICIONES del Contrato de Concesión, así como plantear la ejecución de dicha Fase en tres Sub Fases, conforme al texto que se indica a continuación:

> ***"SECCIÓN I: ANTECEDENTES Y DEFINICIONES***
>
> ***DEFINICIONES***
>
> ***1.20.102.*** ***Fase 2***
>
> *Fase constituida por las Sub Fases 2A, 2B y 2C. La Sub Fase 2A comprenderá la ejecución de Obras Civiles, tales como la extensión del muelle, incremento de la zona de almacenamiento y la implementación de Equipamiento diverso. Las Sub Fases 2B y 2C comprenderán la implementación de Equipamiento diverso. El detalle de estas Obras (Obras Civiles y Equipamiento) se encuentra descrito en la Cláusula 6.46.*

---

[15] **Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión.-**

> "***5.1 Equilibrio***
>
> *Todo Contrato de Concesión busca, en lo posible, una igualdad en los derechos y obligaciones, es decir, que exista una equivalencia entre el derecho otorgado y los compromisos adquiridos. Se presume que el Contrato tiene y mantiene una adecuada distribución de riesgos, costos y beneficios entre las Partes, que derivan en el equilibrio de las ecuaciones económica y política del contrato.*
>
> *Para la aplicación de este principio, se asocia a la ecuación económica un valor de la concesión y un retorno de referencia ajustado por riesgo, aspectos que no significan necesariamente garantizar un nivel de ganancia. En la práctica, el regulador puede establecer una tasa interna de retorno de la concesión y una varianza de referencia, estimadas para la explotación de las infraestructuras bajo condiciones óptimas y económicamente eficientes, y comparables con la experiencia internacional.*
>
> *(...) Por tanto, las renegociaciones permiten restablecer el equilibrio económico con el que el Concesionario contrató, pero nunca ofrecer lucros adicionales, ni que se produzca un traspaso de riesgos entre las partes del contrato."*
>
> [El subrayado es nuestro.]

La Fase 2 corresponde a la Propuesta Técnica del CONCESIONARIO contenida en el ANEXO 16 del Contrato de Concesión, por lo que las Partes han convenido implementarla conforme a lo señalado en el párrafo precedente.

La Fase 2 y cada una de sus Sub Fases están claramente definidas y la Explotación de la (s) Obra (s) comprendida (s) en cada una de éstas podrá llevarse a cabo de manera independiente a las demás Fases."

90. La inclusión propuesta plantea la ejecución de la Fase 2 del Contrato de Concesión en tres Sub Fases 2A, 2B y 2C. La primera de éstas comprende la ejecución de obras civiles (extensión del muelle e incremento de la zona de almacenamiento) y la implementación de equipamiento diverso, mientras que la segunda y tercera Sub Fases comprenden la implementación de equipamiento diverso. Asimismo, se señala que la Fase 2 corresponde a la Propuesta Técnica ofrecida por el Concesionario durante el proceso de licitación del Muelle Sur, contenida en el Anexo 16 del Contrato de Concesión.

91. Al respecto, toda vez que el detalle de las mencionadas obras civiles y equipamiento se encuentra descrito en la Cláusula 6.46 propuesta en el Proyecto de Adenda, debe indicarse que el análisis correspondiente es realizado más adelante, en el literal e) de la presente sección del informe.

92. Independientemente de lo anterior, respecto de la definición de la Fase 2 y su inclusión en el Contrato de Concesión, debe indicarse que se considera adecuado dicho planteamiento por los siguientes motivos:

- Cada Sub Fase puede ser explotada a su culminación, sin tener que esperar a la culminación de las demás Obras[16].
- La implementación de cada Sub Fase permitirá incrementar la capacidad del terminal portuario de manera progresiva según la demanda proyectada, de modo tal que no se genere sobre capacidad en el Muelle Sur.
- La primera Sub Fase agrupa íntegramente las Obras Civiles de la Fase 2, además de incluir parte del equipamiento de dicha Fase, lo cual aunado al hecho de que su culminación no está atada a la culminación del resto de las Sub Fases, permite que la infraestructura se encuentre disponible en un plazo menor.
- La estructuración de las dos últimas Sub Fases considerando únicamente equipamiento permite que su ejecución no tenga mayor impacto en la continuidad de las operaciones en la infraestructura de la Fase 2, dado que no involucra modificación de las obras civiles.

b) Modificar la Cláusula 6.34: DE LAS OBRAS DE LA INFRAESTRUCTURA PORTUARIA

93. El Proyecto de Adenda N° 2 plantea modificar la Cláusula 6.34 referida a las obras de la infraestructura portuaria en los siguientes términos:

"SECCIÓN VI: DE LAS OBRAS DE LA INFRAESTRUCTURA PORTUARIA

6.34. El CONCESIONARIO deberá acreditar ante el CONCEDENTE, antes de los treinta (30) Días del inicio de la Construcción, que cuenta con los fondos necesarios para el cumplimiento del Calendario de Ejecución de Obras. La acreditación solicitada podrá efectuarse mediante la presentación de un plan de financiamiento que contenga la siguiente documentación según sea el caso:

(i) copia legalizada notarialmente de los contratos de financiamiento, garantías, fideicomisos y en general cualquier texto contractual relevante, que el CONCESIONARIO haya acordado con el(los) Acreedor(es) Permitido(s); y/o

(ii) copia de los contratos de mutuo, financiamiento, garantías, fideicomisos y en general cualquier texto contractual relevante acordado con Empresas Vinculadas o un tercero(s) que no sea(n) Acreedor(es) Permitido(s); y/o

[16] De manera similar al concepto de "Componente Funcional" utilizado en el Contrato de Concesión del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry.

(iii) testimonio de la escritura pública donde conste el aumento de capital social respectivo, debidamente pagado e inscrito en los Registros Públicos, en caso el CONCESIONARIO decida financiarse total o parcialmente con recursos propios; y/o

(iv) acuerdo de accionistas que disponga la utilización de la disponibilidad en caja proveniente de las utilidades no distribuidas y copia de los Estados Financieros auditados del ejercicio anterior, en caso el CONCESIONARIO decida financiarse total o parcialmente con recursos propios.

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

Los aportes descritos en el numeral (iii) son adicionales a la obligación del CONCESIONARIO de acreditar un capital social mínimo conforme a lo indicado en la Cláusula 3.3 del presente Contrato.

El CONCEDENTE emitirá su conformidad en un plazo máximo de diez (10) Días contados desde el día siguiente de la recepción de la solicitud del CONCESIONARIO. Para los efectos de la evaluación, el CONCEDENTE podrá solicitar al CONCESIONARIO información adicional, dentro de los cinco (05) Días Calendario de recibida la solicitud presentada por el CONCESIONARIO. Una vez presentada la información solicitada al CONCEDENTE, se reanudará el plazo para que el CONCEDENTE emita su pronunciamiento.

Transcurrido el plazo para que el CONCEDENTE se pronuncie sin que se haya obtenido una respuesta de su parte, se entenderá que el CONCESIONARIO ha cumplido con acreditar que cuenta con los fondos necesarios para el cumplimiento del Calendario de Ejecución de Obras.

La conformidad de la solicitud por parte del CONCESIONARIO no valida, enerva ni limita la responsabilidad exclusiva del CONCESIONARIO de contar con los recursos suficientes para ejecutar las Obras y de cumplir con los demás fines del presente Contrato.

Las operaciones de financiamiento suscritos con Empresas Vinculadas o terceros no son oponibles al Estado, por lo tanto, queda establecido que el CONCEDENTE no asumirá obligaciones o deudas derivadas de dichas operaciones."

94. Con relación a la propuesta de modificación de la Cláusula 6.34 del Proyecto de Adenda, cabe precisar que su redacción se considera razonable, toda vez que establece precisiones a lo establecido en el actual Contrato de Concesión sobre el proceso de acreditación de fondos para el financiamiento de las Obras de la concesión en todas sus Fases y Sub Fases, incluyendo una previsión que explicita la restricción contractual actualmente existente referida a que las Empresas Vinculadas al Concesionario no pueden obtener la calificación de acreedores permitidos en caso le provean de financiamiento[17].

95. La propuesta detalla las fuentes de financiamiento de las inversiones contemplándose Acreedores Permitidos, aportes de capital social, recursos propios de la empresa y terceros. Estos últimos en concordancia con lo que el contrato de concesión ya contempla en la cláusula 6.35, según lo siguiente:

"6.35. *En caso el CONCESIONARIO acredite ante el CONCEDENTE que sólo cuenta con una parte de los fondos referidos en la Cláusula precedente, quedará obligada a presentar el*

[17] Restricción implícita en el último párrafo de la definición de acreedores permitidos recogida en la cláusula 1.20.1 del Contrato de Concesión, que prevé que no cabe que indirectamente los accionistas o socios del Concesionario sean considerados como tales.

contrato de financiamiento con terceros por la diferencia, a más tardar a los seis (6) meses de iniciadas las Obras."

96. En forma complementaria, la redacción presentada incorpora un procedimiento de aprobación de la referida acreditación de fondos por parte del Concedente definiéndose plazos de respuesta y accionar de este último. Al respecto, este Organismo Regulador no efectúa comentarios, toda vez que corresponde a acciones de competencia única del Concedente. Se recomienda, sin embargo, evaluar la conveniencia de incluir una precisión en el último párrafo, a fin de que las operaciones de financiamiento suscritas con terceros que no son oponibles al Estado sean las realizadas con "*terceros que no sean Acreedores Permitidos*", en línea con la distinción adoptada en el numeral (ii) de la cláusula propuesta.

97. Es importante advertir que lo señalado en esta Cláusula debe ser necesariamente concordado con lo que establece la propuesta de Cláusula 6.58 del Proyecto de Adenda, que regula el plazo y las condiciones que deben cumplirse para dar inicio a la construcción, y cuya redacción debe dejar claramente delimitada la fecha en que se dará dicho inicio, ello a fin de evitar ambigüedades sobre la fecha máxima con la que cuenta el Concesionario para acreditar que cuenta con los fondos necesarios.

98. Por otro lado, de lo señalado en la Cláusula 6.58 podría derivarse que la intención de las Partes es que la acreditación de los fondos para la Fase 2 se verifique por cada sub fase[18]; no obstante, a fin de evitar ambigüedades o lecturas distintas, se recomienda hacer precisiones en las Cláusulas 6.34 y 6.58 y recoger ello expresamente.

99. En conclusión, considerando que la presente propuesta de modificación contractual tiene como finalidad indicar el mecanismo de acreditación de los fondos para la ejecución de las Obras de la Fase 2, y considerando que el Contrato de Concesión actual ya prevé la posibilidad de que terceros distintos a Acreedores Permitidos (incluyendo vinculados) puedan financiar las Obras de la Fase 2 de la concesión, en caso de no ser posible la acreditación parcial y/o total de fondos a través del propio Concesionario y/o de acreedores permitidos, este Organismo Regulador no presenta observaciones a la modificación presentada.

100. De otro lado, se observa que en la citada Cláusula propuesta se señala que "*Una vez presentada la información solicitada al **CONCEDENTE**, se reanudará el plazo para que el CONCEDENTE emita su pronunciamiento.*" Al respecto, debe advertirse que la información solicitada es al Concesionario y no al Concedente, por lo que se recomienda la siguiente redacción:

Proyecto de Adenda	Propuesta de modificación
"SECCIÓN VI: DE LAS OBRAS DE LA INFRAESTRUCTURA PORTUARIA	***"SECCIÓN VI: DE LAS OBRAS DE LA INFRAESTRUCTURA PORTUARIA***
6.34 (...)	*6.34 (...)*
*(...) Una vez presentada la información solicitada al **CONCEDENTE**, se reanudará el plazo para que el CONCEDENTE emita su pronunciamiento."* *[El énfasis es nuestro.]*	*(...) Una vez presentada la información solicitada al **CONCESIONARIO**, se reanudará el plazo para que el CONCEDENTE emita su pronunciamiento."* *[El énfasis es nuestro.]*

[18] Ello por cuanto, sólo en ese supuesto, tiene sentido que en los incisos b) y c) de la propuesta de Cláusula 6.58 del Proyecto de Adenda se incluya una previsión en el sentido que su aplicación será exigible "cuando corresponda". En efecto, la no exigencia de Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos resulta razonable, por ejemplo, cuando la construcción de las Obras sólo abarca la ejecución de la sub fase 2B o 2C, que comprenden únicamente actividades de equipamiento del muelle; más si el concepto de construcción de Obras comprende la realización de Obras civiles.

c) Incorporar las Cláusulas 6.37 a 6.41: APROBACIÓN DEL EXPEDIENTE TÉCNICO

101. Las Partes plantean incorporar las Cláusulas 6.37 a 6.41 referidas a la aprobación del Expediente Técnico de la Fase 2. En particular, en la Cláusula 6.37, se incorpora el cronograma de las tres Sub Fases, con indicaciones para la presentación, observación, subsanación y aprobación el Expediente Técnico de cada Sub Fase; mientras que en las Cláusulas 6.38 a 6.41 se especifica el tratamiento que se dará en caso de existir observaciones por parte de la APN, tal como se observa a continuación:

> *" **FASE 2***
>
> ***APROBACIÓN DEL EXPEDIENTE TÉCNICO***
>
> *6.37 La aprobación del Expediente Técnico de la Fase 2 estará sujeta a los siguientes plazos:*

Sub Fase 2A	*Plazo Máximo*
Plazo del CONCESIONARIO para presentar el Expediente Técnico a la APN.	*Ciento ochenta (180) Días Calendario, a partir de la fecha de la comunicación de la designación del Supervisor de Diseño*
Plazo de la APN para la revisión del Expediente Técnico y formular observaciones o aprobar dicho expediente.	*Sesenta (60) Días (i)*
Plazo del CONCESIONARIO para subsanar las observaciones al Expediente Técnico.	*Treinta (30) Días Calendario (ii)*
Plazo de la APN para evaluar la subsanación de las observaciones.	*Treinta (30) Días Calendario (iii)*

> *(i) A partir de la presentación del Expediente Técnico*
> *(ii) A partir de la fecha de recepción de las observaciones formuladas por la APN.*
> *(iii) A partir de la presentación de la subsanación de observaciones presentadas por el CONCESIONARIO.*

Sub Fases 2B y 2C	*Plazo Máximo*
Plazo del CONCESIONARIO para presentar el Expediente Técnico de equipamiento a la APN	*Ciento veinte (120) Días Calendario (i)*
Plazo de la APN para la revisión del Expediente Técnico de equipamiento y formular observaciones o aprobarlo	*Treinta (30) Días Calendario(ii)*
Plazo del CONCESIONARIO para subsanar las observaciones al Expediente Técnico de equipamiento	*Quince (15) Días Calendario (iii)*
Plazo de la APN para evaluar la subsanación de las observaciones	*Quince (15) Días Calendario (iv)*

> *(i) A partir de notificada la configuración del gatillo de demanda por el REGULADOR.*
> *(ii) A partir de la presentación del Expediente Técnico.*
> *(iii) A partir de la fecha de recepción de las observaciones formuladas por la APN.*
> *(iv) A partir de la presentación de la subsanación de observaciones presentadas por el CONCESIONARIO.*
>
> *Transcurridos los plazos para que la APN se pronuncie sin que se haya obtenido una respuesta de su parte, se entenderá que el Expediente Técnico ha sido aprobado.*
>
> *El Expediente Técnico deberá ser realizado conforme a las normas y estándares nacionales y, supletoriamente, los internacionales.*
>
> *Forma parte integrante del Expediente Técnico, el Plan de Conservación, de acuerdo a las condiciones establecidas en las Cláusulas 7.3. y 7.4., según corresponda. El Expediente Técnico deberá ser elaborado conforme al Anexo 6 del Contrato de*

Concesión, según corresponda conforme al marco legal vigente, y a la Propuesta Técnica del CONCESIONARIO.

6.38 *Si el CONCESIONARIO y la APN no llegaran a un acuerdo respecto a la subsanación de las observaciones al Expediente Técnico, la controversia se resolverá por trato directo, conforme a la Cláusula 16.11, acordando someterse a lo que establezca el Informe de un perito técnico designado de común acuerdo.*

En caso que luego de transcurridos quince (15) Días desde la fecha de emplazamiento no se hubiera designado al perito común, la controversia se considerará de carácter técnico y será resuelta por las Partes conforme al procedimiento respectivo previsto en el Literal a) de la Cláusula 16.12.

El pronunciamiento del perito tendrá carácter definitivo y vinculante para las Partes, no pudiendo ser impugnado. El perito determinará las responsabilidades y la proporción en la que las Partes deberán asumir los costos y costas.

El plazo señalado para efectos de la subsanación se suspenderá hasta la emisión del pronunciamiento del perito.

6.39 *Aprobado el Expediente Técnico se entenderá que el CONCESIONARIO cuenta con la autorización de la APN para la ejecución de las Obras, sin perjuicio de las demás licencias, permisos y/o autorizaciones que pudiera requerir el CONCESIONARIO, de conformidad con las Leyes y Disposiciones Aplicables. El Expediente Técnico aprobado por la APN tiene carácter vinculante para la ejecución de las Obras.*

El CONCEDENTE coadyuvará a que el CONCESIONARIO obtenga dichas licencias, permisos y/o autorizaciones correspondientes, conforme a sus competencias.

6.40 *Si durante la ejecución de las Obras el CONCESIONARIO considerara que se debe realizar modificaciones al Expediente Técnico aprobado, siempre y cuando éstas no impliquen una ampliación del plazo total para la ejecución de las Obras, deberá presentar a la APN su solicitud debidamente fundamentada conjuntamente con el Expediente Técnico modificado, con copia al REGULADOR para su conocimiento.*

La APN deberá pronunciarse en un plazo máximo de treinta (30) Días Calendario sobre la modificación solicitada. El silencio deberá interpretarse como una aprobación del pedido de modificación. Los costos que irrogue a la APN la revisión a cargo del Supervisor de Diseño del Expediente Técnico modificado deberán ser cubiertos íntegramente por el CONCESIONARIO. El plazo al que se refiere el presente párrafo se computará a partir del momento en que el CONCESIONARIO haya efectuado el desembolso del costo de revisión.

6.41 *En caso la APN formule observaciones a la propuesta de modificación presentada por el CONCESIONARIO, éste tendrá un plazo de quince (15) Días Calendario para absolverlas. Dicho plazo podrá ser ampliado por una sola vez hasta diez (10) Días Calendario a solicitud del CONCESIONARIO. Absueltas las observaciones, la APN tendrá quince (15) Días Calendario para pronunciarse. Transcurrido dicho plazo sin que la APN haya emitido opinión sobre la absolución de observaciones, se entenderá que tales observaciones han sido subsanadas y por lo tanto aprobada la propuesta de modificación del Expediente Técnico.*

En caso que, dentro de los plazos previstos, la APN desaprobara la propuesta de modificación o la subsanación de las observaciones formuladas a la propuesta de modificación del Expediente Técnico, la discrepancia será resuelta conforme a la Cláusula 6.38."

102. En cuanto a la Cláusula 6.37 propuesta en el Proyecto de Adenda, se aprecia que para las Sub Fases 2B y 2C el plazo para revisión del Expediente Técnico, ascendente a 30 Días Calendario se considera razonable por ser similar a lo estipulado para la Fase 1 en la Cláusula 6.3 que también contempla silencio positivo. Para el caso de la Sub Fase 2A, dicho plazo es de 60 Días lo cual se condice con el hecho de la revisión para esta Sub Fase se hace más compleja en tanto comprende no solo equipamiento sino también obras civiles. Asimismo, en el Informe N° 0049-2019-APN-UAJ-DOMA-UPS-DITEC-DIPLA, la APN, entidad competente para supervisar la elaboración y aprobar el Expediente Técnico, ha señalado que el silencio positivo en el caso de que ella incumpliera los plazos en el

proceso de aprobación del Expediente Técnico no constituye un riesgo para el Estado ni para dicha autoridad, ya que considera que los plazos planteados son prudentes y adecuados.

103. Por otro lado, en relación con la Cláusula 6.38 propuesta en el Proyecto de Adenda, se evidencia que en ésta se dispone que las controversias respecto a la subsanación de las observaciones efectuadas al Expediente Técnico se resolverán a través del trato directo y conforme al procedimiento previsto en la Cláusula 16.11 del Contrato de Concesión, acordando someterse a lo que establezca el Informe de un perito técnico designado de común acuerdo. Además, dicha Cláusula propuesta dispone que de no nombrarse el perito en el plazo de quince (15) Días, la controversia se considerará de carácter técnico y será resuelta según lo previsto en el literal a) de la Cláusula 16.12 del Contrato de Concesión. Al respecto, cabe indicar que el último párrafo de la Cláusula 6.5 del Contrato de Concesión, que regula el mismo supuesto para la Fase 1, también indica la aplicación del mecanismo de solución de controversias ante la falta de acuerdo entre las Partes y la falta de designación de un perito común. Por lo tanto, este Organismo Regulador no tiene observaciones sobre el particular, en la medida que estas estipulaciones se consideran razonables al mantener lo estipulado para la Fase 1.

104. Asimismo, debe indicarse que en la Cláusula 6.39 propuesta en el Proyecto de Adenda, referida a la autorización de la APN para la ejecución de las Obras y demás licencias, permisos y/o autorizaciones, se consideran condiciones y reglas similares a las contempladas originalmente en la cláusula 6.6 del Contrato de Concesión. Por tal motivo, este Organismo Regulador las considera razonables.

105. Finalmente, en el caso de las Cláusulas 6.40 y 6.41 propuestas en el Proyecto de Adenda, referidas a los procedimientos a seguir en caso de modificaciones al Expediente Técnico aprobado para las Sub Fases 2A, 2B y 2C son similares a los establecidos en las Cláusulas 6.6 aplicable en la Fase 1, salvo por lo siguiente:

- Para las referidas Sub Fases operaria el silencio positivo en vez del silencio negativo previsto para la Fase 1;
- El plazo de subsanación que se le otorgaria al Concesionario para dichas Sub Fases seria de 15 Días Calendario en vez de los 10 Días Calendario contemplados para la Fase 1.

106. No obstante, debe indicarse que en el Informe N° 0049-2019-APN-UAJ-DOMA-UPS-DITEC-DIPLA, la APN, entidad competente para la aprobación del Expediente Técnico y sus modificaciones, ha señalado que los plazos previstos en dichas cláusulas son suficientes a efectos de que dicha autoridad pueda emitir los pronunciamientos que le correspondan. En tal sentido, este Organismo Regulador no presenta observación alguna a las cláusulas propuestas.

d) Incorporar las Cláusulas 6.42 a 6.46: SUPERVISIÓN DE DISEÑO

107. En las Cláusulas 6.42 a 6.46, las Partes plantean incorporar precisiones referidas a la supervisión de diseño de la Fase 2, en los términos siguientes:

"SUPERVISIÓN DE DISEÑO

6.42 Para supervisar la elaboración del Expediente Técnico de la Fase 2, la APN deberá designar a un Supervisor de Diseño para toda la Fase 2, en un plazo máximo de quince (15) Días computados desde la fecha de suscripción de la Adenda N° 2 al Contrato de Concesión. Dicha designación deberá ser comunicada al CONCESIONARIO en un plazo máximo de diez (10) Días desde tal designación.

Cualquier retraso respecto de dicha designación, dará lugar a la Suspensión del plazo de conformidad con lo establecido en el literal c) de la Cláusula 4.2, a solicitud del CONCESIONARIO, por un periodo igual al que dure dicho retraso.

La APN podrá efectuar cambios en la designación del Supervisor de Diseño, debiendo para tal efecto, notificar al CONCESIONARIO, en un plazo máximo de diez (10) Días desde su designación.

Los costos derivados de las actividades de supervisión de diseño serán de cargo de la APN y no podrán exceder del uno punto cinco por ciento (1.5%) del Presupuesto de obra y equipamiento para la Fase 2 estimado en el Anexo 16 - Propuesta Técnica del Contrato de Concesión, considerando el IGV.

Durante la elaboración y/o revisión del Expediente Técnico, el CONCESIONARIO deberá proporcionar al Supervisor de Diseño designado por la APN, toda la información que solicite de la cual se disponga o que deba producirse, relacionada con dicho expediente, y facilitarle el acceso a las actividades y estudios que el CONCESIONARIO realice para este fin.

6.43 El Supervisor de Diseño podrá solicitar al CONCESIONARIO información adicional relacionada a los documentos requeridos conforme a la Adenda N° 2 al Contrato de Concesión, la cual deberá ser presentada en un plazo acorde con el tipo de información solicitada, que no será mayor de diez (10) Días, contados a partir de la fecha en que dicho supervisor haya formulado por escrito la solicitud correspondiente.

6.44 El Supervisor de Diseño, así como los integrantes de la supervisión de diseño, no deberán estar prestando directa ni indirectamente ningún tipo de servicios a favor del CONCESIONARIO, ni a sus accionistas o Empresas Vinculadas, hasta antes de un año de suscripción de la presente Adenda, en el Perú o en el extranjero.

6.45 Asimismo, quienes constituyen la supervisión de diseño deberán mantener la confidencialidad debida respecto de la información a la que tenga acceso para el cumplimiento de sus funciones, y cualquier otra información o comunicación vinculada al Expediente Técnico."

108. En la Cláusula 6.42, se observa que la APN es la encargada de designar al supervisor de diseño de la Fase 2, para lo cual se le otorga el plazo de 15 días, y en caso se produzca algún retraso respecto de la referida designación, el Concesionario podría solicitar la suspensión del plazo de la Concesión conforme a lo dispuesto en el literal c) de la cláusula 4.2 del Contrato de Concesión, que establece lo siguiente:

> *"4.2 El plazo de la Concesión se podrá suspender a petición de cualquiera de las Partes, en los siguientes casos:*
> *(...)*
> *c) Los demás casos expresamente previstos en el presente Contrato de Concesión.*
>
> *La Suspensión del plazo del Contrato, conforme a las causales antes señaladas, dará derecho al CONCESIONARIO a la ampliación de dicho plazo, por un periodo equivalente al de la Suspensión.*
> *(...)"*

109. Al respecto, este Organismo Regulador considera que, efectivamente, en caso de que se dé algún retraso en la designación del supervisor de diseño que pudiera generar algún inconveniente al Concesionario en la ejecución de la Fase 2, debe existir un mecanismo que compense a la parte afectada; sin embargo, este Regulador considera que establecer la suspensión de plazo de la Concesión como mecanismo de compensación por la demora en la designación del supervisor de diseño (lo cual generaría la ampliación del plazo de la Concesión), resulta desproporcionado, ya que durante la ejecución de la Fase 2, el Concesionario no dejará de realizar operaciones en el terminal, por el contrario, continuará atendiendo a las naves y carga en los dos amarraderos actualmente existentes. En ese sentido, este Organismo Regulador recomienda que las Partes modifiquen lo antes señalado, estableciendo un procedimiento independiente para la suspensión de obligaciones específicas en función de la afectación efectiva que pudiera generarse por la demora de la APN en la designación del supervisor de diseño.

110. Por otro lado, las Cláusulas 6.43, 6.44 y 6.45 propuestas en el Proyecto de Adenda se consideran razonables dado que contienen condiciones y reglas similares a las contempladas originalmente en el Contrato de Concesión, aspectos que se consideren

pertinentes y necesarios durante el procedimiento de elaboración del Expediente Técnico de la Fase 2. Adicionalmente, es importante señalar que, en el Informe N° 0049-2019-APN-UAJ-DOMA-UPS-DITEC-DIPLA, la APN, entidad encargada de la supervisión del diseño en el ámbito portuario, considera que, según la casuística similar observada en otros terminales portuarios para este tipo de actividades[19], es razonable y coherente el porcentaje máximo para la supervisión de diseño de 1,5% del Presupuesto de Obra y Equipamiento para la Fase 2 estimado en el Anexo 16 del Contrato de Concesión (incluyendo IGV).

e) Incorporar las Cláusulas 6.46 y 6.47: DESCRIPCIÓN DE LAS OBRAS

111. En las Cláusulas 6.46 y 6.47, las Partes plantean incorporar la descripción de las obras de la Fase 2 en los siguientes términos:

"DESCRIPCIÓN DE LAS OBRAS

6.46 El CONCESIONARIO se obliga a ejecutar las Obras correspondientes a la Fase 2, sin perjuicio de las actividades de Conservación a que se refiere la Sección VII, conforme al siguiente requerimiento mínimo:

- *Sub Fase 2A: En aplicación de la Cláusula 6.37, a la firma de la Adenda N° 2 al Contrato de Concesión*

  Obras Civiles:

  - *Extensión del muelle de 650 (seiscientos cincuenta) a 960 (novecientos sesenta) metros.*
  - *Incremento del área total del Terminal hasta 30.3 (treinta con tres décimas) hectáreas.*

  Para efectos del cumplimiento de la obligación de ejecutar las Obras de la Fase 2, el CONCESIONARIO considerará la Obra Civil denominada "Zona 1B", detallada en el plano contenido en el Anexo 1 de la Adenda N° 2 al Contrato de Concesión.

  Equipamiento:

  - *Una (1) Grúa de muelle (QC).*
  - *Dos (2) apiladoras de contenedores llenos (RS).*
  - *Dos (2) apiladoras de contenedores vacíos (EH).*
  - *Seis (6) tracto de terminal (TT).*
  - *Seis (6) tráiler de terminal (TTR).*

- *Sub Fase 2B: Al llegar a los 1,500,000 TEU's*

  Equipamiento:

  - *Una (1) Grúa de muelle (QC).*
  - *Tres (3) Grúas de patio (RTG).*

---

[19] Numeral 125 del Informe N° 0049-2019-APN-UAJ-DOMA-UPS-DITEC-DIPLA

"A continuación, el siguiente cuadro muestra a manera de ejemplo algunos de los montos de inversión ejecutados en la modernización de terminales portuarios con la correspondiente estructura de costos referencial de las supervisiones de diseño de sus expedientes técnicos.

	(1)	(2)	
TERMINAL PORTUARIO	MONTO DE INVERSION (US$)	ESTRUCTURA DE COSTOS DE SUPERVISIÓN DE DISEÑO (US$)	% DE (1) / (2)
T. P. de Yurimaguas	30,584,165.51	412,056.00	1.35%
T. P. de Paita	155,697,915.00	1,936,663.20	1.24%
T. P. de Pisco	185,900,835.29	2,154,444.00	1.16%

(...)"

- *Sub Fase 2C: Al llegar a los 1,650,000 TEU´s*

  Equipamiento:

  - *Una (1) Grúa de muelle (QC).*
  - *Tres (3) Grúas de patio (RTG).*

El Equipamiento correspondiente a las Sub Fases 2B y 2C será exigible siempre que se alcancen los respectivos gatillos en un Año Calendario, considerando únicamente los TEU´s correspondientes a contenedores llenos y vacíos cuyo ingreso o salida se haya realizado bajo los regímenes de importación, exportación, transbordo y cabotaje, dentro de los primeros veinticinco (25) años de la Concesión.

Asimismo, el Concesionario podrá implementar, como parte del cumplimiento de la obligación de inversión de las Obras de la Fase 2, todo o parte del equipamiento descrito en las Sub Fases 2B y 2C antes de alcanzar los respectivos gatillos de TEU's señalados en la presente cláusula.

Durante la ejecución de las Obras correspondientes a cada Sub Fase, se entenderá que dichas Obras se encuentran en período pre-operativo.

6.47 Lo establecido en la presente Sección prevalece sobre cualquier disposición contractual que contravenga lo señalado en la misma."

112. En relación con lo indicado en la Cláusula 6.46 propuesta en el Proyecto de Adenda, es importante analizar si la descripción de las Obras de las Sub Fases 2A, 2B y 2C coinciden con las incluidas en la Propuesta Técnica del Concesionario contenida en el Anexo 16 del Contrato de Concesión. Al respecto, en cuanto a las Obras Civiles, la Propuesta Técnica del Concesionario menciona lo siguiente:

> *"El layout de la Fase 1 considera una expansión potencial adicional de la terminal, como se muestra en la Figura 2 adjunta, a 960 m. y 30.3 Ha. en total para el frente de atraque y el área de operaciones, respectivamente. Se requeriría de un relleno adicional dentro y fuera de la escollera sur para completar esta expansión. La capacidad de la terminal una vez extendido el muelle a una longitud total de 960 m. se estima en alrededor de 1.25 millones de TEUs (750,000 contenedores)."*
>
> [El subrayado es nuestro.]

113. Sobre ello, se observa que el proyecto de Adenda contempla para la Sub Fase 2A de la Fase 2 una extensión del muelle de 650 m. a 960 m. y el incremento del área total del terminal hasta 30,3 hectáreas. Al respecto, debe indicarse que dicha propuesta guarda relación con la expansión potencial considerada por el Concesionario en el citado párrafo de su Propuesta Técnica.

114. No obstante, se observa que el Proyecto de Adenda plantea que para efectos del cumplimiento de la obligación de ejecutar las Obras de la Fase 2, el Concesionario considerará la Obra Civil denominada "Zona 1B", es decir, el Proyecto de Adenda propone que las obras ya ejecutadas por el Concesionario en la Zona 1B sean consideradas como obras obligatorias de la Fase 2. Dado ello, resulta importante señalar que en la referida Zona 1B, el Concesionario ha realizado obras de relleno y pavimentación.

115. Dichas obras civiles fueron ejecutadas por el Concesionario en la Zona 1B en el marco de lo establecido en las Cláusulas 15.6[20] y 15.8[21] del Contrato de Concesión referidas a Inversiones Adicionales. Ello implica que dichas obras civiles representan Inversiones Adicionales, tal y como lo ha considerado la APN en los oficios de aprobación de los expedientes técnicos de las obras de "Relleno de la Zona 1-B"[22] y "Obras Civiles Terrestres" – pavimento de la Zona 1-B[23]. Adicionalmente, debe indicarse también que el Contrato de Concesión no ha previsto la figura de adelanto de Obra.

116. Considerando lo anterior, no es posible considerar las obras civiles de la denominada Zona 1B como adelanto de las obras obligatorias de la Fase 2, en la medida que dichas obras han sido aprobadas como inversiones adicionales en el marco de lo establecido en el Contrato de Concesión.

117. Por tales razones, este Organismo Regulador considera que el siguiente párrafo debe ser eliminado de la Cláusula 6.46 del Proyecto de Adenda:

> *"Para efectos del cumplimiento de la obligación de ejecutar las Obras de la Fase 2, el CONCESIONARIO considerará la Obra Civil denominada "Zona 1B", detallada en el plano contenido en el Anexo 1 de la Adenda N° 2 al Contrato de Concesión."*

118. Es pertinente indicar que, conforme a la Cláusula 6.46 del Proyecto de Adenda, el Concesionario se encuentra obligado a ejecutar las Obras conforme al requerimiento **mínimo** para cada una de las Sub Fases de la Fase 2 indicado en dicha Cláusula, lo que permitiría que cada Sub Fase incluya obras no expresamente consideradas en la Cláusula 6.46 (por ejemplo, equipamiento complementario). Adicionalmente, a efectos de permitir la posibilidad de que la APN, de considerarlo pertinente, en el marco de sus competencias, pueda aprobar en el Expediente Técnico de las Obras civiles, ampliaciones mayores a las indicadas en la redacción propuesta por las partes, este Organismo Regulador recomienda evaluar la pertinencia de modificar la Cláusula 6.46 propuesta en el Proyecto de Adenda en los siguientes términos:

---

[20] *"15.6 Si el CONCESIONARIO desarrolla infraestructura adicional a la mínima exigida en el Anexo 4 del presente Contrato, durante la Etapa de Construcción, deberá presentar en su Expediente Técnico aprobado, el detalle de las inversiones debidamente diferenciadas así como el presupuesto de obra de estas obras adicionales.*

En caso el CONCESIONARIO, decidiera desarrollar infraestructura adicional, las Partes acuerdan que el CONCESIONARIO deberá presentar a la APN, además de los requisitos establecidos en las cláusulas 15.6 a 15.9, los siguientes documentos para evaluación:

a) Criterios de diseño.
b) Memoria descriptiva.
c) Especificaciones técnicas.
d) Planos de obra.
e) Relación de equipo mínimo.
f) Valores unitarios y metrados de las principales partidas.
g) Cronograma de ejecución de la Obra. El procedimiento para su evaluación en lo que se refiere a los plazos y Solución de controversias, se regulará conforme a lo establecido para la modificación de la Obra Mayor.

Corresponderá al REGULADOR directamente, o a través del Supervisor de Obras que designe, efectuar las acciones de supervisión que le competen durante el desarrollo de dicha infraestructura adicional. Los costos derivados de las actividades de supervisión no podrán exceder del seis por ciento (6%) del valor estimado y serán de cargo del CONCEDENTE."

[21] *"15.8 Si el CONCESIONARIO desarrolla infraestructura adicional en la Etapa de Explotación, deberá presentar su Expediente Técnico, previo al inicio de la construcción, el cual deberá aprobado por la APN."*

[22] Aprobado mediante Carta N° 1074-2012-APN/GG de fecha 12 de julio de 2012.

[23] Aprobado mediante Carta N° 0074-2017 APN/GG/DITEC de fecha 06 de febrero de 2017.

Proyecto de Adenda	Propuesta de modificación
*"**DESCRIPCIÓN DE LAS OBRAS***	*"**DESCRIPCIÓN DE LAS OBRAS***
6.46 El CONCESIONARIO se obliga a ejecutar las Obras correspondientes a la Fase 2, sin perjuicio de las actividades de Conservación a que se refiere la Sección VII, conforme al siguiente requerimiento mínimo: • *Sub Fase 2A: En aplicación de la Cláusula 6.37, a la firma de la Adenda N° 2 al Contrato de Concesión* *Obras Civiles:* - *Extensión del muelle de 650 (seiscientos cincuenta) a 960 (novecientos sesenta) metros.* - *Incremento del área total del Terminal hasta 30.3 (treinta con tres décimas) hectáreas.* ***Para efectos del cumplimiento de la obligación de ejecutar las Obras de la Fase 2, el CONCESIONARIO considerará la Obra Civil denominada "Zona 1B", detallada en el plano contenido en el Anexo 1 de la Adenda N° 2 al Contrato de Concesión.*** *(...)* *[El énfasis es nuestro.]*	*"6.46 El CONCESIONARIO se obliga a ejecutar las Obras correspondientes a la Fase 2, sin perjuicio de las actividades de Conservación a que se refiere la Sección VII, conforme al siguiente requerimiento mínimo:* • *Sub Fase 2A: En aplicación de la Cláusula 6.37, a la firma de la Adenda N° 2 al Contrato de Concesión* *Obras Civiles:* - *Extensión del muelle de 650 (seiscientos cincuenta) hasta **un mínimo de** 960 (novecientos sesenta) metros.* - *Incremento del área total del Terminal hasta **un mínimo de** 30.3 (treinta con tres décimas) hectáreas.* ~~*Para efectos del cumplimiento de la obligación de ejecutar las Obras de la Fase 2, el CONCESIONARIO considerará la Obra Civil denominada "Zona 1B", detallada en el plano contenido en el Anexo 1 de la Adenda N° 2 al Contrato de Concesión.*~~ *(...)* *[El énfasis es nuestro.]*

119. Por otro lado, en relación con la proyección del equipamiento realizada por el Concesionario, en la Propuesta Técnica (contenida en el Anexo 16 del Contrato de Concesión) se señala lo siguiente:

"V. Equipamiento
(...)

Hemos realizado una proyección de la cantidad de equipamiento necesario para la nueva terminal de contenedores. Dicha proyección se basa en los pronósticos de volumen de contenedores y en ciertos niveles de productividad para cada tipo de equipo. Debido a estas variables, la cantidad de equipo que efectivamente se instalará en la nueva terminal de contenedores puede ser menor o mayor a la aquí indicada:

	Cantidad de unidades por tipo de equipo		
	1era Fase		2da Fase
	Volumen		Volumen
Equipo	Desde 0 contenedores	Hasta 500 mil contenedores	Hasta 750 mil contenedores
Grúas Pórtico	4	6	9
Grúas Transtainer	10	20	32
Tractocamiones	24	36	54
Reach Stacker	2	2	2
Otros Vehículos	6	9	14

Equipos varios	*varias cantidades por tipo de equipo*

[El subrayado es nuestro.]

120. De acuerdo con lo indicado en el párrafo citado de la sección V de la Propuesta Técnica del Concesionario, la cantidad de unidades por tipo de equipo que éste instalará en el Muelle Sur es referencial, toda vez que dicha cantidad puede ser menor o mayor a la proyectada en el párrafo citado. No obstante, es pertinente precisar que en la misma sección de la Propuesta Técnica se considera que la proyección de equipamiento necesario para el Muelle Sur se basó considerando las siguientes variables: (i) pronósticos de volumen de contenedores y, (ii) ciertos niveles de productividad para cada tipo de equipo.

121. Al respecto, se observa que la Propuesta Técnica únicamente especifica la línea base para la estimación de los equipos que serían necesarios para la operación del Muelle Sur, esto es, el volumen de contenedores para cada Fase (500 mil contendores para la Fase 1 y 750 mil contenedores para la Fase 2); mas no especifica los niveles de productividad de cada tipo de equipo. Considerando ello, en la Propuesta Técnica del Concesionario se proyecta para la Fase 2 la siguiente cantidad de unidades por tipo de equipo:

Cuadro N° 1
CANTIDAD DE UNIDADES POR TIPO DE EQUIPAMIENTO PARA LA FASE 2

Equipo	Cantidad de equipo
Grúa Pórtico	9
Grúas Transtainer	32
Tractocamiones	54
Reach Stacker	2
Otros Vehículos	14
Equipos varios	Varias cantidades por tipo de equipo

Fuente: Propuesta Técnica del Concesionario, incluida en el Anexo 16 del Contrato de Concesión.
Elaboración: Gerencia de Supervisión y Fiscalización del Ositrán.

122. Cabe precisar que, el segundo párrafo del literal a) de la Sección III de la Propuesta Técnica señala que *"la capacidad de la terminal una vez extendido el muelle a una longitud total de 960 m. se estima en alrededor de 1.25 millones de TEUs (750,000 contenedores)"*. Dado ello, se evidencia la existencia de una equivalencia entre la cantidad de contenedores y la cantidad de TEUs que se espera movilizar para cada Fase. En particular, se observa que la cantidad de equipos que proyectó el Concesionario para la Fase 2 fue realizada considerando un volumen de hasta 1,25 millones de TEU o su equivalente, 750 mil contenedores.

123. Ahora bien, de acuerdo con lo indicado por la APN en el numeral 133 del Informe Técnico Legal N° 049-2019-APN-UAJ-DIPLA-UPS-DITEC-DOMA, se observa que el gatillo propuesto para ejecutar la Sub Fase 2C es 1,65 millones de TEU, lo cual implica que se movilizarían 400 mil TEU más que lo proyectado en la Propuesta Técnica del Concesionario como volumen máximo en la Fase 2 (1,25 millones de TEU).

124. En ese sentido, toda vez que la cantidad de unidades por tipo de equipamiento se proyectó en la Propuesta Técnica del Concesionario considerando las variables de volumen de contenedores y niveles de productividad por tipo de equipo, y considerando que el Proyecto de Adenda plantea que a través del Muelle Sur se atiendan más de 1,65 millones de TEU, resulta importante contrastar si el Proyecto de Adenda contempla la cantidad necesaria de equipamiento para atender la demanda estimada y si dicha cantidad se encuentra técnicamente sustentada por el Concedente o la APN.

125. Sobre el particular, al contrastar (i) la cantidad de equipamiento que el Concesionario ha adquirido a la fecha (Fase 1 e Inversión Adicional) sumada a la cantidad de equipamiento que el Concesionario adquiriría como parte de la Fase 2 según el Proyecto de Adenda, y

(ii) la cantidad de equipamiento indicado en la Propuesta Técnica del Concesionario para la Fase 2 considerando las variables de volumen de contenedores y niveles de productividad de cada tipo de equipo; se observa lo siguiente:

Cuadro N° 2
COMPARACIÓN DE EQUIPAMIENTO CONSIDERADO PARA LAS FASES 1 Y 2 EN LA PROPUESTA TÉCNICA Y LOS EQUIPOS CONSIDERADOS EN EL PROYECTO DE ADENDA 2, FASE 1 E INVERSIÓN ADICIONAL

Equipo	A	B	C	D	E	F
	Inversión Ejecutada Fase 1	Inversión Adicional Ejecutada	Propuesta de Adenda 2	A + B +C	PT (*)	D – E
Grúa Pórtico de Muelle (STS)	6	1	2	9	9	0
Grúa Pórtico de Patio (RTG)	***18***	***3***	***6***	***27***	***32***	***- 5***
Tractocamiones	***36***	***11***	***0***	***47***	***54***	***- 7***
Reach Stacker	2	0	2	4	2	+ 2
Otros vehículos	***6***	***1***	***2***	***9***	***14***	***- 5***

(*) Propuesta Técnica original (incluye Fase 1 y Fase 2)
Fuente: Propuesta Técnica del Concesionario y Expedientes Técnicos aprobados por la APN.
Elaboración: Gerencia de Supervisión y Fiscalización de Ositrán.

126. De lo anterior, respecto de la cantidad de Grúas Pórtico de Muelle no se observan diferencias entre la cantidad que el Concesionario adquiriría al finalizar la Fase 2 según el Proyecto de Adenda y la cantidad indicada en la Propuesta Técnica del Concesionario. Sobre ello, la APN, en su Informe Técnico Legal N° 049-2019-APN-UAJ-DIPLA-UPS-DITEC-DOMA y con las precisiones indicadas en el Oficio N° 0431-2019-APN/GG-DIPLA, ha sustentado técnicamente que dicha cantidad de grúas permitiría atender el volumen de contenedores proyectados para la Fase 2 según el Proyecto de Adenda considerando un rendimiento de 30 contenedores/hora/grúa.

127. Por el contrario, se observa que la cantidad de equipos referidos a RTG, tractocamiones y otros vehículos, luego de la ejecución de los requerimientos mínimos señalados en la Propuesta de Adenda sería menor que la cantidad de equipos referencial indicada en la Propuesta Técnica del Concesionario actualmente vigente.

128. Si bien el Contrato de Concesión indica que la cantidad de equipos que se instalará en el Muelle Sur puede ser mayor o menor a la indicada en la Propuesta Técnica del Concesionario (contenida en el Anexo 16), es importante que el equipamiento propuesto en el Proyecto de Adenda se encuentre debidamente justificado considerando los pronósticos de volumen de contenedores a movilizar en el referido terminal y los niveles de productividad para cada equipo. Solo de esta manera será posible garantizar el cumplimiento de los Niveles de Servicio y Productividad especificados en el Anexo 3 del Contrato de Concesión.

129. Sobre el particular, de la revisión del Informe Técnico Legal N° 049-2019-APN-UAJ-DIPLA-UPS-DITEC-DOMA, debe advertirse lo siguiente:

- Para el caso de las grúas RTG, la APN señala que *"en todo el desarrollo conceptual de la Concesión se consideró necesaria la utilización de 3 Grúas Pórtico de Patio (RTG) por cada Grúa Pórtico de Muelle (STS) por lo que al quedar concluida las 2 fases y contar con 9 Grúas Pórtico de Muelle la zona de almacenaje debería disponer de 27 RTG. A la fecha el Muelle Sur cuenta con 21 RTG, por lo que al incorporar las 6 Grúas RTG de la Adenda se estaría cumpliendo con el total de 27 RTGs (sic) requeridas"*.

  Si bien la APN indica que por cada Grúa Pórtico de Muelle (STS) corresponde tres (3) Grúas Pórtico de Patio (RTG), es pertinente señalar que en la Propuesta Técnica del Concesionario se proyecta el número de RTG en función al volumen

de contenedores y el rendimiento de cada RTG. Sobre ello, no se evidencia en el referido Informe de la APN una evaluación de la cantidad de RTG necesaria para atender el volumen de contenedores estimado para la Fase 2 según el Proyecto de Adenda considerando el rendimiento de dicho equipo.

- De manera similar, en el caso de los tractocamiones y otros vehículos, no se evidencia que el Informe de la APN evalúe la cantidad necesaria de dichos equipos considerando las variables de volumen de contenedores y rendimientos de cada uno de estos equipos.

130. Tomando en cuenta que las cantidades de RTG, tractocamiones y otros vehículos -las cuales son menores a las indicadas en la Propuesta Técnica del Concesionario- no han sido justificadas considerando las variables de volumen de contenedores y niveles de productividad de cada uno de estos equipos, este Organismo Regulador considera que debe evaluarse y justificarse técnicamente el número de dichos equipos a considerar para la Fase 2 en el Proyecto de Adenda, en la medida que ello permitirá garantizar la atención de la cantidad de contenedores proyectada, con los Niveles de Servicio y Productividad previstos en el Contrato de Concesión.

131. Por otro lado, debe indicarse que en el Proyecto de Adenda se utiliza la denominación "Grúa de Muelle (QC)", mientras que en la Propuesta Técnica del Concesionario se utiliza la denominación "Grúa Pórtico". Al respecto, este Organismo Regulador estima pertinente que, en vez de la denominación "Grúa de Muelle (QC)" se utilice la denominación "Grúa Pórtico de Muelle", por ser esta última la denominación utilizada en el Anexo 3 del Contrato de Concesión vinculada al Nivel de Servicio y Productividad relativa al "Rendimiento de la operación de Embarque o Descarga (*rendimiento de operación*)" y para evitar ambigüedades sobre la aplicabilidad del referido indicador a dicho equipamiento.

132. Por otra parte, en relación con los valores de los gatillos para las Sub Fase 2B (1 500 000 TEU) y Sub Fase 2C (1 650 000 TEU) del Muelle Sur, se ha identificado que, en el Oficio N° 0431-2019-APN/GG-DIPLA, la APN estima dichos valores considerando la productividad de las grúas de muelle y el porcentaje de utilización promedio grúa. En el siguiente cuadro se presentan las estimaciones de la APN y su metodología de cálculo.

Cuadro N° 3
ESTIMACIONES DE LA AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL RESPECTO DE LOS VALORES DE LOS GATILLOS DE LAS SUB FASES 2B Y 2C EN EL MUELLE SUR

	Sub Fase 2B (1 500 000 TEU)	Sub Fase 2C (1 650 000 TEU)
(a) Contenedores promedio por grúa/hora	30	30
(b) Número de grúas	7	8
(c) % de utilización promedio de las grúas	53%	53%
(d) Contenedor promedio por grúa/día = 24 x (a)	720	720
(e) Contenedor promedio por grúa/año = 365 x (d)	262 800	262 800
(f) Contenedor promedio por año (todas las grúas) = (e)x(b)	1 839 600	2 102 400
(g) Capacidad total (TEU) = (f) x (c)	974 988	1 114 272
(h) Factor de conversión TEU/contenedor	1,57	1,57
(i) Capacidad total (TEU) = (g) x (h)	1 530 731	1 749 407
Gatillos propuestos (TEU)	1 500 000	1 650 000

Fuente: Oficio N° 0431-2019-APN/GG-DIPLA de la APN.
Elaboración: Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán.

133. Sobre el particular, se observa que los parámetros determinantes para calcular los valores de los gatillos según la metodología de la APN son: la productividad de las Grúas Pórtico de Muelle y el porcentaje de utilización promedio de la grúa. Al respecto, este Organismo Regulador señala que considera razonable la metodología de cálculo de los valores de los gatillos. Sin embargo, en relación con los dos parámetros determinantes del dichos valores se ha identificado lo siguiente:

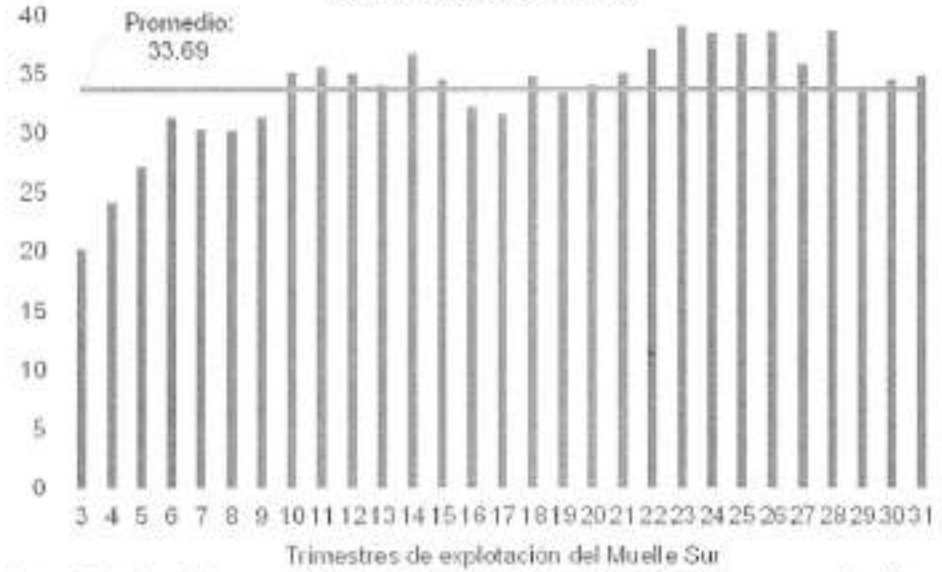
- **Productividad promedio de la Grúa Pórtico de Muelle.** En el Oficio N° 0431-2019-APN/GG-DIPLA, la APN señala que, para el cálculo de la capacidad de TEU de las grúas, ha considerado la productividad promedio de 30 contenedores por hora, la cual resulta de comparar la productividad promedio mensual del año 2018 de las grúas pórtico de muelle en el Muelle Sur (31 contenedores/hora), Terminal Norte Multipropósito (29 contenedores/hora) y en el Terminal Portuario de Paita (31 contenedores/hora).

  Al respecto, es importante mencionar que el rendimiento de una grúa pórtico se encuentra asociado a la planificación del operador portuario, la tecnología de los equipos y la experiencia de los operarios de las grúas. En ese sentido, considerar como valor de este parámetro al promedio de las productividades de las grúas pórtico operadas por distintos operadores portuarios (DP World S.R.L., APM Terminals Callao S.A. y Terminales Portuarios Euroandinos-Paita S.A.) conllevaría a que dicho parámetro capture el nivel de eficiencia de cada uno de dichos operadores (nivel mayor o menor al del Muelle Sur), lo cual no reflejaría el rendimiento real de las grúas pórtico de muelle ya existentes en el Muelle Sur, las cuales, según se ilustra en el siguiente gráfico, presentan un rendimiento promedio trimestral histórico de 33 contenedores/hora.

  Considerando ello, este Organismo Regulador recomienda que la capacidad de las grúas pórtico de muelle del Muelle Sur se calcule considerando únicamente los rendimientos de dichas grúas, a fin de capturar únicamente el nivel de eficiencia del Concesionario y no asignarle el mayor o menor nivel de otros operadores portuarios. No obstante, si bien al considerar el rendimiento de las grúas pórtico de muelle del Muelle Sur como parámetro del cálculo de la capacidad de dichas grúas conllevaría a obtener una capacidad superior a la estimada por la APN, los gatillos de demanda propuestos para las Sub Fases 2B y 2C no deberían modificarse en la medida que ello garantizaría que, de manera previa a que se alcance la capacidad máxima de las grúas pórtico de muelle, el Concesionario ya se encontraría en la obligación de adquirir una nueva grúa pórtico que le permita atender la demanda proyectada para el Muelle Sur.

Gráfico N° 1

PROMEDIO TRIMESTRAL DEL RENDIMIENTO DE LAS GRÚAS DE MUELLE EN LAS OPERACIONES DE EMBARQUE Y DESCARGA EN EL MUELLE SUR
(contenedores/grúa/hora)



Nota: Según el Anexo 3 del Contrato de Concesión, el primer y segundo trimestre de explotación del Muelle Sur fueron etapas de adecuación, por lo que la verificación del cumplimiento de los indicadores se registró a partir del tercer trimestre.
Fuente: Gerencia de Supervisión y Fiscalización del Ositrán.

Elaboración: Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán.

- **Porcentaje de utilización promedio de grúas.** En el Oficio N° 0431-2019-APN/GG-DIPLA, la APN calcula el porcentaje de utilización promedio de grúas como el ratio entre el tiempo efectivo de operación de grúa y el tiempo total disponible de la grúa en un año. En particular, para el obtener la capacidad de las grúas para el gatillo de las Sub Fases 2B y 2C, la APN considera que debe calcularse el referido porcentaje utilizando únicamente información del año 2014, toda vez que en dicho año el Muelle Sur movilizó la mayor cantidad de contenedores, siendo ello así, el porcentaje de utilización promedio grúa utilizado por la APN es de 53%. Sobre el particular, es importante mencionar que, de las estadísticas reportadas por el Concesionario, se observa que el porcentaje de utilización de las grúas fluctúa entre 32,2% y 52,6%, tal y como se presenta en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 4
PORCENTAJE DE UTILIZACIÓN PROMEDIO DE LAS GRÚAS

Año	Número de grúas	% utilización promedio de las grúas	TEU movilizados
2011	6	45,5%	1 094 297
2012	6	51,7%	1 357 194
2013	6	45,9%	1 310 402
2014	6	52,6%	1 426 516
2015	6	44,1%	1 238 903
2016	7	32,2%	1 109 707
2017	7	38,0%	1 203 317
2018	7	43,6%	1 269 789

Fuente: Reportes estadísticos de DP World Callao S.R.L.
Elaboración: Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán.

En efecto, tal y como afirma la APN, durante el año 2014 el Concesionario atendió la mayor cantidad de TEU en el Muelle Sur a la fecha (1 426 516 TEU), lo cual conllevó a que las grúas alcancen un nivel de utilización de 52,6%. Sobre ello, este Organismo Regulador considera razonable considerar dicho porcentaje para el cálculo de la capacidad de las grúas pórtico de muelle del Muelle Sur, toda vez que la demanda de contenedores que se espera atender en el Muelle Sur al gatillarse las Sub Fases 2B (1 500 000 TEU) y 2C (1 650 000 TEU) superaría al volumen de contenedores alcanzado durante el año 2014.

134. Por otro lado, se señala que las proyecciones del movimiento de carga contenedorizada en el Muelle Sur fueron realizadas por la APN. Los valores de dichas proyecciones se encuentran en los párrafos 94 y 135 del Informe N° 0049-2019-APN-UAJ-DOMA-UPS-DITEC-DIPLA de la APN y en el Anexo N° 1 (Apéndice 1) de su Oficio N° 0394-2019-APN-GG-DIPLA. Asimismo, la explicación metodológica acerca de cómo fueron calculados los valores de dichas proyecciones se encuentra en el mencionado Anexo N° 1 (Apéndice 1) del Oficio N° 0394-2019-APN-GG-DIPLA y en el archivo virtual "wf.wf1" del *software* estadístico E-views, el cual se emplea, entre otros, para realizar proyecciones.[24]

135. En los siguientes puntos se describen las principales características de las proyecciones realizadas por la APN:

- Se empleó información histórica mensual del movimiento de carga contenedorizada desde junio de 2010 hasta diciembre de 2018. El periodo de proyección es enero

[24] El mencionado Oficio N° 0394-2019-APN-GG-DIPLA y el archivo virtual "wf.wf1" fueron remitidos a este Organismo Regulador por el MTC a través del Oficio N° 1587-2019-MTC/19.

2019 - diciembre 2036, es decir, hasta el año en el cual concluirá la vigencia de la Concesión.

- La APN consideró *"las operaciones de embarque, desembarque y transbordo de carga (no se considera los movimientos de reestiba) de contenedores llenos, ni vacíos (sic) de 20 y 40 pies"*[25] del Muelle Sur, pero de manera agregada, es decir, la APN no ha proyectado por separado el embarque, el desembarque y el transbordo.

- La APN proyectó el movimiento de carga contenedorizada en el Muelle Sur para cada uno de los meses del periodo 2019 - 2036 considerando los valores que tomaría el Producto Bruto Interno del Perú (en adelante, PBI) en cada uno de los meses en esos años. Por ello, previamente, la APN tuvo que proyectar los valores del PBI para cada uno de los meses de dicho periodo.

- Los valores proyectados por la APN sobre el movimiento de carga contenedorizada en el Muelle Sur son considerados por dicha Autoridad como un "escenario moderado" y los valores que *"fueron construidos en base a las desviaciones estándar del movimiento de carga proyectado por el modelo óptimo"*[26] son considerados por dicha Autoridad como escenarios pesimista y optimista. Los valores del escenario pesimista indican un menor movimiento de carga contenedorizada respecto del escenario moderado, y los valores proyectados en el escenario optimista son mayores en relación al escenario moderado. En el siguiente cuadro se presentan las proyecciones de la APN para el periodo 2019-2036 respecto del movimiento de carga contenedorizada en el Muelle Sur según los escenarios antes indicados.

[25] Ver Anexo Nº 1 (Apéndice 1) del Oficio Nº 0394-2019-APN-GG-DIPLA de la APN.

[26] Ver párrafo 135 del Informe Nº 0049-2019-APN-UAJ-DOMA-UPS-DITEC-DIPLA de la APN.

Cuadro N° 5
PROYECCIÓN DE LA AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL RESPECTO DEL MOVIMIENTO DE CARGA CONTENEDORIZADA EN EL MUELLE SUR, SEGÚN ESCENARIO DE PROYECCIÓN, 2019-2036
(TEU)

Tipos de información	Año	Escenario Pesimista	Escenario Moderado	Escenario Optimista
Información histórica	2010	420 549	420 549	420 549
	2011	1 094 297	1 094 297	1 094 297
	2012	1 357 194	1 357 194	1 357 194
	2013	1 310 402	1 310 402	1 310 402
	2014	1 426 516	1 426 516	1 426 516
	2015	1 238 903	1 238 903	1 238 903
	2016	1 109 707	1 109 707	1 109 707
	2017	1 203 317	1 203 317	1 203 317
	2018	1 269 789	1 269 789	1 269 789
Proyecciones de la APN	2019	1 377 725	1 465 665	1 553 605
	2020	1 395 165	1 500 177	1 605 189
	2021	1 411 936	1 534 713	1 657 490
	2022	1 428 686	1 569 985	1 711 284
	2023	1 446 426	1 607 140	1 767 854
	2024	1 465 849	1 647 022	1 828 194
	2025	1 486 866	1 689 621	1 892 375
	2026	1 508 688	1 734 124	1 959 560
	2027	1 530 346	1 779 472	2 028 599
	2028	1 551 227	1 824 973	2 098 719
	2029	1 571 253	1 870 539	2 169 825
	2030	1 590 668	1 916 468	2 242 267
	2031	1 609 663	1 963 003	2 316 344
	2032	1 628 125	2 010 031	2 391 937
	2033	1 645 682	2 057 103	2 468 523
	2034	1 661 939	2 103 720	2 545 501
	2035	1 676 706	2 149 623	2 622 540
	2036	1 690 064	2 194 888	2 699 712

Nota: La información del año 2018 fue actualizada mediante lo indicado por la APN en el Anexo N° 1 (Apéndice 1) de su Oficio N° 0394-2019-APN-GG-DIPLA.
Fuente: Autoridad Portuaria Nacional (párrafos 94 y 135 del Informe N° 0049-2019-APN-UAJ-DOMA-UPS-DITEC-DIPLA).
Elaboración: Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán.

136. Según el Proyecto de Adenda, los gatillos de demanda son: 1 500 000 TEU para la Sub Fase 2B y 1 650 000 TEU para la Sub Fase 2C, debiendo ser alcanzados dentro de los primeros 25 años de la Concesión (es decir, hasta el año 2031) para que dichas Sub Fases sean exigibles al Concesionario.

137. En base a sus proyecciones del movimiento de carga contenedorizada en el Muelle Sur bajo el escenario moderado, la APN estima que el gatillo de la Sub Fase 2B (1 500 000 TEU) se alcanzaría el año 2020 y el gatillo de la Sub Fase 2C (1 650 000 TEU) en el año 2025, en ambos casos dentro de los primeros 25 años de la Concesión. Sin embargo, existe un posible riesgo de no exigibilidad de la Sub Fase 2C porque bajo el escenario

pesimista el valor proyectado de la demanda no alcanzaría al gatillo de 1 650 000 TEU correspondiente a esta última Sub Fase durante los primeros 25 años de la Concesión. En el siguiente cuadro se presentan las estimaciones de la APN respecto de los años en los cuales se alcanzarían los gatillos de las Sub Fases 2B y 2C en el Muelle Sur bajo los tres escenarios: pesimista, moderado y optimista.

Cuadro N° 6
ESTIMACIONES DE LA AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL RESPECTO DE LOS AÑOS EN LOS CUALES SE ALCANZARÍAN LOS GATILLOS DE LAS SUB FASES 2B Y 2C EN EL MUELLE SUR

Escenario	Sub Fase 2B (1 500 000 TEU)	Sub Fase 2C (1 650 000 TEU)
Pesimista	2026 (durante los primeros 25 años de la Concesión)	2034 (después de los primeros 25 años de la Concesión)
Moderado	2020 (durante los primeros 25 años de la Concesión)	2025 (durante los primeros 25 años de la Concesión)
Optimista	2019 (durante los primeros 25 años de la Concesión)	2021 (durante los primeros 25 años de la Concesión)

Nota: El recuadro sombreado de gris indica el caso en el cual el gatillo se alcanzaría después de los primeros 25 años de la Concesión.
Fuente: Autoridad Portuaria Nacional (párrafos 94 y 135 del Informe N° 0049-2019-APN-UAJ-DOMA-UPS-DITEC-DIPLA).
Elaboración: Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán.

138. Los comentarios de este Organismo Regulador respecto de las proyecciones realizadas por la APN se dividirán en tres partes: (i) comentarios sobre las proyecciones del PBI, (ii) comentarios en relación con la metodología de proyección de la APN, y (iii) comentarios respecto de las proyecciones del movimiento de carga contenedorizada en el Muelle Sur.

(i) Comentarios sobre las proyecciones del PBI

139. La APN realizó sus propias proyecciones respecto del PBI para el periodo 2019-2036. Ello a pesar que existe información pública y disponible de las proyecciones del PBI, las cuales son realizadas por organismos nacionales e internacionales especializados tales como entidades públicas (Banco Central de Reserva del Perú, en adelante, BCRP; MEF; y Centro Nacional de Planeamiento Estratégico de la Presidencia de Consejo de Ministros, en adelante, CEPLAN),[27] entidades financieras (Banco de Crédito del Perú, en adelante, BCP; y BBVA Continental, en adelante BBVA) y organismos internacionales (Fondo Monetario Internacional, en adelante, FMI; y Banco Mundial, en adelante, BM).

140. Al respecto, las proyecciones de la APN para el PBI se encuentran por debajo de los pronósticos realizados por todas las mencionadas fuentes especializadas, tal como se muestra en el siguiente gráfico. En particular, para el año 2019, la APN estima que el PBI caerá 2,3%, en tanto que por el contrario todas las fuentes especializadas antes mencionadas estiman que el PBI aumentará, siendo que la menor tasa de crecimiento esperada por dichas fuentes es 3,7% y le corresponde al BCP.[28] De igual manera, las estimaciones de largo plazo de la APN respecto del PBI también se encuentran por debajo de las proyecciones realizadas por el FMI hasta el 2024, y por CEPLAN hasta el 2030 (CEPLAN, 2019).[29]

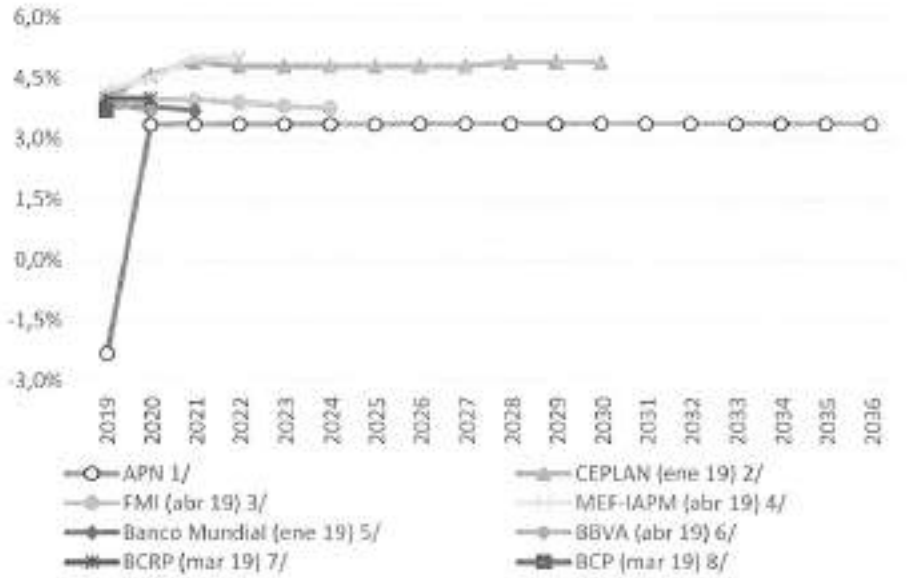
---

[27] El CEPLAN es un organismo técnico especializado que ejerce la función de órgano rector, orientador y de coordinación del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico. Información disponible en: <https://www.ceplan.gob.pe/pei-sector-pcm/> (último acceso: 10 de mayo de 2019).

[28] Ver Revista Semana Económica (versión *on line*) del 12 de marzo de 2019. Disponible en: <http://semanaeconomica.com/article/economia/macroeconomia/333054-bcp-mantiene-en-3-7-proyeccion-de-crecimiento-del-pbi-del-peru-para-el-2019/> (último acceso: 10 de mayo de 2019).

[29] CEPLAN (2019). *Perú: proyecciones económicas y sociales*. Primera edición, enero 2019. Disponible en:

Gráfico N° 2
PROYECCIONES DEL PRODUCTO BRUTO INTERNO REAL DEL PERÚ, 2019-2036
(variación porcentual anual)



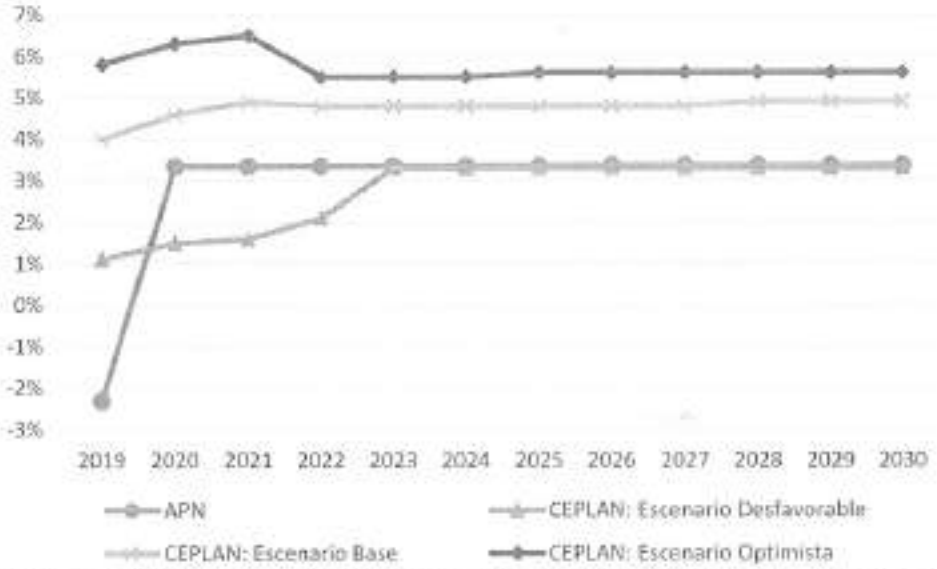
1/ La información sobre las proyecciones del PBI se tomó del archivo de Excel "Base de datos - Histórico.xlsx" de la APN, remitido a este Organismo Regulador por el MTC a través del Oficio N° 1587-2019-MTC/19.
2/ CEPLAN (2019, p.36).
3/ World Economic Outlook Database (April 2019) del FMI, disponible en: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2019/01/weodata/WEOApr2019all.xls> (último acceso: 10 de mayo de 2019).
4/ MEF (2019). Informe de Actualización de Proyecciones Macroeconómicas: 2019-2022. 25 de abril de 2019. Disponible en: <https://www.mef.gob.pe/contenidos/pol_econ/marco_macro/IAPM_2019_2022.pdf> (último acceso: 10 de mayo de 2019).
5/ WORLD BANK (2019). *Global Economic Prospects, January 2019: Darkening Skies*. Washington, DC: World Bank. doi: 10.1596/978-1-4648-1343-6. License: Creative Commons Attribution CC BY 3.0 IGO.
Disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/31066/9781464813863.pdf> (último acceso: 10 de mayo de 2019).
6/ Información disponible en: <https://www.bbvaresearch.com/datos-historicos-y-previsiones/> (último acceso: 10 de mayo de 2019).
7/ BCRP (2019). *Reporte de Inflación: Panorama actual y proyecciones macroeconómicas 2019-2020*. Marzo 2019. Información disponible en: <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Reporte-Inflacion/2019/marzo/reporte-de-inflacion-marzo-2019.pdf> (último acceso: 10 de mayo de 2019).
8/ Revista Semana Económica (versión *on line*) del 12 de marzo de 2019. Disponible en: <http://semanaeconomica.com/article/economia/macroeconomia/333054-bcp-mantiene-en-3-7-proyeccion-de-crecimiento-del-pbi-del-peru-para-el-2019/> (último acceso: 10 de mayo de 2019).
Fuente: Autoridad Portuaria Nacional, Banco Central de Reserva del Perú, Banco de Crédito del Perú, Banco Mundial, BBVA Continental, Centro Nacional de Planeamiento Estratégico de la Presidencia del Consejo de Ministros, Fondo Monetario Internacional, Ministerio de Economía y Finanzas,
Elaboración: Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán.

141. Las proyecciones del CEPLAN incluyen un escenario base o promedio del PBI, además de uno desfavorable y otro optimista. Dichas proyecciones son las únicas que abarcan un periodo de largo plazo (hasta 2030), siendo las que se acercan más al periodo requerido para proyectar el movimiento de carga contenedorizada en el Muelle Sur (hasta 2036). En términos comparativos, las proyecciones del PBI realizadas por la APN para los años 2020, 2021 y 2022 están por encima del escenario desfavorable proyectado por CEPLAN y a

<https://www.ceplan.gob.pe/wp-content/uploads/2018/11/Per%C3%BA-proyecciones-econ%C3%B3micas-y-sociales-CEPLAN.pdf> (último acceso: 10 de mayo de 2019).

partir del 2023 en adelante, tienden a ser equivalentes al escenario desfavorable proyectado por el CEPLAN, tal como se muestra en el siguiente Gráfico.

Gráfico N° 3
PROYECCIONES DE LARGO PLAZO DE LA AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL Y DEL CENTRO NACIONAL DE PLANEAMIENTO ESTRATÉGICO RESPECTO DEL PRODUCTO BRUTO INTERNO REAL DEL PERÚ, 2019-2030
(variación porcentual anual)



Fuente: Autoridad Portuaria Nacional (archivo de Excel "Base de datos - Histórico.xlsx" de la APN, remitido a este Organismo Regulador por el MTC a través del Oficio N° 1587-2019-MTC/19) y Centro Nacional de Planeamiento Estratégico.
Elaboración: Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán.

142. Dado que existen diferencias entre las proyecciones del PBI realizadas por la APN y aquellas que han sido elaboradas por las fuentes especializadas a nivel nacional e internacional, este Organismo Regulador considera que para proyectar el movimiento de carga contenedorizada en el Muelle Sur (hasta 2036) se deben considerar aquellas proyecciones del PBI realizadas por dichas fuentes especializadas.

143. Por otro lado, de acuerdo con lo señalado en el Anexo N° 1 (Apéndice 1) del Oficio N° 0394-2019-APN-GG-DIPLA de la APN, el modelo de proyección del PBI se describe mediante la ecuación que se muestra en el siguiente cuadro.

Cuadro N° 7
ESPECIFICACIÓN DEL MODELO DE PROYECCIÓN DEL PBI DE LA AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL

Método: ARMA Máxima Verosimilitud (BFGS) Variable Dependiente: D Log(PBI)			
Variable	**Coeficiente**	**Desviación**	**T-Stat**
C	*0.003*	*0.005*	*0.65*
*AR(12)****	*0.997*	*0.003*	*311.46*
*MA(1)****	*-0.670*	*0.069*	*-9.70*
*SMA(12)****	*-0.775*	*0.157*	*-4.94*
*SIGMASQ****	*0.000*	*3.13E-05*	*5.38*
Observaciones Incluidas			*102*
R^2			*0.945*
Adj. R^2			*0.943*
Akaike Info. Crit.			*-5.34*
Schwarz Info. Crit.			*-5.21*
HQ Info. Crit.			*-5.29*
DW-Stat			*1.81*
Indicadores de Proyección			
Root Mean Squared Error		*2.12*	
Mean Absolute Error		*1.70*	
Mean Absolute Percent Error		*1.13*	
Theil Inequality Coefficient		*0.007*	
Muestra Ajustada		*2011M07-2018M12*	

* Significativo al 10% ** Significativo al 5% ***Significativo al 1%
Tomado de: Anexo N° 1 (Apéndice 1) del Oficio N° 0394-2019-APN-GG-DIPLA de la APN.

144. La ecuación anterior describe la evolución del PBI y le permite a la APN proyectar los valores futuros del PBI para el periodo comprendido entre enero de 2019 y diciembre de 2036. Luego en base a dichos valores estimados del PBI, la APN proyecta el movimiento de contenedores en el Muelle Sur.

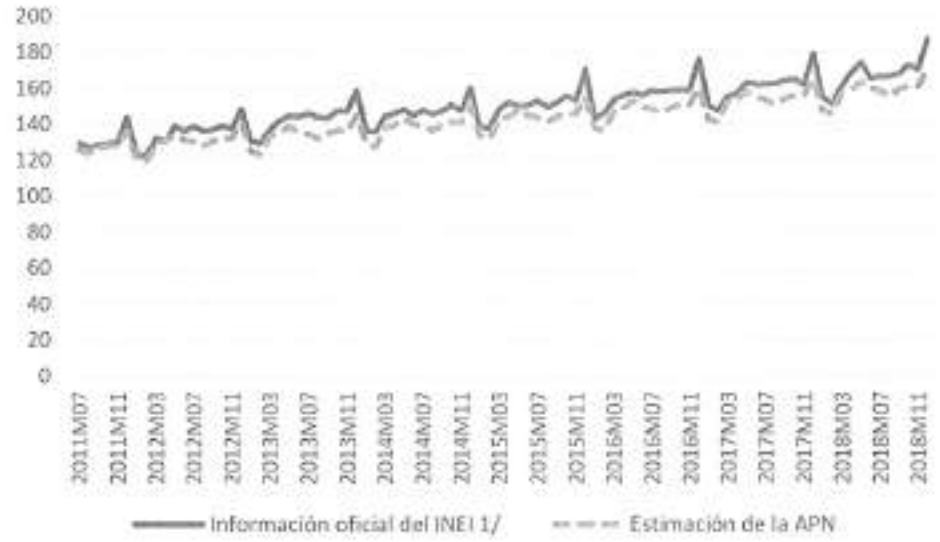
145. La mencionada ecuación también permite estimar los valores del PBI "hacia atrás", es decir, para el periodo comprendido entre julio de 2011 y diciembre de 2018. Cabe señalar que para este último periodo existe información oficial del PBI, la cual ha sido publicada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (en adelante, INEI).[30]

146. A pesar de que, como se ha indicado, existe información oficial del PBI para el periodo comprendido entre julio de 2011 y diciembre de 2018, la APN en su estimación del movimiento de contenedores en el Muelle Sur para el periodo comprendido entre enero de 2019 y diciembre de 2036 no emplea la información oficial histórica del PBI del periodo comprendido entre julio de 2011 y diciembre de 2018 que publicó el INEI, sino sus propias estimaciones del PBI.

147. Como se muestra en el siguiente gráfico, las estimaciones del PBI realizadas por la APN para el periodo comprendido entre julio de 2011 y diciembre de 2018 difieren de las cifras oficiales publicadas por el INEI.

[30] La información del INEI se encuentra publicada en el siguiente link: <http://webapp.inei.gob.pe:8080/sirtod-series/> (último acceso: 10 de mayo de 2019).

Gráfico N° 4
DIFERENCIA ENTRE LAS PROYECCIONES DE LA AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL Y LA INFORMACIÓN OFICIAL DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA RESPECTO DEL PRODUCTO BRUTO INTERNO REAL DEL PERÚ, JULIO 2011 - DICIEMBRE 2018
(100 = 2007)



1/ La información del INEI se encuentra publicada en el siguiente link:
<http://webapp.inei.gob.pe:8080/sirtod-series/> (último acceso: 10 de mayo de 2019).
Fuente: Autoridad Portuaria Nacional (archivo virtual "wf.wf1" de E-views de la APN remitido a este Organismo Regulador por el MTC a través del Oficio N° 1587-2019-MTC/199) e Instituto Nacional de Estadística e Informática.
Elaboración: Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán.

148. Así, la estimación del movimiento de contenedores en el Muelle Sur para el periodo comprendido entre enero de 2019 y diciembre de 2036 ha sido realizada por la APN considerando sus estimaciones propias del PBI y no la información histórica oficial del INEI, lo cual distorsiona los resultados de las proyecciones.

149. Por tal motivo, este Organismo Regulador considera que, en la medida que existe información oficial sobre el PBI durante el periodo comprendido entre julio de 2011 y diciembre de 2018, esta debe ser empleada para proyectar el movimiento de contenedores en el Muelle Sur durante el periodo comprendido entre enero de 2019 y diciembre de 2036.

(ii) Comentarios en relación con la metodología de proyección de la APN

150. Las proyecciones de la APN han sido realizadas considerando el total del movimiento de contenedores en el Muelle Sur. Es decir, no se ha distinguido entre embarque, desembarque y transbordo, los cuales tienen sus propios factores explicativos, tal como se señala a continuación:

- En el caso del embarque o exportación, el Modelo de Proyección Económica Mundial elaborado por la Organización de Naciones Unidas (en adelante, ONU) plantea que el volumen de exportaciones de un país depende de la demanda de sus socios comerciales (específicamente, de demanda por importaciones de dichos países) y del precio de los productos de exportación (Altshuler *et. al.*, 2016, p.14).[31] En el caso de

[31] ALTSHULER, C.; HOLLAND, D.; HONG, P. y H. LI (2016). *The World Economic Forecasting Model at the United Nations*. Development Policy and Analysis Division. Department of Economic and Social Affairs.United Nations. August 2016. Disponible en: <https://www.un.org/development/desa/dpad/wp-content/uploads/sites/45/publication/2016_Apr_WorldEconomicForecastingModel.pdf> (último acceso: 3 de mayo de 2019).

las importaciones de los socios comerciales se señala que China y Estados Unidos de América (en adelante, EEUU) son los principales socios comerciales del Perú. En efecto, según información de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (en adelante, Sunat) los principales destinos de las exportaciones peruanas fueron China (20,8% del valor total de las exportaciones) y EEUU (15,6%), siendo que los demás países de destino de nuestras exportaciones tuvieron una participación individual de 7,8% o menos para el periodo acumulado 2011-2018.[32]

- En relación al desembarque o importación, como señala la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, OCDE), sus proyecciones son realizadas considerando que típicamente el volumen de importaciones depende de un indicador de la actividad económica interna (como por ejemplo, el PBI) y del precio de los productos importados.[33]

151. En base a lo señalado por la ONU y la OCDE, este Organismo Regulador considera que se deben estimar por separado los flujos de embarques, desembarques y transbordos del Muelle Sur, y luego por agregación obtener la estimación del total del movimiento de carga contenedorizada. Es decir, no solamente debe considerarse el efecto del PBI sino también los impactos de los precios de los productos de exportación e importación y del contexto internacional mediante la incorporación en el modelo de proyección, de las importaciones de nuestros socios comerciales, entre otros.

152. Por otro lado, tal como señala en el Anexo N° 1 (Apéndice 1) de su Oficio N° 0394-2019-APN-GG-DIPLA, la APN estimó el movimiento de carga contenedorizada en el Muelle Sur mediante la ecuación descrita en el siguiente cuadro, es decir, considerando el PBI como variable explicativa.

Cuadro N° 8
ESPECIFICACIÓN DEL MODELO DE PROYECCIÓN DE MOVIMIENTO DE CARGA EN EL MUELLE SUR REALIZADO POR LA AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL

Método: ARMA Máxima Verosimilitud (OPG-BHHH) **Variable Dependiente: TEUs**			
Variable	**Coeficiente**	**Desviación**	**T-Stat**
C	*54901.44*	*35568.81*	*1.54*
*PBIF**	*351.69*	*208.62*	*1.69*
*AR(1)****	*0.93*	*0.16*	*5.66*
AR(2)	*-0.14*	*0.24*	*-0.62*
*AR(3)****	*0.53*	*0.15*	*3.59*
*AR(4)****	*-1.06*	*0.14*	*-7.58*
*AR(5)****	*0.60*	*0.13*	*4.69*
*SAR(12)****	*1.00*	*0.00*	*2624.71*
MA(1)	*-0.30*	*0.28*	*-1.07*
MA(2)	*-0.03*	*0.22*	*-0.13*
MA(3)	*-0.40*	*0.35*	*-1.15*
*MA(4)****	*0.89*	*0.33*	*2.69*
*SMA(12)****	*-1.00*	*0.01*	*-97.64*
*SIGMASQ***	*33793190.00*	*13200221.00*	*2.56*
Observaciones Incluidas			*90*
R^2			*0.72*
Adj. R^2			*0.67*
Akaike Info. Crit.			*20.72*

[32] Información disponible en: <http://www.sunat.gob.pe/estadisticasestudios/nota_tributaria/cdro_G6.xls> (último acceso: 3 de mayo de 2019).

[33] Información disponible en: <https://www.oecd.org/eco/outlook/forecastingmethodsandanalyticaltools.htm> (último acceso: 3 de mayo de 2019).

Schwarz Info. Crit.	*21.11*
HQ Info. Crit.	*20.88*
DW-Stat	*2.02*
Indicadores de Proyección	
Root Mean Squared Error	*6159.65*
Mean Absolute Error	*5035.67*
Mean Absolute Percent Error	*4.85*
Theil Inequality Coefficient	*0.029*
Muestra Ajustada	*2012M12-2019M01*

* Significativo al 10% ** Significativo al 5% ***Significativo al 1%
Tomado de: Anexo Nº 1 (Apéndice 1) del Oficio Nº 0394-2019-APN-GG-DIPLA de la APN.

153. Al respecto, considerado la ecuación del cuadro anterior y la información estimada por la APN respecto del PBI que han sido señaladas en el Anexo N° 1 (Apéndice 1) del Oficio N° 0394-2019-APN-GG-DIPLA de la APN, debe indicarse que no ha sido posible replicar los resultados presentados en los párrafos 94 y 135 del Informe N° 0049-2019-APN-UAJ-DOMA-UPS-DITEC-DIPLA de la APN y en el Anexo N° 1 (Apéndice 1) de su Oficio N° 0394-2019-APN-GG-DIPLA.

154. Cabe señalar que el archivo de E-views "wf.wf1" de la APN[34] contiene una hoja de resultados que muestra los datos presentados por la APN en los párrafos 94 y 135 de su Informe N° 0049-2019-APN-UAJ-DOMA-UPS-DITEC-DIPLA. Sin embargo, dichos resultados solamente son una hoja de resultados mas no indican cómo fueron calculados los datos que ahí se presentan.

155. Por tal motivo, este Organismo Regulador considera que la información del Anexo N° 1 (Apéndice 1) del Oficio N° 0394-2019-APN-GG-DIPLA de la APN no constituye un sustento adecuado para la proyección del movimiento de contenedores en el Muelle Sur que presentó la APN en los párrafos 94 y 135 de su Informe N° 0049-2019-APN-UAJ-DOMA-UPS-DITEC-DIPLA.

156. En ese sentido, en tanto que la proyección de demanda resulta ser un factor determinante para establecer el año en el cual se espera alcanzar los gatillos para la ejecución de las Sub Fases 2B y 2C en el Muelle Sur (1 500 000 y 1 650 000 TEU respectivamente), se recomienda al Concedente revisar su metodología de acuerdo con los comentarios antes mencionados, y realizar una nueva estimación de la demanda en el Muelle Sur.

(iii) Comentarios respecto de los resultados de las proyecciones del movimiento de carga contenedorizada en el Muelle Sur.

157. Las proyecciones de la APN sobre el movimiento de carga contenedorizada a través del Muelle Sur para el periodo 2019-2036 se pueden dividir en dos sub periodos:

- El año 2019, en el cual el crecimiento proyectado bajo el escenario moderado (15,4%) equivale a aproximadamente siete veces la tasa de crecimiento promedio anual histórica (2,1% anual).

- El sub periodo 2020-2036, en el cual el aumento promedio anual proyectado bajo el escenario moderado (2,4%) es relativamente similar a la tasa de crecimiento histórica (2,1% anual).

158. En el siguiente cuadro se presenta la variación promedio anual histórica y proyectada por la APN del movimiento de carga contenedorizada en el Muelle Sur bajo cada uno de los escenarios de proyección.

[34] Este archivo de la APN fue remitido a este Organismo Regulador por el MTC a través del Oficio Nº 1587-2019-MTC/19.

Cuadro N° 9
VARIACIÓN PROMEDIO ANUAL DEL MOVIMIENTO DE CARGA CONTENEDORIZADA EN EL MUELLE SUR

Periodo de tiempo	Escenario Pesimista	Escenario Moderado	Escenario Optimista
2011-2018 (información histórica)	2,1%		
2019 (proyección)	8,5%	15,4%	22,4%
2020-2036 (proyección)	1,2%	2,4%	3,3%

Fuente: Autoridad Portuaria Nacional (párrafos 94 y 135 del Informe N° 0049-2019-APN-UAJ-DOMA-UPS-DITEC-DIPLA y Anexo N° 1 (Apéndice 1) de su Oficio N° 0394-2019-APN-GG-DIPLA).
Elaboración: Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán.

159. La información remitida por la APN (específicamente los párrafos 94 y 135 del Informe N° 0049-2019-APN-UAJ-DOMA-UPS-DITEC-DIPLA y el Anexo N° 1 -Apéndice 1- del Oficio N° 0394-2019-APN-GG-DIPLA) no permite identificar el motivo por el cual se considera como criterio de proyección que la tasa de crecimiento para el año 2019 bajo el escenario moderado (15,4%) equivale a aproximadamente siete veces la tasa de crecimiento histórica (2,1% anual) en tanto que para el sub periodo 2020-2026 su tasa de crecimiento promedio anual bajo el escenario moderado (2,4%) es similar a la tasa de crecimiento histórica (2,1% anual).

160. Cabe señalar que el crecimiento proyectado por la APN bajo el escenario moderado para el año 2019 (15,4%) no tiene correlato con las tasas de crecimiento observadas en los años anteriores, en los cuales el movimiento de contenedores (en TEU) aumentó muy por debajo de dicha tasa. En particular, las tasas de crecimiento registradas en los años previos fueron 8,4% en el 2017, 5,5% en el 2018 y -10,4% en 2016.

161. Sin perjuicio de lo anterior, este Organismo Regulador considera importante señalar que las proyecciones de la APN no incorporan algunos elementos exógenos que son factores determinantes del movimiento de carga contenedorizada en el Muelle Sur durante el periodo 2019-2036. Por ejemplo, no se ha analizado la influencia que tendría el desempeño de otros puertos sobre el movimiento de carga contenedorizada en el Muelle Sur. En particular, no se han evaluado los potenciales efectos del Puerto de Chancay, ubicado 50 km al norte del Puerto del Callao, cuya construcción se iniciaría este año[35] e incluiría un terminal de contenedores con once muelles para este tipo de carga[36]. Asimismo, tampoco se han analizado los posibles impactos de la modernización del Terminal Portuario General San Martín sobre el movimiento de carga contenedorizada en el Muelle Sur.

162. Cabe señalar que los comentarios realizados por este Organismo Regulador se encuentran en línea con los señalado por Jansen (2014),[37] quien considera que un buen modelo de proyección de carga contenedorizada debe considerar la influencia de las variables macroeconómicas, la intensidad de la competencia interportuaria y la opinión de profesionales expertos en el sector portuarios, tal como se explica en el siguiente cuadro.

---

[35] Información disponible en: <https://elcomercio.pe/economia/peru/puerto-chancay-impulso-chino-reconfiguraria-actividad-portuaria-noticia-600665> (último acceso: 10 de mayo de 2019).

[36] Información disponible en: <https://gestion.pe/economia/empresas/primera-fase-puerto-chancay-cosco-shipping-volcan-demandara-us-1-300-millones-256546> (último acceso: 10 de mayo de 2019).

[37] JANSEN, M (2014). *Forecasting Container Cargo Throughput in Ports*. Erasmus University Rotterdam. Erasmus School of Economics. Urban, Port and Transport Economics. September 2014. Disponible en: <https://thesis.eur.nl/pub/16985/MA-thesis-M.-Jansen-386267.pdf> (último acceso: 10 de mayo de 2019).

Cuadro N° 10
ELEMENTOS ESCENCIALES DE UN BUEN MODELO DE PROYECCIÓN DE CARGA CONTENEDORIZADA

Elementos	Descripción
Variables macroeconómicas	• Una buena proyección de la carga contenedorizada debe ser realizada sobre la base de la evolución esperada del PBI en el futuro. • Se pueden considerar los pronósticos del PBI que realiza alguna organización especializada como el FMI. • Es útil considerar escenarios sobre la evolución del PBI principalmente en contextos de proyecciones de largo plazo.
Competencia interportuaria	• La competencia portuaria debe ser tomada en cuenta de modo que el flujo comercial se distribuya entre la red de puertos. • Se deben considerarse las características de los diferentes puertos bajo análisis y de los flujos de carga entre diferentes rutas comerciales.
Opinión de expertos del sector portuario	• Existen factores que no pueden ser cuantificados o sobre los cuales no existe información disponible o la información es incompleta. • Se deben considerar las opiniones de los expertos respecto de las proyecciones cuantitativas de modo tal que se analicen las variables consideradas como factores explicativos del movimiento de carga contenedorizada y eventualmente puedan ser modificadas con el objetivo de mejorar las proyecciones.

Fuente: Jansen (2014).
Elaboración: Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán.

163. En resumen, de la revisión de la información enviada por la APN como sustento de los gatillos de demanda para las Sub Fases 2B y 2C y la proyección de demanda presentada en su Informe N° 0049-2019-APN-UAJ-DOMA-UPS-DITEC-DIPLA, Oficio N° 0394-2019-APN-GG-DIPLA y Oficio N° 0431-2019-AON/GG-DIPLA, se considera adecuada la forma de estimar los valores de los gatillos de demanda, esto es, en función al rendimiento de las grúas pórtico de muelle y al porcentaje de utilización de dichas grúas; sin embargo, se recomienda ajustar dicho cálculo considerando únicamente los rendimientos de las grúas del Muelle Sur y no de las de otros operadores portuarios. Asimismo, las observaciones antes descritas con relación a las proyecciones de movimiento de contenedores en el Muelle Sur no permiten afirmar que existe una alta probabilidad de los gatillos propuestos vayan a activarse durante los primeros 25 años de la Concesión.

164. Finalmente, con relación a lo indicado en la Cláusula 6.47[38] propuesta en el Proyecto de Adenda, consideramos adecuada su inclusión, siempre y cuando las observaciones formuladas a la Cláusula 6.46 efectuadas por este Regulador sean consideradas en la versión final de Adenda que firmen las Partes.

f) Incorporar las Cláusulas 6.48 y 6.49: SUPERVISIÓN DE LAS OBRAS

165. En las Cláusulas 6.48 y 6.49, las Partes plantean incorporar previsiones referidas a la supervisión de las Obras de la Fase 2, de la siguiente manera:

"SUPERVISIÓN DE LAS OBRAS

6.48 Corresponde al REGULADOR directamente o a través del Supervisor de Obras que designe, efectuar las acciones de supervisión que le competen durante el desarrollo de las Obras. De ser el caso, la designación del Supervisor de Obras le será informada por escrito al CONCESIONARIO en un plazo máximo de cinco (5) Días Calendario, contados a partir de la referida designación.

[38] *"6.37 Lo establecido en la presente Sección prevalece sobre cualquier disposición contractual que contravenga lo señalado en la misma."*

Los costos derivados de las actividades de supervisión en que incurra el REGULADOR para la Fase 2, no podrán exceder el 6% del presupuesto estimado del Expediente Técnico aprobado por la APN, considerando el IGV. Dichos montos serán de cargo del CONCEDENTE. A tal efecto el CONCEDENTE determinará la modalidad y procedimiento para realizar el pago correspondiente, de conformidad con la normatividad de los Sistemas de Administración Financiera del Sector Público.

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

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

6.49 El CONCESIONARIO deberá dar al REGULADOR o al Supervisor de Obras libre acceso al Área de la Concesión para realizar sin obstáculos su labor."

166. Las Cláusulas 6.48 y 6.49 propuestas en el Proyecto de Adenda contienen condiciones y reglas similares a las contempladas originalmente en el Contrato de Concesión, aspectos que consideramos pertinentes y necesarios durante el proceso de supervisión de las Obras de la Fase 2.

167. En particular, es importante mencionar que consideramos razonables las precisiones incluidas respecto de los mayores costos derivados de servicios de supervisión adicionales por causas imputables al Concedente o al Concesionario, toda vez que permite asegurar el financiamiento de dicha supervisión. Sin embargo, teniendo en consideración que la Fase 2 se compone de Sub Fases, cada una de las cuales tiene su propio Expediente Técnico, y a efectos de una mejor precisión, se recomienda modificar el segundo párrafo de la Cláusula 6.48 propuesta en el Proyecto de Adenda en los términos siguientes:

Proyecto de Adenda	Propuesta de modificación
"SUPERVISIÓN DE LAS OBRAS	***"SUPERVISIÓN DE LAS OBRAS***
6.48 (...)	*6.48 (...)*
Los costos derivados de las actividades de supervisión en que incurra el REGULADOR para la Fase 2, no podrán exceder el 6% del presupuesto estimado del Expediente Técnico aprobado por la APN, considerando el IGV. Dichos montos serán de cargo del CONCEDENTE. A tal efecto el CONCEDENTE determinará la modalidad y procedimiento para realizar el pago correspondiente, de conformidad con la normatividad de los Sistemas de Administración Financiera del Sector Público. *[El énfasis es nuestro.]*	*Los costos derivados de las actividades de supervisión **incluido IGV** en que incurra el REGULADOR para la Fase 2, no podrán exceder el 6% de la suma de los **presupuestos estimados incluido IGV de los Expedientes Técnicos aprobados por la APN para dicha Fase**. Dichos montos serán de cargo del CONCEDENTE. A tal efecto el CONCEDENTE determinará la modalidad y procedimiento para realizar el pago correspondiente, de conformidad con la normatividad de los Sistemas de Administración Financiera del Sector Público.* *[El énfasis es nuestro.]*

g) Incorporar las Cláusulas 6.50 a 6.52: LIBRO DE OBRA

168. Las Partes plantean la incorporación de las Cláusulas 6.50 a 6.52, las cuales hacen referencia al Libro de Obra correspondiente a la Fase 2, en los términos siguientes:

"LIBRO DE OBRA

6.50 *A partir del inicio de la Construcción, el CONCESIONARIO se obliga a abrir y mantener un Libro de Obra. En dicho Libro de Obra se anotarán los hechos más importantes durante la Construcción de las mismas, incluyendo entre otros: relación de fuentes de materiales que se estén empleando; relación de proveedores y subcontratistas; copia de resultados de ensayo o de pruebas de puesta en funcionamiento; copia de comunicaciones entre el CONCESIONARIO y el REGULADOR; copia de Informes de Avance incluyendo metrados; copia del cumplimiento del calendario de avance; relación de los eventos que han afectado el cumplimiento del calendario de avance; y cualquier otra información útil para documentar el proceso de Construcción. Se anotarán, por último, las condiciones en que se pone en servicio la Obra. Las anotaciones deberán ser registradas en el Libro de Obra a más tardar el día calendario siguiente de su ocurrencia.*

Las solicitudes que se realicen como consecuencia de las ocurrencias anotadas en el Libro de Obra, se harán directamente al REGULADOR o al Supervisor de Obras por el CONCESIONARIO.

6.51 *El Libro de Obra deberá llevarse en original. Adicionalmente, se deberán tener hasta tres juegos de copias, en caso haya designación de Supervisor de Obras, a ser distribuidas de acuerdo a lo establecido en la cláusula siguiente. Las páginas deberán estar legalizadas notarialmente, numeradas correlativamente, pudiendo adoptarse el sistema mecanizado de hojas sueltas, las cuales deberán ser incorporadas al Libro de Obra.*

6.52 *Tanto la APN como el REGULADOR y el Supervisor de Obras, de ser el caso, tendrán libre acceso al Libro de Obra durante la Construcción. Una vez iniciada la Explotación, el original será entregado al REGULADOR, dentro de los treinta (30) Días Calendario desde el inicio de Explotación, quedando un juego de copias en poder del CONCESIONARIO, otro en poder de la APN y el otro al Supervisor de Obras, de ser el caso."*

169. Las Cláusulas 6.50, 6.51 y 6.52 propuestas en el Proyecto de Adenda contienen condiciones y reglas similares a las contempladas originalmente en el Contrato de Concesión, aspectos que se consideran pertinentes y necesarios para el control y registro a través del Libro de Obra de los hechos importantes de las Obras de la Fase 2. No obstante, teniendo en consideración que la Fase 2 se compone de Sub Fases, cada una de las cuales debe tener su propio Libro de Obra, se recomienda modificar el primer párrafo de las Cláusulas 6.50 y 6.52 en los términos siguientes:

Proyecto de Adenda	Propuesta de modificación
*"**LIBRO DE OBRA***	*"**LIBRO DE OBRA***
"6.50 A partir del inicio de la Construcción, el CONCESIONARIO se obliga a abrir y mantener un Libro de Obra. En dicho Libro de Obra se anotarán los hechos más importantes durante la Construcción de las mismas, incluyendo entre otros: relación de fuentes de materiales que se estén empleando; relación de proveedores y subcontratistas; copia de resultados de ensayo o de pruebas de puesta en funcionamiento; copia de comunicaciones entre el CONCESIONARIO y el REGULADOR; copia de Informes de Avance incluyendo metrados; copia del cumplimiento del calendario de avance; relación de los eventos que han afectado el cumplimiento del calendario de avance; y cualquier otra información útil para documentar el proceso de Construcción. Se anotarán, por último, las condiciones en que se pone en servicio la Obra. Las anotaciones deberán ser registradas en el Libro de Obra a más tardar el día calendario siguiente de su ocurrencia.	*"6.50 A partir del inicio de la Construcción **de cada Sub Fase de la Fase 2**, el CONCESIONARIO se obliga a abrir y mantener un Libro de Obra. En dicho Libro de Obra se anotarán los hechos más importantes durante la Construcción de las mismas, incluyendo entre otros: relación de fuentes de materiales que se estén empleando; relación de proveedores y subcontratistas; copia de resultados de ensayo o de pruebas de puesta en funcionamiento; copia de comunicaciones entre el CONCESIONARIO y el REGULADOR; copia de Informes de Avance incluyendo metrados; copia del cumplimiento del calendario de avance; relación de los eventos que han afectado el cumplimiento del calendario de avance; y cualquier otra información útil para documentar el proceso de Construcción. Se anotarán, por último, las condiciones en que se pone en servicio la Obra. Las anotaciones deberán ser registradas en el Libro de Obra a más tardar el día calendario siguiente de su ocurrencia.*
(...)	

6.52. Tanto la APN como el REGULADOR y el Supervisor de Obras, de ser el caso, tendrán libre acceso al Libro de Obra durante la Construcción. Una vez iniciada la Explotación, el original será entregado al REGULADOR, dentro de los treinta (30) Días Calendario desde el inicio de Explotación, quedando un juego de copias en poder del CONCESIONARIO, otro en poder de la APN y el otro al Supervisor de Obras, de ser el caso."	*(...)* *6.52. Tanto la APN como el REGULADOR y el Supervisor de Obras, de ser el caso, tendrán libre acceso al Libro de Obra durante la Construcción* ***de cada Sub Fase de la Fase 2****. Una vez iniciada la Explotación* ***de cada Sub Fase de la Fase 2****, el original será entregado al REGULADOR, dentro de los treinta (30) Días Calendario desde el inicio de Explotación, quedando un juego de copias en poder del CONCESIONARIO, otro en poder de la APN y el otro al Supervisor de Obras, de ser el caso."* *[El énfasis es nuestro.]*

h) Incorporar las Cláusulas 6.53 a 6.57: CALENDARIO Y PLAZO DE EJECUCIÓN DE LA OBRA

170. En las Cláusulas 6.53 a 6.57, las Partes acuerdan incorporar previsiones referidas al Calendario y Plazo de Ejecución de Obras de la Fase 2 en los términos siguientes:

"CALENDARIO Y PLAZO DE EJECUCIÓN DE LA OBRA

6.53 El Calendario de Ejecución de Obras, el cual forma parte del Expediente Técnico, deberá incluir fechas y tiempos de ejecución de todas las partidas relativas a la Obra hasta su culminación. El Calendario de Ejecución de Obras deberá definir claramente las actividades de la Ruta Crítica, es decir, aquellas que implican que la demora en su ejecución, retrasen el plazo máximo para la culminación de las Obras, indicado en la Cláusula 6.55, y asegurar los plazos máximos de cada actividad.

6.54 El Calendario de Ejecución de Obras deberá respetar el plazo máximo establecido en la presente Adenda. Asimismo, deberá ser presentado en medios magnético y físico como parte integrante del Expediente Técnico.

6.55 El plazo máximo para la culminación de las Obras corresponderá al siguiente detalle:

Descripción	***Plazo Máximo***
Sub Fase 2A: Obras civiles y Equipamiento	*Setecientos treinta (730) Días Calendario*
Sub Fase 2B: Equipamiento	*Según cronograma aprobado en el Expediente Técnico, el mismo que no podrá ser mayor a Quinientos Cuarenta (540) Días Calendario*
Sub Fase 2C: Equipamiento	*Según cronograma aprobado en el Expediente Técnico, el mismo que no podrá ser mayor a Quinientos Cuarenta (540) Días Calendario*

6.56 Para cada Sub Fase de la Fase 2, dicho plazo será contado a partir de su correspondiente Inicio de Obra, salvo que medie la suspensión del plazo de la Concesión, de acuerdo con la Cláusula 4.2, o que se apruebe una ampliación del plazo de ejecución de obras, conforme a las Cláusulas 6.59 al 6.62, sujeto a lo establecido en los ANEXOS 4 y 16 en lo que corresponda.

6.57 Cuando el CONCESIONARIO incumpla con el plazo máximo por razones estrictamente imputables a él, resultarán de aplicación las penalidades devengadas desde la fecha en que se produjo el incumplimiento hasta la fecha en que culminen las Obras. En el caso que el incumplimiento del plazo por causa imputable al CONCESIONARIO, genere en forma acumulada un retraso mayor a seis (6) meses del plazo total, además de la

aplicación de las penalidades correspondientes, el CONCEDENTE podrá proceder a la resolución del Contrato, previa opinión del REGULADOR."

[El subrayado es nuestro.]

171. Respecto de la Cláusula 6.54 propuesta en el Proyecto de Adenda, debe indicarse que no debe hacerse referencia a "la presente adenda", toda vez que se trata de la modificación de un Contrato de Concesión dicha cláusula será insertada en el mismo, pasando a formar parte de él. Dado ello, se sugiere la siguiente redacción:

Proyecto de Adenda	Propuesta de modificación
"CALENDARIO Y PLAZO DE EJECUCIÓN DE LA OBRA	***"CALENDARIO Y PLAZO DE EJECUCIÓN DE LA OBRA***
(...)	*(...)*
*6.54 El Calendario de Ejecución de Obras deberá respetar el plazo máximo establecido en la **presente Adenda**. Asimismo, deberá ser presentado en medios magnético y físico como parte integrante del Expediente Técnico.* *[El énfasis es nuestro.]*	*6.54 El Calendario de Ejecución de Obras deberá respetar el plazo máximo establecido en la **Adenda N° 2 al Contrato de Concesión**. Asimismo, deberá ser presentado en medios magnético y físico como parte integrante del Expediente Técnico.* *[El énfasis es nuestro.]*

172. Por otro lado, en relación con los plazos máximos para la culminación de las Obras correspondientes a cada Sub Fase, este Organismo Regulador los considera razonables. Al respecto, es importante mencionar que la APN, entidad encargada de evaluar y aprobar el Expediente Técnico que contiene el calendario y el plazo de ejecución de Obras, en su Informe N° 0049-2019-APN-UAJ-DOMA-UPS-DITEC-DIPLA, ha manifestado que los plazos máximos de ejecución de Obra de cada Sub Fase resultan adecuados desde el punto de vista técnico.

i) Incorporar la Cláusula 6.58: INICIO DE LA CONSTRUCCIÓN

173. El plazo para el inicio de la construcción de las obras de la Fase 2 está previsto en la Cláusula 6.58 en los términos siguientes:

"INICIO DE LA CONSTRUCCIÓN

6.58 La Construcción de las Obras deberá iniciarse a más tardar a los treinta (30) Días Calendario contados a partir del momento en que se cumplan todas y cada una de las siguientes condiciones, según corresponda:

a) La APN haya aprobado el Expediente Técnico;
b) La Autoridad Ambiental Competente, haya aprobado el documento de gestión ambiental correspondiente, cuando corresponda;
c) La Autoridad Gubernamental competente haya otorgado el Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA), de conformidad a lo indicado en la Cláusula 12.12., cuando corresponda.
d) Se haya cumplido con lo dispuesto en la Cláusula 6.34, en un plazo máximo de sesenta (60) Días Calendario de aprobado el Expediente Técnico."

[El subrayado es nuestro.]

174. De acuerdo con la Cláusula 6.58 propuesta en el Proyecto de Adenda, para el inicio de la construcción de las Obras de la Fase 2, se deberá cumplir cuatro requisitos fundamentales: (a) la aprobación del Expediente Técnico por la APN, (b) la aprobación del instrumento ambiental por la autoridad competente, (c) la obtención del CIRA otorgado por la autoridad competente, según corresponda, y (d) la acreditación del cierre financiero dentro de los 60 días calendario desde la aprobación del Expediente Técnico.

175. De la revisión de los requisitos indicados en el numeral precedente, se advierte que cada uno desarrolla diferentes procesos de elaboración documental, evaluación y aprobación

por distintas autoridades competentes, en lo que respecta a plazos y fechas estimadas de obtención de las acreditaciones correspondientes, las cuales no necesariamente pueden tener sincronía y ser coincidentes entre sí. La disparidad de procesos y plazos para la obtención de los requisitos indicados en la Cláusula 6.58 podría generar problemas en la definición de una fecha cierta para el Inicio de la Construcción.

176. Por lo expuesto, se recomienda al Concedente evaluar una modificación de la Cláusula 6.58 que establezca un plazo máximo para el Inicio de la Construcción tomando como referencia una fecha determinable en el Contrato. Por ejemplo, el Inicio de la Construcción podría tener como fecha límite un determinado número "x" de días a partir de la fecha de suscripción de la Adenda N° 2 del Contrato de Concesión de tal manera que, en el período comprendido entre la suscripción de la Adenda N° 2 y el plazo máximo indicado, el Concesionario deberá acreditar que cuenta con el Expediente Técnico, Instrumento Ambiental, CIRA aplicable y el Cierre Financiero aprobados según lo establecido en las cláusulas específicas de cada uno de los indicados requisitos.

177. Asimismo, si el Concedente accediese a la recomendación propuesta, se recomienda la eliminación del plazo incorporado en el literal d) que establece un plazo máximo para la acreditación del Cierre Financiero en función de la fecha de aprobación del Expediente Técnico.

178. En este contexto, este Organismo Regulador recomienda evaluar la siguiente propuesta de redacción de la Cláusula 6.58 del Proyecto de Adenda:

Proyecto de Adenda	Propuesta de modificación
"INICIO DE LA CONSTRUCCIÓN	***"INICIO DE LA CONSTRUCCIÓN***
6.58. El inicio de la Construcción de las Obras de cada Sub Fase de la Fase 2 deberá iniciarse a más tardar a los treinta (30) Días Calendario contados a partir del momento en que se cumplan todas y cada una de las siguientes condiciones, según corresponda: *a) La APN haya aprobado el Expediente Técnico;* *b) La Autoridad Ambiental Competente, haya aprobado el documento de gestión ambiental correspondiente, cuando corresponda;* *c) La Autoridad Gubernamental competente haya otorgado el Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA), de conformidad a lo indicado en la Cláusula 12.12, cuando corresponda.* *d) Se haya cumplido lo dispuesto en la Cláusula 6.34, **en un plazo máximo de sesenta (60) Días Calendario de aprobado el Expediente Técnico.**"* *[El énfasis es nuestro.]*	*6.58. **La Construcción de las Obras de cada una de las Sub Fases de la Fase 2 deberá iniciarse según se indica a continuación:*** • ***Inicio de Construcción de la Sub Fase 2A: En un plazo máximo de "X" Días desde la fecha de suscripción de la Adenda N° 2 del Contrato de Concesión;*** • ***Inicio de Construcción de las Sub Fases 2B y 2C: En un plazo máximo de "Y" Días desde la fecha en la cual se notifique al Concesionario la configuración del respectivo gatillo de demanda.*** ***En la fecha de inicio de Construcción de cada Sub Fase de la Fase 2, el Concesionario deberá haber cumplido con las siguientes condiciones, según corresponda:*** *a) La APN haya aprobado el Expediente Técnico;* *b) La Autoridad Ambiental Competente, haya aprobado el documento de gestión ambiental correspondiente, cuando corresponda;* *c) La Autoridad Gubernamental competente haya otorgado el Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA), de conformidad a lo indicado en la*

	Cláusula 12.12, cuando corresponda. *d) Se haya cumplido lo dispuesto en la Cláusula 6.34".* *[El énfasis es nuestro.]*

179. Cabe mencionar que el número de Días "X" e "Y" deberán ser determinado por las Partes antes de la suscripción de la Adenda N° 2.

e) Incorporar las Cláusulas 6.59 a 6.62: AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE EJECUCIÓN DE OBRAS

180. En las Cláusulas 6.59 a 6.62, las Partes plantean que el procedimiento para la ampliación del plazo de ejecución de Obras de la Fase 2 se lleve a cabo en los términos siguientes:

"AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE EJECUCIÓN DE OBRAS

6.59 El CONCESIONARIO podrá solicitar al CONCEDENTE la ampliación o prórroga del plazo total para la ejecución de las Obras de cada una de las Sub Fases de la Fase 2, la misma que requerirá estar debidamente fundamentada. El CONCEDENTE podrá autorizar la ampliación del plazo solicitado, previa opinión del REGULADOR y aprobación de la APN de los aspectos técnicos.

6.60 Cuando el CONCESIONARIO solicite tal ampliación, por razones estrictamente imputables a él, resultarán de aplicación las penalidades respectivas, de acuerdo al ANEXO 17. En el caso que el incumplimiento del plazo por causa del CONCESIONARIO, genere en forma acumulada, un retraso mayor a seis (6) meses del plazo total, además de la aplicación de las penalidades correspondientes, el CONCEDENTE podrá proceder a la resolución del Contrato, previa opinión del REGULADOR.

6.61 Las solicitudes de ampliación de plazo a los que se refiere la Cláusula precedente, se sujetarán al siguiente procedimiento, según corresponda:

a) El CONCESIONARIO deberá anotar en el Libro de Obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo para la culminación del total de las Obras.

b) Las solicitudes de ampliación de plazo para la ejecución de las Obras serán presentadas al CONCEDENTE, con copia a la APN y al REGULADOR, debidamente sustentada, incluyendo el nuevo Calendario de Ejecución de Obra propuesto.

c) El REGULADOR deberá remitir su opinión a la APN en un plazo máximo de veinte (20) Días Calendario, contado a partir de la notificación de la solicitud. La APN deberá pronunciarse en el término de veinte (20) Días Calendario a partir de la recepción de la opinión del REGULADOR.

d) Una vez recibido el pronunciamiento del REGULADOR y la APN, el CONCEDENTE resolverá sobre la ampliación solicitada en un plazo máximo de diez (10) Días a partir de la recepción de la opinión de la APN. De no existir pronunciamiento alguno por parte del CONCEDENTE, dentro del plazo mencionado anteriormente, se entenderá denegada la solicitud.

e) Cuando las ampliaciones sean concedidas por causas no imputables al CONCESIONARIO, no serán de aplicación las penalidades y de las demás medidas previstas para penalizar el incumplimiento contractual por causa de demora en la ejecución de las Obras correspondientes a la Fase 2.

f) En un plazo de diez (10) Días Calendario de aprobada la ampliación de plazo, el CONCESIONARIO deberá presentar a la APN un Calendario de Ejecución de Obras actualizado, con copia al REGULADOR. En un plazo de diez (10) Días de recibido el Calendario de Ejecución de Obras actualizado, el REGULADOR remitirá su opinión técnica a la APN. La APN evaluará y, de ser el caso, aprobará el Calendario de Ejecución de Obras actualizado dentro de un plazo de diez (10) Días de haber recibido la opinión técnica del REGULADOR.

6.62 En el supuesto que el inicio o el plazo total para la ejecución de las Obras se retrasara por un hecho imputable a cualquier Autoridad Gubernamental, el CONCESIONARIO, a su solicitud debidamente sustentada, tendrá derecho a la Suspensión del plazo conformidad con lo establecido en la Cláusula 4.2 por un periodo no menor al que dure dicho retraso."

181. Las Cláusulas 6.59, 6.60 y 6.61 propuestas en el Proyecto de Adenda contienen condiciones y reglas similares a las contempladas originalmente en el Contrato de Concesión, aspectos que consideramos pertinentes y necesarios para la evaluación y aprobación, de ser el caso, de las solicitudes del Concesionario de las ampliaciones del plazo de ejecución de Obras para cada una de las Obras de las Sub Fases de la Fase 2.

182. No obstante, es importante mencionar que, respecto del plazo con el que cuenta el Regulador para resolver la solicitud de ampliación de plazo de ejecución de obras de la Fase 1 por parte del Concesionario, se observa que la Cláusula 6.20 del Contrato de Concesión le otorga un plazo de 30 Días. Sin embargo, para el caso de la Fase 2, la Cláusula 6.61 propuesta en el Proyecto de Adenda plantea un procedimiento distinto al indicado en la Cláusula 6.20 del Contrato de Concesión, esto es: (i) el Ositrán, en un plazo máximo de 20 Días Calendario, envía su opinión a la APN, (ii) la APN se pronuncia en un plazo de un plazo de 20 Días Calendario, (iii) en un plazo de 10 Días a partir del pronunciamiento de la APN el Concedente resuelve la solicitud de ampliación de plazo.

183. Al respecto, considerando la complejidad que conlleva evaluar la pertinencia de otorgar al Concesionario una ampliación de plazo para ejecutar las Obras de la Fase 2, esto es, la construcción de un nuevo amarradero de 310 metros y adquisición de equipamiento, no se considera razonable que este Organismo Regulador cuente únicamente con un plazo de 20 Días Calendario. En ese sentido, se propone que el Regulador cuente con un mayor plazo para emitir su opinión a la APN, de acuerdo con lo siguiente:

Proyecto de Adenda	Propuesta de modificación
"AMPLIACIÓN DE PLAZO DE EJECUCIÓN DE OBRAS	***"AMPLIACIÓN DE PLAZO DE EJECUCIÓN DE OBRAS***
(...)	*(...)*
6.61 (...)	***6.61 (...)***
*c) El REGULADOR deberá remitir su opinión a la APN en un plazo máximo de **veinte (20) Días Calendario** contado a partir de la notificación de la solicitud. (...)."* *[El énfasis es nuestro.]*	*c) El REGULADOR deberá remitir su opinión a la APN en un plazo máximo de **veinte (20) Días** contado a partir de la notificación de la solicitud. (...)."* *[El énfasis es nuestro.]*

184. Por otro lado, en la Cláusula 6.62 propuesta en el Proyecto de Adenda se establece que en caso de que el inicio o el plazo total para la ejecución de las Obras se retrasara por un hecho imputable a cualquier Autoridad Gubernamental, el Concesionario tendrá derecho a la suspensión del plazo conforme a la Cláusula 4.2 del Contrato de Concesión y por un período no menor al que dure dicho retraso.

185. Al respecto, de manera análoga a la recomendación efectuada respecto de la Cláusula 6.42 del Proyecto de Adenda, se considera que el referido mecanismo de compensación es desproporcionado respecto a la posible afectación que se podría generar al Concesionario; motivo por el cual este Organismo Regulador recomienda que las Partes modifiquen lo antes señalado estableciendo un procedimiento independiente para la suspensión de obligaciones específicas en función de la afectación efectiva en la ejecución de Obras que pudiera generarse al Concesionario.

f) Incorporar las Cláusulas 6.63 a 6.73: APROBACIÓN DE LAS OBRAS

186. Las Partes acuerdan que para la aprobación de las Obras se seguirá el procedimiento descrito en las Cláusulas 6.63 a 6.73, de la siguiente manera:

"APROBACIÓN DE LAS OBRAS

6.63. Conforme se culminen las Obras, el CONCESIONARIO solicitará a la APN, con copia al REGULADOR, la recepción de las Obras, adjuntando el informe respectivo donde establecerá la culminación de las mismas de conformidad con el Expediente Técnico aprobado.

Las Obras deberán cumplir con todos los estándares y parámetros técnicos de diseño y construcción, indicados en el ANEXO 4 y ANEXO 16, en lo que corresponda. Asimismo, deberán cumplir con las Leyes y Disposiciones Aplicables y con las prácticas y operaciones portuarias internacionalmente aceptadas.

6.64. Dentro del plazo de veinte (20) Días de recibida la comunicación a la que se refiere la Cláusula 6.63, el REGULADOR deberá emitir su opinión técnica y comunicársela a la APN, para que ésta en el plazo de treinta (30) Días de recibida la conformidad del REGULADOR, determine la aceptación o rechazo debidamente motivado de las mismas.

6.65. Mediante Actas de Recepción de las Obras, la APN dejará constancia que la ejecución de las Obras se encuentra conforme a lo exigido en el Contrato de Concesión, la Adenda N° 2 al Contrato de Concesión y el Expediente Técnico aprobado, por lo que se entenderá concedida la autorización para el inicio de su Explotación.

6.66. La APN podrá disponer de Actas de Recepción de las Obras de construcción o equipamiento portuario, de forma total o parcial, para su correspondiente puesta en operación de considerarlo necesario, siempre y cuando su Explotación no comprometa la Operación, eficiencia y seguridad del Terminal Portuario.

Para efecto de la aprobación de las Obras parciales se tomará en cuenta el procedimiento establecido en las Cláusulas precedentes. De no pronunciarse la APN en el plazo establecido, se entenderá que las Obras han sido aceptadas y concedida la autorización para el inicio de su Explotación.

6.67. La APN aprobará con observaciones las Obras y concederá la autorización para el inicio de su Explotación, en caso que se encuentren defectos que no afecten la normal prestación de los Servicios ni comprometan la operación de la misma, de acuerdo con el informe presentado por el REGULADOR.

En este caso, el CONCESIONARIO tendrá treinta (30) Días Calendario prorrogables hasta por treinta (30) Días Calendario adicionales, para efectuar la subsanación de las observaciones. La APN a solicitud del CONCESIONARIO, previa opinión técnica y conformidad del REGULADOR, podrá otorgar plazos adicionales por causas no atribuibles al CONCESIONARIO, debidamente justificadas, hasta por un plazo similar al anterior. El REGULADOR deberá emitir su pronunciamiento en un plazo no mayor a cinco (5) Días de recibida la solicitud, por su parte la APN contará con un plazo no mayor de cinco (5) Días de recibida la opinión el REGULADOR.

6.68. En caso de rechazo de las Obras por parte de la APN y sin perjuicio de las penalidades descritas en el ANEXO 17, el CONCESIONARIO deberá cumplir con subsanar las observaciones detectadas, de modo tal que pueda procederse al inicio de su Explotación en el nuevo plazo que le fije la APN, el mismo que en ningún caso podrá exceder los seis (6) meses.

En caso venza el nuevo plazo fijado para la subsanación correspondiente, sin que las Obras hayan sido aceptadas por causas imputables al CONCESIONARIO, la APN podrá requerir al CONCEDENTE la caducidad de la Concesión, previa opinión del REGULADOR conforme a lo prescrito en la Sección XV y a exigir los daños y perjuicios que correspondan, sin perjuicio de las penalidades que haya cobrado o se hayan devengado previamente, conforme a las disposiciones de esta Sección.

6.69. En caso que las Obras no sean recibidas por razones justificadas no imputables al CONCESIONARIO, la APN determinará de manera sustentada el nuevo plazo a otorgarse comunicando lo actuado al REGULADOR.

6.70. *Si el CONCESIONARIO no estuviera de acuerdo con el pronunciamiento de la APN, respecto a las observaciones formuladas, la controversia se resolverá por trato directo, conforme a la Cláusula 16.11, acordando someterse a lo que establezca el informe de un perito técnico designado de común acuerdo.*

6.71. *En caso que luego de transcurridos quince (15) Días desde la fecha de emplazamiento no se hubiera designado al perito común, la controversia se considerará de carácter técnico y será resuelta por las Partes conforme al procedimiento respectivo previsto en el Literal a) de la Cláusula 16.12.*

6.72. *El pronunciamiento del perito deberá ser emitido en un plazo no mayor de treinta (30) Días contados a partir de la fecha en que ambas Partes sustentaron su posición, y tendrá carácter definitivo y vinculante para las Partes, no pudiendo ser impugnado. El perito determinará las responsabilidades y la proporción en la que las Partes deberán asumir los costos y costas.*

6.73. *El plazo señalado para efectos de la subsanación se suspenderá hasta la emisión del pronunciamiento del perito."*

187. La Cláusula 6.23 del Contrato de Concesión, aplicable a la Fase 1, considera la aprobación de las Obras con observaciones en el caso de que se encuentren defectos que no afecten la normal prestación de los Servicios, cuya subsanación, de acuerdo con el informe presentado por el Regulador, no represente más del uno por ciento del Presupuesto de Obra del Expediente Técnico. Cabe señalar que, dado que los referidos defectos pueden ser subsanados de diversas maneras, el importe de subsanación dependerá de la solución técnica que implemente el Concesionario, la cual se implementa a su cuenta y riesgo.

188. Sin embargo, para la Fase 2 del Contrato de Concesión, conforme a la Cláusula 6.64 propuesta del Proyecto de Adenda, se elimina la evaluación por parte del Regulador de dicho importe de subsanación, lo cual resulta conveniente, a efectos de evitar posibles discrepancias o controversias que se pudieran suscitar con el Concesionario. Cabe señalar que lo anterior resulta similar a lo establecido en un caso similar para el Contrato de Concesión del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry, el cual es el más reciente contrato de concesión portuario suscrito hasta la fecha.

189. En relación con la Cláusula 6.68, se aprecia que para el caso de rechazo de Obras correspondientes a cada una de las Sub Fases de la Fase 2, se ha propuesto que el Concesionario tenga la obligación de subsanar las correspondientes observaciones dentro de un plazo de seis (6) meses, cuyo incumplimiento es causal de caducidad. Al respecto, esta propuesta se considera razonable y consistente con otros contratos de concesión portuarios tales como, por ejemplo, los correspondientes al Terminal Norte Multipropósito, al Terminal Portuario de Paita y al Nuevo Terminal Portuario Yurimaguas – Nueva Reforma.

190. En cuanto al segundo párrafo de la Cláusula 6.67, se recomienda precisar de manera específica el plazo adicional que puede otorgar la APN, previa opinión del Regulador, para que el Concesionario subsane las observaciones realizadas a la Obra. Adicionalmente, es pertinente señalar que, dado que las observaciones son formuladas por la APN, correspondería que la conformidad de dicha subsanación sea realizada por dicha entidad y no por el Ositrán. En ese contexto, este Organismo Regulador propone la siguiente redacción del segundo párrafo de la Cláusula 6.67:

Proyecto de Adenda	Propuesta de modificación
"APROBACIÓN DE LAS OBRAS	***"APROBACIÓN DE LAS OBRAS***
(...)	*(...)*
6.67 *(...)*	***6.67*** *(...)*
En este caso, el CONCESIONARIO tendrá hasta treinta (30) Días Calendario	*En este caso, el CONCESIONARIO tendrá hasta treinta (30) Días Calendario*

prorrogables hasta por treinta (30) Días Calendario adicionales, para efectuar la subsanación de las observaciones. La APN a solicitud del CONCESIONARIO, previa opinión técnica y conformidad del REGULADOR, podrá otorgar plazos adicionales por causas no atribuibles al CONCESIONARIO, debidamente justificadas, hasta por un plazo similar al anterior. (...)"	*prorrogables **por la APN** hasta por treinta (30) Días Calendario adicionales, para efectuar la subsanación de las observaciones. La APN a solicitud del CONCESIONARIO, previa opinión técnica ~~y conformidad~~ del REGULADOR, podrá otorgar **una nueva prórroga** por causas no atribuibles al CONCESIONARIO, debidamente justificadas, hasta por **treinta (30) Días Calendario adicionales**. (...)"* *[El énfasis es nuestro]*

191. Adicionalmente, se recomienda evaluar la pertinencia de incluir una penalidad por incumplimiento del plazo con que cuenta el Concesionario para la subsanación de las observaciones a las cuales hace referencia el segundo párrafo de la cláusula 6.67.

192. Respecto a las Cláusulas 6.63, 6.65, 6.66, 6.69, 6.70, 6.71, 6.72 y 6.73 del Proyecto de Adenda al Contrato de Concesión, estas incorporan condiciones y reglas que resultan similares a las contempladas originalmente en el Contrato de Concesión. Por ello, este Organismo Regulador los considera adecuados también para que sean aplicables en la ejecución de la Fase 2.

g) Incorporar las Cláusulas 6.74 y 6.75: INFORMACIÓN

193. En las Cláusulas 6.74 y 6.75, las Partes acuerdan previsiones relativas a la provisión de información en los términos siguientes:

> ***"INFORMACIÓN***
>
> *6.74. Es obligación del CONCESIONARIO proporcionar al REGULADOR directamente o a través del Supervisor de Obras, según sea el caso informes relativos al desarrollo de la ejecución de las Obras. Sin perjuicio de la obligación de presentar otros informes mencionados en el Contrato, el CONCESIONARIO deberá presentar al REGULADOR con copia a la APN y al CONCEDENTE, un informe mensual de avance de obras, el que deberá ser presentado dentro de los diez (10) primeros Días del mes siguiente al de la culminación del periodo correspondiente al informe.*
>
> *6.75. El costo de la preparación de los informes corresponderá al CONCESIONARIO."*

194. En relación con las Cláusulas 6.74 y 6.75 del Proyecto de Adenda, la obligación de remisión del informe mensual de avance de Obras previsto en la cláusula 6.30 del Contrato de Concesión es de carácter transversal a toda ejecución de Obras, y no está ligada únicamente a la ejecución de Obras de la Fase 1 o de la ejecución de infraestructura adicional, ya que el objetivo de la presentación y remisión de la información mensual del avance de Obra alcanzado en dicho mes, forma parte de la información mínima que debe remitir el concesionario con el objeto de que Ositrán lleve a cabo la supervisión durante la etapa de inversiones, cuya verificación de cumplimiento es una prerrogativa del Regulador y no se encuentra condicionada a las fases en las que se desarrollen las inversiones ni a la calificación que reciban las inversiones, sea obligatoria o adicional.

195. Sobre el particular, debe tenerse presente que este criterio ha sido adoptado por Ositrán, al haber confirmado la penalidad aplicada al Concesionario por atraso en la presentación del informe de avance de Obras de las "Obras Civiles Terrestres", Inversión Adicional ejecutada en la etapa de Explotación, en la que quedó establecido que el Concesionario se encontraba obligado a la entrega oportuna del informe de avance de Obras, respecto de las Obras de Inversión Adicional, toda vez que dicha obligación es una de carácter transversal a la ejecución de Obras.

196. Asimismo, cabe notar que la incorporación de estas Cláusulas no forma parte de los aspectos pendientes de regular que se observó en la interpretación efectuada por Ositrán, la cual señaló expresamente que la falta de regulación se encontraba en dos aspectos: los

plazos y el procedimiento para la ejecución de las Obras de la Fase 2. En tal sentido, deberían eliminarse las cláusulas 6.74 y 6.75 propuestas en el Proyecto de Adenda.

h) Modificar la Cláusula 10.2 de la SECCIÓN X: GARANTÍAS

197. El Proyecto de Adenda plantea incorporar un párrafo a la Cláusula 10.2 de la SECCIÓN X: GARANTÍAS del Contrato de Concesión, conforme al texto que se indica a continuación:

> ***"SECCIÓN X: GARANTÍAS***
>
> ***GARANTÍA A FAVOR DEL CONCEDENTE***
>
> ***10.2 Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión***
> *(...)*
> *Antes del inicio de la ejecución de las Sub Fases 2A, 2B y 2C, el CONCESIONARIO deberá incrementar el monto de la garantía antes referida en 10% del Presupuesto Estimado de cada Sub Fase de la Fase 2 establecido en los Expedientes Técnicos aprobados por la APN, y mantenerla vigente hasta seis (6) meses posteriores a la emisión del Acta de Recepción de las Obras."*

198. Respecto a la garantía de fiel cumplimiento del contrato en favor del Concedente, es necesario señalar que esta se determina como porcentaje del Presupuesto Estimado Oficial de Obra, teniendo tres valores diferentes en función de la etapa de desarrollo contractual en que se encuentra el proyecto. El Contrato de Concesión establece que el Presupuesto Estimado Oficial de Obra asciende a USD 213,500 miles, monto que no ha sido actualizado en el presente Proyecto de Adenda.

199. Al respecto, considerando la magnitud de las inversiones de la Fase 2 a ser ejecutadas, este Organismo Regulador considera adecuado que la modificación presentada contemple el incremento del monto de la garantía de fiel cumplimiento de contrato en un 10% del monto de inversión que constituye la Fase 2.

200. Asimismo, toda vez que se plantea que la Fase 2 se efectúe por Sub Fases conforme a gatillos, se considera razonable que el incremento de la garantía de fiel cumplimiento se realice conforme se determine la ejecución de cada Sub Fase. En todo caso, se recomienda precisar en el párrafo objeto de incorporación, que la vigencia de los incrementos anteriormente presentados, se encuentren vigentes hasta seis meses posteriores a la emisión del Acta de Recepción de cada Sub Fase de la Fase 2.

201. Adicionalmente, este Organismo Regulador considera oportuno recomendar al Concedente que defina y explicite qué monto contemplará la garantía de fiel cumplimiento de contrato luego de culminada la ejecución de la Fase 2.

i) Modificar la Cláusula 12.9 de la SECCIÓN XII: CONSIDERACIONES SOCIO AMBIENTALES

> ***"SECCIÓN XII: CONSIDERACIONES SOCIO AMBIENTALES***
>
> ***ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL***
>
> *(...)*
>
> *12.9*
>
> *(...)*
>
> *Para la ejecución de la Fase 2, las Partes acuerdan que el Estudio de Impacto Ambiental deberá ser presentado ante la Autoridad Ambiental Competente, para su aprobación, en un plazo no mayor de sesenta (60) Días Calendario, contado a partir de la fecha de presentación del Expediente Técnico de la Sub Fase 2A. Este plazo podrá ser prorrogado hasta en dos oportunidades por periodos de treinta (30) Días Calendario cada uno. Para tal efecto, el CONCESIONARIO deberá remitir a la APN una solicitud fundamentada con una anticipación no menor de diez (10) Días Calendario anteriores al vencimiento de cada plazo."*

202. De acuerdo con el citado párrafo propuesto para la cláusula 12.9 del proyecto de Adenda, el plazo para que el Concesionario presente el Estudio de Impacto Ambiental es de 60 Días Calendario contado a partir de la fecha de presentación del Expediente Técnico de la Sub Fase 2A. Al respecto, este Organismo Regulador recomienda evaluar la pertinencia de considerar que la fecha para inicio del cómputo del referido plazo sea a partir de la notificación de la aprobación del Expediente Técnico de la Sub Fase 2A, teniendo en cuenta que a partir de dicho hito se contará con la certeza de la información necesaria para la evaluación de los posibles impactos ambientales.

j) Modificar la Cláusula 15.1.3 de la SECCIÓN XV: CADUCIDAD

> ***"SECCIÓN XV: CADUCIDAD DE LA CONCESIÓN***
>
> ***CAUSALES DE CADUCIDAD***
> *(...)*
>
> *15.1.3 Término por Incumplimiento del CONCESIONARIO o Abandono*
>
> *(...)*
>
> *n) La no subsanación de las observaciones en los plazos establecidos en las Cláusulas 6.23, 6.24 y 6.68."*

203. El Proyecto de Adenda plantea modificar el literal n) de la Cláusula 15.1.3 del Contrato de Concesión, referida a la causal de incumplimiento grave de las obligaciones del Concesionario. Al respecto, se aprecia que la modificación busca incluir como causal de caducidad el supuesto previsto en la cláusula 6.68 (rechazo de obras de la Fase 2); lo cual se considera conveniente, en la medida que ello se complemente con la inclusión de una penalidad por incumplimiento de los plazos para la subsanación de las observaciones a las cuales hace referencia el segundo párrafo de la Cláusula 6.67 del Proyecto de Adenda. De no ser así, a efectos de asegurar el cumplimiento de tales plazos, este Organismo Regulador recomienda incluir en el literal n) de la Cláusula 15.1.3 la referencia a la Cláusula 6.67.

204. De otro lado, dado que el Proyecto de Adenda tiene por finalidad la ejecución de las inversiones de la Fase 2 por Sub Fases, este Organismo Regulador recomienda al Concedente que efectúe una revisión del esquema de caducidad contemplado en el Contrato de Concesión a efectos de incorporar este desarrollo por Sub Fases, así como la consistencia del monto límite que estableció PROINVERSION en el mismo.

k) Modificar el ANEXO 3: NIVELES DE SERVICIO Y PRODUCTIVIDAD

205. En la cláusula cuarta del Proyecto de Adenda, las Partes acuerdan incorporar un último párrafo respecto al indicador "Tiempo de atención al usuario para el retiro de su mercadería" del Anexo 3 del Contrato de Concesión, conforme al texto que se indica a continuación:

> *"Durante la ejecución de las Obras correspondientes a la Sub Fase 2A y hasta la suscripción de la respectiva Acta de Recepción de las Obras correspondiente, no se exigirá al CONCESIONARIO el cumplimiento del presente indicador por cada operación individual. Del mismo modo, no se exigirá el cumplimiento del presente indicador en aquellos casos en que el CONCESIONARIO desarrolle Obras Civiles adicionales a las mínimas exigidas durante la Fase 2, para lo cual, el CONCESIONARIO deberá presentar el sustento respectivo para la aprobación de la APN."*

206. En relación con el indicador de "Tiempo de atención al usuario para retiro de su mercadería" por cada operación individual, debe mencionarse que, producto de la ejecución de obras civiles, se esperaría un incremento del flujo de camiones en el terminal, generándose congestión tanto en las puertas de acceso como en las vías internas de tránsito del terminal que podrían afectar dicho indicador.

207. Por ello, este Organismo Regulador considera razonable, en vez de suspender la medición del indicador citado, establecerle otro nivel máximo, exigible mientras se desarrollen Obras Civiles, siempre y cuando el Concesionario sustente que dichas Obras generen congestión en las puertas de acceso y vías internas del terminal afectando el cumplimiento del referido indicador, y sujeto a la evaluación y aprobación previa de la APN.

I) Modificar la Tabla N° 3 del ANEXO 17: CUADRO DE PENALIDADES APLICABLES AL CONTRATO

208. La cláusula quinta del Proyecto de Adenda plantea modificar Tabla N° 3 del Anexo 17 del Contrato de Concesión, conforme al texto que se indica a continuación:

"Tabla N° 3: Penalidades referidas a la Sección IV: De las Obras de la Infraestructura Portuaria – Fases 1 y 2

Cláusula Contrato	Monto (US$)	Descripción de la infracción	Criterio de Aplicación
6.2 y 6.37	5,000	Atraso en la presentación del Expediente Técnico a la APN, conforme a lo dispuesto por las Cláusulas 6.2 o 6.37, para su aprobación.	Cada día de atraso.
6.7 y 6.43	1,000	Atraso en la entrega de información adicional requerida por el Supervisor de Diseño, luego de transcurrido el plazo otorgado.	Cada día de atraso.
6.7 y 6.42	3,000	No permitir al Supervisor de Diseño el acceso a los estudios que realice el CONCESIONARIO para la elaboración del Expediente Técnico.	Cada vez.
6.11 y 6.49	20,000	No otorgar al REGULADOR o Supervisor de Obras acceso al Área de Concesión para realizar su labor.	Cada vez.
6.12 y 6.50	1,000	No abrir el Libro de Obras durante la Construcción a partir del inicio de la Construcción.	Cada día de atraso hasta su apertura.
6.12	3,000	No mantener el Libro de Obra durante la Construcción.	Cada vez.
6.50	3,000	No mantener actualizado el Libro de Obra durante la Construcción.	Cada vez.
6.14 y 6.52	10,000	No otorgar a la APN, REGULADOR o Supervisor de Obras acceso al Libro de Obra durante la Construcción.	Cada vez.
6.14 y 6.52	1,000	Atraso en la entrega del Libro de Obra original al REGULADOR o de la copia del mismo a la APN o al Supervisor de Obras.	Cada día de atraso.
6.17, 6.55, 6.56 y 6.57	4,000	Atraso en la culminación de la ejecución de las Obras en el plazo máximo establecido.	Cada día de atraso.
6.17, 6.55, 6.56 y 6.57	1,000	Atraso en la culminación de la ejecución de Obras Adicionales en los plazos establecidos en el Calendario de Ejecución de Obra. La penalidad será calculada desde la fecha en que se produjo el incumplimiento del cronograma hasta la fecha en que se culminen las obras.	Cada día de atraso.
6.18 y 6.58	1,000	Atraso en el inicio de la Construcción de las Obras.	Cada día de atraso.
6.19, 6.59 y 6.60	4,000	Ampliación del plazo total para la ejecución de obras por razones imputables al CONCESIONARIO.	Por mes o fracción de mes.
6.24 y 6.68	50,000	Rechazo de las Obras.	Cada vez
6.30, 6.74 y 6.75	1,000	Atraso en la presentación al REGULADOR del informe mensual de avance de obras.	Cada día de atraso
6.31	1,000	No proporcionar en forma gratuita a cualquiera de las entidades públicas incluidas en el Anexo 8 las oficinas no amobladas para el desarrollo de sus labores.	Única vez por cada entidad.
6.34, 6.35 y 6.58	1,000	Atraso en la acreditación al CONCEDENTE que el CONCESIONARIO cuenta con los fondos	Cada día de atraso.

		necesarios o parte de ellos para el cumplimiento del Calendario de Ejecución de Obras.	
6.35	1,000	Atraso en la presentación al CONCEDENTE del contrato de financiamiento con terceros, de ser el caso.	Cada día de atraso.

209. En relación con la penalidad asociada a la obligación establecida de abrir y mantener un Libro de Obra descrita en la Cláusula 6.50 propuesta en el proyecto de Adenda, se considera necesario realizar una mayor precisión respecto al incumplimiento penalizable y el cálculo del importe de la penalidad. Por tal motivo, este Organismo Regulador propone la siguiente modificación:

Proyecto de Adenda	Propuesta de modificación
"Tabla N° 3: Penalidades referidas a la Sección VI: De las Obras de la Infraestructura Portuaria – Fases 1 y 2 *(...)* 6.50 | 3,000 | No mantener actualizado el Libro de Obra durante la Construcción. | Cada día.	***"Tabla N° 3: Penalidades referidas a la Sección VI: De las Obras de la Infraestructura Portuaria – Fases 1 y 2*** *(...)* 6.50 | 3,000 | No mantener actualizado el Libro de Obra **en los términos y plazos establecidos en la Cláusula 6.50.** | Cada día. [El énfasis y subrayado es nuestro.]

210. Por otro lado, respecto de la penalidad referida al atraso en la presentación al Regulador del informe mensual de avance de obras, en concordancia con lo señalado en el literal g) de la presente sección del informe, debería suprimirse la incorporación de la referencia a las clausula 6.74 y 6.75, pues la obligación de presentación del informe mensual de avance de obra contenida en la cláusula 6.30, es de carácter transversal a toda fase u obra que se ejecute en el marco del Contrato de Concesión. En ese sentido, se propone lo siguiente:

Proyecto de Adenda N° 2	Propuesta de modificación
"Tabla N° 3: Penalidades referidas a la Sección VI: De las Obras de la Infraestructura Portuaria – Fases 1 y 2 *(...)* 6.30, **6.74 y 6.75** | 1,000 | Atraso en la presentación al REGULADOR del informe mensual de avance de obras. | Cada día de atraso [El énfasis y subrayado es nuestro.]	***"Tabla N° 3: Penalidades referidas a la Sección VI: De las Obras de la Infraestructura Portuaria – Fases 1 y 2*** *(...)* 6.30 | 1,000 | Atraso en la presentación al REGULADOR del informe mensual de avance de obras. | Cada día de atraso

211. En relación con las demás penalidades indicadas en la Tabla 3 del Anexo 17 propuesta en el Proyecto de Adenda, se evidencia que son análogas a las contempladas originalmente en el Contrato de Concesión para las obras de la Fase 1. Por ello, este Organismo Regulador considera adecuada su aplicación también en la ejecución de la Fase 2.

m) Sobre las Inversiones Adicionales

212. Finalmente, en la cláusula sexta del Proyecto de Adenda, las Partes acuerdan que las Inversiones Adicionales cuya Explotación se ha iniciado a partir del 01 de enero de 2015

y hasta la entrada en vigencia de la Adenda pueden ser consideradas para el cumplimiento de la obligación de las Obras de la Sub Fase 2A, tal como se aprecia a continuación:

> ***"SEXTO: DE LAS INVERSIONES ADICIONALES***
>
> *Para cumplir con la obligación de implementar las Obras de la Sub Fase 2A, se considerará el Equipamiento y demás Obras Civiles que correspondan a Infraestructura adicional conforme a la Cláusula 15.8, cuya Explotación haya iniciado a partir del 01 de enero de 2015 y la entrada en vigencia de la Adenda N° 2 al Contrato de Concesión."*

De acuerdo con la sexta Cláusula del Proyecto de Adenda, aquellas obras civiles y equipamiento que fueron aprobadas como Inversiones Adicionales cuya explotación se haya iniciado a partir del 01 de enero de 2015 serían consideradas como parte de las obras obligatorias de la Sub Fase 2A de la Fase 2. Al respecto, es importante señalar que mediante Oficio N° 1587-2019-MTC/19, el MTC remitió, entre otra documentación, copia de un Acta de Reunión de fecha 29 de setiembre de 2015, según la cual el Concedente y el Concesionario acordaron implementar la Fase 2 en los términos y condiciones de un Proyecto de Adenda N° 2 anterior que contenía una estipulación similar a la Cláusula Sexta del Proyecto de Adenda materia de la presente evaluación.

213. En relación con lo mencionado en el párrafo precedente, debe mencionarse que, en el período iniciado a partir del 1 de enero de 2015 hasta la fecha, la APN ha realizado la recepción de las siguientes inversiones adicionales:

    a) Relleno Zona 1B[39]
    b) Obras Civiles Terrestres (incluye pavimentación de la Zona 1-B)[40]
    c) Equipamiento Adicional (1 Grúa STS de muelle, 6 Tractocamiones y 6 Traillers)[41]

214. Al respecto, es importante mencionar lo siguiente:

- Las Actas de recepción de las Obras indicadas en el numeral anterior fueron aprobadas por la APN con posterioridad a la suscripción del Acta de Reunión de fecha 29 de Setiembre de 2015.
- Dichas Obras han sido consideradas como Inversiones Adicionales en las referidas Actas de recepción.
- Tanto el Contrato de Concesión vigente como el proyecto de Adenda N° 2 prevén la figura de Inversiones Adicionales, pero no la de adelanto de inversiones.

215. En ese contexto, las obras civiles y/o equipamiento que haya sido aprobadas y recibidas como Inversión Adicional no pueden ser calificadas como adelanto de inversiones obligatorias, dentro del marco contractual. En tal sentido, este Organismo Regulador propone eliminar la cláusula sexta del Proyecto de Adenda.

n) Sobre la Cláusula anticorrupción

216. En el numeral 39.1 del artículo 39 del Reglamento del DL 1362 se establece que los Contratos de Asociación Público Privada a ser suscritos por el Estado Peruano deben incluir una cláusula anticorrupción, bajo causal de nulidad.

---

[39] El Expediente Técnico de la Obra Relleno Zona 1B fue aprobado mediante Carta N° 1074-2012-APN/GG del 12 de julio de 2012; y, recibida mediante acta de recepción de fecha 3 de agosto de 2018.

[40] El Expediente Técnico de las Obras Civiles Terrestres (incluye pavimentación de la Zona 1-B) fue aprobado mediante Carta N° 074-2017-APN/GG/DITEC del 6 de febrero de 2017; y recibida mediante acta de recepción de fecha 3 de agosto de 2018.

[41] El expediente técnico del Equipamiento Adicional (1 Grúa STS de muelle, 6 Tractocamiones y 6 Traillers) aprobado mediante Resolución de Gerencia General N° 332-2016-APN/GG del 1 de julio de 2016; y, recibida mediante acta de recepción de fecha 7 de diciembre de 2016.

217. Sin embargo, es pertinente señalar que a través del Oficio N° 010-2019-EF/68.02 de fecha 13 de marzo de 2019, el Director General de Política de Promoción de la Inversión Privada del MEF, remitió al MTC el Informe N° 076-2019-EF/68.02, en el cual se señala lo siguiente:

> *"2.9 Si bien el marco normativo establece la obligatoriedad de inclusión de la cláusula anticorrupción en el momento de la suscripción del Contrato de APP, como un elemento constitutivo para la validez del citado contrato, su no incorporación en el caso de modificaciones al Contrato de APP, no está sancionada con nulidad por el marco normativo vigente.*
>
> *2.10 Sin perjuicio de ello, es recomendable que en el caso de modificaciones al Contrato de APP, las Partes, previo acuerdo, consideren la inclusión de la cláusula anticorrupción, siguiendo el procedimiento indicado en la normativa vigente."*

218. Respecto a la cláusula anticorrupción, el MTC ha indicado que, en el presente caso, el Proyecto de Adenda no incorpora una cláusula anticorrupción dado que las adendas requieren previo consenso con el Concesionario, y no logró llegar a un acuerdo con el Concesionario, ya que éste último, a través de la Carta N° DALC.DPWC.035.2019 señaló lo siguiente:

> a) La adjudicación de la Concesión del año 2006, se dio al Consorcio conformado por las empresas P&O Dover (Holdings) Limited y Uniport S.A. (no perteneciente al grupo DP World).
> b) En el año 2008, una empresa del grupo DP World adquirió las acciones de Uniport S.A.
> c) No es posible que DP World Callao S.R.L., sus accionistas, directivos o funcionarios pudiera conocer que con anterioridad al 01 de julio de 2008 la empresa Uniport S.A., sus accionistas, representantes, directivos, empleados, asesores o cualquier persona relacionada hubieran cometido algún acto ilícito relacionado a la adjudicación o la ejecución del Contrato de Concesión.

219. Sobre el particular, teniendo en cuenta que las partes no han logrado un consenso respecto de la incorporación de una cláusula anticorrupción, recomendamos que dicha incorporación determine por lo menos la responsabilidad de la empresa concesionaria, por las actuaciones de los accionistas, directivos o funcionarios pertenecientes al grupo DP World, en caso se haya cometido algún ilícito relacionado a la adjudicación o la ejecución del Contrato de Concesión.

o) Sobre las Reglas de Interpretación

220. En la Cláusula SEPTIMA del Proyecto de Adenda se señala lo siguiente respecto de las reglas de interpretación:

> ***"SÉPTIMO: REGLAS DE INTERPRETACIÓN***
>
> *7.1. Las Partes declaran que el CONTRATO y la presente Adenda se interpretarán y ejecutarán como un solo instrumento.*
>
> *7.2. Todos y cada uno de los derechos y obligaciones derivados de la presente Adenda son plenamente exigibles entre las Partes. En caso de conflicto en la interpretación y/o ejecución de los términos establecidos en el CONTRATO, Bases y/o Circulares (entendidas estas dos últimas conforme a las definiciones establecidas en la Cláusula Primera del CONTRATO) y los términos de la presente Adenda, primará lo establecido en esta última.*
>
> *7.3. Los términos que figuren en mayúscula en el presente instrumento y que no se encuentren expresamente definidos en éste, corresponden a los términos definidos en el CONTRATO o, en su defecto, a los términos definidos por las Leyes Aplicables o a términos que son corrientemente utilizados en mayúsculas."*

221. Sobre el particular, este Organismo Regulador considera que dichas reglas deben ser incorporadas como parte de la modificación de la Cláusula 16.3 del Contrato de Concesión, por ser la cláusula que regula los criterios de interpretación del Contrato de Concesión.

p) Sobre la Declaración y Validez del Contrato

222. En la Cláusula OCTAVA del Proyecto de Adenda se indica lo siguiente respecto de la declaración de las Partes:

> ***"OCTAVO: DECLARACIÓN***
>
> *Las Partes declaran que el presente documento respeta la naturaleza del CONTRATO, todas las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico financiero de las prestaciones a cargo de las Partes."*

223. Al respecto, queda claro que el contenido de la presente cláusula constituye un acto de carácter declarativo (pues no establece obligación o derecho para las Partes suscriptoras del Contrato de Concesión), de adecuación del contenido de la adenda al marco normativo que regula el procedimiento de modificación contractual.

224. En ese sentido, no es posible emitir opinión respecto del contenido de dicha declaración, pues será el análisis que efectúe Ositrán y los demás organismos involucrados, de las cláusulas que constituyen el Proyecto de Adenda, el que determinará finalmente la adecuación de la modificación contractual propuesta al marco normativo vigente.

225. De otro lado, en la Cláusula NOVENA del Proyecto de Adenda se propone lo siguiente con relación a la validez del Contrato de Concesión:

> ***NOVENO: VALIDEZ DEL CONTRATO***
>
> *Las Partes declaran expresamente que fuera de las modificaciones formalizadas en el presente instrumento, las demás disposiciones del CONTRATO permanecen vigentes y con plena validez."*

226. Finalmente, en la cláusula Noveno del Proyecto de Adenda, las Partes acuerdan que fuera de las modificaciones, las demás disposiciones del Contrato de Concesión permanecen vigentes y con plena validez; siendo ésta una declaración formal que consideramos pertinente.

q) Sobre las disputas

227. En la Cláusula DÉCIMA del Proyecto de Adenda se indica lo siguiente respecto de las disputas:

> ***"DÉCIMO: DISPUTAS***
>
> *Las Partes acuerdan que la suscripción de esta Adenda, así como todo documento relacionado con la Adenda y su negociación, incluyendo sin limitación, comunicaciones, actas, notas, proyectos, borradores, y esquemas, entre otros, no podrán ser usados de ninguna manera en el Arbitraje DP World Callao S.R.L., P&O Dover (Holding) Limited y The Peninsular and Oriental Steam Navigation Company c. La República del Perú (Caso CIADI No. ARB/11/21)."*

228. Respecto de la inclusión de la Cláusula Décima referida a disputas, es conveniente mencionar que ésta se encuentra circunscrita al Caso Arbitral CIADI N° ARB/11/21 que no afecta al contenido del Contrato de Concesión ni del Proyecto de Adenda; en ese sentido, no es posible emitir opinión respecto del contenido de dicha Cláusula.

V. CONCLUSIONES

229. La solicitud de opinión técnica respecto del Proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores ubicado adyacente al rompeolas sur del Terminal Portuario del Callao – Zona Sur, cumple con los requisitos de admisibilidad previstos en el referido Contrato y en las Leyes y Disposiciones Aplicables.

230. El objeto del Proyecto de Adenda es "Modificar el Contrato de Concesión, incorporando las Cláusulas 1.20.102 de la Sección I, Cláusulas 6.37 al 6.75 de la Sección VI, un último párrafo a la Cláusula 10.2 de la Sección X, un último párrafo a la Cláusula 12.9 de la Sección XII, un último párrafo respecto al Indicador "Tiempo de atención al Usuario para el retiro de su mercadería" del "ANEXO 3"; las Cláusulas pertinentes de la Sección VI en Tabla N° 3 del ANEXO 17, y modificar la cláusula 6.34 y el literal n) de la Cláusula 15.1.3".

231. Con base en el análisis técnico descrito en el cuerpo del presente Informe Conjunto, este Organismo Regulador concluye lo siguiente respecto del Proyecto de Adenda:

- **Respecto de la incorporación de la definición de "Fase 2" contenida en la SECCIÓN I: ANTECEDENTES Y DEFINICIONES (Cláusula 1.20.102)**

  - La inclusión propuesta plantea la ejecución de la Fase 2 del Contrato de Concesión en tres Sub Fases. La primera de estas comprende la ejecución de obras civiles (extensión del muelle e incremento del área total del terminal) y la implementación de equipamiento diverso, mientras que la segunda y tercera comprenden únicamente la implementación de equipamiento diverso. Asimismo, la propuesta indica que la Fase 2 corresponde a la Propuesta Técnica ofrecida por el Concesionario. Dada la definición de la Fase 2 y su inclusión en el Contrato de Concesión, se considera adecuado dicho planteamiento, en la medida que cada Sub Fase puede ser explotada de manera independiente, y que la implementación de cada Sub Fase permitirá incrementar la capacidad del terminal de manera progresiva según la demanda proyectada.

- **Respecto de las modificaciones a la Cláusula 6.34: DE LAS OBRAS DE LA INFRAESTRUCTURA PORTUARIA**

  - Con relación a la propuesta de modificación de la Cláusula 6.34 del Proyecto de Adenda, cabe precisar que su redacción se considera razonable, toda vez que establece precisiones a lo establecido en el actual Contrato de Concesión sobre el proceso de acreditación de fondos para el financiamiento de las Obras de la concesión en todas sus Fases y Sub Fases, incluyendo una previsión que explicita la restricción contractual actualmente existente referida a que las Empresas Vinculadas al Concesionario no pueden obtener la calificación de acreedores permitidos en caso le provean de financiamiento

  - No obstante, se recomienda evaluar la conveniencia de incluir una precisión en el último párrafo de la Cláusula 6.34, a fin de que las operaciones de financiamiento suscritas con terceros que no son oponibles al Estado sean las realizadas con "*terceros que no sean Acreedores Permitidos*", en línea con la distinción adoptada en el numeral (ii) de dicha Cláusula.

  - De la lectura de la Cláusula 6.58 podría derivarse que la intención de las Partes es que la acreditación de los fondos para la Fase 2 se verifique por cada sub fase; no obstante, a fin de evitar ambigüedades o lecturas distintas, se recomienda hacer precisiones en las Cláusulas 6.34 y 6.58 y recoger ello expresamente.

  - Adicionalmente, en esta Cláusula 6.34 se señala que "*Una vez presentada la información solicitada al **CONCEDENTE**, se reanudará el plazo para que el*

CONCEDENTE emita su pronunciamiento."; sin embargo, se advierte que la información solicitada debe ser al Concesionario y no al Concedente.

- **Respecto a la incorporación de las Cláusulas 6.37 a 6.41 referidas a la Aprobación del Expediente Técnico de la Fase 2**

  - La Cláusula 6.37 incorpora el cronograma de las tres sub fases, con indicaciones para la presentación, observación, subsanación y aprobación el Expediente Técnico de cada sub fase. Al respecto, la APN ha señalado que el silencio positivo en el caso de que ella incumpliera los plazos en el proceso de aprobación del Expediente Técnico no constituye un riesgo para el Estado ni para dicha autoridad, ya que considera que los plazos planteados son prudentes y adecuados.

  - La Cláusula 6.38 dispone que las controversias respecto a la subsanación de las observaciones efectuadas al Expediente Técnico se resolverán a través del Trato Directo y conforme al procedimiento previsto en la Cláusula 16.11 del Contrato de Concesión. Para la Fase 1 se ha establecido similar regulación, por lo que no se presentan observaciones al respecto.

  - La Cláusula 6.39 establece condiciones similares a las contempladas originalmente en el Contrato de Concesión para la Fase 1 respecto de la autorización de la APN para la ejecución de las Obras y demás licencias, permisos y/o autorizaciones. Dado ello, dichas condiciones se consideran razonables.

  - Las Cláusulas 6.40 y 6.41 están referidas a las modificaciones al Expediente Técnico y contemplan condiciones y reglas similares a las contempladas en el Contrato de Concesión para la Fase 1, por lo que no se presenta observación alguna a dichas cláusulas.

- **Respecto a la incorporación de las Cláusulas 6.42 a 6.45 referidas a la Supervisión de Diseño de la Fase 2**

  - La Cláusula 6.42 establece el procedimiento para la designación del Supervisor de Diseño de la Fase 2. Al respecto, se recomienda que las Partes establezcan un procedimiento independiente para la suspensión de obligaciones en función de la afectación efectiva que pudiera generarse por la demora de la APN en la designación referido Supervisor de Diseño, toda vez que la suspensión de plazo de la Concesión como mecanismo de compensación resulta desproporcionado, dado que durante la ejecución de la Fase 2 el Concesionario continuará realizando operaciones en el terminal.

  - Las Cláusulas 6.43, 6.44 y 6.45 se consideran razonables, dado que contienen condiciones y reglas similares a las contempladas originalmente en el Contrato de Concesión, aspectos que consideramos pertinentes durante el procedimiento de elaboración del Expediente Técnico de la Fase 2. Cabe precisar que las Cláusulas 6.43 y 6.44 contienen previsiones respecto a la entrega de información al Supervisor de Diseño de parte del Concesionario y la Cláusula 6.45 está referida a la confidencialidad de la información.

- **Respecto a la incorporación de las Cláusulas 6.46 y 6.47 referidas a la Descripción de las Obras de la Fase 2**

  - Las Cláusulas 6.47 y 6.48 incluyen una descripción de cada una de las tres sub fases que conforman la Fase 2 (Sub Fases 2A, 2B y 2C), con la indicación de la oportunidad de ejecución de cada una de ellas (la Sub Fase 2A se activaría a la firma de la adenda, mientras que las Sub Fases 2B y 2C se activarían al alcanzar determinados gatillos de demanda), así como el contenido de las mismas (Obras Civiles y Equipamiento). De igual manera, se ha considerado la posibilidad por parte del Concesionario de implementar todo o parte del equipamiento de las Sub Fases 2B y 2C antes de alcanzar los mencionados gatillos de demanda.

- Al respecto, con relación a las Obras Civiles, se observa que el proyecto de Adenda contempla para la Sub Fase 2A una extensión del muelle de 650 m. a 960 m. y el incremento del área total del terminal hasta 30,3 hectáreas, lo cual guarda relación con la expansión potencial considerada en la Propuesta Técnica del Concesionario. Asimismo, el Proyecto de Adenda plantea que las obras ya ejecutadas por el Concesionario en la Zona 1B sean consideradas como obras obligatorias de la Fase 2; sin embargo, es importante indicar que, toda vez que dichas obras han sido consideradas por la APN como Inversiones Adicionales, tal y como se indica en los documentos de aprobación de los Expedientes Técnicos, y que el Contrato de Concesión no contempla la figura de adelanto de obras, no es posible considerar las obras civiles de la denominada Zona 1B como adelanto de las obras obligatorias de la Fase 2.

- Adicionalmente, se recomienda que, a efectos de permitir la posibilidad de que la APN, de considerarlo pertinente, de acuerdo con sus competencias, pueda aprobar en el Expediente Técnico de las Obras civiles ampliaciones mayores a las Obras indicadas en la Cláusula 6.46, se recomienda que éstas hagan referencia a que la extensión sea como mínimo lo exigido en dicha Cláusula.

- Con relación al equipamiento, la Propuesta Técnica del Concesionario señala la cantidad por tipo de equipos considerando el volumen estimado de contenedores y el rendimiento de cada equipo. Sin embargo, al considerar la cantidad de equipamiento que el Concesionario ha adquirido a la fecha (Fase 1 e Inversión Adicional) más la cantidad de equipos propuestos para la Fase 2 y contrastarla con la cantidad de equipos indicados en la Propuesta Técnica, se observa que existe una diferencia de equipos en los casos de la RTG, tractocamiones y otros vehículos. Sobre ello, dichas diferencias no se encuentran técnicamente justificadas sobre la base de los factores de volumen de demanda y rendimiento de los equipos. Cabe señalar que el Concedente solo ha presentado un sustento técnico para el caso de las Grúas Pórtico de Muelle.

- Con relación a los valores de los gatillos de demanda, se considera adecuada la forma de estimarlos, esto es, en función al rendimiento de las grúas pórtico de muelle y al porcentaje de utilización de dichas grúas. No obstante, se recomienda ajustar dicho cálculo considerando únicamente los rendimientos de las grúas del Muelle Sur y no de las de otros operadores portuarios.

- De otro lado, es importante indicar que, de la revisión de la información enviada por la APN como sustento de la proyección de demanda presentada en su Informe N° 0049-2019-APN-UAJ-DOMA-UPS-DITEC-DIPLA y aquella remitida mediante Oficio N° 0394-2019-APN-GG-DIPLA, se advierte que la APN ha utilizado estimaciones propias del PBI del periodo 2011-2018 y del periodo 2019-2036 para estimar el movimiento de contendores en el Muelle Sur para el periodo 2019-2036, aun cuando existe información oficial del INEI sobre el PBI para el referido periodo 2011-2018 y proyecciones del PBI de parte de entidades públicas y organismos internacionales para años posteriores, la cual debería ser empleada para proyectar el movimiento de contenedores en el Muelle Sur durante el periodo 2019-2036. Asimismo, en tanto que la proyección de demanda resulta ser un factor determinante para establecer el año en el cual se espera alcanzar los gatillos para la ejecución de las Sub Fases 2B y 2C en el Muelle Sur, se recomienda al Concedente estimar la demanda en el Muelle Sur ajustando su metodología de modo tal que para el caso de exportaciones se considere, entre otros, el volumen de importaciones de los socios comerciales y el precio de los productos de exportación, y para el caso de la descarga de contenedores se considere, entre otros, el PBI del Perú y el precio de los productos importados. Finalmente, se considera importante considerar en las proyecciones, entre otros, la influencia que tendría el desempeño de otros puertos sobre el movimiento contenedores en el Muelle Sur (tales como la construcción del Terminal Portuario de Chancay y la modernización del Terminal Portuario General San Martín). En la medida que no se subsanen tales observaciones, las proyecciones

presentadas no permiten afirmar que existe una alta probabilidad de que los gatillos propuestos para las Sub Fases 2B y 2C lleguen a activarse durante los primeros 25 años de la Concesión.

- **Respecto a la incorporación de las Cláusulas 6.48 y 6.49 referidas a la Supervisión de las Obras de la Fase 2**

  - Las Cláusulas 6.48 y 6.49 hacen referencia a la Supervisión de Obras y contienen condiciones y reglas similares a las contempladas originalmente en el Contrato de Concesión, aspectos que se consideran pertinentes y necesarios durante el proceso de supervisión de Obras de la Fase 2.

  - En particular, se consideran razonables las precisiones incluidas respecto de los mayores costos derivados de servicios de supervisión adicionales por causas imputables al Concedente o al Concesionario, toda vez que permite asegurar el financiamiento de dicha supervisión. Sin embargo, teniendo en consideración que la Fase 2 se compone de Sub Fases, cada una de las cuales tiene su propio Expediente Técnico, y a efectos de una mejor precisión, se recomienda indicar en la Cláusula 6.48 que los costos derivados de las actividades de supervisión no podrán exceder el 6% de la suma de los presupuestos estimados incluido IGV de los Expedientes Técnicos aprobados por la APN para cada Fase.

- **Respecto a la incorporación de las Cláusulas 6.50 a 6.52 referidas al Libro de Obra de la Fase 2**

  - Las Cláusulas 6.50, 6.51 y 6.52 contienen condiciones y reglas similares a las contempladas originalmente en el Contrato de Concesión para la Fase 1, aspectos que se consideran pertinentes y necesarios para el control y registro a través del Libro de Obra de los hechos importantes de las Obras de la Fase 2. No obstante, se recomienda precisar que cada Sub Fase debe contar con su propio Libro de Obra.

- **Respecto a la incorporación de las Cláusulas 6.53 a 6.57 referidas al Calendario y Plazo de Ejecución de la Obra de la Fase 2**

  - Las Cláusulas 6.53 a 6.57 están referidas al Calendario y Plazo de Ejecución de Obra. En particular, se consideran razonables los plazos máximos para la culminación de las Obras correspondientes a cada Sub Fase. Sin embargo, se sugiere que, en la Cláusula 6.54 no se haga referencia al término "presente adenda" sino a "Adenda N° 2 al Contrato de Concesión".

- **Respecto a la incorporación de la Cláusula 6.58 referida al Inicio de la Construcción de la Fase 2**

  - Con relación al plazo para el inicio de la construcción de las obras de la Fase 2, en la Cláusula 6.58 se establecen cuatro requisitos fundamentales: (a) la aprobación del Expediente Técnico por la APN, (b) la aprobación del instrumento ambiental por la autoridad competente, (c) la obtención del CIRA otorgado por la autoridad competente, según corresponda, y (d) la acreditación del cierre financiero dentro de los 60 días calendario desde la aprobación del Expediente Técnico.

  - Al respecto, se advierte que cada condición desarrolla diferentes procesos de elaboración documental, evaluación y aprobación por distintas autoridades competentes, en lo que respecta a plazos y fechas estimadas de obtención de las acreditaciones correspondientes, las cuales no necesariamente pueden tener sincronía y ser coincidentes entre sí. En tal sentido, se recomienda al Concedente evaluar una modificación de la Cláusula 6.58 a fin de que se establezca un plazo máximo para el inicio de la construcción tomando como referencia una fecha determinable en el Contrato de Concesión. Asimismo, se recomienda eliminar el

plazo incorporado como condición (d) que establece un plazo máximo para la acreditación del cierre financiero en función a la aprobación del Expediente Técnico.

- **Respecto a la incorporación de las Cláusulas 6.59 a 6.62 referidas al Calendario y Plazo de Ejecución de la Obra de la Fase 2**

  - Las Cláusulas 6.59, 6.60 y 6.61 contienen condiciones y reglas similares a las contempladas originalmente en el Contrato de Concesión, aspectos que consideramos pertinentes y necesarios para la evaluación y aprobación, de ser el caso, de las solicitudes del Concesionario de las ampliaciones del plazo de ejecución de Obras para cada una de las Obras de las Sub Fases de la Fase 2.

  - No obstante, con relación al plazo con el que cuenta el Regulador para opinar respecto de la solicitud de ampliación de plazo para la ejecución de Obras de la Fase 2, se recomienda que el Regulador cuente con un mayor plazo para emitir dicha opinión, considerando la complejidad que conlleva evaluar la pertinencia de otorgar al Concesionario una ampliación de plazo.

  - En la Cláusula 6.62 se establece que en caso de que el inicio o el plazo total para la ejecución de las Obras se retrasara por un hecho imputable a cualquier Autoridad Gubernamental, el Concesionario tendrá derecho a la suspensión del plazo conforme a la Cláusula 4.2 del Contrato de Concesión y por un período no menor al que dure dicho retraso. Sobre ello, se considera que el referido mecanismo de compensación es desproporcionado con la posible afectación que se podría generar al Concesionario; motivo por el cual se recomienda que las Partes modifiquen ello, estableciendo un procedimiento independiente para la suspensión de obligaciones específicas en función de la afectación efectiva en la ejecución de Obras que pudiera generarse al Concesionario.

- **Respecto a la incorporación de las Cláusulas 6.63 a 6.73 referidas a la Aprobación de las Obras de la Fase 2**

  - A diferencia de la Cláusula 6.23 del Contrato de Concesión aplicable para la Fase 1, en la Cláusula 6.64 se elimina la evaluación por parte del Regulador del importe de subsanación de Obras, lo cual resulta conveniente, a efectos de evitar posibles discrepancias o controversias que se pudieran suscitar con el Concesionario.

  - En cuanto al segundo párrafo de la Cláusula 6.67, se recomienda precisar de manera específica el plazo adicional que puede otorgar la APN, previa opinión del Regulador, para que el Concesionario subsane las observaciones realizadas a la Obra. Adicionalmente, es pertinente señalar que, dado que las observaciones son formuladas por la APN, correspondería que la conformidad de dicha subsanación sea realizada por dicha entidad y no por el Ositrán.

  - El procedimiento de aprobación de las Obras de la Fase 2 se encuentra regulado en las Cláusulas 6.63 a 6.73. Al respecto, se observa que ellas incorporan condiciones y reglas que resultan similares a las contempladas originalmente en el Contrato de Concesión, aspectos que consideramos conformes para su aplicación en la ejecución de la Fase 2.

  - Respecto a las Cláusulas 6.63, 6.65, 6.66, 6.69, 6.70, 6.71, 6.72 y 6.73 del Proyecto de Adenda al Contrato de Concesión, estas incorporan condiciones y reglas que resultan similares a las contempladas originalmente en el Contrato de Concesión para la aprobación de Obras. Por ello, este Organismo Regulador los considera adecuados también para que sean aplicables en la ejecución de la Fase 2.

- **Respecto a la incorporación de las Cláusulas 6.74 y 6.75 referidas a Información**

  - Se recomienda eliminar las Cláusulas 6.74 y 6.75, toda vez que la remisión del informe mensual de avance de Obras previsto en la Cláusula 6.30 del Contrato de

Concesión es de carácter transversal a toda ejecución de Obras y no está ligada únicamente a la ejecución de las Obras de la Fase 1.

- **Respecto a la modificación de la Cláusula 10.2 de la Sección X: Garantías**

  - Considerando la magnitud de las inversiones de la Fase 2 a ser ejecutadas, se considera adecuado que la modificación presentada contemple el incremento del monto de la garantía de fiel cumplimiento de contrato en un 10% del monto de inversión que constituye la Fase 2.

  - Dado que la Fase 2 se proyecta efectuar por Sub Fases conforme al alcance de niveles de gatillos, se considera razonable que el incremento de la garantía de fiel cumplimiento se realice conforme se determine la ejecución de cada Sub Fase. En todo caso, se recomienda precisar que la vigencia de los incrementos de la garantía, se encuentren vigentes hasta seis meses posteriores a la emisión del Acta de Recepción de cada Sub Fase.

  - Asimismo, se recomienda al Concedente que defina y explicite qué monto contemplará la garantía de fiel cumplimiento de contrato luego de culminada la ejecución de la Fase 2.

- **Respecto de la modificación a la Cláusula 12.9 de la Sección XII: Consideraciones socio ambientales**

  - En la Cláusula 12.9, se indica que el plazo para que el Concesionario presente el Estudio de Impacto Ambiental es de 60 Días Calendario contado a partir de la fecha de presentación del Expediente Técnico de la Sub Fase 2A. Sobre ello, se recomienda evaluar la pertinencia de considerar que la fecha para inicio del cómputo del referido plazo sea a partir de la notificación de la aprobación del Expediente Técnico de la Sub Fase 2A, teniendo en cuenta que a partir de dicho hito se contará con la certeza de la información necesaria para la evaluación de los posibles impactos ambientales.

- **Respecto de la modificación a la Cláusula 15.1.3 de la Sección XV: Caducidad**

  - El Proyecto de Adenda plantea modificar el literal n) de la Cláusula 15.1.3 del Contrato de Concesión, referida a la causal de incumplimiento grave de las obligaciones del Concesionario. Al respecto, se aprecia que la modificación busca incluir como causal de caducidad el supuesto de rechazo de obras de la Fase 2; lo cual se considera conveniente, en la medida que ello se complemente con la inclusión de una penalidad por incumplimiento de los plazos para la subsanación de las observaciones a las cuales hace referencia el segundo párrafo de la Cláusula 6.67. De no ser así, a efectos de asegurar el cumplimiento de tales plazos, este Organismo Regulador recomienda incluir en el literal n) de la Cláusula 15.1.3 la referencia a la Cláusula 6.67.

  - De otro lado, dado que el Proyecto de Adenda tiene por finalidad la ejecución de las inversiones de la Fase 2 por Sub Fases, se recomienda al Concedente que efectúe una revisión del esquema de caducidad contemplado en el Contrato de Concesión a efectos de incorporar este desarrollo por Sub Fases, así como la consistencia del monto límite que estableció PROINVERSION en el mismo.

- **Respecto a la modificación del Anexo 3: Niveles de Servicio y Productividad**

  - En la cláusula cuarta del Proyecto de Adenda, las Partes acuerdan incorporar un último párrafo respecto al indicador "Tiempo de atención al usuario para el retiro de su mercadería" del Anexo 3 del Contrato de Concesión. Al respecto, debido a la congestión que se generaría en las vías internas de tránsito de camiones durante la ejecución de las obras civiles portuarias que podrían afectar dicho indicador, las Partes consideraron razonable suspender la medición del indicador "Tiempo de

atención al usuario para el retiro de su mercancía" durante la ejecución de las obras de la Sub Fase 2A.

- Sobre el particular, este Organismo Regulador considera que, en lugar de suspender la medición del indicador "Tiempo de atención al usuario para el retiro de su mercancía" por cada operación individual, debe mantenerse dicha medición y establecer otro nivel máximo para dicho indicador, exigible mientras se desarrollen Obras Civiles, siempre y cuando el Concesionario sustente que dichas Obras generen congestión en las puertas de acceso y vías internas del terminal afectando el cumplimiento del referido indicador, y sujeto a la evaluación y aprobación previa de la APN.

- **Respecto a la modificación de la Tabla N° 3 del Anexo 17: Cuadro de Penalidades aplicables al Contrato**

  - Se considera conveniente la modificación de la Tabla N° 3 del Anexo 17 del Contrato de Concesión, la cual está referida a las penalidades relacionadas a las Obras y se realizan las siguientes precisiones:

    - En relación con la penalidad asociada a la obligación establecida de abrir y mantener un Libro de Obra descrita en la Cláusula 6.50 propuesta en el proyecto de Adenda, se considera necesario precisar que la infracción consiste en no mantener actualizado el Libro de Obras en los términos y plazos establecidos en la Cláusula 6.50.
    - Corregir el error en la referencia a las cláusulas asociadas a la penalidad relacionada al atraso en la presentación al Regulador del informe mensual de avance de obras (dice: "6.30, 6.74 y 6.75", debe decir: "6.30 y 6.74").

- **Respecto a las Inversiones Adicionales**

  - En la cláusula sexta del Proyecto de Adenda, las Partes acuerdan que las Inversiones Adicionales realizadas a partir del 01 de enero de 2015 y hasta la entrada en vigencia de la Adenda N° 2 pueden ser consideradas para el cumplimiento de la obligación de las Obras de la Fase 2. Sobre ello, debe indicarse que el Contrato de Concesión únicamente ha previsto la figura de Inversiones Adicionales, más no la de adelanto de obras, por lo que las obras civiles y/o equipamiento que haya sido aprobadas y recibidas como Inversión Adicional no pueden ser calificadas como adelanto de inversiones obligatorias. En tal sentido, se propone eliminar la cláusula sexta del Proyecto de Adenda.

- **Respecto a la Cláusula Anticorrupción**

  - En el numeral 39.1 del artículo 39 del Reglamento del DL 1362 se establece que los Contratos de Asociación Público Privada a ser suscritos por el Estado Peruano deben incluir una cláusula anticorrupción, bajo causal de nulidad. Sin embargo, es pertinente señalar que a través del Oficio N° 010-2019-EF/68.02, el MEF señala que, si bien el marco normativo establece la obligatoriedad de inclusión de la cláusula anticorrupción en el momento de la suscripción del Contrato, su no incorporación no está sancionada con nulidad por el marco normativo vigente. No obstante, el MEF recomienda que en el caso de modificaciones las Partes, previo acuerdo, consideran la inclusión de la cláusula anticorrupción siguiendo el procedimiento indicado en la normativa vigente.

  - Al respecto, el MTC ha indicado que, en el presente caso, el Proyecto de Adenda no incorpora una cláusula anticorrupción dado que las adendas requieren previo consenso con el Concesionario, y no logró llegar a un acuerdo con el Concesionario.

  - Sobre el particular, teniendo en cuenta que las partes no han logrado un consenso respecto de la incorporación de una cláusula anticorrupción, recomendamos que dicha incorporación determine por lo menos la responsabilidad de la empresa

concesionaria, por las actuaciones de los accionistas, directivos o funcionarios pertenecientes al grupo DP World, en caso se haya cometido algún ilícito relacionado a la adjudicación o la ejecución del Contrato de Concesión.

- **Respecto de las Reglas de Interpretación**

  - En relación a las reglas de interpretación de la Cláusula Séptima del Proyecto de Adenda, las cuales se recomiendan que sean incorporadas como parte de la modificación de la Cláusula 16.3 del Contrato de Concesión, al ser esta la cláusula que regula los criterios de interpretación del Contrato de Concesión.

- **Respecto de la Declaración y Validez del Contrato**

  - En la Cláusula Octava del Proyecto de Adenda las Partes declaran que la Adenda N° 2 respeta la naturaleza del Contrato, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico financiero de las prestaciones a cargo de las Partes. Sobre ello, debe indicarse que no es posible emitir opinión sobre dicha declaración, pues será el análisis que efectúe Ositrán y los demás organismos involucrados, de las cláusulas que constituyen el Proyecto de Adenda, el que determinará finalmente la adecuación de la modificación contractual propuesta al marco normativo vigente.

  - Asimismo, en la Cláusula Novena del Proyecto de Adenda las Partes declaran que fuera de las modificaciones que conlleva la Adenda N° 2, las demás disposiciones del Contrato permanecen vigentes y con plena validez. Dicha declaración se considera pertinente.

- **Respecto de las Disputas**

  - En esta Cláusula, las Partes acuerdan que la suscripción de la Adenda N° 2, así como todo documento relacionado con la Adenda y su negociación no podrán ser usados en el Caso Arbitral CIADI N° ARB/11/21 entre el Concesionario, *P&O Dover (Holding) Limited* y *The Peninsular and Oriental Steam Navigation Company* y la República del Perú: Debe indicarse que dicho caso no afecta al contenido del Contrato de Concesión ni del Proyecto de Adenda; en ese sentido, no es posible emitir opinión respecto del contenido de dicha Cláusula.

VI. RECOMENDACIÓN

Se recomienda al Consejo Directivo aprobar el presente Informe Conjunto, el cual contiene la opinión técnica respecto del Proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores ubicado adyacente al rompeolas sur del Terminal Portuario del Callao – Zona Sur.

Atentamente,

RICARDO QUESADA ORÉ
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización

HUMBERTO SHEPUT STUCCHI
Gerente de Asesoría Jurídica

Número de Trámite: 2019039506