

INFORME CONJUNTO N° 0143-2019-IC-OSITRAN
(GRE-GSF-GAJ)

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

De : **FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA**
Gerente de Regulación y Estudios Económicos (e)
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° 5467-2019-MTC/19

Fecha : 8 de noviembre de 2019

I. OBJETO

1. Emitir opinión técnica solicitada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a través del documento de la referencia, respecto del proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del 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 N° 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 Concedente 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 N° 0420-2019-MTC/19.
11. El 29 de abril de 2019, el Ositrán por intermedio del Oficio N° 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 N° 0420-2019-MTC/19" e "Informe N° 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 N° 0420-2019-APN-UAJ-DCMA-UPS-DITEC-DIPLA, el cual debería ser el Informe N° 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 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 remitió a este Organismo Regulador en calidad de información complementaria, el Oficio N° 0431-2019-APN/GG-DIPLA, en el cual la APN le envió una modificación del Apéndice 3 del Anexo 1 del Oficio N° 0394-2019-APN-GG-DIPLA. En dicha modificación se realizaron 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 fue atendido en el Informe Conjunto N° 068-2019-IC-OSITRAN.
16. Con fecha 22 de mayo de 2019, mediante Oficios N° 0085-2019-SCD-OSITRAN y N° 0086-2019-SCD-OSITRAN, la Secretaría del Consejo Directivo del Ositrán notificó al Concedente y Concesionario el Acuerdo N° 2185-671-2019-CD-OSITRAN y el Informe Conjunto N° 068-2019-IC-OSITRAN, mediante los cuales el Consejo Directivo de Ositrán emitió opinión técnica sobre el Proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Terminal Muelle Sur.
17. Mediante Oficio N° 3655-2019-MTC/19 del 26 de julio de 2019, el Concedente envió a este Organismo Regulador un nuevo proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Terminal Muelle Sur, cuyo sustento técnico, económico y legal se encuentra incluido en el Informe N° 1229-2019-MTC/19 y en los Informes Técnico Legal N° 0072-2019-APN-UAJ-DOMA-DITEC-DIPLA-UPS y N° 0049-2019-APN-UAJ-DOMA-UPS-DITEC-DIPLA elaborados por la APN, solicitando la opinión técnica correspondiente conforme al artículo 55 del Decreto Legislativo N° 1362 y el artículo 134 del Decreto Supremo N° 240-2018-EF.
18. Mediante Oficio N° 218-2019-GG-OSITRAN del 02 de agosto de 2019, la Gerencia General del Ositrán solicitó al Concedente efectuar las acciones pertinentes a fin de acreditar la publicación del proyecto de Adenda N° 2 en su página web de acuerdo con lo establecido en el artículo 134.4 del Reglamento de DL 1362, así como enviar en un solo documento el proyecto de Adenda N° 2 debidamente visado tanto por el Concedente como por el Concesionario.
19. Con fecha 12 de agosto de 2019, mediante Oficio N° 3891-2019-MTC/19, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones presentó a este Organismo Regulador el proyecto de Adenda debidamente visado por el Concesionario y el Concedente, así como también informó respecto de la publicación de dicho proyecto de adenda en su portal web institucional. De manera adicional, el Concedente adjuntó el Oficio N° 0802-2019-APN-GG-DOMA, el cual adjunta a su vez una Nota Aclaratoria que complementa el sustento del proyecto de Adenda N° 2 efectuado en su Informe N° 072-2019-APN-UAJ-DOMA-DITEC-DIPLA-UPS.

20. En la sesión del Consejo Directivo de fecha 21 de agosto de 2019, se consideró necesario efectuar precisiones al contenido del Informe Conjunto N° 0114-2019-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), lo cual fue atendido en el Informe Conjunto N° 0115-2019-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ).
21. Con fechas 21 y 22 de agosto de 2019, mediante Oficios N° 0145-2019-SCD-OSITRAN y N° 0146-2019-SCD-OSITRAN respectivamente, la Secretaría del Consejo Directivo del Ositrán notificó al Concedente y Concesionario, el Acuerdo N° 2208-679-19-CD-OSITRAN y el Informe Conjunto N° 0115-2019-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), mediante los cuales el Consejo Directivo de Ositrán emitió opinión técnica sobre el Proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Terminal Muelle Sur.
22. Mediante Oficio N° 5467-2019-MTC/19 del 29 de octubre de 2019, el Concedente envió a este Organismo Regulador un nuevo proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Terminal Muelle Sur, cuyo sustento técnico, económico y legal se encuentra incluido en el Informe N° 1574-2019-MTC/19 y en el Informe Técnico Legal N° 0099-2019-APN-UAJ-DIPLA-DOMA-UPS-DITEC elaborado por la APN, solicitando la opinión técnica correspondiente conforme al artículo 55 del Decreto Legislativo N° 1362 y el artículo 134 del Decreto Supremo N° 240-2018-EF.

III. MARCO LEGAL Y CONTRACTUAL APLICABLE

III.1 Sobre la modificación del Contrato de Concesión

23. 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.]

24. 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.
25. En atención a lo expuesto, la propuesta de modificación del Contrato de Concesión debe sustentar la conveniencia de su modificación, para lo cual debe respetar los parámetros que el marco normativo establece.
26. De otro lado, en lo que respecta a las modificaciones contractuales, el literal f) del inciso 7.1 del artículo 7 de la Ley N° 26917, Ley de Creación de 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.]

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

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

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

(...)

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

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.]

28. 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; (...)”

29. 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:

- 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*

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

- 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.]

- 30. 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-PCM² fueron derogados por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1224³ (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 1224⁴.
- 31. 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.
- 32. 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 de 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 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*

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.”

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 Nº 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.]

33. 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.

34. 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 Asociación Pública Privada (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.
35. 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 inversionista⁵.
36. 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.
37. 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

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

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

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.”

38. 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.
39. Al respecto, mediante el Oficio N° 5467-2019-MTC/19, notificado al OSITRAN el 29 de octubre de 2019, el Concedente ha presentado la solicitud de opinión previa al Proyecto de Adenda aludido, para lo cual remitió el Informe N° 1574-2019-MTC/19. En tal sentido,

el plazo para que el Ositrán cumpla con emitir la opinión solicitada vence el día jueves 14 de noviembre de 2019.

40. Teniendo en cuenta las normas antes señaladas, en los acápite 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 remitido por el Concedente al Regulador, incluyendo un análisis formal del cumplimiento de las condiciones requeridas para la suscripción de una adenda, bajo el marco legal aplicable y el Contrato de Concesión.

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

41. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la ya mencionada Ley de Creación de 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.
42. En lo que respecta a las modificaciones de los contratos de concesión, el literal f) del inciso 7.1 del artículo 7 de la referida Ley, concordante con el artículo 28 del REGO, establecen como una competencia de 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.
43. 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; así como declarar la improcedencia de las solicitudes de renegociación o revisión, conforme a la normativa de la materia.
44. Como puede advertirse, el marco legal vigente de cumplimiento obligatorio para las Entidades Prestadoras, entre las que se encuentra el Concesionario, establece que corresponde al Regulador emitir opinión técnica en el caso de modificación del Contrato de Concesión.
45. De otro lado, los “Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión”, aprobados por el Acuerdo de Consejo Directivo N° 557-154-04-CD-OSITRAN (en adelante, los Lineamientos), establecen los criterios a analizar en caso se presenten solicitudes de interpretación, modificación y reconversión de los Contratos de Concesión.
46. En concreto, el numeral 6.2 de dichos Lineamientos prevé que en caso de los supuestos de modificación sustancial, la opinión del Regulador deberá contener un análisis de los efectos de la modificación, sugiriendo los términos de la misma, sobre la base del análisis del cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Prestadora; precisando además, en su quinto párrafo, los casos de modificaciones sustanciales de un contrato, señalándose a manera de ejemplo los siguientes: la alteración del equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión, la ampliación de su plazo de vigencia, la modificación del Régimen Tarifario, los cambios en el Plan de Inversiones a cargo del Concesionario, entre otros .
47. En lo que respecta 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 T.U.O., 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.]

48. 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".
49. En ese sentido, dentro del marco legal y contractual antes expuesto, será evaluado el Proyecto de Adenda al Contrato de Concesión.
50. 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

51. 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

52. 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.

53. 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.
54. Finalmente, con las opiniones de PROINVERSIÓN⁶, de corresponder⁷, 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.
55. 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.
56. 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

57. 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 diez (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

58. Mediante Oficio N° 5467-2019-MTC/19, el Concedente remite al Ositrán el Informe N° 1574-2019-MTC/19, en el que se establece que la nueva versión del Proyecto de Adenda

⁶ 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 la 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.”

⁷ 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 PROINVERSIÓN es facultativa.

N° 2 al Contrato de Concesión ya se encuentra publicada en la página web del MTC⁸. Con ello, se da cumplimiento a lo establecido en el numeral 134.4 del artículo 134 del Reglamento del DL 1362, conforme con el cual, durante el proceso de evaluación de la adenda, es obligación de 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

59. Conforme a lo señalado en el punto 5.72 del Informe N° 1574-2019-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.
60. 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 PROINVERSIÓN 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 5.75 del Informe N° 1574-2019-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.
61. 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

62. 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 52 de este informe.
63. En el presente caso, se aprecia que adjunto al Oficio N° 5467-2019-MTC/19, el Concedente ha remitido el Informe N° 1574-2019-MTC/19, en el que evalúa y sustenta la procedencia del Proyecto de Adenda solicitado 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

64. Respecto a este punto, en el numeral 7.64 del Informe N° 1574-2019-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

(...)

7.64 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

⁸ Ver: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/403100/Adenda_DP_World.pdf> (último acceso: 7 de noviembre de 2019).

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.

(...).

7.66 Al respecto, se afirma que las modificaciones propuestas en la presente Adenda no alteran los parámetros a considerarse para el Equilibrio Económico Financiero (...).

7.67 En cuanto a los parámetros de tarifas, capital mínimo y plazo de la concesión, el proyecto de Adenda N° 2 no presenta modificaciones a las regulaciones definidas en el Contrato de Concesión inicial.

(...)

7.68 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.

7.69 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.

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

7.71 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 en la Adenda de manera expresa."

[El subrayado es nuestro.]

65. 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.
66. 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

67. Sobre el particular, en el Informe N° 1574-2019-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.
68. 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.
69. 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

70. Al respecto, mediante el Informe N° 1574-2019-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

(...)

7.82 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”

71. 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 efectúe 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

72. En el Informe N° 1574-2019-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 prevenir 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 nuestros.]

73. 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

74. En el Informe N° 1574-2019-MTC/19, el Concedente afirma lo siguiente acerca del referido parámetro:

“f) ANÁLISIS LA NATURALEZA DE LA CONCESIÓN

7.85 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.

7.86 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 portuario.

7.87 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 Contrato de Concesión. Asimismo se rige por los principios de

continuidad, regularidad y de no discriminación, de conformidad con lo dispuesto en la Ley del Sistema Portuario Nacional (LSPN).

7.88 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.”

75. 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.
76. 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

77. 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° 5467-2019-MTC/19 y N° 3891-2019-MTC/19, el Concedente remitió a Ositrán el nuevo 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° 1574-2019-MTC/19, requiriéndole la emisión de su opinión técnica no vinculante.
78. 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”*⁹.
79. En consecuencia, la solicitud de opinión técnica presentada por el Concedente mediante el Oficio N° 5467-2019-MTC/19, notificado el 29 de octubre de 2019, sobre el Proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión, cumple con las condiciones analizadas anteriormente.

IV.2 Análisis del Proyecto de Adenda

80. El Proyecto de Adenda tiene por objeto incorporar al Contrato de Concesión los términos y plazos para implementar la Fase 2.
81. 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, los literales q) y r) a la cláusula 15.1.3; 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.

IV.2.1 Cuestión previa: Naturaleza de la Concesión

82. 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

⁹ 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.

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.

83. 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 brindar dentro del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur, el cual califica como infraestructura portuaria nueva.¹⁰
84. 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.
85. En atención a lo expuesto, como parte del análisis del Proyecto de Adenda se verificará que esta 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

86. Uno de los resultados más importantes provenientes de la literatura del análisis económico de la teoría de contratos y de la economía de la información¹¹ 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 aspectos¹².
87. Pereira (2008)¹³ 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.
88. 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.

¹⁰ Cláusula 2.5 del Contrato de Concesión.

¹¹ Ver, por ejemplo, MACHO-STADLER, I. y PEREZ-CASTRILLO, J. (1997). *An introduction to the Economics of Information. Incentives and contracts*. Oxford University Press.

¹² 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).

¹³ 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).

89. 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.
90. 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 modificaciones y reconversiones de contratos es el de Equilibrio¹⁴, según el cual las renegociaciones de los contratos de concesión no deben producir un traspaso de riesgos entre las Partes.
91. 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

92. 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, literales q) y r) de la Cláusula 15.1.3; 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 N° 2.
- a) **Incorporar la definición de “Fase 2” contenida en la SECCIÓN I: ANTECEDENTES Y DEFINICIONES (Cláusula 1.20.102)**
93. 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, y también propone ejecutar 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

¹⁴ **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.]

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.

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.”

94. 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 ellas 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.
95. Al respecto, la definición de la Fase 2 y su inclusión en el Contrato de Concesión, se considera adecuada por los motivos a continuación expuestos:
- Cada Sub Fase puede ser explotada a su culminación, sin tener que esperar a la culminación de las demás Obras.¹⁵
 - 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 dichas Obras se encuentren disponibles para su Explotación 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

96. 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, en un plazo máximo de sesenta (60) Días Calendario de aprobado el Expediente Técnico de cada Sub Fase, 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*

¹⁵ 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 el CONCESIONARIO cumpla con presentar al CONCEDENTE la información solicitada, 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.”

- 97. Sobre el particular, tal como se advirtió en el Informe Conjunto N° 0115-2019-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), para efectos del cómputo del plazo máximo de sesenta (60) días calendario de aprobado el Expediente Técnico de cada Sub Fase dentro del cual el Concesionario debe acreditar que cuenta con los fondos necesarios para la ejecución de las Obras de la concesión, se estima pertinente reiterar la recomendación efectuada al Concedente referida a la revisión del mencionado plazo, teniendo en consideración que para dicha acreditación de fondos podría requerirse, de ser el caso, que el Concesionario cuente previamente con el instrumento ambiental aprobado por la Autoridad Ambiental Competente.
- 98. Sin perjuicio de ello, se considera que las modificaciones efectuadas a la presente cláusula y a la Cláusula 6.58 del Proyecto de Adenda deja claramente delimitada la fecha de inicio de Construcción y la fecha máxima con la que cuenta el Concesionario para acreditar que cuenta con los fondos necesarios para la ejecución de cada Sub Fase (dicha fecha máxima fijada podría variar en función de la evaluación recomendada en el párrafo anterior).
- 99. Por otro lado, en relación al último párrafo de la cláusula bajo análisis, en el Informe N° 0115-2019-IC-OSITRAN se indicó que no se tenían mayores comentarios toda vez que el MTC en su Informe N° 1229-2019-MTC/19, señaló que ningún tipo de financiamiento al que arribe el Concesionario le es oponible en cualquier situación, incluyendo los supuestos de caducidad, inclusive respecto de los Acreedores Permitidos. Al respecto, el MTC también afirmó que “no le corresponde al Concedente asumir las obligaciones o deudas

derivadas de operaciones de endeudamiento garantizado permitido con Acreedores Permitidos”. Ello, en tanto “(l)a obligación del Concedente en términos económicos se encuentra acotada por el Presupuesto Máximo Aprobado para efectos de caducidad (PMA) en caso de caducidad anticipada del Contrato de Concesión. Asimismo, los Acreedores Permitidos se encuentran salvaguardados en sus derechos de acuerdo a las garantías establecidas en el Contrato de Concesión y los acuerdos alcanzados en sus propios contratos de financiamiento”.

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

100. Las Partes plantean incorporar las Cláusulas 6.37 a 6.41 referidas a la presentación del Expediente Técnico de la Fase 2 por parte del Concesionario, la revisión y formulación de observaciones por parte de la APN, así como la subsanación de ellas por parte del Concesionario. Dichas cláusulas propuestas señalan lo siguiente:

“ FASE 2

APROBACIÓN DEL EXPEDIENTE TÉCNICO

6.37 La aprobación del Expediente Técnico de la Fase 2 estará sujeta a los siguientes plazos:

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

- (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.*

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

- (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 rechazado. Sin perjuicio de ello, el CONCESIONARIO notificará al CONCEDENTE del

incumplimiento de la APN en la falta de pronunciamiento. En este último caso, en una segunda solicitud, el CONCESIONARIO podrá solicitar a la APN nuevamente la aprobación del Expediente Técnico, para lo cual la APN tendrá un plazo máximo de quince (15) Días Calendario, contados desde el día hábil siguiente de la solicitud, para comunicar su aprobación o rechazo del Expediente Técnico. En caso nuevamente la APN no se pronuncie, en esta ocasión se entenderá que el Expediente Técnico ha sido aprobado, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios competentes por la falta de pronunciamiento.

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, cualquiera de las Partes podrá solicitar que la controversia sea dirimida por peritaje técnico a cargo de un perito elegido de común acuerdo entre dichas Partes.*

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 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. 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 estas 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 un rechazo del pedido de modificación. Sin perjuicio de ello, el CONCESIONARIO notificará al CONCEDENTE del incumplimiento de la APN en la falta de pronunciamiento. En este último caso, en una segunda solicitud, el CONCESIONARIO podrá solicitar a la APN nuevamente la aprobación de la modificación del Expediente Técnico, para lo cual la APN tendrá un plazo máximo de quince (15) Días Calendario, contados desde el día hábil siguiente de la solicitud, para comunicar su aprobación o rechazo a la modificación del Expediente Técnico. En caso nuevamente la APN no se pronuncie, en esta ocasión se entenderá que la modificación del Expediente Técnico ha sido aprobada, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios competentes por la falta de pronunciamiento.

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, este 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.”

101. Conforme a lo indicado en el Informe Conjunto N° 0115-2019-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), la Cláusula 6.37 del Proyecto de Adenda establece los plazos para la presentación, revisión, observación, subsanación y aprobación del Expediente Técnico de cada Sub Fase de la Fase 2. Asimismo, en dicha cláusula se ha precisado que, en caso de que la APN no se pronuncie dentro del plazo establecido respecto del rechazo o aprobación del Expediente Técnico, se entenderá que este ha sido rechazado. Luego de ello, el Concesionario podrá solicitar nuevamente a la APN la aprobación del Expediente Técnico, teniendo dicha institución un plazo de quince (15) días para emitir su pronunciamiento. En caso de que nuevamente la APN no emita su pronunciamiento en el plazo antes indicado, se considerará que dicho expediente ha sido aprobado bajo responsabilidad de los funcionarios competentes por la falta de pronunciamiento.
102. Al respecto, es importante señalar que, conforme a las Leyes y Disposiciones Aplicables, la APN es la entidad competente para realizar las labores de revisión, observación y/o aprobación del Expediente Técnico, por lo que corresponde a dicha entidad pronunciarse técnicamente sobre tales plazos. Al respecto, tal como se indicó en el Informe Conjunto N° 0115-2019-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), se verifica que dicha evaluación de plazos consta en los siguientes informes de la APN:
 - Informe Técnico Legal N° 049-2019-APN-UAJ-DOMA-UPS-DITEC-DIPLA de 22 de abril de 2019, el cual se pronuncia respecto a que son razonables los plazos propuestos para la elaboración de Expedientes Técnicos y para las observaciones y subsanaciones correspondientes;
 - Informe Técnico Legal N° 0072-2019-APN-UAJ-DOMA-DITEC-DIPLA-UPS de 18 de julio de 2019 (Anexo 2), el cual señala que, como consecuencia de la evaluación realizada, resulta prudente establecer en la Cláusula 6.37 los plazos para la evaluación de la primera y segunda solicitud de aprobación de Expediente Técnico que correspondan.
103. Por otro lado, en la Cláusula 6.38 del Proyecto de Adenda se propone que, ante desacuerdo respecto a la subsanación de observaciones, cualquiera de las Partes puede solicitar peritaje técnico. En ese extremo, como se señaló en el Informe Conjunto N° 0115-2019-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), este Organismo Regulador no tiene observaciones, en la medida que (i) estas estipulaciones son análogas a lo estipulado en la Cláusula 6.5 del Contrato de Concesión para la Fase 1 en relación con el objetivo de solución técnica de la controversia de ese carácter, la cual está en el ámbito de competencia de la APN, y (ii) dicha entidad, considerando que las diferencias estarán supeditadas a especificaciones y lineamientos técnicos del proyecto, se ha pronunciado en su Informe Técnico Legal N° 0072-2019-APN-UAJ-DOMA-DITEC-DIPLA-UPS señalando que resulta pertinente que cualquiera de las Partes solicite que la controversia se resuelva mediante un peritaje técnico.
104. Asimismo, esta Cláusula establece un plazo de 30 Días para que el perito emita pronunciamiento luego de que las Partes sustenten su posición. Dicha previsión se

considera razonable, dado que refuerza la previsibilidad de los plazos en que se resolverán diferencias de este tipo, máxime si ello tiene incidencia sobre el inicio de la ejecución de la Construcción.

105. 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, considera 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.
106. En relación con 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, se aprecia que estos son similares a los establecidos en las Cláusulas 6.6 aplicable en la Fase 1, salvo por lo siguiente:
 - Para las referidas Sub Fases, en el caso de que la APN no emita pronunciamiento dentro del plazo señalado, se rechazará la modificación planteada y en una segunda presentación, de no pronunciarse en el plazo, se aprobará por silencio positivo;
 - El plazo de subsanación que se le otorgaría al Concesionario para dichas Sub Fases sería de 15 Días Calendario en vez de los 10 Días Calendario contemplados para la Fase 1.
107. Es importante señalar, adicionalmente, que las regulaciones establecidas en las Cláusulas 6.40 y 6.41 prescinden de hacer referencia a las “Obras Mayores” y “Obras Menores” utilizadas para la Fase 1.
108. Al respecto, se considera razonable la redacción de estas cláusulas debido a que hacer referencia a “Obras Mayores” y “Obras Menores” es subjetiva, generando en diversos casos imprecisiones al momento de la calificación de las obras, tal como lo ha señalado la APN en su Informe Técnico N° 0072-2019-APN-UAJ-DOMA-DITEC-DIPLA-UPS.

d) Incorporar las Cláusulas 6.42 a 6.45: SUPERVISIÓN DE DISEÑO

109. En las Cláusulas 6.42 a 6.45, 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.

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.

Cualquier perjuicio económico ocasionado por el retraso respecto de dicha designación, al margen de la responsabilidad de los funcionarios competentes, podrá dar lugar a un resarcimiento económico, para lo cual el CONCESIONARIO deberá acreditar (i) la afectación efectiva sobre el inicio de operaciones y (ii) la cuantía del resarcimiento pretendido.

La solicitud de resarcimiento antes señalada deberá ser presentada por el CONCESIONARIO al CONCEDENTE con copia a la APN y al REGULADOR, para sus opiniones, en un plazo máximo de treinta (30) Días Calendario posteriores a la fecha de Inicio de Explotación de la correspondiente Sub Fase.

La APN deberá remitir su opinión técnica favorable de la solicitud al CONCEDENTE con copia al REGULADOR en un plazo no mayor de veinte (20) Días Calendario contados a partir de haber recibido copia de la referida solicitud. El REGULADOR deberá emitir su opinión en un plazo no mayor de veinte (20) Días Calendario contados a partir de recibida la opinión de la APN, o vencido el plazo para que esta última emita su opinión.

El CONCEDENTE tendrá un plazo no mayor de veinte (20) Días Calendario para emitir un pronunciamiento, contados a partir de recibida la opinión del REGULADOR o vencido el plazo para que esta última emita su opinión. Si el CONCEDENTE no emite pronunciamiento alguno en los plazos establecidos, la solicitud del CONCESIONARIO se dará por rechazada.

Para los efectos de la evaluación, el REGULADOR, la APN y el CONCEDENTE podrán solicitar al CONCESIONARIO por única vez, información adicional dentro de los diez (10) Días de iniciado el cómputo de su plazo para emitir su pronunciamiento. En tal caso, el plazo máximo de cada entidad se suspende y se reanuda cuando el CONCESIONARIO presente la información adicional solicitada. El CONCESIONARIO deberá remitir simultáneamente dicha información al REGULADOR, al CONCEDENTE y a la APN.

De ser procedente la solicitud, el pago se realizará con cargo al presupuesto del CONCEDENTE durante el primer semestre del ejercicio presupuestal siguiente, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público, conforme lo establece la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1440, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público, o norma que lo modifique o sustituya.

En caso el CONCESIONARIO no estuviera de acuerdo con el pronunciamiento del CONCEDENTE, la controversia o conflicto suscitado será resuelto conforme al procedimiento previsto en la Sección XVI del Contrato de Concesión.

- 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.”*

110. Al respecto, la APN en su Informe Técnico Legal N° 0099-2019-APN-UAJ-DIPLA-DOMA-UPS-DITEC, de fecha 25 de octubre de 2019, ha considerado conveniente plantear una posibilidad de compensación, mediante un resarcimiento económico, por la afectación al Concesionario como consecuencia de la demora en la designación del Supervisor de Diseño, debiendo sustentar el Concesionario que existió una afectación efectiva sobre el inicio de operaciones y la cuantía del resarcimiento pretendido, retraso que si bien se indica sería un evento improbable, dicha autoridad ha señalado en el referido informe que el Concesionario contaría con un derecho original a una compensación por demoras por parte del Concedente, asimismo indicó que se diluiría la posibilidad que el resarcimiento constituya un mecanismo desproporcionado debido a que el pedido sería objeto de evaluación por parte de APN, el Regulador y el MTC, siendo este último el que se pronuncie finalmente.
111. Asimismo, el MTC en su Informe N° 1574-2019-MTC/19 hace referencia a que no se estaría modificando el reconocimiento hacia el Concesionario ante un retraso por parte del Concedente, y que la propuesta de resarcimiento económico, respetaría las condiciones de competencia del Proceso de Promoción, equilibrio económico financiero y la distribución de riesgos del proyecto.
112. Al respecto, es opinión de este Organismo Regulador que el mecanismo idóneo para la compensación al Concesionario ante la demora de la APN en la designación del supervisor de diseño, es la suspensión de obligaciones específicas dado que en dicho caso no existiría una paralización total de las operaciones del terminal, si no que se suspenderían aquellas obligaciones que el Concesionario no podría cumplir como consecuencia de la demora de la APN en designar al correspondiente supervisor de diseño. Máxime considerando que a la fecha, el Concesionario viene explotando la infraestructura correspondiente a la fase 1.
113. En ese sentido, se recomienda evaluar la incorporación de 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, acorde a la normativa vigente.
114. En línea con lo anterior, en caso las partes decidieran mantener la redacción propuesta en el Proyecto de Adenda, consideramos que correspondería únicamente a las partes y a la APN llevar a cabo la evaluación de las condiciones, y en su momento, la evaluación de la solicitud de compensación a través el mecanismo propuesto (resarcimiento económico), por lo que se deberá excluir a OSITRAN, dado que es la APN, en su calidad de organismo técnico especializado, la entidad competente para evaluar los aspectos técnicos operativos vinculados con la afectación efectiva sobre el inicio de operaciones así como la cuantía del resarcimiento pretendido.
115. 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 consideran pertinentes y necesarios durante el procedimiento de elaboración del Expediente Técnico de la Fase 2.

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

116. 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) hasta 960 (novecientos sesenta) metros.
- Incremento del área total del Terminal hasta 30.3 (treinta con tres décimas) hectáreas.

Equipamiento:

- 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 pórtico de muelle (QC).
- Tres (3) Grúas de patio (RTG).

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

Equipamiento:

- Una (1) Grúa pórtico 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.

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 preoperativo.

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

117. 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.]

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

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			
Equipo	1era Fase		2da Fase
	Volumen		Volumen
	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 este 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 en 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 define la línea base para la estimación de los equipos especificados¹⁶ que serían necesarios para la operación del Muelle Sur, esto es, el volumen de contenedores para cada Fase (500 mil contenedores para la Fase 1 y 750 mil contenedores para la Fase 2); mas no precisa 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 de equipos especificados:

Cuadro N° 1
CANTIDAD DE UNIDADES POR TIPOS DE EQUIPOS ESPECIFICADOS PARA LA FASE 2

Equipo	Cantidad de equipo
Grúa Pórtico	9
Grúas Transtainer	32
Tractocamiones	54
Reach Stacker	2

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

¹⁶ El término equipos especificados hace referencia a grúas, tractocamiones y reach stackers que son los únicos expresamente tipificados en la Propuesta Técnica.

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. Toda vez que la cantidad de unidades por tipo de equipos especificados se proyectó en la Propuesta Técnica del Concesionario sobre la base de 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.
124. Sobre el particular, al contrastar (i) la cantidad de equipos especificados que el Concesionario ha adquirido a la fecha (Fase 1 e Inversión Adicional) sumada a la cantidad de equipo especificado que el Concesionario adquiriría como parte de la Fase 2 según el Proyecto de Adenda, y (ii) la cantidad de equipos especificados indicados 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 EQUIPOS ESPECIFICADOS CONSIDERADOS PARA LAS FASES 1 Y 2 EN LA PROPUESTA TÉCNICA Y LOS EQUIPOS ESPECIFICADOS 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 (**)	30	11	6	47	54	- 7
<i>Reach Stacker</i>	2	0	2	4	2	+ 2

(*) Propuesta Técnica original (incluye Fase 1 y Fase 2).

(**) El Informe Técnico Legal N° 0072-2019-APN-UAJ-DOMA-DIRECT-DIPLA-UPS señala 35 tractocamiones para la Fase 1 y 6 como Adicional. Sin embargo, para el caso de tractocamiones, se ha constatado en las Actas de Recepción de Obras de la Fase 1 que solo constan 30 tractocamiones y en las Actas de Recepción de Obras adicionales constan 11 tractocamiones.

Fuente: Propuesta Técnica del Concesionario y Expedientes Técnicos aprobados por la APN.

Elaboración: Gerencia de Supervisión y Fiscalización del Ositrán.

125. 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, se observa que 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, ya se ha pronunciado en el sentido de que dicha cantidad de grúas, considerando un rendimiento de 30 contenedores/hora/grúa, permitiría atender el volumen de contenedores proyectados para la Fase 2 según el Proyecto de Adenda.
126. Adicionalmente, en relación con la cantidad de RTG y tractocamiones, este Organismo Regulador ha constatado que la APN, autoridad técnica competente encargada del Sistema Portuario Nacional, ha realizado la evaluación y emitido sus pronunciamientos técnicos. En efecto, en su Informe Técnico Legal N° 072-2019-APN-UAJ-DOMA-DITEC-DIPLA-UPS, de fecha 18 de julio de 2019, la APN se ha pronunciado respecto a los tractocamiones en el sentido de que, desde el punto de vista operacional, los 47 vehículos de este tipo son suficientes para atender las necesidades del terminal portuario, para lo cual desarrolla argumentos técnicos que toman en consideración su funcionamiento articulado con otros equipos (grúas pórtico y grúas de patio). Asimismo, en el Anexo del

Oficio N° 0802-2019-APN-GG-DOMA, la APN se pronuncia en el sentido de que el número de equipos RTG propuestos por el Concesionario, con un rendimiento de 12 movimientos por hora, se ajusta a la demanda a ser atendida en el terminal.

127. De otro lado, con relación a los gatillos de demanda para las Sub Fases 2B y 2C debe indicarse que en su Informe Técnico Legal N° 0099-2019-APN-UAJ-DIPLA-DOMA-UPS-DITEC, la APN señala que mantiene sus proyecciones de demanda presentadas inicialmente mediante Informe Técnico Legal N° 0049-2019-APN-UAJ.DOMA-UPS-DITEC-DIPLA.
128. Bajo ese contexto, como se señaló en el Informe Conjunto N° 115-2019-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), si bien no es posible afirmar que existe una alta probabilidad de que los mencionados gatillos propuestos para la exigibilidad de inversiones vayan a activarse durante los primeros 25 años de la Concesión, también es cierto que no se identifica que ello implique un riesgo para la operación de la Concesión en la medida que la APN, en su calidad de Organismo Técnico Especializado en materia portuaria, ha señalado que la cantidad de equipamiento a adquirirse es suficiente para atender la demanda que se presente en el terminal portuario con un nivel adecuado de calidad.
129. Finalmente, con relación a lo indicado en la Cláusula 6.47¹⁷ propuesta en el Proyecto de Adenda, independientemente de lo opinado por este Regulador respecto de la propuesta de cláusula 6.46, consideramos que el texto propuesto de la cláusula 6.47 es una declaración formal, por lo que no es posible emitir opinión respecto de ella.

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

130. 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.

Los costos derivados de las actividades de supervisión incluido IGV en que incurra el REGULADOR para cada una de las Sub Fases de la Fase 2, no podrán exceder el 6% de los presupuestos estimados incluido IGV de los Expedientes Técnicos aprobados por la APN para cada Sub 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.

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.”

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

131. 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. Asimismo, respecto al máximo costo de supervisión financiado por el Concedente consideramos razonable que el porcentaje de supervisión se aplique para cada Sub Fase.

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

132. 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 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, el CONCESIONARIO anotará los hechos más importantes que ocurran durante la Construcción, incluyendo según sea el caso: 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; relación de las comunicaciones entre el CONCESIONARIO y el REGULADOR; relación de los Informes Mensuales de Avance de Obra; relación de los eventos que han afectado el cumplimiento del Calendario de Ejecución de Obras; y cualquier otra información útil para documentar el proceso de Construcción. El CONCESIONARIO anotará, por último, las condiciones en que se pone en servicio la Obra. Las anotaciones del CONCESIONARIO 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 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.”*

133. Respecto a la Cláusula 6.50, se considera pertinente que cada Sub Fase cuente con su propio Libro de Obra, pues ello permitirá un registro ordenado de los avances de las obras para cada Sub Fase.

134. Las Cláusulas 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.

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

135. 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 referenciales 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 Adenda N° 2 al Contrato de Concesión. 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
<i>Sub Fase 2A: Obras civiles y Equipamiento</i>	<i>Setecientos treinta (730) Días Calendario</i>
<i>Sub Fase 2B: Equipamiento</i>	<i>Según cronograma aprobado en el Expediente Técnico, el mismo que no podrá ser mayor a Quinientos Cuarenta (540) Días Calendario</i>
<i>Sub Fase 2C: Equipamiento</i>	<i>Según cronograma aprobado en el Expediente Técnico, el mismo que no podrá ser mayor a Quinientos Cuarenta (540) Días Calendario</i>

- 6.56 *Para cada Sub Fase de la Fase 2, dicho plazo será contado a partir de su correspondiente inicio de Construcción, salvo 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 establecido en la Cláusula 6.55 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.]

136. La Cláusula 6.53 propuesta del Proyecto de Adenda hace referencia a que el Calendario de Ejecución de Obras que forma parte del Expediente Técnico debe incluir las fechas y tiempos de ejecución referenciales de todas las partidas relativas a la Obra hasta su culminación. Al respecto, esta previsión se considera razonable toda vez que las fechas ni los tiempos de ejecución de las partidas no se pueden definir con certeza al momento de que el Concesionario presente el Expediente Técnico.
137. Las Cláusulas 6.54 y 6.55 propuestas en el Proyecto de Adenda hacen referencia a los plazos máximos para la culminación de las Obras correspondientes a cada Sub Fase. En relación con ello, como se señaló en el Informe Conjunto N° 0115-2019-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), este Organismo Regulador ha constatado que estos han sido materia de evaluación por 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, la APN señala que los plazos máximos de ejecución de Obra de cada Sub Fase resultan adecuados desde el punto de vista técnico.
138. Por otro lado, la Cláusula 6.56 del Proyecto de Adenda hace referencia a la posibilidad que el Concesionario solicite un resarcimiento económico conforme a las cláusulas 6.59 a

6.62, siguiendo el procedimiento de la Cláusula 6.42 anteriormente comentada. En ese contexto, se reitera que, en caso las partes decidieran mantener la redacción propuesta vinculada con el resarcimiento económico, consideramos que se debe excluir la participación del Regulador en el procedimiento indicado en la cláusula 6.42 tal como fue sustentado en la evaluación de dicha cláusula.

139. Finalmente, la Cláusula 6.57 del Proyecto de Adenda establece la aplicación de penalidades por incumplimiento del plazo máximo establecido en la Cláusula 6.55, por razones imputables al Concesionario, así como la facultad del Concedente a resolver el Contrato cuando se acumule un retraso mayor a seis meses. Estas estipulaciones para la Fase 2 son similares a las consideradas para la Fase 1, por lo que se consideran razonables.

i) Incorporar la Cláusula 6.58: INICIO DE LA CONSTRUCCIÓN

140. 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 *En la fecha de inicio de la Construcción de las Obras de cada Sub Fase de la Fase 2, el CONCESIONARIO deberá haber cumplido 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.*

El CONCESIONARIO deberá iniciar la Construcción de la Obra, en los siguientes plazos máximos:

- *Para el inicio de la Construcción de la Sub Fase 2A: veinte (20) Meses contados a partir de la Fecha de suscripción de la Adenda N° 2 al Contrato de Concesión.*
- *Para el inicio de la Construcción de la Sub Fase 2B y Sub Fase 2C: doce (12) Meses contados a partir del Día Calendario siguiente de la fecha en que el REGULADOR comunicó al CONCESIONARIO la configuración del gatillo correspondiente.*

Si el inicio de la Construcción de las Obras de cada Sub Fase de la Fase 2 se retrasara resultarán de aplicación las penalidades respectivas de acuerdo al ANEXO 17. En el caso que el incumplimiento del plazo de cada Sub Fase de la Fase 2 genere un retraso mayor a seis (6) meses, además de la aplicación de las penalidades, el CONCEDENTE podrá proceder a la resolución del Contrato, previa opinión del REGULADOR.”

[El subrayado es nuestro.]

141. Al respecto, los plazos máximos para el inicio de la construcción de cada Sub Fase indicados en la Cláusula 6.58 han sido determinados y sustentados por la APN en el Informe N° 0072-2019-APN-UAJ-DOMA-DITEC-DIPLA-UPS. Asimismo, consideramos razonable computar el plazo para inicio de la Construcción de la Sub Fase 2A, a partir de una fecha cierta, como es la fecha de suscripción de la Adenda, en vez de utilizar otros referentes que puedan ser inciertos o generar dudas respecto a su contabilización.

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

142. 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, 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 de cualquier Sub Fase de la Fase 2 se retrasara por un hecho imputable al CONCEDENTE o a cualquier Autoridad Gubernamental relacionada al proceso de evaluación del Expediente Técnico o cualquiera de sus componentes, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios competentes, el CONCESIONARIO podrá solicitar un resarcimiento económico, aplicándose el procedimiento establecido en la Cláusula 6.42. Para ello, el CONCESIONARIO deberá presentar su solicitud al CONCEDENTE con copia a la APN, para su opinión favorable, y al REGULADOR, para su opinión, en un plazo máximo de treinta (30) Días Calendario posteriores al inicio de la Construcción o de la culminación de Obras.”*

143. 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 sobre las ampliaciones del plazo de ejecución de Obras para cada una de las Obras de las Sub Fases de la Fase 2.

144. 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 relacionada al proceso de evaluación del Expediente Técnico o cualquiera de sus componentes, el Concesionario tendrá derecho a un resarcimiento económico, conforme al procedimiento previsto en la Cláusula 6.42.

145. En ese contexto, como se señaló anteriormente, se reitera que, en caso las partes decidieran mantener la redacción propuesta vinculada con el resarcimiento económico, consideramos que se debe excluir la participación del Regulador en el procedimiento indicado en la cláusula 6.42 tal como fue sustentado en la evaluación de dicha cláusula.
146. Adicionalmente se recomienda: (i) precisar cuáles son los componentes del expediente técnico a que se alude en el texto de la cláusula 6.62, y (ii) precisar que el plazo señalado de los 30 días calendario se contabilice a partir de la fecha de inicio de explotación de cada sub fase, en concordancia con lo indicado en la cláusula 6.42 del Proyecto de Adenda, toda vez que así mantendrían consistencia entre sí.

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

147. 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 esta en el plazo de treinta (30) Días de recibida dicha opinión, 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.*

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.

- 6.66. *Para efecto de la aprobación de las Obras se tomará en cuenta el procedimiento establecido en las Cláusulas precedentes. De no pronunciarse la APN en el plazo establecido, la solicitud quedará sin efecto, debiendo el CONCESIONARIO presentar una segunda solicitud de Recepción de las Obras en un plazo máximo de cinco (05) días contados a partir del vencimiento del plazo de la primera solicitud, siempre y cuando no existan elementos distintos, para lo cual, manteniendo la opinión realizada por el REGULADOR, la APN tendrá un plazo máximo de quince (15) Días, contados desde el día hábil siguiente de la solicitud, para comunicar su aprobación o rechazo a la Recepción de las Obras. En caso nuevamente la APN no se pronuncie, en esta ocasión se entenderá que las Obras han sido aceptadas y se ha concedido la autorización para el inicio de su Explotación, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios competentes por la falta de pronunciamiento.*

- 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 por única vez por la APN hasta por treinta (30) Días Calendario adicionales, para efectuar la subsanación de las observaciones. La APN a solicitud del CONCESIONARIO podrá otorgar una nueva prórroga de forma excepcional y por única vez por causas no atribuibles al CONCESIONARIO, debidamente justificadas, hasta por treinta (30) Días Calendario adicionales. La APN contará con un plazo no mayor de cinco (5) Días de recibida la solicitud del CONCESIONARIO.

En caso el CONCESIONARIO incumpla con la subsanación de las observaciones dentro del plazo antes señalado se aplicarán las penalidades establecidas en el ANEXO 17.

- 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 podrá solicitar que la controversia sea dirimida por peritaje técnico, a cargo de un perito elegido de común acuerdo entre las Partes.*

- 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 y aplicación de penalidades se suspenderá desde la presentación de la solicitud hasta la emisión del pronunciamiento del perito.”*

148. La Cláusula 6.63 del Proyecto de Adenda contiene estipulaciones similares a las consideradas en la Cláusula 6.22 del Contrato de Concesión aplicable para la Fase 1, las cuales se consideran razonables.

149. La Cláusula 6.23 del Contrato de Concesión, aplicable a la Fase 1, considera que 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 (1%) del Presupuesto de Obra del Expediente Técnico.

150. Sin embargo, para la Fase 2 del Contrato de Concesión, conforme a la Cláusula 6.64 del Proyecto de Adenda, se elimina la evaluación por parte del Regulador de dicho importe de subsanación, lo cual resulta conveniente, dado que lo relevante es que no existan defectos en la Obra que afecten la normal prestación de Servicios y no el importe de la subsanación, el cual dependerá de la solución técnica que implemente el Concesionario, la cual es a su cuenta y riesgo. Cabe señalar que lo anterior resulta similar a lo establecido 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.
151. La Cláusula 6.65 del Proyecto de Adenda incorpora condiciones y reglas que resultan similares a las contempladas originalmente en el Contrato de Concesión. Por ello, este Organismo Regulador las considera adecuadas también para que sean aplicables en la ejecución de la Fase 2.
152. En la Cláusula 6.66 del Proyecto de Adenda se ha implementado un procedimiento para la aprobación de las Obras, estableciendo que ante una primera solicitud de recepción de Obras presentada por el Concesionario, frente a la cual la APN no emita pronunciamiento dentro del plazo previsto, la solicitud de recepción quedará sin efecto, previéndose un plazo de cinco (05) días para la presentación de una segunda solicitud siempre y cuando no existan elementos distintos de los presentados en la primera solicitud, en cuyo caso de excederse la APN en emitir su pronunciamiento recién aplicaría el silencio positivo. Sobre el particular, se considera importante que se haya previsto en el texto de la cláusula que se mantendrá la opinión realizada por el Regulador, así como que este procedimiento de silencio positivo para la segunda solicitud solo se aplique cuando en esta no existan elementos distintos de los presentados en la primera solicitud de aprobación.
153. La Cláusula 6.67 propuesta del Proyecto de Adenda establece que para otorgar una prórroga excepcional del plazo de subsanación de las observaciones, la APN a solicitud del concesionario podrá otorgarla. Al respecto, teniendo en cuenta que es competencia exclusiva de la APN la formulación de las observaciones a las Obras es correcto que sea dicha autoridad la que decida respecto al otorgamiento de las prórrogas.
154. En relación con la Cláusula 6.68 del proyecto de Adenda, 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.
155. La Cláusula 6.69 del Proyecto de Adenda se considera razonable debido a que establece la posibilidad de otorgar un nuevo plazo al Concesionario para subsanar las observaciones en caso de que las Obras hayan sido rechazadas, únicamente cuando se determine de manera sustentada este nuevo plazo sujeto a que ello sea por razones no imputables al Concesionario.
156. Respecto a las Cláusulas 6.70 a 6.73, se ha previsto que, ante el desacuerdo respecto a la subsanación de observaciones, cualquiera de las Partes puede solicitar peritaje técnico, en forma similar a lo establecido en la Cláusula 6.26 del Contrato de Concesión para la Fase 1, estableciéndose un plazo de treinta (30) Días para que el perito emita pronunciamiento luego de que las Partes sustenten su posición. En ese sentido, de manera análoga a lo considerado en la Cláusula 6.38 del Proyecto de Adenda referida a subsanación de observaciones al Expediente Técnico, consideramos razonable dicha previsión contractual en tanto hace predecibles los plazos para resolver dicho desacuerdo, el cual está en el ámbito de competencia de la APN.

I) Incorporar las Cláusulas 6.74 y 6.75: INFORMACIÓN

157. En las Cláusulas 6.74 y 6.75 propuestas del Proyecto de Adenda, las Partes acuerdan provisiones 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.”*

158. 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. Esto se debe a que el objetivo de la presentación y remisión de la información mensual del avance de Obra 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. Cabe señalar que la verificación de cumplimiento de dicha obligación 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.
159. 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.
160. En este contexto y en línea con lo señalado en el párrafo precedente, 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, se recomienda eliminar las Cláusulas 6.74 y 6.75 propuestas en el Proyecto de Adenda.

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

161. 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 Construcción 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 de cada Sub Fase de la Fase 2.”

162. 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 213 500 000 (doscientos trece millones quinientos mil Dólares), monto que no ha sido actualizado en el presente Proyecto de Adenda y tampoco se enuncia que dicho Presupuesto Estimado Oficial de Obra englobe costos referenciales por Obras correspondientes a la Fase 2; de ser el caso y dada la magnitud de las inversiones a ser ejecutadas en la Fase 2, este Organismo Regulador considera oportuno recomendar al Concedente que defina y haga explícito en el Proyecto de Adenda un incremento del monto de la garantía de fiel cumplimiento luego de culminada la Fase 2, en proporción con el incremento de bienes que significa la ejecución de dichas obras.

n) 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.”

163. Con relación a la Cláusula 12.9, respecto a lo señalado por el MTC en el Informe N° 1574-2019-MTC/19, se reitera la recomendación de evaluar la pertinencia de considerar que la fecha para inicio del cómputo del plazo para que el Concesionario presente el Estudio de Impacto Ambiental a la autoridad competente, 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.

o) 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.

(...)

q) En caso el inicio de Construcción se retrase más de seis (6) meses de acuerdo a lo estipulado en la Cláusula 6.58.

r) Si se verifica que el CONCESIONARIO o sus accionistas existentes a la firma de la Adenda N° 2 al Contrato de Concesión o futuros, o empresas vinculadas, o cualquiera de sus respectivos directores, funcionarios, empleados, asesores, representantes o agentes, hubiesen sido condenados mediante sentencia consentida o ejecutoriada o hubiesen admitido y/o reconocido ante la autoridad judicial competente, la comisión de cualquiera de los delitos tipificados en la

Sección IV del Capítulo II del Título XVIII del Código Penal, o delitos equivalentes en caso estos hayan sido cometidos en otros países según lo determine la autoridad judicial competente de dichos países, en relación con la ejecución del presente Contrato o la adjudicación del mismo; el Contrato quedará resuelto de pleno derecho y el CONCESIONARIO pagará al CONCEDENTE una penalidad equivalente al diez por ciento (10%) del monto que resultase de la aplicación del mecanismo o procedimiento de liquidación del Contrato de Concesión establecido en la presente sección, sin perjuicio de la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento. Asimismo, no procederá indemnización por ningún concepto a favor del CONCESIONARIO.

Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, se declara que las autoridades competentes del Estado Peruano se reservan el derecho de realizar investigaciones, y de adoptar las medidas establecidas, conforme al marco normativo pertinente, que se deriven de procesos judiciales y administrativos contra el CONCESIONARIO o cualquiera de sus accionistas, desde la Fecha de Suscripción del Contrato, incluyendo el proceso de Promoción del Proyecto.

Para la determinación de la vinculación económica a que hace referencia el literal r), será de aplicación lo previsto en la Resolución SMV N° 019-2015-SMV/01 o norma que la sustituya o modifique.”

164. 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 del Proyecto de Adenda (rechazo de obras de la Fase 2), lo cual se considera conveniente dado que se ha complementado con la inclusión de una penalidad por rechazo de obras.
165. Por otro lado, en cuanto al literal q) de la propuesta de cláusula antes citada, dicha incorporación se encuentra asociada a un retraso mayor de seis (6) meses del inicio de Construcción conforme a lo establecido en la cláusula 6.58. Tal como precisó el Regulador en su Informe Conjunto N° 0115-2019-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ) antes mencionado, se considera apropiado pues estaría reforzándose el incentivo hacia el cumplimiento de esta obligación por parte del Concesionario. Sin embargo, además de la inclusión de este nuevo supuesto de caducidad, se reitera la consideración expresada mediante el Informe Conjunto N° 0115-2019-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), referida a la pertinencia de añadir precisiones o modificar las reglas contractuales actuales que regulan el cálculo del Presupuesto Máximo Aprobado para efectos de caducidad–PMA, a fin de compatibilizarlas con el desarrollo de la Fase 2 por sub fases.
166. Adicionalmente, respecto a la inclusión del literal r) de la cláusula 15.1.3 del Proyecto de Adenda; es pertinente indicar que 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.
167. 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.”
168. Respecto a la cláusula anticorrupción, el MTC indicó que durante la etapa de consenso con el Concesionario sobre el contenido de la Adenda N° 2 (en su primera versión), solicitó al Concesionario su incorporación; ante lo cual, este último a través de la Carta N° DALC.DPWC.057.2019 señaló lo siguiente:

- i) 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).
 - ii) En el año 2008, una empresa del grupo DP World adquirió las acciones de Uniport S.A.
 - iii) 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.
169. No obstante, las Partes han incorporado, como causal de caducidad del Contrato de Concesión, un literal en el cual se determina la responsabilidad del Concesionario, por las actuaciones de los accionistas (actuales o futuros) o empresas vinculadas, directores, funcionarios, empleados, asesores, representantes o agentes, en caso se haya sido condenados mediante sentencia consentida o ejecutoriada o hayan admitido ante la autoridad judicial competente la comisión de alguno de los delitos tipificados en la Sección IV del Capítulo II del Título XVIII del Código Penal o equivalente en caso hayan sido cometidos en otros países a partir de la suscripción de la Adenda N° 2 al Contrato de Concesión.
170. En ese sentido, este Organismo Regulador opina que la incorporación de la cláusula anticorrupción se ha efectuado en concordancia con lo dispuesto por el numeral 39.1 del artículo 39 del Reglamento del DL 1362.

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

171. 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.”*
172. En relación con el indicador de “Tiempo de atención al usuario para retiro de su mercadería”, la APN ha señalado lo siguiente:
- Las Obras propuestas afectarían el desarrollo de las operaciones del Terminal Muelle Sur, específicamente por lo siguiente:
 - Incremento del flujo de camiones en las zonas de ingreso y salida del terminal
 - Reducción de los espacios en la zona operativa
 - A la fecha no se cuenta con el Calendario de Ejecución de Obras y aun conociéndolo no es previsible cuantificar el número y períodos de tiempo en los que se deberán reservar carriles especiales para los vehículos de obra.
 - No es posible cuantificar el indicador, dadas las múltiples indefiniciones existentes.
173. Por ello, este Organismo Regulador considera razonable los argumentos presentados por la APN, siendo pertinente señalar además lo siguiente:
- La suspensión es sólo para el indicador de “Tiempo de atención al usuario para retiro de su mercadería” en operaciones individuales de 30 min.
 - No obstante, se mantiene la exigencia del promedio trimestral de 20 minutos y todos los demás Niveles de Servicio y Productividad.

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

174. 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 (USD)	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 y 6.50	3,000	No mantener el Libro de Obra durante la Construcción.	Cada vez.
6.50	3,000	No mantener actualizado el Libro de Obra en los términos y plazos establecidos en la cláusula 6.50.	Cada día de atraso.
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, 6.57 y 6.67	4,000	Atraso en la culminación de la ejecución de las Obras o no subsanación de observaciones realizadas durante el procedimiento de aprobación de las Obras, dentro de los plazos máximos establecidos.	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 y 6.74	1,000	Atraso en la presentación al REGULADOR del informe mensual de avance de obras.	Cada día de atraso.

175. En relación con las 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 durante la ejecución de la Fase 2.

r) **Sobre las Reglas de Interpretación**

176. En la Cláusula Sexto del Proyecto de Adenda se señala lo siguiente respecto de las reglas de interpretación de la Adenda N° 2:

“SÉXTO: REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LA ADENDA N° 2

6.1. Las Partes declaran que el CONTRATO y la Adenda N° 2 al Contrato de Concesión se interpretarán y ejecutarán como un solo instrumento.

6.2. *Todos y cada uno de los derechos y obligaciones derivados de la Adenda N° 2 al Contrato de Concesión 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 Adenda N° 2 al Contrato de Concesión, primará lo establecido en esta última.*

6.3. *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.”*

177. Sobre el particular, dado que en este nuevo Proyecto de Adenda se ha precisado que las reglas de interpretación de la Cláusula Sexto son de la Adenda N° 2, a diferencia de los criterios de interpretación establecidos en los numerales que van desde las cláusulas 16.3 a 16.9 del Contrato de Concesión; consideramos estas nuevas reglas no resultan contrarios a los criterios de interpretación actualmente existentes en el Contrato de Concesión, sino que se complementan; por lo que, resultaría viable la redacción planteada.

s) Sobre la Declaración y Validez del Contrato

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

“SÉPTIMO: DECLARACIÓN

7.1 *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.*

7.2 *Las Partes declaran que las Cláusulas 1.20.67.1 y 1.20.67.2, referidas a la definición de Obras Mayores y Obras Menores, respectivamente, no son aplicables para la ejecución de las Sub Fases de la Fase 2.”*

179. Al respecto, queda claro que el contenido del numeral 7.1 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.

180. 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.

181. Asimismo, en el numeral 7.2 de la Cláusula Séptimo del Proyecto de Adenda se establece que las Cláusulas 1.20.67.1 y 1.20.67.2 del Contrato de Concesión, referidas a Obras Mayores y Obras Menores, respectivamente, no son aplicables para la Fase 2. Ello se considera razonable por ser consistente con:

- los procedimientos vinculados a la modificación del Expediente Técnico propuestos en la Cláusula 6.40 del Proyecto de Adenda para la ejecución de la Fase 2 prescinden de hacer referencia a las “Obras Mayores” y “Obras Menores” utilizados para la Fase 1, y
- el Informe Técnico N° 0072-2019-APN-UAJ-DOMA-DITEC-DIPLA-UPS, mediante el cual la APN se ha pronunciado en el sentido de que las referencias a “Obras Mayores” y “Obras Menores” son subjetivas, generando en diversos casos imprecisiones al momento de la calificación de las obras que ocasionan retrasos.

182. De otro lado, en la cláusula Octavo del Proyecto de Adenda se propone lo siguiente con relación a la validez del Contrato de Concesión:

“OCTAVO: 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.”

183. Sobre ello, en la citada cláusula se observa que 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 por lo que no es posible emitir opinión respecto de ella.

t) Sobre las disputas

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

“NOVENO: 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).”

185. Respecto de la inclusión de la Cláusula Noveno referida a disputas, es conveniente mencionar que esta 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

186. 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.
187. El objeto del mencionado 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, los literales q) y r) a la cláusula 15.1.3, 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”.
188. 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 remitido mediante Oficio N° 5467-2019-MTC/19:

• 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. 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**

- Esta cláusula establece la obligación de acreditar los fondos necesarios para el cumplimiento del Calendario de Ejecución de Obras. De acuerdo con dicha cláusula, para efectos del cómputo del plazo dentro del cual el Concesionario debe acreditar que cuenta con los fondos necesarios para la ejecución de las Obras de la concesión, se ha señalado el plazo máximo de sesenta (60) días calendario de aprobado el Expediente Técnico de cada Sub Fase. Al respecto, se estima pertinente reiterar la recomendación efectuada mediante el Informe Conjunto N° 0115-2019-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ) referida a la evaluación del plazo antes mencionado, teniendo en consideración que para la referida acreditación de fondos podría requerirse, de ser el caso, que el Concesionario cuente previamente con el instrumento ambiental aprobado por la Autoridad Ambiental Competente.

- **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 del proyecto de Adenda establece los plazos para la presentación del Expediente Técnico así como para las labores de revisión, observación, subsanación y aprobación del Expediente Técnico de cada Sub Fase de la Fase 2. Al respecto, la APN, autoridad competente para realizar dichas labores, se ha pronunciado señalando la razonabilidad de dichos plazos.
- La Cláusula 6.38 propone que, ante desacuerdo respecto a la subsanación de observaciones, cualquiera de las Partes puede solicitar peritaje técnico. Al respecto no se formula observación toda vez que ello se encuentra en línea con lo estipulado para la Fase 1.
- 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 prescinden de hacer referencia a las “Obras Mayores” y “Obras Menores” utilizadas para la Fase 1. Al respecto, se considera razonable la redacción de estas cláusulas debido a que hacer referencia a “Obras Mayores” y “Obras Menores” es subjetiva, generando en diversos casos imprecisiones al momento de la calificación de las obras, tal como lo ha señalado la APN en su Informe Técnico N° 0072-2019-APN-UAJ-DOMA-DITEC-DIPLA-UPS.

- **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, es opinión de este Organismo Regulador que el mecanismo idóneo para la compensación al Concesionario ante la demora de la APN en la designación del supervisor de diseño, es la suspensión de obligaciones específicas dado que en dicho caso no existiría una paralización total de las operaciones del terminal, si no que se suspenderían aquellas obligaciones que el Concesionario no podría cumplir como consecuencia de la demora de la APN en designar al correspondiente supervisor de diseño. Máxime considerando que a la fecha, el Concesionario viene explotando la infraestructura correspondiente a la fase 1.
- En ese sentido, se recomienda evaluar la incorporación de un procedimiento independiente para la suspensión de obligaciones específicas en función de la afectación efectiva que pudiera generarse respecto a la demora de la APN en la designación del supervisor de diseño. En caso las partes decidieran mantener la

redacción propuesta en el Proyecto de Adenda, correspondería únicamente a las partes y a la APN llevar a cabo la evaluación de las condiciones, y en su momento, la evaluación de la solicitud de compensación a través del mecanismo propuesto (resarcimiento económico), por lo que se deberá excluir a OSITRAN de dicho procedimiento.

- 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. Dichas cláusulas 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.
- **Respecto a la incorporación de las Cláusulas 6.46 y 6.47 referidas a la Descripción de las Obras de la Fase 2**
 - La Cláusula 6.46 incluye 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 su ejecución (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 ellas (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.
 - Respecto 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. Adicionalmente, en dicha cláusula se incluye que la APN puede aprobar el desarrollo de infraestructura adicional a la mínima exigida en la Cláusula 6.46, siempre que el Expediente Técnico de Obra correspondiente presente el detalle de las inversiones debidamente diferenciadas.
 - Respecto al equipamiento propuesto para las Sub Fases de la Fase 2 se evidencia que la Autoridad Portuaria Nacional ha sustentado técnicamente la cantidad de equipamiento propuesta en el Proyecto de Adenda en función del volumen de demanda y la productividad de los equipos a efectos de atender la demanda proyectada.
 - Con relación a la proyección de la demanda, si bien no es posible afirmar que existe una alta probabilidad de que los gatillos propuestos para la exigibilidad de inversiones vayan a activarse durante los primeros 25 años de la Concesión, no se identifica que ello implique un riesgo para la operación de la Concesión en la medida que la APN, en su calidad de Organismo Técnico Especializado en materia portuaria, ha señalado que la cantidad de equipamiento a adquirirse es suficiente para atender la demanda que se presente en el terminal portuario con un nivel adecuado de calidad.
 - Con relación a lo indicado en la Cláusula 6.47 del Proyecto de Adenda, independientemente de lo opinado por este Regulador respecto de la propuesta de cláusula 6.46 del proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión, consideramos que el texto propuesto de la cláusula 6.47 es una declaración formal, por lo que no es posible emitir opinión respecto de ella.
- **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. Asimismo, respecto al máximo costo de supervisión financiado por el Concedente consideramos razonable que el porcentaje de supervisión se aplique para cada Sub Fase.

- **Respecto a la incorporación de las Cláusulas 6.50 a 6.52 referidas al Libro de Obra de la Fase 2**
 - La Cláusula 6.50 establece que para cada Sub Fase se cuente con su propio Libro de Obra, lo cual se considera razonable pues ello permitirá un registro ordenado de los avances de las Obras para cada Sub Fase.
 - Las Cláusulas 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.

- **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**
 - La Cláusula 6.53 propuesta del Proyecto de Adenda hace referencia a que el Calendario de Ejecución de Obras que forma parte del Expediente Técnico tanto fechas y tiempos de ejecución de todas las partidas relativas a la Obra hasta su culminación son referenciales sujeto a que su culminación se realice mientras no exceda del plazo de ejecución de la Obra correspondiente.
 - La Cláusulas 6.54 y 6.55 propuestas hacen referencia a los plazos máximos para la culminación de las Obras correspondientes a cada Sub Fase. En relación con dichos plazos máximos para la culminación de las Obras correspondientes a cada Sub Fase, este Organismo Regulador ha constatado que estos han sido materia de evaluación por la APN, la que ha manifestado que los referidos plazos de ejecución de Obra de cada Sub Fase resultan adecuados desde el punto de vista técnico, por lo que no se formula observación al respecto.
 - Por otro lado, la Cláusula 6.56 del Proyecto de Adenda hace referencia a la posibilidad de aprobación de una ampliación de plazo de ejecución de obras, conforme a las Cláusulas 6.59 a 6.62. En esta última cláusula se contempla un resarcimiento económico siguiendo el procedimiento de la Cláusula 6.42, por lo que se considera que las Partes deben modificar lo antes señalado, estableciendo un procedimiento independiente para la suspensión de obligaciones específicas en función de la afectación efectiva que pudiera generarse respecto a la demora de la APN en la designación del supervisor de diseño.
 - La Cláusula 6.57 del Proyecto de Adenda establece la aplicación de penalidades por incumplimiento del plazo máximo establecido en la Cláusula 6.55, por razones imputables al Concesionario, así como la facultad del Concedente a resolver el Contrato cuando se acumule un retraso mayor a seis meses. En la medida que dichas penalidades resultan similares a las consideradas para la Fase 1, se consideran razonables.

- **Respecto a la incorporación de la Cláusula 6.58 referida al Inicio de la Construcción de la Fase 2**
 - Esta cláusula establece los plazos máximos para el inicio de la construcción de cada Sub Fase. Estos plazos máximos han sido determinados y sustentados por la APN. Asimismo, se considera razonable computar el plazo para inicio de la Construcción de la Sub Fase 2A, a partir de la fecha de suscripción de la Adenda, en vez de utilizar otros referentes que puedan ser inciertos o generar dudas

respecto a su contabilización. Por lo señalado, no se formula observación al respecto.

- **Respecto a la incorporación de las Cláusulas 6.59 a 6.62 referidas a ampliación de plazo de ejecución de obras**

- Estas cláusulas regulan los procedimientos para solicitar y otorgar ampliación del plazo de ejecución de obras. Las Cláusulas 6.59 y 6.60 y 6.61 establecen regulaciones referidas al plazo de 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.
- 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 un resarcimiento económico conforme al procedimiento previsto en el tercer párrafo de la Cláusula 6.42. Sobre ello, se considera que el referido mecanismo de compensación es desproporcionado con la posible afectación que se podría generar al Concesionario. Por este motivo, se considera que las Partes deben modificar lo antes señalado estableciendo un procedimiento para la suspensión de obligaciones específicas en función de la afectación efectiva generada al Concesionario.
- Adicionalmente se recomienda: (i) precisar cuáles son los componentes del expediente técnico a que se alude en el texto de la cláusula 6.62, y (ii) precisar que el plazo señalado de los 30 días calendario se contabilice a partir de la fecha de inicio de explotación de cada sub fase, en concordancia con lo indicado en la cláusula 6.42 del Proyecto de Adenda, toda vez que así mantendrían consistencia entre sí.

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

- La Cláusula 6.63 del Proyecto de Adenda contiene estipulaciones similares a las consideradas en la Cláusula 6.22 del Contrato de Concesión aplicable para la Fase 1, las cuales se consideran razonables.
- 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 dado que lo relevante es que no existan defectos en la Obra que afecten la normal prestación de Servicios y no el importe de la subsanación, el cual dependerá de la solución técnica que implemente el Concesionario, la cual es a su cuenta y riesgo. Cabe señalar que lo anterior resulta similar a lo establecido 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.
- La Cláusula 6.65 del Proyecto de Adenda incorpora condiciones y reglas que resultan similares a las contempladas originalmente en el Contrato de Concesión. Por ello, este Organismo Regulador las considera adecuadas también para que sean aplicables en la ejecución de la Fase 2.
- La Cláusula 6.66 del Proyecto de Adenda implementa un procedimiento para la aprobación de las Obras, estableciendo que ante una primera solicitud de recepción de Obras presentada por el Concesionario, frente a la cual la APN no emita pronunciamiento dentro del plazo previsto, la solicitud de recepción quedará sin efecto, previéndose un plazo de cinco (05) días para la presentación de una

segunda solicitud siempre y cuando no existan elementos distintos de los presentados en la primera solicitud, en cuyo caso de excederse la APN en emitir su pronunciamiento recién aplicaría el silencio positivo. Sobre el particular, se considera importante que se haya previsto en el texto de la cláusula que se mantendrá la opinión realizada por el Regulador, así como que este procedimiento de silencio positivo para la segunda solicitud solo se aplique cuando en esta no existan elementos distintos de los presentados en la primera solicitud de aprobación.

- La Cláusula 6.67 establece que para otorgar una prórroga excepcional del plazo de subsanación de las observaciones, la APN a solicitud del concesionario podrá otorgarla. Al respecto, teniendo en cuenta que es competencia exclusiva de la APN la formulación de las observaciones a las Obras es correcto que sea dicha autoridad la que decida respecto al otorgamiento de las prórrogas.
- En la Cláusula 6.68 del proyecto de Adenda, 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.
- La Cláusula 6.69 del Proyecto de Adenda al Contrato de Concesión se considera razonable debido a que establece la posibilidad de otorgar un nuevo plazo al Concesionario para subsanar las observaciones en el caso de que las Obras hayan sido rechazadas, únicamente cuando se determine de manera sustentada este nuevo plazo sujeto a que ello sea por razones no imputables al Concesionario.
- Respecto a la Cláusulas 6.70 a 6.73, se ha previsto que ante el desacuerdo respecto a la subsanación de observaciones, cualquiera de las partes puede solicitar peritaje técnico, por lo que, de manera análoga a lo considerado en la Cláusula 6.38 del proyecto de Adenda referida a subsanación de observaciones al Expediente Técnico, consideramos razonable dicha previsión contractual en tanto hace predecible los plazos para resolver dicho desacuerdo, el cual está en el ámbito de competencia de la APN.
- **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.
- **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 reitera la recomendación de evaluar la pertinencia de considerar que la fecha para

el 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 literal n) de la Cláusula 15.1.3 del Contrato de Concesión, referida a la causal de incumplimiento grave de las obligaciones del Concesionario busca incluir como causal de caducidad el supuesto previsto en la Cláusula 6.68 del Proyecto de Adenda, lo cual se considera conveniente dado que se ha complementado con la inclusión de una penalidad por rechazo de obras.
- Se considera apropiada la incorporación de una causal de caducidad adicional asociada a un retraso mayor de seis (6) meses del inicio de Construcción conforme a lo establecido en la cláusula 6.58 (literal q); sin embargo, se recomienda evaluar si es necesario añadir precisiones o modificar las reglas contractuales actuales que regulan el cálculo del Presupuesto Máximo Aprobado para efectos de caducidad – PMA, a fin de compatibilizarlas con el desarrollo de la Fase 2 por sub fases, tal como propone el Proyecto de Adenda.
- En lo que respecta al inciso r), las Partes han incorporado, como causal de caducidad del Contrato de Concesión, un literal en el cual se determina la responsabilidad del Concesionario, por las actuaciones de los accionistas (actuales o futuros) o empresas vinculadas, directores, funcionarios, empleados, asesores, representantes o agentes, en caso se haya sido condenados mediante sentencia consentida o ejecutoriada o hayan admitido ante la autoridad judicial competente la comisión de alguno de los delitos tipificados en la Sección IV del Capítulo II del Título XVIII del Código Penal o equivalente en caso haya cometido en otros países a partir de la suscripción de la Adenda N° 2 al Contrato de Concesión. En ese sentido, se considera dicha incorporación acorde a la recomendación efectuada por este Organismo Regulador en el Informe Conjunto N° 068-2019-IC-OSITRAN.

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

- El Proyecto de Adenda plantea incluir un párrafo sobre el Tiempo de atención al usuario para el retiro de su mercadería a efectos de no exigir el cumplimiento de dicho Nivel de Servicio y Productividad debido a la ejecución de Obras que afectarían las operaciones en el Terminal Muelle Sur, según lo argumentado por la APN. Sobre ello, la justificación realizada por la APN se considera razonable en la medida que constata lo siguiente: (i) La suspensión es sólo para el “Tiempo de atención al usuario para retiro de su mercadería” en operaciones individuales de 30 min., y (ii) Se mantiene la exigencia del promedio trimestral de 20 minutos y todos los demás Niveles de Servicio y Productividad.

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

- Se considera que las 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 durante la ejecución de la Fase 2.

- **Respecto de las Reglas de Interpretación**

- Dado que en este nuevo Proyecto de Adenda se ha precisado que las reglas de interpretación de la Cláusula Sexto son de la Adenda N° 2, a diferencia de los criterios de interpretación establecidos en los numerales que van desde las cláusulas 16.3 a 16.9 del Contrato de Concesión; consideramos estas nuevas

reglas no resultan contrarios a los criterios de interpretación actualmente existentes en el Contrato de Concesión, sino que se complementan; por lo que, resultaría viable la redacción planteada.

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

- En el numeral 7.1 de la Cláusula Séptimo 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. Al respecto, 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. Además, en el numeral 7.2 de la Cláusula Séptimo se indica que las Cláusulas 1.20.67.1 y 1.20.67.2 del Contrato de Concesión, referidas a Obras Mayores y Obras Menores, no son aplicables a la Fase 2, lo cual se considera razonable, en la medida que los procedimientos vinculados a la aprobación de los Expedientes Técnicos prescinden de hacer referencia a dichas Obras.
- Asimismo, en la Cláusula Octavo 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 remitido mediante Oficio N° 5467-2019-MTC/19.

Atentamente,

FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Regulación y Estudios Económicos (e)
Gerente de Supervisión y Fiscalización

HUMBERTO SHEPUT STUCCHI
Gerente de Asesoría Jurídica

Número de Trámite: 2019090259