



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRÁN

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

Firmado por:
ESCALANTE
MELCHIORIS Maria
Cristina FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 26/04/2023
16:27:36 -0500

**ACUERDO N° 2533-794-23-CD-OSITRAN
de fecha 25 de abril de 2023**

Visto el Informe Conjunto N° 0058-2023-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), a través del cual las Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, de Supervisión y Fiscalización y de Asesoría Jurídica emiten opinión técnica no vinculante respecto al Proyecto de Adenda N° 1 Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal Portuario de Yurimaguas - Nueva Reforma, en virtud de lo dispuesto en la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, Ley N° 26917, el Reglamento General del Ositrán, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, el Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 240-2018-EF; el Consejo Directivo acordó por unanimidad:

- Aprobar el Informe Conjunto N° 0058-2023-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ) y, en consecuencia, emitir opinión técnica no vinculante del Regulador respecto del Proyecto de Adenda N° 1 Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal Portuario de Yurimaguas - Nueva Reforma.
- La opinión técnica emitida por el Ositrán tiene carácter no vinculante, de acuerdo con lo expresamente señalado en el numeral 55.4 del artículo 55 del Decreto Legislativo N° 1362 y en el numeral 138.3 del artículo 138 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, aprobado por Decreto Supremo N° 240-2018-EF.
- Notificar el presente Acuerdo, así como el Informe Conjunto N° 0058-2023-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ) al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
- Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

.....
MARÍA CRISTINA ESCALANTE MELCHIORIS
Secretaria del Consejo Directivo
OSITRAN

Documento electrónico firmado digitalmente en el marco de la Ley N° 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, su Reglamento y modificatorias. La integridad del documento y la autoría de la(s) firma(s) pueden ser verificadas en: <https://apps.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml>



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

INFORME CONJUNTO N° 0058-2023-IC-OSITRAN
(GRE-GSF-GAJ)



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

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

CARLOS ALIAGA CALDERÓN
Gerente de Supervisión y Fiscalización (e)

JAVIER CHOCANO PORTILLO
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto : Opinión sobre el Proyecto de Adenda N° 1 al Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Nuevo Terminal Portuario de Yurimaguas – Nueva Reforma

Inciso 55.4 del artículo 55 del Decreto Legislativo 1362 y el artículo 138.3 del Reglamento del Decreto Legislativo 1362

Referencias : a) Oficio N° 1123-2023-MTC/19 recibido el 05.04.2023
b) Oficio N° 0099-2023-GG-OSITRAN remitido el 12.04.2023
c) Oficio N° 1214-2023-MTC/19 recibido el 14.04.2023

Fecha : 21 de abril de 2023

I. OBJETIVO

1. Emitir la opinión técnica solicitada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el MTC o el Concedente), a través del Oficio N° 1123-2023-MTC/19, respecto del Proyecto de Adenda N° 1 al Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Nuevo Terminal Portuario de Yurimaguas – Nueva Reforma (en adelante, el Proyecto de Adenda).

Visado por: VENEGAS DELGADO
Claudia Elizabeth FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 22/04/2023 14:01:57 -0500

Visado por: BUSTAMANTE CHAVEZ
Richard FIR 44800059 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 22/04/2023 10:10:32 -0500

II. ANTECEDENTES

2. El 31 de mayo de 2011, el Estado de la República del Perú, representado por el MTC, quien a su vez actuó a través de la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, la APN), suscribió el Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal Portuario de Yurimaguas-Nueva Reforma (en adelante, el Contrato de Concesión) con la Entidad Prestadora Concesionaria Puerto Amazonas S.A. (en adelante, el Concesionario o COPAM).
3. A través de la Carta N° 0395-2022-GG-COPAM de fecha 30 de junio de 2022, el Concesionario remitió al Concedente una propuesta de modificación contractual ante la inminente salida del mercado de la London Interbank Offered Rate (en adelante, tasa LIBOR) y la necesidad de establecer una tasa de referencia para las distintas estipulaciones en el Contrato de Concesión.
4. El 15 de febrero de 2022, a través del Oficio N° 0955-2022-MTC/19, el MTC solicitó al Ositrán emitir opinión respecto al Boletín de diciembre de 2021 N° 050 de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (en adelante, SBS), mediante el cual informa que luego del 30 de junio de 2023 la tasa LIBOR dejará de publicarse.

Visado por: CORDOVA CHUQUIVAL
Boris Andre FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 22/04/2023 09:46:21 -0500

Visado por: AMES SANTILLAN
Juan Carlos FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 22/04/2023 09:16:33 -0500

Visado por: GUTIERREZ DAMAZO
JOSE ANTONIO FIR 07476287 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 22/04/2023 09:03:18 -0500

Visado por: JIMENEZ CERRON
Tito Fernando FIR 10790733 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 22/04/2023 08:44:43 -0500

Visado por: CHERO LOPEZ Annie
Yuleidy FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 22/04/2023 08:42:33 -0500

Visado por: CALDAS CABRERA
Daisy Melina FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 22/04/2023 08:14:24 -0500

Visado por: ZAVALA MEDINA Josue
Mack Linder FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 22/04/2023 07:36:16 -0500

5. El 14 de marzo de 2022, a través del Oficio N° 055-2022-GG-OSITRAN, el Ositrán remitió su opinión respecto a la consulta formulada por el MTC mediante el Oficio N° 0955-2022-MTC/19. Dicha opinión se sustentó en el Memorando Conjunto N° 00016-2022-MC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ).
6. A través del Oficio N° 4114-2022-MTC/19 de fecha 07 de julio de 2022, la Dirección General de Programas y Proyectos de Transportes del MTC (en adelante, DGPPT) convocó al Ositrán a la primera reunión de evaluación conjunta referida al Proyecto de Adenda. Dicha reunión se llevó a cabo el 21 de julio de 2022 a través de la plataforma virtual *Google Meet*.
7. Con la Carta N° 0096-2023-GG-COPAM de fecha 10 de febrero de 2023, el Concesionario remitió al Concedente la versión actualizada del Proyecto de Adenda conforme a los acuerdos alcanzados.
8. El 02 de marzo de 2023, a través del Oficio Múltiple N° 0018-2023-MTC/19, la DGPPT comunicó a este Regulador que en dicha fecha se dio por finalizada la evaluación conjunta del Proyecto de Adenda.
9. El 05 de abril de 2023, mediante el Oficio N° 1123-2023-MTC/19, la DGPPT solicitó al Ositrán emitir opinión sobre el Proyecto de Adenda, para lo cual hizo llegar el correspondiente sustento técnico, económico y legal recogido en el Informe N° 1117-2023-MTC/19.02.
10. Mediante Oficio N° 099-2023-GG-OSITRAN remitido el 12 de abril de 2023, se solicitó al MTC información adicional a efectos de atender la solicitud de opinión del Proyecto de Adenda.
11. Mediante Oficio N° 1214-2023-MTC/19 recibido el 14 de abril de 2023, el MTC remitió el Informe N° 1192-2023-MTC/19.02 a fin de atender lo solicitado por el Ositrán a través del Oficio N° 099-2023-GG-OSITRAN.

III. MARCO LEGAL Y CONTRACTUAL APLICABLE

III.1. Sobre la modificación del Contrato de Concesión

12. El inciso 55.1 del artículo 55 del Decreto Legislativo N° 1362, el cual regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, (en adelante, D. Leg. N° 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 establece el Reglamento.”

[Subrayado agregado.]

13. Del mismo modo, el artículo 134 del Reglamento del D. Leg. N° 1362, aprobado por el Decreto Supremo N° 240-2018-EF (en adelante, el Reglamento del D. Leg N° 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 la entidad pública titular del proyecto es responsable de sustentar el valor por dinero a favor del Estado, incluyendo la evaluación de las condiciones de competencia, 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.

14. En atención a lo expuesto, la propuesta de modificación del Contrato de Concesión debe sustentar la conveniencia de dicha modificación, a efecto de lo cual debe respetar los parámetros que el marco normativo establece.
15. 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 del 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 Transporte, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.

(...)”

[Subrayado agregado.]

16. 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 (...)”

[Subrayado agregado.]

17. En esa misma línea, el inciso 9 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán (en adelante, ROF), aprobado por el Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, establece lo siguiente con relación a 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;

(...)”

18. Por su parte, el Contrato de Concesión en la Sección XVII señala lo siguiente:

“SECCION XVII: MODIFICACIONES AL CONTRATO

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

17.1. Toda solicitud de enmienda, adición o modificación del presente Contrato deberá ser presentada a la otra Parte con copia a OSITRAN, con el debido sustento técnico y económico financiero y con la conformidad de los Acreedores Permitidos según lo establezcan los actos y contratos de Endeudamiento Garantizado Permitido, en el caso de ser aplicable. El CONCEDENTE o el CONCESIONARIO resolverán la solicitud contando con la opinión técnica del OSITRAN. 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 conveniente, respetando 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 técnica previa del OSITRAN, el que se pronunciará respecto al acuerdo al que hayan arribado las Partes.

17.2. Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Sección, es de aplicación at presente Contrato lo dispuesto en el Artículo 9° del Decreto Supremo N° 146- 288-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012 que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público - Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción.”

19. 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 D. Leg. 1224). Asimismo, es conveniente indicar que, en la Única Disposición Complementaria Derogatoria del D. Leg. N° 1362 se derogó el Decreto Legislativo 1224⁴.
20. El referido D. Leg. N° 1362 establece en sus numerales 55.1 al 55.10 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 establece el Reglamento.

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.

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.”

- 55.3 Dentro el 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 en 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 alteren el cofinanciamiento o las garantías del contrato de Asociación Público Privada. Dicho Informe Previo se emite en el plazo máximo de diez (10) días hábiles.
- 55.7 El Informe Previo tiene el carácter de no vinculante y versa sobre los aspectos que comprometen el crédito o la capacidad financiera del Estado, de conformidad con lo previsto en el inciso l) del artículo 22 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.
- 55.8 Una vez suscrita la modificación contractual, el organismo regulador y el Ministerio de Economía y Finanzas publican sus opiniones en sus respectivos portales institucionales.
- 55.9 De no emitirse las opiniones señaladas en este artículo dentro de los plazos previstos, se considera que son favorables.
- 55.10 Los demás plazos y procedimientos relacionados con la aplicación del presente artículo se establecen en el Reglamento.”

[Subrayado agregado.]

21. Con relación a lo anterior, los artículos 135, 136 y 137 del Reglamento del D. Leg. N° 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.”*

22. De acuerdo con las referidas normas reglamentarias, se concluye que durante los primeros tres (03) años contados desde la fecha de suscripción de los contratos de Asociación Público 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.
23. De otro lado, el artículo 55 del D. Leg. N° 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.

24. 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 D. Leg. N° 1362 y el numeral 138.1 del artículo 138 del Reglamento del D. Leg. N° 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.
25. Así, el artículo 138 del Reglamento del D. Leg. N° 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 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.*

⁵ Conforme con lo previsto en el numeral 136.7 del artículo 136 del Reglamento del D. Leg. N° 1362.

- 138.5 *La opinión previa favorable del MEF comprende las materias de competencia reguladas en el párrafo 5.6 del artículo 5 de la Ley, con excepción de la evaluación de los criterios de elegibilidad.*
- 138.6 *Asimismo, la opinión previa favorable del MEF comprende la evaluación de la Capacidad Presupuestal conforme a lo dispuesto en el párrafo 134.5 del artículo 134 del presente Reglamento.*
- 138.7 *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.*
- 138.8 *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.*
- 138.9 *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.*
- 138.10 *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.*
- 138.11 *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.*
- 138.12 *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.”*
26. 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.
27. Al respecto, mediante el Oficio N° 1123-2023-MTC/19, notificado al Ositrán el 05 de abril de 2023, el Concedente presentó la solicitud de opinión previa al Proyecto de Adenda, para lo cual remitió el Informe N° 1117-2023- MTC/19.02.
28. Cabe señalar que el 12 de abril de 2023, el Ositrán remitió al MTC el Oficio N° 00099-2023-GG-OSITRAN, a través del cual se le requirió información adicional. De esta manera, el plazo de diez (10) días hábiles con el que contó el Ositrán para la emisión del informe previo quedó suspendido en el tercer día hábil.
29. Mediante Oficio N° 1214-2023-MTC/19 notificado al Ositrán con fecha 14 de abril de 2023, el MTC atendió el requerimiento formulado por el Ositrán mediante Oficio N° 00099-2023-

GG-OSITRAN, reanudándose el plazo de diez (10) días hábiles a partir del 17 de abril de 2023. En tal sentido, el plazo para que este Organismo Regulador cumpla con emitir la opinión solicitada vence el 25 de abril 2023.

30. Teniendo en cuenta las normas antes señaladas, en los siguientes acápite se procederá a emitir la opinión técnica no vinculante solicitada al Regulador respecto del Proyecto de Adenda, 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 Ositrán en materia de modificación contractual

31. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la mencionada Ley de Creación del 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.
32. 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 del 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.
33. Asimismo, el inciso 9 del artículo 7 del ROF 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.
34. 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.
35. 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.
36. 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.
37. 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:

“SECCION XVII: MODIFICACIONES AL CONTRATO

17.1. Toda solicitud de enmienda, adición o modificación del presente Contrato deberá ser presentada a la otra Parte con copia a OSITRAN, con el debido sustento técnico y económico financiero y con la conformidad de los Acreedores Permitidos según lo establezcan los actos y contratos de Endeudamiento Garantizado Permitido, en el caso de ser aplicable. El CONCEDENTE o el CONCESIONARIO resolverán la

solicitud contando con la opinión técnica del OSITRAN. 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 conveniente, respetando 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 técnica previa del OSITRAN, el que se pronunciará respecto al acuerdo al que hayan arribado las Partes.

17.2. Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Sección, es de aplicación al presente Contrato lo dispuesto en el Artículo 9° del Decreto Supremo N° 146- 288-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012 que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público - Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción.”

38. Sobre el particular, debemos recordar que, conforme a lo dispuesto por el artículo 138.1 del Reglamento del D. Leg. N° 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”*.
39. En ese sentido, dentro del marco legal y contractual antes expuesto será evaluado el Proyecto de Adenda.
40. Finalmente, cabe precisar que la opinión técnica emitida por el Ositrán y contenida en el presente Informe Conjunto tiene carácter no vinculante, de conformidad con lo expresamente señalado por el inciso 55.4 del artículo 55 del D. Leg. N° 1362 y el artículo 138.3 del Reglamento del D. Leg. N° 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

41. Luego de revisar la solicitud de opinión remitida por el MTC, el Contrato de Concesión y su propuesta de modificación, 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.
42. En principio, cabe indicar que es responsabilidad del MTC el cumplimiento del marco normativo previsto en el D. Leg. 1362 y su Reglamento, el cual regula el procedimiento de modificaciones de contractuales, de acuerdo al Principio de Legalidad previsto en la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, según el cual las autoridades, funcionarios y servidores del Poder Ejecutivo están sometidos, entre otros, a las leyes y a las demás normas del ordenamiento jurídico. Asimismo, es función del Ositrán verificar el cumplimiento de obligaciones por parte del Concesionario, de conformidad con lo previsto

en la Ley N° 26917⁶ y Ley N° 27332⁷.

IV.1. Análisis de Admisibilidad

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

43. De la lectura conjunta del marco normativo aplicable a la modificación de los Contratos de Asociación Público Privadas, conformado por el D. Leg. N° 1362, el Reglamento del D. Leg. N° 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;

⁶ **Lev N° 26917:**

“Artículo 4.- Ambito de Competencia

OSITRAN, ejerce su competencia sobre las Entidades Prestadoras que explotan infraestructura nacional de transporte de uso público.”

[Subrayado agregado]

⁷ **Lev N° 27332:**

“Artículo 3.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

- a) **Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas;**
- b) **Función reguladora: comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito;**
- c) **Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios; Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador.”**
- d) **Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión;**
- e) **Función de solución de controversias: comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados; y**
- f) **Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.**

3.2 Estas funciones serán ejercidas con los alcances y limitaciones que se establezcan en sus respectivas leyes y reglamentos.”

[Subrayado agregado]

- 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.

44. 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 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.

Asimismo, la opinión previa favorable del MEF comprende las materias de competencia reguladas en el párrafo 5.6⁸ del artículo 5 del D. Leg. N° 1362, con excepción de la evaluación de los criterios de elegibilidad; comprendiendo la evaluación de la capacidad presupuestal conforme a lo dispuesto en el párrafo 134.5⁹ del artículo 134 del presente Reglamento.

45. Con las opiniones de Proinversión¹⁰, de corresponder¹¹, 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.

⁸ **D. Leg. N° 1362:**

"Artículo 5. Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada (...)

5.6. El Ministerio de Economía y Finanzas emite opiniones previas vinculantes en cada una de las fases de los proyectos de Asociaciones Público Privadas en el marco de sus competencias, exclusivamente sobre las siguientes materias, considerando la oportunidad y alcance definidos en el Reglamento:

- 1. Clasificación del proyecto como Asociación Público Privada.*
- 2. Criterios de elegibilidad previamente aplicados por las Entidades Públicas Titulares de Proyectos en el marco de sus competencias.*
- 3. Equilibrio económico financiero.*
- 4. Capacidad presupuestal del Estado para el cumplimiento de obligaciones derivadas del contrato.*
- 5. Compromisos firmes y contingentes explícitos.*
- 6. Garantías financieras y no financieras.*
- 7. Cumplimiento de reglas fiscales.*
- 8. Impacto en la competencia y desempeño del mercado en el que se desarrolle el proyecto.*
- 9. Controversias en el marco del Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión (SICRECI).*
- 10. Consistencia con la normativa tributaria vigente.*
- 11. Cumplimiento de la normativa del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, en caso corresponda."*

⁹ Reglamento D. Leg. N° 1362:

"Artículo 134. Modificaciones contractuales

(...)

134.5. En caso de que la entidad pública titular del proyecto asuma nuevos compromisos que demanden la utilización de recursos públicos como parte de las modificaciones contractuales, los cuales no sean parte del presupuesto institucional vigente, la Oficina de Presupuesto de la entidad pública titular del proyecto, o la que haga sus veces, sustenta su Capacidad Presupuestal."

¹⁰ **Reglamento D. Leg. N° 1362**

"Artículo 138. Opiniones previas

(...)

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

¹¹ De acuerdo con lo establecido en el numeral 5.53 del Informe N° 1117-2023-MTC/19.02 el MTC estimó que no resultaba necesario contar con la opinión Proinversión respecto del presente Proyecto de Adenda.

46. 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.
47. No obstante, debe advertirse que la verificación formal del cumplimiento o incumplimiento de las condiciones previas requeridas para la celebración de modificaciones contractuales no constituye expresión de conformidad alguna por parte de este Regulador sobre el fondo del sustento y propuesta remitida. 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

48. En relación con el límite temporal impuesto por el artículo 135 del Reglamento del D. Leg. N° 1362 para la suscripción de Adendas durante los tres (03) 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 31 de mayo de 2011, habiendo transcurrido más de once 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

49. Mediante Oficio N° 1123-2023-MTC/19, el Concedente remitió al Ositrán el Informe N° 1117-2023-MTC/19.02, en cuyos numerales 5.47, 5.48 y 5.49 señaló que:

“5.47 En cumplimiento del numeral 134.4 del artículo 134° del Reglamento del DL 1362, esta dirección verificó que dentro de los cinco (5) días calendario de recibida la propuesta de modificación al contrato de concesión y sus respectivas actualizaciones por parte del Concesionario, las mismas se publicaron en portal institucional del Concedente.

5.48 En ese sentido, la primera propuesta de adenda del concesionario se encuentra en el siguiente enlace:

<https://www.gob.pe/institucion/mtc/informes-publicaciones/3204617-propuesta-de-adenda-n-1-al-contrato-de-concesion-del-proyecto-terminal-portuario-de-yurimaguas-presentada-por-el-concesionario-copam-s-a> (publicada con fecha 1 de julio de 2022).

5.49 Adicionalmente, la última actualización al texto del Proyecto de adenda presentada por la Concesionaria Puerto Amazonas S.A. mediante Carta N° 0096-2023-GG-COPAM se encuentra en el siguiente enlace:

<https://www.gob.pe/institucion/mtc/informes-publicaciones/3892569-proyecto-de-adenda-n-1-al-contrato-de-concesion-del-nuevo-terminal-portuario-de-yurimaguas-nueva-reforma-presentada> (publicada con fecha 13 de febrero de 2023).”

[Subrayado agregado]

50. Con ello se da cumplimiento a lo establecido en el numeral 134.4 del artículo 134 del Reglamento del D. Leg. N° 1362, el cual dispone que, durante el proceso de evaluación conjunta de la 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.

IV.1.4. Convocatoria y realización del proceso de evaluación conjunta

51. Conforme a lo señalado de los puntos 2.3 y 2.4 del Informe N° 1117-2023- MTC/19.02, con ocasión de la solicitud presentada por el Concesionario para la modificación del Contrato de Concesión a través de la Carta N° 0395-2022-GG-COPAM de fecha 30 de junio de 2022, mediante los Oficios Nos. 4113, 4114, 4115, 4116 y 4117-2022-MTC/19 de fecha 07 de julio de 2022, el MTC convocó al Concesionario, al Regulador, a la APN, a la Contraloría General de la República y al MEF, respectivamente a la primera evaluación conjunta de manera virtual para el día 21 de julio de 2022.
52. Luego de ello, a través del Oficio Múltiple N° 0018-2023-MTC/19, la DGPPT comunicó a este Regulador que el 02 de marzo de 2023, se dio por finalizada la evaluación conjunta del Proyecto de Adenda.

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

53. De acuerdo con el marco legal analizado, finalizado el proceso de evaluación conjunta, el Concedente debe hacer una 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 plasmarse en un informe en el que debe determinarse y sustentarse las modificaciones contractuales, y la misma debe cumplir con analizar, como mínimo, los aspectos establecidos en la normativa vigente.
54. En el presente caso, se aprecia que adjunto al Oficio N° 1123-2023-MTC/19, el Concedente ha remitido el Informe N° 1117-2023- MTC/19.02, en el que evalúa y se pronuncia sobre 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**
55. Respecto a este punto, en el Informe N° 1117-2023- MTC/19.02, el Concedente señaló lo siguiente:

***“Viabilidad Económica – Financiera de la propuesta de Adenda N° 1 al Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Yurimaguas - Nueva Reforma
(...)”***

c) Análisis de equilibrio económico financiero

5.69 El Equilibrio Económico Financiero del Contrato de Concesión implica que existe una equivalencia entre los Derechos y Obligaciones de las Partes (Concedente y Concesionario).

5.70 En el Contrato de Concesión, las partes reconocieron que a la fecha de suscripción del mismo este se encontraba en una situación de Equilibrio económico Financiero en términos de derechos, responsabilidad y riesgos asignados a las Partes.

5.71 Asimismo, el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362 establece que las partes pueden convenir en modificar el Contrato de APP, manteniendo el equilibrio económico financiero. Esto significa, por ejemplo, que no se deberían incrementar los derechos conservando las mismas obligaciones o mantener los mismos derechos reduciendo las obligaciones.

5.72 Como puede verificarse, en el presente proyecto de adenda las Partes declaran que se está respetando 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.

5.73 Sobre la evaluación de los parámetros económicos y financieros del contrato ,de

acuerdo al artículo 138.4 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF, es el Ministerio de Economía y Finanzas la entidad competente para pronunciarse sobre la alteración de los parámetros económicos y financieros del Contrato de Concesión a partir del análisis de parámetros económico financieros que la ETP (Entidad Titular del Proyecto) realice como sustento de la propuesta de adenda.

5.74 Del análisis de parámetros, se puede concluir que el equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión no ha sido modificado, dado que la propuesta de Adenda tiene como objeto el reemplazo de la tasa LIBOR, producto de la discontinuidad de la misma en el mercado, para los casos siguientes:

- La cláusula 1.26.68 contenida en la sección I: Antecedentes y Definiciones, define "LIBOR" como la tasa London Interbank Offered Rate a seis (6) meses informada por Reuters a la hora de cierre de Londres.
- Las referencias a la tasa LIBOR de las cláusulas 9.19 y 9.20 del contrato de concesión, contenidas en la Sección VIII: Explotación de la concesión - Equilibrio económico - financiero, están referidas al cálculo de intereses a favor del Concedente o del Concesionario, según corresponda, en caso ocurran retrasos en los abonos indicados a fin de restablecer el equilibrio económico - financiero.
- De igual manera, las referencias a la tasa LIBOR contenidas en el Anexo 10 y el Apéndice 1 del Anexo 19, están referidos al cálculo de intereses por las posibles demoras en los pagos en caso de incumplimiento en la renovación de carta fianza por parte del concesionario y en el pago de las cuotas del PPO por parte del concedente, respectivamente.

5.75 De acuerdo a lo señalado en los párrafos anteriores el reemplazo de la tasa LIBOR se debe a la discontinuidad en el mercado de la misma, a partir del 30 de junio del 2023.

5.76 En ese sentido, el Proyecto de Adenda N° 1 no afecta el equilibrio económico financiero de la Concesión, en la medida que las modificaciones propuestas no están generando valor económico para el concesionario y no implican cambios que transfieran riesgos entre estas, de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo N° 1362 y su Reglamento."

[Subrayado agregado.]

56. En ese sentido, el Concedente manifiesta que, con las modificaciones propuestas en el Proyecto de Adenda, el equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión no ha sido modificado.

57. 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.

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

58. Al respecto, en el Informe N° 1117-2023- MTC/19.02, sobre las condiciones de competencia, el Concedente señaló lo siguiente:

"Viabilidad legal de las modificaciones contractuales propuestas

(...)

c) Condiciones de competencia y análisis de impacto por la adenda.

(...)

A.3. Sobre la propuesta de modificación presentada por COPAM S.A.

5.30 La presente propuesta de modificación contractual se motiva en el hecho que el 5 de marzo de 2021, la Autoridad de Conducta Financiera ("FCA"), actuando como el órgano regulador oficial de la tasa de interés interbancaria London InterBank Offered Rate –más conocida por sus siglas en inglés LIBOR, mediante un comunicado informó que todos los tipos de LIBOR dejarán de ser proporcionados al mercado,

por cualquier administrador o dejarán de ser representativos a partir del del 31 de diciembre de 2021, en el caso de todos los términos para libras esterlinas, euros, francos suizos y yenes japoneses, y para dólares estadounidenses de 1 semana y 2 meses. Después del 30 de junio de 2023, esto se hará efectivo para los demás plazos de la USD LIBOR (overnight, 1 mes, 3 meses, 6 meses, 12 meses).

- 5.31 Por su parte, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) publicó el Boletín Semanal SBS Informa – diciembre 2021 N° 50, en el cual comunica que a partir del 1 de enero del año 2022 la LIBOR- dejará de usarse como tasa de interés de referencia de diversos productos financieros a nivel global, por lo cual se dejará de publicar la referida tasa después del 30 de junio de 2023, para los plazos de la USD LIBOR (overnight, 1 mes, 3 meses, 6 meses, 12 meses).
- 5.32 En ese sentido, el que se deje de emitir la LIBOR como tasa de referencia mundial constituye un hecho fuera del alcance de las Partes, por lo cual no es imputable a ninguna de ellas.
- 5.33 Asimismo, cabe señalar que el uso de la tasa LIBOR en este contrato está vinculado solamente a cláusulas contingentes en cuanto a demoras de las Partes en cumplir con sus obligaciones de pago, lo cual no afecta ningún parámetro económico medible vinculado al mecanismo de competencia para la adjudicación de la buena pro de la concesión.
- 5.34 Por lo antes señalado, se afirma que la presente propuesta de adenda cumple con el requisito de mantener las condiciones de competencia del proceso de promoción.”
[Subrayado agregado.]

59. De esta manera, puede concluirse que en el Proyecto de Adenda se cumplió con esta condición; subrayándose que la verificación formal de esta condición no representa conformidad alguna sobre el fondo del sustento remitido.

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

60. Al respecto, mediante el Informe N° 1117-2023- MTC/19.02, sobre análisis del Valor por Dinero, el Concedente afirmó lo siguiente:

“Viabilidad legal de las modificaciones contractuales propuestas

(...)

f) Análisis de Valor por Dinero (evaluación de si la adenda incrementa las inversiones mayores al 15% del CTI).

(...)

- 5.45 Las modificaciones propuestas por reemplazo de la tasa LIBOR como tasa de referencia en las cláusulas citadas, no generan incremento en las inversiones contempladas en el contrato original.

- 5.46 Por lo tanto, no corresponde analizar lo contemplado en el numeral 137.2 del reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, el cual prevé lo siguiente: “si la modificación contractual propuesta desvirtuara el objeto del proyecto original o involucrara un monto adicional que supere el quince por ciento (15%) del CTP4, 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.”

(...)

- 5.60 En síntesis, bajo el marco de la estructura legal y contractual, se puede afirmar que:

- Las propuestas de modificación contractual cumplen con respetar el diseño general del Contrato de Concesión, puesto que el Estado no ha brindado ninguna garantía adicional o generado endeudamiento público para hacer frente a algún aspecto del desarrollo de la Concesión.
- Se respetan las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas.
- Las propuestas de modificación contractual cumplen con mantener el equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción; y se genera Valor por Dinero a favor del Estado.
- Todos los beneficios y riesgos contenidos en el Contrato han mantenido su asignación original, tal como se demostró en las secciones previas. No se han

modificado porcentajes, mecanismos de ajuste, momentos de ajuste, diseño u condición contractual alguna que pudiere significar una transformación, revisión u alteración a las condiciones económicas y técnicas convenidas entre las partes.”

61. De acuerdo con lo acotado líneas arriba, es necesario reiterar que la verificación formal de lo manifestado por el Concedente no representa conformidad alguna con el sustento remitido.

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

62. En el Informe N° 1117-2023- MTC/19.02, el Concedente señaló que las modificaciones contractuales no alteran la asignación original de riesgos conforme se aprecia a continuación:

“Viabilidad legal de las modificaciones contractuales propuestas

(...)

e) Análisis de alteración en la asignación inicial de riesgos.

(...)

5.42 *De la evaluación del presente informe, se puede verificar que los nuevos términos plasmados en el proyecto de Adenda no implica una reasignación de los riesgos originalmente asignados a las Partes que puedan alterar el Equilibrio Económico – Financiero del Contrato de Concesión. Puesto que, la modificación propuesta tiene por finalidad incluir la sustitución de la tasa de referencia para los casos siguientes:*

- *La cláusula 1.26.68 contenida en la sección I: Antecedentes y Definiciones, define “LIBOR” como la tasa London Interbank Offered Rate a seis (6) meses informada por Reuters a la hora de cierre de Londres.*
- *Las referencias a la tasa LIBOR de las cláusulas 9.19 y 9.20 del contrato de concesión, contenidas en la Sección VIII: Explotación de la concesión - Equilibrio económico - financiero, están referidas al cálculo de intereses a favor del Concedente o del Concesionario, según corresponda, en caso ocurran retrasos en los abonos indicados a fin de restablecer el equilibrio económico – financiero.*
- *De igual manera, las referencias a la tasa LIBOR contenidas en el Anexo 10 y el Apéndice 1 del Anexo 19, están referidos al cálculo de intereses por las posibles demoras en los pagos en caso de incumplimiento en la renovación de carta fianza por parte del concesionario y en el pago de las cuotas del PPO por parte del concedente, respectivamente.*

5.43 *De acuerdo a lo señalado en los párrafos anteriores el reemplazo de la tasa LIBOR, se debe a la discontinuidad en el mercado de la misma, a partir del 30 de junio del 2023.*

5.44 *Por lo tanto, resulta necesaria la modificación contractual del contrato de concesión del Terminal Portuario de Yurimaguas - Nueva Reforma a fin de cambiar las referencias a la tasa LIBOR por una tasa que cumpla con las mismas características, como resultado de un hecho sobreviniente no imputable a las partes, dichas modificaciones no alteran la asignación original de riesgos.”*

Viabilidad Económica – Financiera de la propuesta de Adenda N° 1 al Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Yurimaguas - Nueva Reforma

(...)

5.81 *De acuerdo a lo señalado, en los párrafos anteriores el reemplazo de la tasa LIBOR, se debe a la discontinuidad en el mercado de la misma, a partir del 30 de junio del 2023. Lo cual, resulta necesaria la modificación contractual del contrato de concesión del Terminal Portuario de Yurimaguas - Nueva Reforma a fin de cambiar las referencias a la tasa LIBOR por una tasa que cumpla con las mismas características, como resultado de un hecho sobreviniente no imputable a las partes. En ese sentido, el contenido del Proyecto de Adenda N° 1 no altera la asignación original de riesgos.*

[Subrayado y énfasis agregado]

63. Sobre el particular, podemos señalar lo siguiente:

- (i) El numeral 138.2 del artículo 138 del Reglamento del D. Leg. N° 1362 establece que Proinversión evalúa la asignación original de riesgos del proyecto; sin embargo, conforme lo indica dicha norma, en el presente caso la mencionada opinión es facultativa pues el contrato de concesión fue suscrito antes de la vigencia del reglamento:

“Artículo 138. Opiniones previas

(...)

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

(...)”

[Subrayado agregado]

- (ii) Al respecto, en el Informe N° 1117-2023- MTC/19.02 emitido por el MTC, se observa lo siguiente:
 - a. En el numeral 5.53 del Informe, el MTC estimó que no resultaba necesario contar con la opinión de Proinversión.
 - b. En los numerales 5.44 y 5.81 el Concedente señaló que las modificaciones contractuales no alteran la asignación original de riesgos.

64. En tal sentido, desde un punto de vista formal, se aprecia que el Concedente se ha pronunciado sobre la asignación de riesgos del Contrato de Concesión. Sin embargo, la verificación formal de esta condición no representa conformidad alguna por parte de Ositrán sobre el fondo del sustento remitido.

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

65. En el Informe N° 1117-2023-MTC/19, el Concedente afirma lo siguiente:

“Viabilidad legal de las modificaciones contractuales propuestas

i) Análisis de la naturaleza de la concesión

5.56 *De conformidad con el numeral 2.1 de la Sección II del Contrato de Concesión, la concesión ha sido otorgada para el diseño, financiamiento, construcción, y explotación del Nuevo Terminal Portuario de Yurimaguas - Nueva Reforma, dentro del proceso de promoción de la inversión privada emprendido por el Estado de la República del Perú.*

5.57 *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 mantienen su condición de bienes de dominio público portuario.*

5.58 *La modalidad constituye una Asociación Público Privada bajo la modalidad de Concesión cofinanciada, 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.

5.59 Adicionalmente, es importante mencionar que la modalidad de concesión cofinanciada no se ve modificada con el Proyecto de Adenda N° 1, pues la adenda no establece compromisos de pago provenientes del tesoro público que califiquen como cofinanciamiento, ni se comprometen garantías financieras y no financieras.

5.60 En síntesis, bajo el marco de la estructura legal y contractual, se puede afirmar que:

- Las propuestas de modificación contractual cumplen con respetar el diseño general del Contrato de Concesión, puesto que el Estado no ha brindado ninguna garantía adicional o generado endeudamiento público para hacer frente a algún aspecto del desarrollo de la Concesión.
- Se respetan las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas.
- Las propuestas de modificación contractual cumplen con mantener el equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción; y se genera Valor por Dinero a favor del Estado.
- Todos los beneficios y riesgos contenidos en el Contrato han mantenido su asignación original, tal como se demostró en las secciones previas. No se han modificado porcentajes, mecanismos de ajuste, momentos de ajuste, diseño u condición contractual alguna que pudiere significar una transformación, revisión u alteración a las condiciones económicas y técnicas convenidas entre las partes.

5.61 La concesión se otorgó bajo la modalidad de cofinanciada por el Estado. Al respecto, el Contrato de Concesión establece que el MTC reconocerá al Concesionario: i) el Pago por Obra (PPO) y ii) el Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO). El PPO corresponde a las Obras Mínimas de la Fase I y II y, el PAMO incluye todos los costos de explotación, conservación y reposición para la Concesión. 6. El cálculo del cofinanciamiento se detalla en el apéndice 1 del Anexo 19 del Contrato de Concesión; mientras que los mecanismos de reajuste del PPO y PAMO, están previstos en el apéndice 5 del Anexo 19 del Contrato de Concesión.

5.62 La Concesión del TPY-NR implica dos fases de inversiones que deben ser desarrolladas por el Concesionario, cuyo monto de inversión referencial asciende a USD 54,63 millones (incluye IG V). La Fase I consiste, entre otras, en la construcción, de un muelle de 120 metros de longitud y de 47 metros ancho (incluye ante muelle de 35 metros), la construcción del atracadero para pasajeros de 10 metros de longitud. Mientras que, en la Fase II, se tiene prevista la construcción de un amarradero adicional de 60 metros de longitud y 12 metros de ancho, la ampliación del área de almacenamiento techado en 5 628 m², la ampliación del patio para el almacenamiento de contenedores en 6 977 m², entre otras.

5.63 El Estado, a través del MTC, reconoce al Concesionario los pagos por obra (PPO) y por mantenimiento y operaciones (PAMO). Los mecanismos de ajustes por estos pagos están previstos en el apéndice 5 del Anexo 19 del Contrato de Concesión.

5.64 El cálculo del cofinanciamiento se detalla en el apéndice 1 del Anexo 19 del Contrato de Concesión; mientras que los mecanismos de reajuste del PPO y PAMO, están previstos en el apéndice 5 del Anexo 19 del Contrato de Concesión.

5.65 La naturaleza de la concesión no se ve modificada con el Proyecto de Adenda N° 1, ya que la adenda no establece compromisos de pago adicionales provenientes del tesoro público a los ya establecidos en el contrato de concesión ni se comprometen garantías financieras y no financieras.

[Subrayado agregado.]

66. En tal sentido, el Concedente ha realizado su evaluación sobre la naturaleza de la concesión, concluyendo que la naturaleza de la concesión no se ve modificada con el Proyecto de Adenda. No obstante, debemos recalcar que la verificación formal del cumplimiento de este y los demás requisitos abordados en este subtítulo no representa

conformidad alguna sobre el fondo del sustento remitido, lo que se verificará en las siguientes secciones de este Informe Conjunto, sin perjuicio de la evaluación que corresponde realizar a las entidades competentes y el MEF en el marco de sus competencia y funciones.

IV.1.6. Solicitud de la opinión no vinculante del Regulador

67. Con relación a la condición referida a la necesidad de solicitar la opinión previa no vinculante del Regulador respecto a la modificación del Contrato de Concesión solicitada por el Concesionario, se advierte que mediante Oficio N° 1123-2023-MTC/19, el Concedente remitió al Ositrán el Proyecto de Adenda (cuya evaluación fue plasmada en el Informe N° 1117-2023- MTC/19.02) requiriéndole la emisión de su opinión técnica no vinculante.
68. De igual modo, la propuesta cumple con los requisitos establecidos en el artículo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 058-2006-CD-OSITRAN, según la cual, la solicitud debe contener -entre otros- “la propuesta de redacción de la o las estipulaciones contractuales materia de modificación (...) del contrato de concesión”¹².
69. En consecuencia, la solicitud de opinión técnica presentada por el Concedente mediante Oficio N° 1123-2023-MTC/19 notificado el 5 de abril de 2023 sobre el Proyecto de Adenda cumple con dichas condiciones formales.

IV.2. Análisis del Proyecto de Adenda

70. De acuerdo a la documentación remitida al Regulador, el Proyecto de Adenda tiene por objeto modificar el índice, las Cláusulas 1.26.68, 9.19, 9.20, Anexo 10 y Anexo 19 del Contrato de Concesión en lo referido a la tasa LIBOR.
71. Adicionalmente, en la Cláusula Quinta del Proyecto de Adenda se plantea que, si la presente adenda se firmara con fecha posterior al 15 de junio de 2023, el Concesionario deberá efectuar (30 días hábiles después de la fecha de firma de esta adenda) el cambio de la Carta Fianza de Garantía de Fiel Cumplimiento que se encuentre vigente de acuerdo al Anexo 10 del Contrato de Concesión.

IV.2.1. Cuestión previa: Sobre la naturaleza de la Concesión

72. El 31 de mayo de 2011, 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 Portuario de Yurimaguas - Nueva Reforma, por un plazo de 30 años contado desde la fecha de suscripción del Contrato de Concesión.
73. El Concesionario tiene el derecho a la ejecución y/o prestación exclusiva de los servicios esenciales dentro del Nuevo Terminal Portuario de Yurimaguas - Nueva Reforma a partir de la Toma de Posesión. Asimismo, el Nuevo Terminal Portuario de Yurimaguas - Nueva Reforma califica como infraestructura portuaria nueva.
74. La modalidad de la Concesión es cofinanciada, de conformidad con lo señalado en la Cláusula 2.7 del Contrato de Concesión.
75. 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

¹² Inciso d) del artículo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 058-2006-CD-OSITRAN, por el que dictan disposiciones para presentación de solicitudes de reconversión y/o modificación de contratos de concesión y para emisión de opinión técnica.

objeto de la misma.

IV.2.2. Cuestión previa: Sobre la asignación de riesgos

76. Uno de los resultados más importantes provenientes de la literatura del análisis económico de la teoría de contratos y de la economía de la información 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 aspectos¹³.
77. Pereyra (2008)¹⁴ sostiene que la asignación del riesgo al más capacitado obedece a la estrecha relación que existe entre riesgos e incentivos; en la medida que un cierto agente está sometido a un cierto riesgo, tendrá seguramente el incentivo a manejarlo de la mejor manera posible en función de su propio interés. De esta manera, es habitual que al Concesionario se le asignen riesgos como el caso del riesgo de la construcción, pues ello implica establecer un adecuado incentivo a la eficiencia en la construcción.
78. 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.
79. 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.
80. De otro lado, conforme a los Lineamientos que rigen el actuar del Ositrán, uno de los principios generales aplicables al análisis de procedencia y opinión técnica para las modificaciones y reconversiones de contratos es el de Equilibrio¹⁵, según el cual las

¹³ Para mayor detalle ver: RUIZ, G. y GARCÍA-GODOS, C. (2006). Aspectos Económicos y Conceptuales Relativos al Diseño de Contratos de Concesión Viales. Revista de Derecho THEMIS 52. Pág. 241. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/8834/9232> (último acceso: 20 de abril de 2023).

¹⁴ PEREYRA, 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: <https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/2114/1/DT%20E%202008-20.pdf> (último acceso: 20 de abril de 2023).

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

"5.1 Equilibrio

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

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

renegociaciones de los contratos de concesión no deben producir un traspaso de riesgos entre las Partes.

81. 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 modificaciones propuestas

82. En el Proyecto de Adenda, las Partes plantean modificar el índice, las Cláusulas 1.26.68, 9.19, 9.20, Anexo 10 y Anexo 19 del Contrato de Concesión, en lo referido a la tasa LIBOR.
83. Adicionalmente, en la Cláusula Quinta del Proyecto de Adenda se plantea que, si la presente adenda se firmara con fecha posterior al 15 de junio de 2023, el Concesionario deberá efectuar (30 días hábiles después de la fecha de firma de esta adenda) el cambio de la Carta Fianza de Garantía de Fiel Cumplimiento que se encuentre vigente de acuerdo al Anexo 10 del Contrato de Concesión.
84. Cabe señalar que el presente Informe Conjunto contiene la suma de los aportes efectuados desde cada órgano del Ositrán, en el ámbito de sus competencias y funciones, en concordancia con lo establecido por el Reglamento de Organización y Funciones de Ositrán aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM.

a. Modificar el índice y la Cláusula 1.26.68 referida a la definición de la tasa LIBOR

85. En relación con el índice y la Cláusula 1.26.68 del Contrato de Concesión referida a la definición de la tasa LIBOR, el Proyecto de Adenda propone la siguiente modificación:

Contrato de Concesión	Proyecto de Adenda
<p>1.26.68. <i>LIBOR</i> <i>Es la tasa <u>London Interbank Offered Rate</u> a seis (6) meses informada por Reuters a la hora de cierre en Londres.</i></p>	<p>1.26.68. <i>SOFR</i> <i>Es la tasa <u>Term Secured Overnight Financing Rate</u> a 6 meses administrada por CME Group Benchmark Administration Limited (o cualquier otra entidad que se haga cargo de la administración de dicha tasa) para el período relevante publicado (antes de cualquier corrección, nuevo cálculo o republicación por parte del administrador de la tasa) por CME Group Benchmark Administration Limited (o cualquier otra entidad que se haga cargo de la publicación de dicha tasa), más un spread de 0.42826%.</i></p>

86. Sobre el particular, es importante mencionar que, en atención a la consulta formulada por el MTC mediante Oficio N° 0955-2022-MTC/19 sobre lo comunicado por la SBS respecto a la sustitución de la tasa LIBOR en los contratos de concesión portuarios

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

[Subrayado agregado]

debido a que dejará de publicarse¹⁶, el Regulador¹⁷ señaló que, dado que los contratos de concesión hacen referencia expresa a la tasa LIBOR y que la actuación de las partes debe enmarcarse en lo establecido en dichos contratos, estas se encuentran imposibilitadas de pactar (fuera del procedimiento de modificación contractual) una tasa diferente a la establecida en los contratos de concesión. Sin embargo, siendo que la tasa LIBOR es un parámetro aplicable de manera transversal a los contratos de concesión, resultaría necesaria la determinación de una tasa en sustitución a la LIBOR a ser empleada en los contratos de concesión afectos a su empleo.

87. Asimismo, el Regulador señaló que corresponde al MTC evaluar y, de ser el caso, determinar mediante norma de alcance general, en coordinación con la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada del Ministerio de Economía y Finanzas en su calidad de ente rector del Sistema de Promoción de la Inversión Privada, y/o a través de una modificación contractual con cada concesionario; una nueva tasa de referencia que se aplique en defecto de la tasa LIBOR, debiendo considerar en las actuaciones a adoptar, las implicancias que se generarían en el cumplimiento de los contratos de concesión.
88. Al respecto, en su Informe N° 1117-2023-MTC/19.02, el Concedente manifiesta haber efectuado coordinaciones con la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada del MEF y que, en función de dichas coordinaciones, se determinó que el mecanismo a aplicarse para la sustitución de la tasa LIBOR en los contratos de concesión sería la modificación contractual para cada caso¹⁸.
89. Asimismo, el MTC da cuenta de haber efectuado consultas a Proinversión, entidad que señaló¹⁹ que, en el momento de la elaboración de su informe no existía consenso oficial en los sistemas supervisados por la SBS y que, en los procesos de promoción de proyectos bajo la modalidad de APP que están o estarán llevando adelante, la alternativa a utilizar como reemplazo de la tasa LIBOR es la Tasa de Interés Legal publicada por la SBS.
90. Respecto a la Tasa de Interés Legal, en su Informe N° 1117-2023-MTC/19.02, el Concedente muestra que esta presenta valores similares o alejados respecto a la Tasa LIBOR dependiendo del periodo seleccionado para su evaluación, como se aprecia en el siguiente gráfico:

¹⁶ Oficio N° 0955-2022-MTC/19, recibido el 15 de febrero de 2022.

¹⁷ Oficio N° 055-2023-GG-OSITRAN del 14 de marzo de 2023, mediante el cual se adjuntó el Memorando Conjunto N° 00016-2022-MC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ) con la opinión del Regulador.

¹⁸ De acuerdo con lo indicado por el MTC en su Informe N° 1117-2023-MTC/19.02, dicha entidad solicitó al MEF, mediante Oficio N° 0073-2022-MT/02 de fecha 25 de abril de 2022, se sirva disponer lo conveniente para que se emita una norma de alcance general que permita reemplazar la tasa LIBOR en el mercado nacional y en todos los instrumentos financieros que se utilizan.

¹⁹ Informe Financiero N° 001-2022/DPP.03 del 16 de febrero de 2022.

Gráfico N°1
TASA LIBOR A 6 MESES VS TASA LEGAL EFECTIVA EN MONEDA EXTRANJERA



Fuente: Informe N° 1117-2023-MTC/19.02

91. En el gráfico anterior se aprecia que entre mayo de 2020 y diciembre de 2021 la Tasa de Interés Legal Efectiva en Moneda Extranjera es muy similar a la tasa LIBOR a 6 meses; sin embargo, luego de dicho periodo la diferencia entre ambas tasas es sustancial.
92. Dado el retiro de la tasa LIBOR como referente para el cálculo de los intereses a tasa variable, a nivel internacional se han venido implementando iniciativas para evaluar la tasa más adecuada para su reemplazo. Así, en Estados Unidos de América se formó el *Alternative Reference Rate Committee*²⁰ (en adelante, ARRC), que se encargó de liderar la transición de la tasa LIBOR a un nuevo indicador. Este comité recomendó que la Tasa de Financiamiento *Overnight* Garantizada (en adelante, tasa SOFR) sea la empleada como reemplazo de la tasa LIBOR²¹ y que se utilizara para transacciones en dólares estadounidenses a partir de 2022. La recomendación de la ARRC fue posteriormente tomada en consideración por la Junta de Gobernadores del Sistema de Reserva Federal, para la sustitución de la tasa LIBOR.
93. En efecto, el 26 de enero de 2023, la Junta de Gobernadores del Sistema de Reserva Federal publicó el documento denominado “Regla Final”, en el cual se establece una regulación para el reemplazo de la tasa LIBOR por tasas comparables para contratos de crédito establecidos bajo la Ley de los Estados Unidos, siendo que dichas tasas comparables entrarán en vigencia luego del 30 de junio de 2023.
94. La “Regla Final” identifica las tasas comparables con la tasa LIBOR, las cuales se basan en la tasa SOFR, para diferentes categorías de contratos basados en la tasa LIBOR y en márgenes adicionales para cada tipo de contrato y su respectivo plazo. Los márgenes añadidos a la tasa SOFR se efectúan para lograr una mejor aproximación a la tasa LIBOR, considerando que la primera es menos riesgosa que la segunda. El siguiente cuadro muestra los márgenes²² y la equivalencia financiera entre la tasa LIBOR y la tasa

²⁰ Comité de Tasas Alternativas de Referencia.

²¹ Página Web de la ARRC: <<https://www.newyorkfed.org/arrc>>

*The Alternative Reference Rates Committee (ARRC) is a group of private-market participants convened by the Federal Reserve Board and the New York Fed to help ensure a successful transition from U.S. dollar (USD) LIBOR to a more robust reference rate, its recommended alternative, the Secured Overnight Financing Rate (SOFR).
(...)*

²² En relación con los márgenes, el Informe 1192-2023-MTC/19.02 señala:

SOFR²³:

**Cuadro N° 1
EQUIVALENCIAS ENTRE LA LIBOR Y LA SOFR**

LIBOR	SOFR + MARGEN %
A 1 DÍA	SOFR + 0,00644%
A UN MES	SOFR + 0,11448%
A TRES MESES	SOFR + 0,26161%
A SEIS MESES	SOFR + 0,42826%
A DOCE MESES	SOFR + 0,71513%

Fuente: Regla Final, publicada por la Reserva Final de los Estados Unidos, el 23 de enero de 2023
Elaboración: Gerencia de Regulación y Estudios Económicos de Ositrán.

95. Con relación a la tasa SOFR considerada en el Proyecto de Adenda, mediante Oficio N° 00099-2023-GG-OSITRAN, el Ositrán formuló un requerimiento de información al MTC. Una de las consultas estuvo relacionada a que, del cuadro de equivalencias citado anteriormente y del Informe N° 1117-2023-MTC/19.02 de sustento de la adenda remitida, se aprecia que el texto citado en el Informe del MTC en relación con lo señalado por la Junta de Gobernadores del Sistema de Reserva Federal, hace referencia a la tasa SOFR y no a la tasa CME TERM SOFR. Al respecto, mediante el Oficio N° 1214-2023-MTC/19 el MTC remitió el Informe 1192-2023-MTC/19.02, en el cual complementa el informe anterior y precisa que la elección de la tasa que será utilizada en reemplazo de la tasa LIBOR se basa en la decisión de la Junta de Gobernadores del Sistema de Reserva Federal, según la cual para determinados tipos de préstamos debe aplicarse la tasa de interés CME TERM SOFR en lugar de la SOFR.
96. Así, tenemos que, para efectos de determinar los reemplazos de la tasa LIBOR en los Contratos de préstamo regulados por la legislación americana, la Regla Final señala que dentro de los diferentes tipos de contratos están considerados:
- A. Transacciones con derivados.
 - B. Todas las demás transacciones:
 1. Para contratos LIBOR que no sean préstamo de consumo, un contrato de entidad regulada por la FHFA²⁴ o un FFELP ABS²⁵.
 2. Para contratos LIBOR que sean préstamos de consumo.

"Asimismo, los miembros de ARRC también participaron en el trabajo dirigido por la Asociación Internacional de Swaps y Derivados (ISDA) para considerar las mejores prácticas para la solidez de los contratos de derivados. En un trabajo conjunto con ISDA, la ARRC, desde el 2018, viene publicando recomendaciones para varios productos en el mercado directamente vinculados a USD LIBOR.

A fin de facilitar la adhesión de las tasas alternativas más sólidas en los contratos, con fecha 5 de marzo de 2021, Index Service Ltd de Bloomberg, asignada por ISDA para calcular los spreads de ajustes, publicó la lista de spreads de ajustes para cada tenor (plazo) de LIBOR según la moneda que corresponda. El cálculo se basa en los diferenciales medios históricos de 5 años entre USD LIBOR y los promedios compuestos de las tasas de referencia alternativas. Para el caso de la Compound SOFR, la data utilizada fue desde agosto 2014 a marzo 2018.

Por lo tanto, de acuerdo con la ARRC para que la tasa Compound SOFR sea equivalente a la LIBOR, deberá agregarse un spread de ajuste calculado por ISDA en función al tenor del USD LIBOR al que se hace referencia."

²³ La tasa Compound SOFR es el promedio de los diferentes valores de la Tasa SOFR diaria al interior del período de tiempo al que hace referencia (un mes, tres meses, seis meses, y doce meses).

²⁴ *Federal Housing Finance Agency.*

²⁵ *Federal Family Education Loan Program (FFELP) asset backed securitizations (ABS).*

3. Para Para contratos LIBOR que sean contratos de entidad regulada por la FHFA.

4. Para contratos LIBOR que sean FFELP ABS.

97. En el Informe N° 1192-2023-MTC/19.02, el Concedente señala que, considerando las características y objetivos de los contratos de concesión de infraestructura portuaria, estos encajan en la clasificación de “Todas las demás transacciones” de la Regla Final²⁶, en lo referido al numeral 1 para contratos con tasa LIBOR que no sean préstamo de consumo, contratos de entidad regulada por la FHFA (Agencia Federal de Financiamiento de Viviendas) o un FFELP ABS (Titulización respaldada en activos del Programa de la Familia de Préstamos Educativos Federales). Para estos tipos de contratos, la Regla Final señala que el reemplazo de la Libor a 6 meses se emplee la CME Term SOFR más un spread de ajuste correspondiente al margen anteriormente presentado²⁷. De acuerdo a lo señalado previamente, el MTC sustenta como reemplazo a la tasa LIBOR a 6 meses a la tasa CME Term SOFR más un margen de 0,42826%.

98. En tal sentido, considerando que la tasa LIBOR a 6 meses tendrá vigencia hasta el 30 de junio de 2023, y considerando que se dispone de una tasa de interés comparable que ya ha sido aceptada como sustituta de la LIBOR como referente en otros mercados financieros, se consideraría razonable la propuesta de sustitución de la tasa LIBOR a 6

²⁶ Regla Final:

“253.3 Applicability

(b) All other transactions. On the LIBOR replacement date, a LIBOR contract subject to the requirements of this part that is not a derivative transaction shall use the following benchmark replacements:

(1) For a LIBOR contract that is not a consumer loan, an FHFA-regulated entity contract, or a FFELP ABS—

(i) In place of overnight LIBOR, the benchmark replacement shall be SOFR plus the tenor spread adjustment identified in paragraph (c)(1) of this section; and

(ii) In place of one-, three-, six-, or 12- month tenors of LIBOR, the benchmark replacement shall be the corresponding one-, three-, six-, or 12-month CME Term SOFR plus the applicable tenor spread adjustment identified in paragraph (c) of this section.

(2) For a LIBOR contract that is a consumer loan—

(i) During the one-year period beginning on the LIBOR replacement date:

(A) In place of overnight LIBOR, the benchmark replacement shall be SOFR plus an amount that transitions linearly for each business day during that period from:

(...)”

Sobre el particular, en el Informe N° 1117-2023-MTC/19.02, el MTC efectuó la siguiente cita del Informe Final, en el cual se establece el spread a emplearse:

“D. Sección 253.4—Reemplazos de puntos de referencia seleccionados por la junta

...

La Ley LIBOR prescribe ajustes de diferencial estáticos basados en el tenor de LIBOR al que se hace referencia en el contrato (ajustes de diferencial de tenor), específicamente, 0,644 puntos básicos (pb) (0,00644 por ciento) para LIBOR a un día, 11,448 pb (0,11448 por ciento) para LIBOR a un mes, 26,161 pb (0,26161 por ciento) para LIBOR a tres meses, 42,826 pb (0,42826 por ciento) para LIBOR a seis meses y 71,513 pb (0,71513 por ciento) para LIBOR a 12 meses. [72] Para mayor claridad, la regla final, al igual que la regla propuesta, reitera estos ajustes de extensión de tenor en el párrafo (c) de de § 253.4.”

²⁷ El Informe 1192-2023-MTC/19.02 el MTC señala: “Al respecto, el análisis de ARRC encontró que dicho spread resultaría también adecuado para su implementación en otras versiones de SOFR, tales como: Term SOFR, SOFR promedio y Daily Simple SOFR.”

meses por la tasa CME Term SOFR más el margen de 0,42826%.

99. Sin perjuicio de lo señalado, para efectos de la actualización periódica de la tasa SOFR (CME TERM SOFR), consideramos que, con el objetivo de evitar posibles contingencias en la determinación del valor a ser utilizado, es necesario que se especifique en el texto de la adenda que se considerará el valor publicado por entidades debidamente autorizadas²⁸. En tal sentido, se recomienda al MTC evaluar lo señalado en la definición 1.26.68 “...*(o cualquier otra entidad que se haga cargo de la administración de dicha tasa)*...” a efectos de indicar que la misma sea una entidad autorizada por la ARRC o entidad que la sustituya.
100. Adicionalmente se sugiere evaluar los alcances de las frases “... *para el período relevante publicado ...*” y “... *(antes de cualquier corrección, nuevo cálculo o republicación por parte del administrador de la tasa) ...*” y, de considerarlo conveniente, complementarlas para evitar posibles contingencias en su interpretación.
101. Finalmente, el MTC ha indicado en su Informe N° 1117-2023-MTC/19.02 que respecto a la determinación de la tasa de reemplazo a la LIBOR, se efectuará una negociación individual para cada contrato de concesión. Sobre el particular, es oportuno indicar que la tasa LIBOR es empleada en forma transversal en treinta (30) contratos de concesión supervisados por Ositrán, por lo que resultaría oportuno que pueda tener una posición transversal e integral en los contratos considerando en particular los *spreads* que se planteará sobre todo en los siete (07) contratos de concesión en los que la tasa LIBOR es utilizada no solo para cubrir eventos de morosidad, sino también en el cálculo de pago de caducidad por parte del Estado²⁹. En el caso particular del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal Portuario de Yurimaguas-Nueva Reforma la tasa es empleada para efectos de cálculos de morosidad.

b. Modificar las Cláusulas 9.19 y 9.20 de la SECCIÓN IX: RÉGIMEN ECONÓMICO: TARIFAS Y PRECIO

102. En relación con las Cláusulas 9.19 y 9.20 del Contrato de Concesión referidas al equilibrio económico financiero, el Proyecto de Adenda propone modificar dichas cláusulas de la siguiente manera:

Contrato de Concesión	Proyecto de Adenda
<p>SECCION IX: RÉGIMEN ECONÓMICO: TARIFAS Y PRECIO EQUILIBRIO ECONÓMICO – FINANCIERO</p> <p><i>“9.19. En el supuesto en el que el CONCESIONARIO solicite el restablecimiento del equilibrio económico - financiero, corresponderá al REGULADOR, determinar, en los treinta (30) Días siguientes de recibida tal solicitud, la procedencia en aplicación de lo dispuesto en los párrafos precedentes. De ser el caso, el REGULADOR deberá establecer en un plazo no mayor a treinta (30) Días a partir de determinada la procedencia del pedido, el monto a pagar a favor del CONCESIONARIO, aplicando para tal efecto los criterios de valorización previstos en la presente Cláusula e informará del resultado al CONCEDENTE. El</i></p>	<p>SECCION IX: RÉGIMEN ECONÓMICO: TARIFAS Y PRECIO EQUILIBRIO ECONÓMICO – FINANCIERO</p> <p><i>9.19. En el supuesto en el que el CONCESIONARIO solicite el restablecimiento del equilibrio económico financiero, corresponderá al REGULADOR, determinar, en los treinta (30) Días siguientes de recibida tal solicitud, la procedencia en aplicación de lo dispuesto en los párrafos precedentes. De ser el caso, el REGULADOR deberá establecer en un plazo no mayor a treinta (30) Días a partir de determinada la procedencia del pedido, el monto a pagar a favor del CONCESIONARIO, aplicando para tal efecto los criterios de valorización previstos en la presente Cláusula e informará del resultado al CONCEDENTE. El</i></p>

²⁸ En la actualidad corresponde dicha publicación a CME Group conforme a lo establecido por la ARRC.

²⁹ Los contratos de concesión señalados corresponden a la Línea 2 del Metro de Lima, Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia, Terminal Norte Multipropósito, Terminal Muelle Sur, Terminal Portuario de Paita, Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales y Terminal Portuario General San Martín.

Contrato de Concesión	Proyecto de Adenda
<p>pago se efectuará en los seis (06) meses siguientes sin incluir intereses. En el caso que no sea posible cancelar dicho monto dentro del periodo señalado, el CONCEDENTE pagará la suma restante dentro de los noventa (90) Días Calendario posteriores al vencimiento del plazo anterior. Por cualquier retraso a partir de este último plazo se reconocerá un interés a la tasa LIBOR más uno por ciento (1%) sobre el saldo no pagado.</p> <p>9.20. En el supuesto que el CONCEDENTE solicite el restablecimiento del equilibrio económico - financiero, corresponderá al REGULADOR, determinar en los treinta (30) Días siguientes de recibida tal solicitud, la procedencia en aplicación de lo dispuesto en los párrafos precedentes. De ser el caso, el REGULADOR deberá proponer en un plazo no mayor a treinta (30) Días, a partir de determinada la procedencia, aplicando para tal efecto, los criterios de valorización previstos en la presente Cláusula e informará del resultado al CONCESIONARIO, con copia al CONCEDENTE. El monto resultante será abonado por el CONCESIONARIO al CONCEDENTE dentro de los seis (06) meses siguientes a la determinación del monto a pagar. Por cualquier retraso se reconocerá un interés a la tasa LIBOR más uno por ciento (1%) sobre el saldo no pagado.</p> <p>(...)"</p>	<p>pago se efectuará en los seis (06) meses siguientes sin incluir intereses. En el caso que no sea posible cancelar dicho monto dentro del periodo señalado, el CONCEDENTE pagará la suma restante dentro de los noventa (90) Días Calendario posteriores al vencimiento del plazo anterior. Por cualquier retraso a partir de este último plazo se reconocerá un interés a la tasa SOFR más uno por ciento (1%) sobre el saldo no pagado.</p> <p>9.20. En el supuesto que el CONCEDENTE solicite el restablecimiento del equilibrio económico -financiero, corresponderá al REGULADOR, determinar en los treinta (30) Días siguientes de recibida tal solicitud, la procedencia en aplicación de lo dispuesto en los párrafos precedentes. De ser el caso, el REGULADOR deberá proponer en un plazo no mayor a treinta (30) Días, a partir de determinada la procedencia, aplicando para tal efecto, los criterios de valorización previstos en la presente Cláusula e informará del resultado al CONCESIONARIO, con copia al CONCEDENTE. El monto resultante será abonado por el CONCESIONARIO al CONCEDENTE dentro de los seis (06) meses siguientes a la determinación del monto a pagar. Por cualquier retraso se reconocerá un interés a la tasa SOFR más uno por ciento (1%) sobre el saldo no pagado.</p> <p>(...)"</p>

103. Con relación a la modificación de las Cláusulas 9.19 y 9.20 del Contrato de Concesión, referidas al restablecimiento del equilibrio económico financiero, la única modificación se da en la sustitución de la tasa LIBOR por la tasa SOFR. De esta manera, en caso de demora en el pago del importe que restablecerá el equilibrio económico financiero, ya sea en favor del Concesionario o el Concedente, se calcularán intereses compensatorios en base a la tasa SOFR a 6 meses (definida en la Cláusula 1.26.68 del Contrato de Concesión) más 1%, en lugar de emplear como referencia a la tasa LIBOR a 6 meses más 1%.
104. Al respecto, considerando lo analizado previamente sobre la sustitución de la tasa LIBOR por la SOFR, se considera que la modificación es consistente, en la medida que se proporciona un parámetro de referencia que permite calcular el monto de restablecimiento del equilibrio económico financiero en ausencia de la tasa LIBOR. Sin perjuicio de lo anterior, se reiteran las recomendaciones detalladas previamente.
- c. Modificar los Anexos 10 y 19 sobre el MODELO DE GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN y RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO**
105. En relación con los Anexos 10 y 19 del Contrato de Concesión referidos al modelo de garantía de fiel cumplimiento del contrato y al régimen económico financiero respectivamente, el Proyecto de Adenda propone modificar dichos anexos de la siguiente manera:

Contrato de Concesión	Proyecto de Adenda
<p>ANEXO 10 MODELO DE GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN (...)” <i>Toda demora de nuestra parte para honrarla devengará un interés equivalente a la LIBOR más un margen (spread) de 3%, debiendo devengarse los intereses a partir de la fecha en que se ha exigido su cumplimiento y hasta la fecha efectiva de pago.</i> (...)”</p> <p>ANEXO 19 RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO APÉNDICE 1: DETERMINACIÓN DEL COFINANCIAMIENTO (...)” <i>El aporte por concepto de PP01 será efectuado a través del Fideicomiso, por el CONCEDENTE al CONCESIONARIO, por la ejecución de las Obras Mínimas, el cual se ajustará al siguiente procedimiento:</i> (...)”</p> <p>f) <i>Las Partes declaran que una vez habilitado el pago por concepto de PPO de conformidad a lo previsto en los Literales b) y d) precedentes, los desembolsos futuros serán abonados ininterrumpidamente en las fechas correspondientes, siendo una obligación fundamental del CONCEDENTE realizar tales pagos. Asimismo, desde ya se declara que el CONCEDENTE no podrá oponer excepciones, compensaciones o reconvenciones que tiendan o tengan por objeto retener o impedir los pagos PPO.</i></p> <p>g) <i>Adicionalmente se deja expresa constancia que condiciones como las señaladas en la Sección XVIII del presente Contrato, relacionadas con la suspensión del plazo de la Concesión no constituye evento para que el CONCEDENTE interrumpa o suspenda el pago del PPO en los plazos estipulados.</i> <i>El eventual atraso en el pago de las cuotas del PPO generará un interés anual a LIBOR + 1% desde el Día Calendario del vencimiento hasta la fecha del pago efectivo, el cual será cancelado de manera adicional al pago del PPO.</i></p>	<p>ANEXO 10 MODELO DE GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN (...)” <i>Toda demora de nuestra parte para honrarla devengará un interés equivalente a la SOFR más un margen (spread) de 3%, debiendo devengarse los intereses a partir de la fecha en que se ha exigido su cumplimiento y hasta la fecha efectiva de pago.</i> (...)”</p> <p>ANEXO 19 RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO APÉNDICE 1: DETERMINACIÓN DEL COFINANCIAMIENTO (...)” <i>El aporte por concepto de PP01 será efectuado a través del Fideicomiso, por el CONCEDENTE al CONCESIONARIO, por la ejecución de las Obras Mínimas, el cual se ajustará al siguiente procedimiento:</i> (...)”</p> <p>f) <i>Las Partes declaran que una vez habilitado el pago por concepto de PPO de conformidad a lo previsto en los Literales b) y d) precedentes, los desembolsos futuros serán abonados ininterrumpidamente en las fechas correspondientes, siendo una obligación fundamental del CONCEDENTE realizar tales pagos. Asimismo, desde ya se declara que el CONCEDENTE no podrá oponer excepciones, compensaciones o reconvenciones que tiendan o tengan por objeto retener o impedir los pagos PPO.</i></p> <p>g) <i>Adicionalmente se deja expresa constancia que condiciones como las señaladas en la Sección XVIII del presente Contrato, relacionadas con la suspensión del plazo de la Concesión no constituye evento para que el CONCEDENTE interrumpa o suspenda el pago del PPO en los plazos estipulados.</i> <i>El eventual atraso en el pago de las cuotas del PPO generará un interés anual a SOFR + 1% desde el Día Calendario del vencimiento hasta la fecha del pago efectivo, el cual será cancelado de manera adicional al pago del PPO.</i></p>

106. Con relación a la modificación del Anexo 10 del Contrato de Concesión, referido al modelo de Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión, la única modificación se da en la sustitución de la tasa LIBOR por la tasa SOFR. Así, en caso de demora en el pago del monto garantizado, se calculan intereses por el tramo comprendido desde la solicitud de pago hasta la fecha efectiva del pago, y la obligación de emplear la tasa LIBOR a 6 meses más un margen de 3% se sustituye por la tasa SOFR a 6 meses (definida en la cláusula 1.26.68 del Contrato de Concesión) más un margen de 3%.

107. Al respecto, considerando lo analizado en lo referido la modificación de la Cláusula 1.26.68 del Contrato de Concesión sobre la sustitución de la tasa LIBOR por la SOFR, se considera que la modificación del Anexo 10 del Contrato de Concesión es razonable, en la medida que se proporciona un parámetro de referencia que permite calcular los intereses compensatorios en caso de demora en el pago de la garantía de fiel cumplimiento del contrato de concesión por lo que no se formulan observaciones al respecto.
108. Por otro lado, respecto de la modificación del Anexo 19 del Contrato de Concesión referido a la determinación del cofinanciamiento, la única modificación está referida a la sustitución de la tasa LIBOR por la tasa SOFR. Así, en caso de retraso en el pago del Pago por Obras (PPO), se generan intereses desde la fecha de vencimiento hasta la fecha efectiva de pago; actualmente dicha obligación se calcula empleando la tasa LIBOR a 6 meses más 1% y sería sustituida por la tasa SOFR (definida en la cláusula 1.26.68 del Contrato de Concesión) más un margen de 1%.
109. Sobre ello, tomando en consideración lo analizado en la modificación de Cláusula 1.26.68 del Contrato de Concesión, que la tasa LIBOR dejará de publicarse y que la obligación de reconocer intereses por la demora en el pago del PPO se mantiene, más allá de la vigencia de la LIBOR, se considera razonable su sustitución por una tasa comparable, por lo que no se formulan observaciones al respecto.
110. Sin perjuicio de lo anterior, se reiteran las recomendaciones detalladas en la sección de análisis de la modificación de la tasa .

d. Sobre la Cláusula Tercera del Proyecto de Adenda: Anexos a la Adenda

111. En la Cláusula Tercera del Proyecto de Adenda se indica lo siguiente respecto de los Anexos a la Adenda:

“Las Partes acuerdan considerar como Anexos a la presente Adenda al Anexo 1, constituido por Anexo 10: Modelo de Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión, modificado en lo pertinente de acuerdo a lo expuesto en las cláusulas precedentes; y, el Anexo 2, constituido por el Anexo 19: Régimen Económico Financiero, Apéndice 1: Determinación del Cofinanciamiento.”

112. Sobre la Cláusula Tercera del Proyecto de Adenda, no se formulan observaciones, en la medida que corresponde a la implementación de las modificaciones propuestas a los Anexos 10 y 19 del Contrato de Concesión a efectos de guardar concordancia con la modificación planteada..

e. Sobre la Cláusula Cuarta del Proyecto de Adenda: Declaración

113. En la Cláusula Cuarta del Proyecto de Adenda se indica lo siguiente respecto de la declaración:

“Las Partes declaran que el presente documento respeta la naturaleza del CONTRATO, todas las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.”

114. Al respecto, queda claro que el contenido de la Cláusula Cuarta constituye un acto de carácter meramente declarativo, de adecuación del contenido de la adenda al marco normativo que regula el procedimiento de modificación contractual; pues no establece obligación o derecho para las Partes suscriptoras del Contrato de Concesión.

f. Sobre la Cláusula Quinta del Proyecto de Adenda: Presentación de la Nueva Carta Fianza de Fiel Cumplimiento

115. En la Cláusula Quinta del Proyecto de Adenda se indica lo siguiente respecto de la presentación de la nueva carta fianza de fiel cumplimiento:

“Si la presente adenda se firmara con fecha posterior al 15 de junio de 2023, el CONCESIONARIO deberá efectuar (30 días hábiles después de la fecha de firma de esta adenda) el cambio de la Carta Fianza de Garantía de Fiel Cumplimiento que se encuentre vigente de acuerdo al Anexo 10 del Contrato de Concesión.”

116. Sobre la Cláusula Quinta del Proyecto de Adenda, corresponde a la incorporación de un procedimiento para la regularización de la obtención de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento a efectos de que pueda implementarse la sustitución de la tasa LIBOR por la tasa SOFR, para lo cual se proporciona un plazo de treinta (30) días hábiles, en caso la adenda sea suscrita con posterioridad al 15 de junio de 2023. No se formulan observaciones al respecto en la medida que la sustitución de la tasa LIBOR es necesaria, sin perjuicio de ello, corresponde al MTC evaluar si el plazo para efectuar el cambio resulta razonable; asimismo debe considerarse que en todo momento la Carta Fianza debe permanecer ejecutable para resguardar los intereses del Estado Peruano.

g. Sobre la Cláusula Sexta del Proyecto de Adenda: Reglas de Interpretación de la Adenda

117. En la Cláusula Sexta del Proyecto de Adenda se indica lo siguiente respecto de las reglas de interpretación de la Adenda:

“Las Partes declaran que el CONTRATO y la presente Adenda al Contrato de Concesión se interpretarán y ejecutarán como un solo instrumento.

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

Los términos que figuren en mayúscula en el presente instrumento y que no se encuentren expresamente definidos en este, 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.”

118. El Proyecto de Adenda incorpora como criterio de interpretación que el texto de la Adenda prima sobre el contenido del Contrato, Bases y/o Circulares.
119. Al respecto, se considera que no se están variando los criterios de interpretación establecidos en el Contrato de Concesión (Cláusulas 16.3 a 16.9 del Contrato de Concesión) sino que se trata de un criterio que complementa los establecidos en el Contrato de Concesión.

h. Sobre la Cláusula Séptima del Proyecto de Adenda: Validez del Contrato

120. En la Cláusula Séptima del Proyecto de Adenda se indica lo siguiente respecto de la validez de la adenda:

“Todas las disposiciones contenidas en el Contrato de Concesión permanecen vigentes y con plena eficacia, salvo aquellas que resulten contradictorias con lo

estipulado en este documento. Todos los términos empleados en este documento tienen el mismo significado con el que fueron definidos en el Contrato de Concesión.”

121. En la citada cláusula se observa que las Partes declaran que se mantienen vigentes aquellas disposiciones del Contrato de Concesión que no resulten contradictorias con lo estipulado en la presente Adenda, siendo esta una declaración formal, no es posible emitir opinión al respecto.
122. Por otro lado, esta misma cláusula precisa que todos los términos empleados en el Proyecto de Adenda tienen el mismo significado con el que fueron definidos en el Contrato de Concesión.

i. Sobre la Cláusula Octava del Proyecto de Adenda: Vigencia de la Adenda

123. En la Cláusula Octava del Proyecto de Adenda se indica lo siguiente respecto de la vigencia de la adenda:

“Lo previsto en este documento entrará en vigencia a partir de la fecha en que sea suscrito por el CONCEDENTE y el CONCESIONARIO.

En señal de conformidad con todas y cada una de las estipulaciones contenidas en este documento, las partes lo suscriben en (4) ejemplares originales con el mismo contenido e igual valor, a los xx días del mes de xxx de 2023.”

124. Al respecto, se considera que dicha cláusula guarda concordancia con lo señalado en la Cláusula 17.1 del Contrato de Concesión que establece que: *“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.”*

V. CONCLUSIONES

125. La solicitud de opinión técnica respecto del Proyecto de Adenda N° 1 al Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Nuevo Terminal Portuario de Yurimaguas – Nueva Reforma cumple con los requisitos de admisibilidad previstos en el referido Contrato y en las Leyes y Disposiciones Aplicables.
126. Es preciso indicar que es responsabilidad del MTC el cumplimiento del marco normativo previsto en el D. Leg. 1362 y su Reglamento, el cual regula el procedimiento de modificaciones de contractuales, de acuerdo al Principio de Legalidad previsto en la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, según el cual las autoridades, funcionarios y servidores del Poder Ejecutivo están sometidos, entre otros, a las leyes y a las demás normas del ordenamiento jurídico, debiendo quedar claro que es función del Ositrán verificar el cumplimiento de obligaciones por parte del Concesionario, de conformidad con lo previsto en la Ley N° 26917 y Ley N° 27332.
127. En el Proyecto de Adenda, las Partes plantean modificar el índice, las Cláusulas 1.26.68, 9.19, 9.20, Anexo 10 y Anexo 19 del Contrato de Concesión. Adicionalmente, en la Cláusula Quinta del Proyecto de Adenda se plantea que, si la presente adenda se firmara con fecha posterior al 15 de junio de 2023, el Concesionario deberá efectuar (30 días hábiles después de la fecha de firma de esta adenda) el cambio de la Carta Fianza de Garantía de Fiel Cumplimiento que se encuentre vigente de acuerdo al Anexo 10 del Contrato de Concesión.
128. Con base en el análisis técnico descrito en el presente Informe Conjunto, en el marco de sus respectivas competencias, estas Gerencias concluyen lo siguiente respecto del Proyecto de Adenda al Contrato de Concesión:

a. Modificar el índice y la Cláusula 1.26.68 referida a la definición de la tasa Libor

Sobre la modificación de la Cláusula 1.26.68 del Contrato de Concesión, considerando que la tasa LIBOR a 6 meses tendrá vigencia hasta el 30 de junio de 2023, y considerando que ya se dispone de una tasa de interés comparable que ya ha sido aceptada como sustituta de la LIBOR en otros mercados financieros, se consideraría razonable la propuesta de sustitución de la tasa LIBOR a 6 meses por la tasa CME Term SOFR más el margen de 0,42826%.

Sin perjuicio de ello, para efectos de la actualización periódica de la tasa SOFR consideramos que, con el objetivo de evitar posibles contingencias en la determinación del valor a ser utilizado, es necesario que se especifique en el texto de la adenda que se considerará el valor publicado por entidades debidamente autorizadas por la ARRC o entidad que la sustituya. Asimismo, se sugiere al MTC evaluar los alcances de las frases “... para el período relevante publicado ...” y “... (antes de cualquier corrección, nuevo cálculo o republicación por parte del administrador de la tasa) ...” y, de considerarlo conveniente, complementarlas para evitar posibles contingencias en su interpretación.

b. Modificar las Cláusulas 9.19 y 9.20 de la SECCIÓN IX: RÉGIMEN ECONÓMICO: TARIFAS Y PRECIO

Con relación a la modificación de las Cláusulas 9.19 y 9.20 del Contrato de Concesión, referidas al restablecimiento del equilibrio económico financiero, consideramos que la propuesta es consistente, en la medida que proporciona un parámetro de referencia que permite calcular el monto de restablecimiento del equilibrio económico financiero en ausencia de la tasa LIBOR.

c. Modificar los Anexos 10 y 19 sobre el MODELO DE GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN y RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO

Con relación a la modificación del Anexo 10 del Contrato de Concesión, referido al modelo de Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión, la modificación se da en la sustitución de la tasa LIBOR por la tasa SOFR, consideramos que la modificación es razonable, en la medida que se proporciona un parámetro de referencia que permite calcular los intereses compensatorios en caso de demora en el pago de la garantía de fiel cumplimiento del contrato de concesión.

Respecto de la modificación del Anexo 19 del Contrato de Concesión, referido a la determinación del cofinanciamiento, consideramos razonable la sustitución de la tasa LIBOR por una tasa comparable.

d. Sobre la Cláusula Tercera del Proyecto de Adenda: Anexos a la Adenda

Sobre la Cláusula Tercera del Proyecto de Adenda no se formulan observaciones, en la medida que corresponde a la implementación de las modificaciones propuestas a los Anexos 10 y 19 del Contrato de Concesión.

e. Sobre la Cláusula Cuarta del Proyecto de Adenda: Declaración

La Cláusula Cuarta constituye un acto de carácter meramente declarativo, de adecuación del contenido de la adenda al marco normativo que regula el procedimiento de modificación contractual; pues no establece obligación o derecho para las Partes suscriptoras del Contrato de Concesión.

f. Sobre la Cláusula Quinta del Proyecto de Adenda: Presentación de la Nueva Carta Fianza de Fiel Cumplimiento

No se formulan observaciones al respecto a la Cláusula Quinta del Proyecto de Adenda, que corresponde a la incorporación de un procedimiento para la regularización de la obtención de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, a efectos de que pueda implementarse la sustitución de la tasa LIBOR por la tasa SOFR. Sin perjuicio de ello, corresponde al MTC evaluar si el plazo para efectuar el cambio resulta razonable, asimismo debe considerarse que en todo momento la Carta Fianza debe permanecer ejecutable para resguardar los intereses del Estado Peruano.

g. Sobre la Cláusula Sexta del Proyecto de Adenda: Reglas de Interpretación de la Adenda

Se considera que no se están variando los criterios de interpretación establecidos en el Contrato de Concesión (Cláusulas 16.3 a 16.9 del Contrato de Concesión) sino que se trata de un criterio que complementa los establecidos en el Contrato de Concesión.

h. Sobre la Cláusula Séptima del Proyecto de Adenda: Validez del Contrato

Las Partes declaran que se mantienen vigentes aquellas disposiciones del Contrato de Concesión que no resulten contradictorias con lo estipulado en la presente Adenda N° 1, siendo esta una declaración formal, por lo que no resulta posible emitir opinión al respecto.

i. Sobre la Cláusula Octava del Proyecto de Adenda: Vigencia de la Adenda

Esta cláusula guarda concordancia con lo señalado en la Cláusula 17.1 del Contrato de Concesión que establece que: *“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.”*

VI. RECOMENDACIÓN

Se recomienda al Consejo Directivo aprobar el presente Informe Conjunto, el cual contiene la opinión técnica de este Regulador respecto del Proyecto de Adenda N° 1 al Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Nuevo Terminal Portuario de Yurimaguas-Nueva Reforma.

Atentamente,

RICARDO QUESADA ORÉ
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

CARLOS ALIAGA CALDERÓN
Gerente de Supervisión y Fiscalización (e)

JAVIER CHOCANO PORTILLO
Gerente de Asesoría Jurídica

Número de Trámite: 2023045239