



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRÁN

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

Firmado por:
CHOCANO PORTILLO
Javier Eugenio Manuel
Jose FAU
20420249645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 03/05/2023
16:06:24 -0500

**ACUERDO N° 2534-795-23-CD-OSITRAN
de fecha 3 de mayo de 2023**

Visto el Informe Conjunto N° 0062-2023-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° 2 al Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao, 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:

- a) Aprobar el Informe Conjunto N° 0062-2023-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ) y, en consecuencia, emitir opinión técnica no vinculante del Regulador respecto del Proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao.
- b) 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.
- c) Notificar el presente Acuerdo, así como el Informe Conjunto N° 0062-2023-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ) al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
- d) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

Firmado por
JAVIER CHOCANO PORTILLO
Secretario del Consejo Directivo

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.ositrان.gob.pe

**INFORME CONJUNTO N° 0062-2023-IC-OSITRAN
(GRE-GSF-GAJ)**

Firmado por:
CHOCANO PORTILLO
Javier Eugenio Manuel
Jose FAU
20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/04/2023
17:26:43 -0500

Firmado por:
CALDAS CABRERA
Daisy Melina FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/04/2023
17:30:39 -0500

Firmado por: ALIAGA
CALDERÓN Carlos
Ricardo FIR
09857290 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/04/2023
17:52:42 -0500

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

De : **MELINA CALDAS CABRERA**
Gerente de Regulación y Estudios Económicos (e)

CARLOS ALIAGA CALDERÓN
Gerente de Supervisión y Fiscalización (e)

JAVIER CHOCANO PORTILLO
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto : Opinión sobre el Proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión para el diseño, financiamiento, construcción, conservación y explotación del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao
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° 1173-2023-MTC/19 recibido el 12.04.2023
b) Oficio N° 0102-2023-GG-OSITRAN remitido el 17.04.2023
c) Oficio N° 1285-2023-MTC/19 recibido el 20.04.2023

Fecha : 27 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° 1173-2023-MTC/19, respecto del Proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión para el diseño, financiamiento, construcción, conservación y explotación del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao (en adelante, el Proyecto de Adenda N° 2).

Visado por: AMES SANTILLAN
Juan Carlos FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/04/2023 18:23:14 -0500

Visado por: VILCAPOMA VIRRUETA
Hanz Joel FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/04/2023 17:52:15 -0500

II. ANTECEDENTES

2. El 11 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 Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao (en adelante, el Contrato de Concesión) con la Entidad Prestadora APM Terminals Callao S.A. (en adelante, el Concesionario o APMT).
3. 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.
4. 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).

Visado por: VENTURI MOQUILLAZA
Angela Rita FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/04/2023 17:40:39 -0500

Visado por: VENEGAS DELGADO
Claudia Elizabeth FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/04/2023 17:32:34 -0500

Visado por: CORDOVA CHUQUIVAL
Boris Andre FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/04/2023 17:29:14 -0500

Visado por: JIMENEZ CERRON
Tito Fernando FIR 10790733 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/04/2023 17:27:46 -0500

Visado por: BUSTAMANTE CHAVEZ
Richard FIR 44800059 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/04/2023 17:26:00 -0500

Visado por: CHERO LOPEZ Annie
Yuleidy FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/04/2023 17:21:25 -0500

Visado por: ZAVALA MEDINA Josue
Mack Linder FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/04/2023 17:18:32 -0500

5. A través de la Carta N° 1312-2022-APMTC/LEG de fecha 07 de noviembre 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.
6. A través del Oficio Múltiple N° 0057-2022-MTC/19 de fecha 15 de noviembre de 2022, la Dirección General de Programas y Proyectos de Transportes del MTC (en adelante, DGPPT) convocó al Ositrán, a la APN, a la Contraloría General de la República y al Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, MEF) a la primera reunión de evaluación conjunta referida al Proyecto de Adenda N°2. Dicha reunión se llevó a cabo el 21 de noviembre de 2022.
7. Con el Oficio N° 5732-2023-MTC/19 de fecha 15 de noviembre de 2022, la DGPPT convocó al Concesionario a la primera evaluación conjunta para el día 21 de noviembre de 2022 de manera virtual.
8. A través del Oficio N° 1878-2022-MTC/19.02 de fecha 23 de noviembre de 2022, la Dirección de Inversión Privada del MTC solicitó al Concesionario mayor sustento con respecto al Proyecto de Adenda N° 2.
9. Mediante la Carta N° 1575-2022-APMTC/LEG de fecha 28 de diciembre de 2022, el Concesionario remitió el sustento solicitado por la Dirección de Inversión Privada del MTC.
10. Con la Carta N° 150-2023-APMTC/LEG de fecha 27 de enero de 2023, el Concesionario remitió al MTC una actualización al texto del Proyecto de Adenda N° 2.
11. Mediante la Carta N° 308-2023-APMTC/LEG de fecha 22 de febrero de 2023, el Concesionario remitió al MTC una actualización al texto del Proyecto de Adenda N° 2.
12. Con la Carta N° 319-2023-APMTC/LEG de fecha 28 de febrero de 2023, el Concesionario remitió al Concedente la versión actualizada del Proyecto de Adenda N° 2 conforme a los acuerdos alcanzados.
13. A través del Oficio N° 0776-2023-MTC/19.02 de fecha 28 de febrero de 2023, la Dirección de Inversión Privada del MTC solicitó a la APN manifestar su conformidad con el Proyecto de Adenda N° 2.
14. Mediante el Oficio N° 0289-2023-APN-GG-UAJ-DIPLA de fecha 02 de marzo de 2023, la Gerencia General de la APN remitió su conformidad con el Proyecto de Adenda N° 2 remitido con el Oficio N° 0776-2023-MTC/19.02.
15. El 03 de marzo de 2023, a través del Oficio Múltiple N° 0019-2023-MTC/19, la DGPPT comunicó a este Regulador, a la Contraloría General de la República y al MEF que en dicha fecha se dio por finalizada la evaluación conjunta del Proyecto de Adenda N° 2.
16. A través del Oficio N° 0666-2023-MTC/19 de fecha 03 de marzo de 2023, la DGPPT del MTC comunicó al Concesionario que en dicha fecha se dio por finalizada la evaluación conjunta del Proyecto de Adenda N° 2. Asimismo, le solicitó remitir la conformidad de los Acreedores Permitidos sobre el referido texto de adenda.
17. Mediante el Oficio N° 0668-2023-MTC/19 de fecha 03 de marzo de 2023, la DGPPT del MTC informó a la APN que en dicha fecha se dio por finalizada la evaluación conjunta del Proyecto de Adenda N° 2. Asimismo, le solicitó el informe técnico legal de sustento correspondiente.

18. Mediante la Carta N° 0390-2023-APMTC/LEG de fecha 14 de marzo de 2023, el Concesionario remitió al MTC la comunicación emitida por el *International Finance Corporation* (IFC), Acreedor Permitido de APMT, mediante la cual manifiesta su conformidad respecto del texto del Proyecto de Adenda N° 2 en los términos solicitados
19. A través del Oficio N° 0379-2023-APN-GG de fecha 29 de marzo de 2023, la APN remitió al MTC los siguientes documentos: (i) Certificación de Acuerdo de Directorio N° 009-2023-APN-PD con el que se resolvió aprobar el texto del Proyecto de Adenda N° 2, (ii) El Informe Técnico Legal N° 0023-2023-APN-UAJ-DIPLA-DITEC y (iii) El texto del Proyecto de Adenda N° 2 debidamente visado.
20. El 12 de abril de 2023, la DGPPT mediante el Oficio N° 1173-2023-MTC/19 solicitó al Ositrán emitir opinión sobre el Proyecto de Adenda N° 2, para lo cual hizo llegar el correspondiente sustento técnico, económico y legal recogido en el Informe N° 1153-2023-MTC/19.02.
21. Mediante Oficio N° 102-2023-GG-OSITRAN remitido el 17 de abril de 2023, se solicitó al MTC información a efectos de atender la solicitud de opinión del Proyecto de Adenda N°2.
22. Mediante Oficio N° 1285-2023-MTC/19 recibido el 20 de abril de 2023, el MTC remitió la información solicitada a través del Oficio N° 102-2023-GG-OSITRAN.

III. MARCO LEGAL Y CONTRACTUAL APLICABLE

Sobre la modificación del Contrato de Concesión

23. 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.]

24. 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.
25. 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.
26. De otro lado, en lo que respecta a las modificaciones contractuales, el literal f) del inciso 7.1 del artículo 7 de la Ley N° 26917, Ley de Creación 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.]

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

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

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

(...)

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

4. El diseño final de los Contratos de Concesión en la modalidad de asociaciones público privadas, las modificaciones a la versión final de los contratos, solicitudes de modificaciones contractuales, y sobre iniciativas privadas que se presenten vinculadas a la infraestructura (...)”

[Subrayado agregado.]

28. 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;*

(...)”

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

“SECCIÓN XVII: MODIFICACIONES AL CONTRATO DE CONCESIÓN

17.1. *Toda enmienda, adición o modificación del presente Contrato de Concesión deberá contar con opinión previa del REGULADOR.*

A tal efecto, las Partes deberán llegar previamente a un acuerdo respecto del texto del Contrato de Concesión a ser modificado o agregado y luego corresponderá al CONCEDENTE solicitar al REGULADOR la emisión de opinión.

17.2. *Las solicitudes de enmienda, adición o modificación deberán contar con el debido sustento jurídico, técnico y económico financiero y con la conformidad de los Acreedores Permitidos según lo establezcan los actos y contratos de Endeudamiento*

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

Garantizado Permitido, en el caso de ser aplicable. 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.

- 17.3. *De conformidad con el artículo 33 del Reglamento del TUO, el CONCEDENTE podrá modificar el presente Contrato de Concesión, previo acuerdo con la SOCIEDAD CONCESIONARIA, cuando ello resulte conveniente, respetando su naturaleza, y en lo posible las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico - financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.*
- 17.4. *En consideración a lo dispuesto en la presente Cláusula, las Partes expresamente convienen que el CONCEDENTE podrá modificar el presente Contrato de Concesión, previo acuerdo con la SOCIEDAD CONCESIONARIA. Concordante con ello, OSITRAN emitirá opinión técnica respecto al acuerdo al que hayan arribado las Partes, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula 17.1. Asimismo, dicha modificación deberá ser necesaria y encontrarse debidamente sustentada, para:*
- i) Que la SOCIEDAD CONCESIONARIA pueda obtener el Endeudamiento Garantizado Permitido; o*
 - ii) Que esté relacionado con la naturaleza de la garantía que se otorgue a los Acreedores Permitidos, de acuerdo a lo previsto en la Cláusula 10.3; o*
 - iii) Adecuar el Contrato de Concesión a cambios tecnológicos o nuevas circunstancias que se produzcan durante la vigencia de la Concesión o sus prórrogas y que las Partes no puedan razonablemente conocer o prever en la Fecha de Suscripción de los Contratos.*
 - iv) Restablecer el equilibrio económico - financiero, de acuerdo con lo previsto en la Cláusula 8.28.*
- 17.5. *Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Sección, es de aplicación al presente Contrato de Concesión lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto Supremo N° 146-2008-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 de la inversión privada, en tanto dicha disposición se encuentre vigente.”*

30. En lo que respecta a las referencias normativas que se hacen en los distintos numerales de la Sección XVII del Contrato de Concesión, corresponde tener en cuenta que el Decreto Legislativo N° 1012 y el Decreto Supremo N° 059-96-PCM² fueron derogados por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1224³ (recogida en la Primera Disposición Complementaria Derogatoria del TUO 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.
31. De otro lado, 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.

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.”

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

32. 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."*

33. 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.

34. 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.
35. Finalmente, concluido el procedimiento de Evaluación Conjunta, se inicia el procedimiento para que cada entidad competente evalúe y emita su opinión sobre las modificaciones contractuales propuestas. Conforme con lo regulado en el numeral 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.
36. 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:

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

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

138.5 *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 I) 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.”*

37. De acuerdo con la referida norma, las opiniones sobre las modificaciones de los contratos de concesión deberán ser emitidas por los organismos reguladores en un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados a partir del día siguiente de la recepción de la solicitud de opinión, salvo que se requiera información complementaria, en cuyo caso deberá solicitarla dentro de los tres (03) días hábiles de recibida la solicitud de opinión y el plazo quedará suspendido hasta que se reciba la información.
38. Al respecto, mediante el Oficio N° 1173-2023-MTC/19, notificado al Ositrán el 12 de abril de 2023, el Concedente ha presentado la solicitud de opinión previa al Proyecto de Adenda N° 2, para lo cual remitió el Informe N° 1153- 2023-MTC/19.02.
39. Cabe señalar que el 17 de abril de 2023, el Ositrán remitió al MTC el Oficio N° 00102-2023-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.

40. En ese orden, mediante Oficio N° 1285-2023-MTC/19 notificado con fecha 20 de abril de 2023, el MTC atendió el requerimiento formulado por el Ositrán mediante Oficio N° 00102-2023-GG-OSITRAN, reanudándose el plazo de diez (10) días hábiles a partir del 21 de abril de 2023. En tal sentido, el plazo para que este Organismo Regulador cumpla con emitir la opinión solicitada vence el 03 de mayo 2023.
41. Teniendo en cuenta las normas antes señaladas, en los siguientes acápites se procederá a emitir la opinión técnica no vinculante solicitada al Regulador respecto del Proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión, 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

42. 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.
43. 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.
44. 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.
45. 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.
46. 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.
47. 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.
48. En lo que respecta específicamente al Contrato de Concesión materia de modificación, nuevamente debemos remitirnos a lo que en la Sección XVII del mismo se establece:

“SECCIÓN XVII: MODIFICACIONES AL CONTRATO DE CONCESIÓN

- 17.1. *Toda enmienda, adición o modificación del presente Contrato de Concesión deberá contar con opinión previa del REGULADOR. A tal efecto, las Partes deberán llegar previamente a un acuerdo respecto del texto del Contrato de Concesión a ser modificado o agregado y luego corresponderá al CONCEDENTE solicitar al REGULADOR la emisión de opinión.*
- 17.2. *Las solicitudes de enmienda, adición o modificación deberán contar con el debido sustento jurídico, 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 acuerdo de modificación será obligatorio para las Partes solamente si consta por escrito y es firmado por los representantes debidamente autorizados de las Partes.*
- 17.3. *De conformidad con el artículo 33 del Reglamento del TUO, el CONCEDENTE podrá modificar el presente Contrato de Concesión, previo acuerdo con la SOCIEDAD CONCESIONARIA, cuando ello resulte conveniente, respetando su naturaleza, y en lo posible las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico - financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.*
- 17.4. *En consideración a lo dispuesto en la presente Cláusula, las Partes expresamente convienen que el CONCEDENTE podrá modificar el presente Contrato de Concesión, previo acuerdo con la SOCIEDAD CONCESIONARIA. Concordante con ello, OSITRAN emitirá opinión técnica respecto al acuerdo al que hayan arribado las Partes, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula 17.1. Asimismo, dicha modificación deberá ser necesaria y encontrarse debidamente sustentada, para:*
- i) Que la SOCIEDAD CONCESIONARIA pueda obtener el Endeudamiento Garantizado Permitido; o*
 - ii) Que esté relacionado con la naturaleza de la garantía que se otorgue a los Acreedores Permitidos, de acuerdo a lo previsto en la Cláusula 10.3; o*
 - iii) Adecuar el Contrato de Concesión a cambios tecnológicos o nuevas circunstancias que se produzcan durante la vigencia de la Concesión o sus prórrogas y que las Partes no puedan razonablemente conocer o prever en la Fecha de Suscripción de los Contratos.*
 - iv) Restablecer el equilibrio económico - financiero, de acuerdo con lo previsto en la Cláusula 8.28.*
- 17.5. *Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Sección, es de aplicación al presente Contrato de Concesión lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto Supremo N° 146-2008-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 de la inversión privada, en tanto dicha disposición se encuentre vigente.”*
49. *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”.*
50. *En ese sentido, dentro del marco legal y contractual antes expuesto será evaluado el Proyecto de Adenda N° 2.*
51. *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

52. 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 N° 2.
53. 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 de 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

54. 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

⁶ **Ley N° 26917:**

*"Artículo 4.- **Ámbito de Competencia**
OSITRAN, ejerce su competencia sobre las Entidades Prestadoras que explotan infraestructura nacional de transporte de uso público."*

[Subrayado agregado.]

⁷ **Ley 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.]

para la evaluación de toda solicitud de enmienda, adición o modificación del indicado contrato presentada por el Concesionario está sujeta al cumplimiento de las siguientes condiciones:

- a) Cumplimiento del límite temporal para la suscripción de modificaciones al Contrato de Asociación Público Privada.
- b) Publicación de la propuesta de modificación en el portal web del Concedente.
- c) Convocatoria y realización de un proceso de evaluación conjunta.
- d) Informe del Concedente con su evaluación de la propuesta de modificación presentada por el Concesionario, conteniendo, por lo menos, lo siguiente:
 - i) Una evaluación sobre el mantenimiento del Equilibrio Económico Financiero;
 - ii) Una evaluación sobre el mantenimiento de las condiciones de competencia del proceso de promoción;
 - iii) Una evaluación sobre el mantenimiento del Valor por Dinero a favor del Estado;
 - iv) Un análisis sobre si se mantiene o altera la asignación de riesgos; y,
 - v) Un análisis sobre si se mantiene o altera la naturaleza del proyecto.
- e) Solicitud por parte del Concedente de la opinión no vinculante de este Regulador, adjuntando la evaluación inicial realizada.

55. Cabe señalar que, con la opinión del Regulador, el Concedente debe proceder a solicitar la opinión previa favorable del 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.
56. Asimismo, la opinión previa favorable del MEF comprende las materias 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.

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.”

57. 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.
58. 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.
59. 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 N° 2 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

60. 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 11 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

61. Mediante Oficio N° 1173-2023-MTC/19, el Concedente remitió al Ositrán el Informe N° 1153- 2023-MTC/19.02, en cuyos numerales 5.46, 4.47 y 5.48 señaló que:

"5.46 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.

5.47 En ese sentido, la primera propuesta de adenda del concesionario se encuentra en el siguiente enlace (presentada con la Carta N° 1312-2023-APMTC/LEG):

<https://www.gob.pe/institucion/mtc/informes-publicaciones/3651740-proyecto-deadenda-n-al-contrato-de-concesion-del-terminal-norte-multiproposito-delterminal-portuario-del-callao> (publicada con fecha 14 de noviembre de 2022).

5.48 Adicionalmente, la última actualización de la propuesta de adenda se encuentra en el

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 5.52 del Informe N° 1153-2023-MTC/19.02 el MTC estimó que no resultaba necesario contar con la opinión de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada - PROINVERSIÓN respecto del presente Proyecto de Adenda.

siguiente enlace:

<https://www.gob.pe/institucion/mtc/informes-publicaciones/3957274-proyecto-deadenda-n-2-al-contrato-de-concesion-del-terminal-norte-multiproposito-terminalportuario-del-callao> (Versión presentada a través de la Carta N° 0319-2023-APMTC/LEG)."

[Subrayado agregado.]

62. 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

63. Conforme a lo señalado en los puntos 2.3 y 2.4 del Informe N° 1153-2023- 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° 1312-2022-APMTC/LEG de fecha 07 de noviembre de 2022, mediante el Oficio Múltiple N° 0057-2022-MTC/19 de fecha 15 de noviembre de 2022, el MTC convocó a Ositrán, a la APN, a la Contraloría General de la República y al MEF a la primera evaluación conjunta de manera virtual para el día 21 de noviembre de 2022.
64. Luego de ello, a través del Oficio Múltiple N° 0019-2023-MTC/19 la DGPPT comunicó a este Regulador que el 03 de marzo, se dio por finalizada la evaluación conjunta del Proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión.

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

65. 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.
66. En el presente caso, se aprecia que adjunto al Oficio N° 1173-2023-MTC/19, el Concedente ha remitido el Informe N° 1153- 2023-MTC/19.02, en el que evalúa y se pronuncia sobre la procedencia del Proyecto de Adenda N° 2 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

67. Respecto a este punto, en el Informe N° 1153- 2023-MTC/19.02, el Concedente señaló lo siguiente:

“Viabilidad Económica – Financiera de la propuesta de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (...)

c) Análisis de equilibrio económico financiero

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

5.68 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.

- 5.69 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.
- 5.70 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.
- 5.71 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.
- 5.72 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 1.23.69 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.

- La cláusula 1.23.103 contenida en la sección I: Antecedentes y Definiciones, se hace referencia a la LIBOR para definir la Tasa de descuento para efectos de Caducidad (r), en el caso que la Caducidad se produzca por la causal prevista en la Cláusula 15.1.3.

$r =$ Tasa LIBOR de la fecha en que se determina la Caducidad más 3% (o su tasa equivalente mensual).

- La cláusula 8.28 de la Sección VIII; se comprenden aspectos relacionados con el equilibrio económico financiero. En particular, se regula que, en caso de que el equilibrio económico financiero se encuentre afectado, el CONCESIONARIO podría solicitar su restablecimiento y, de ser el caso, el REGULADOR deberá establecer el monto a pagar a favor del CONCESIONARIO, de corresponder. Del mismo modo, en caso de que el CONCEDENTE solicite el restablecimiento de dicho equilibrio, el REGULADOR establece el monto resultante, que será abonado por el CONCESIONARIO al CONCEDENTE, en caso corresponda

- De igual manera, las referencias a la tasa LIBOR contenidas en el Anexo 10: "Modelo de Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión", en este caso se hace referencia a la LIBOR para establecer un interés moratorio en caso el concesionario incumpla con la presentación de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión en el plazo establecido en el Contrato de Concesión.

5.73 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.

5.74 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.]

68. En ese sentido, el Concedente manifiesta que con las modificaciones propuestas en el Proyecto de Adenda N° 2 el equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión no ha sido modificado.
69. 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**
70. Al respecto, en el Informe N° 1153-2023- 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 Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao

5.29 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).

5.30 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).

5.31 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.

5.32 Asimismo, cabe señalar que el uso de la tasa LIBOR en este contrato está vinculado a cláusulas contingentes en cuanto a demoras de las Partes en cumplir con sus obligaciones de pago, así como el cálculo de la Tasa de descuento para efectos de la Caducidad por Término por Incumplimiento de la Sociedad Concesionaria lo cual no afecta ningún parámetro económico medible vinculado al mecanismo de competencia para la adjudicación de la buena pro de la concesión.

5.33 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.]

71. De esta manera, puede concluirse que en el Proyecto de Adenda N° 2 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

72. Al respecto, mediante el Informe N° 1153-2023- 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).

5.44 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.

5.45 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.

(...)

5.62 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.”

[Subrayado agregado.]

73. 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

74. En el Informe N° 1153-2023- 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.

(...)

5.41 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 1.23.69 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.
- La cláusula 1.23.103 contenida en la sección I: Antecedentes y Definiciones, se hace referencia a la LIBOR para definir la Tasa de descuento para efectos de Caducidad (r), en el caso que la Caducidad se produzca por la causal prevista en la Cláusula 15.1.3.

r = Tasa LIBOR de la fecha en que se determina la Caducidad más 3% (o su tasa equivalente mensual).

- La cláusula 8.28 de la Sección VIII; se comprenden aspectos relacionados con el equilibrio económico financiero. En particular, se regula que, en caso de que el equilibrio económico financiero se encuentre afectado, el CONCESIONARIO podría solicitar su restablecimiento y, de ser el caso, el REGULADOR deberá establecer el monto a pagar a favor del CONCESIONARIO, de corresponder. Del mismo modo, en caso de que el CONCEDENTE solicite el restablecimiento de dicho equilibrio, el REGULADOR establece el monto resultante, que será abonado por el CONCESIONARIO al CONCEDENTE, en caso corresponda.
- De igual manera, las referencias a la tasa LIBOR contenidas en el Anexo 10: “Modelo de Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión”, en este caso se hace referencia a la LIBOR para establecer un interés moratorio en caso el concesionario incumpla con la presentación de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión en el plazo establecido en el Contrato de Concesión.

5.42 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.

5.43 Por lo tanto, resulta necesaria la modificación contractual del Contrato de Concesión del Terminal Norte Multipropósito del Callao en el Terminal Portuario del Callao 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.

[Subrayado agregado.]

75. 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. (...)

- (ii) Al respecto, en el Informe N° 1153-2023-MTC/19.02 emitido por el MTC, se observa lo siguiente:
 - a. En el numeral 5.52 del Informe, el MTC estimó que no resultaba necesario contar con la opinión de Proinversión.
 - b. En el numeral 5.43 el Concedente señaló que las modificaciones contractuales no alteraban la asignación original de riesgos.

76. 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

77. En el Informe N° 1153-2023-MTC/19.02, el Concedente afirma lo siguiente:

“Viabilidad legal de las modificaciones contractuales propuestas

(...)

i) Análisis de la naturaleza de la concesión

5.58 De conformidad con el numeral 2.1 de la Sección II del Contrato de Concesión, la concesión ha sido otorgada para para el diseño, financiamiento, Construcción, y Explotación del Terminal Norte Multipropósito, en los términos establecidos en el presente documento y, en el marco del proceso de promoción de la inversión privada emprendido por el Estado de la República del Perú.

5.59 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.

5.60 La modalidad constituye una Asociación Público Privada bajo la modalidad de Concesión autofinanciada, de conformidad con lo señalado en la legislación vigente. Esta concesión es de naturaleza unitaria y responde a una causa única, sin perjuicio de la multiplicidad de actividades y prestaciones en que se divide su objeto, conforme se describe en la Cláusula 2.8 del Contrato de Concesión, asimismo se rige por los principios de continuidad, regularidad y de no discriminación, de conformidad con lo dispuesto en la Ley del Sistema Portuario Nacional.

5.61 Adicionalmente, es importante mencionar que la modalidad de concesión autofinanciada no se ve modificada con el Proyecto de Adenda N° 2, pues la adenda no establece compromisos de pago provenientes del tesoro público que califiquen como cofinanciamiento, ni se comprometen garantías financieras y no financieras.

5.62 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 pudiese significar una transformación, revisión u alteración a las condiciones económicas y técnicas convenidas entre las partes.

5.63 La naturaleza de la concesión no se ve modificada con el Proyecto de Adenda N° 2, 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.]

78. Como se puede apreciar, 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 N° 2. 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

79. Con relación a la condición referida a la necesidad de solicitar la opinión previa no vinculante del Regulador respecto de la modificación del Contrato de Concesión solicitada por el Concesionario, se advierte que mediante el Oficio N° 1173-2023-MTC/19, el Concedente remitió al Ositrán el Proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión (cuya evaluación fue plasmada en el Informe N° 1153-2023- MTC/19.02) requiriéndole la emisión de su opinión técnica no vinculante.
80. Sobre el particular, 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.
81. En consecuencia, la solicitud de opinión técnica presentada por el Concedente mediante Oficio N° 1173-2023-MTC/19 notificado el 12 de abril de 2023 sobre el Proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión, cumpliría con dichas condiciones formales.

IV.2. Análisis del Proyecto de Adenda N° 2

82. De acuerdo con la documentación remitida al Regulador, el Proyecto de Adenda N° 2 tiene por objeto modificar las cláusulas 1.23.69 y 1.23.103 de la Sección I, la Cláusula 8.28 de la Sección VIII, y el Anexo 10: Modelo de Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión.
83. Adicionalmente, en la Cláusula Quinta del Proyecto de Adenda N° 2 se plantea que, si la presente adenda se firmara con fecha posterior al 01 de agosto 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, considerando el plazo remanente de su vigencia.

IV.2.1. Cuestión previa: Naturaleza de la Concesión

84. El 11 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 Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao, por un plazo de 30 años, contado desde la fecha de suscripción del contrato.
85. La modalidad de la Concesión es a título oneroso, de conformidad con lo señalado en la Cláusula 2.9 del Contrato de Concesión.
86. En atención a lo expuesto, como parte del análisis del Proyecto de Adenda N° 2 se verificará que esta no constituya una vulneración a la naturaleza de la Concesión ni que varíe su objeto.

IV.2.2. Cuestión previa: Asignación de riesgos

87. 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

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.

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.

88. 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.
89. 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.
90. 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.
91. 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 renegociaciones de los contratos de concesión no deben producir un traspaso de riesgos entre las Partes.

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: 26 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: 26 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.

(...) 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]

92. En esa línea de razonamiento, el análisis de las modificaciones que propone el Proyecto de Adenda N° 2 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

93. Tal como se ha señalado previamente, en el Proyecto de Adenda N° 2, las Partes plantean modificar las Cláusulas 1.23.69 y 1.23.103 de la Sección I, la Cláusula 8.28 de la Sección VIII, y el Anexo 10: Modelo de Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión. Adicionalmente, en la Cláusula Quinto del Proyecto de Adenda N° 2 se plantea que, si la presente adenda se firmara con fecha posterior al 01 de agosto 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, considerando el plazo remanente de su vigencia.
94. 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 la Cláusula 1.23.69 referida a la definición de la tasa LIBOR

95. En relación con el índice y la Cláusula 1.23.69 del Contrato de Concesión referida a la definición de la tasa LIBOR, el Proyecto de Adenda N°2 propone modificar dicha cláusula de la siguiente manera:

Contrato de Concesión	Proyecto de Adenda N° 2
<p>1.23.69. LIBOR</p> <p><i>Es la tasa London Interbank Offered Rate a seis (6) meses informada por Reuters a la hora de cierre en Londres.</i></p>	<p>1.23.69 Tasa de Referencia</p> <p>[*]</p> <p><i>Es la tasa Term Secured Overnight Financing Rate 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>

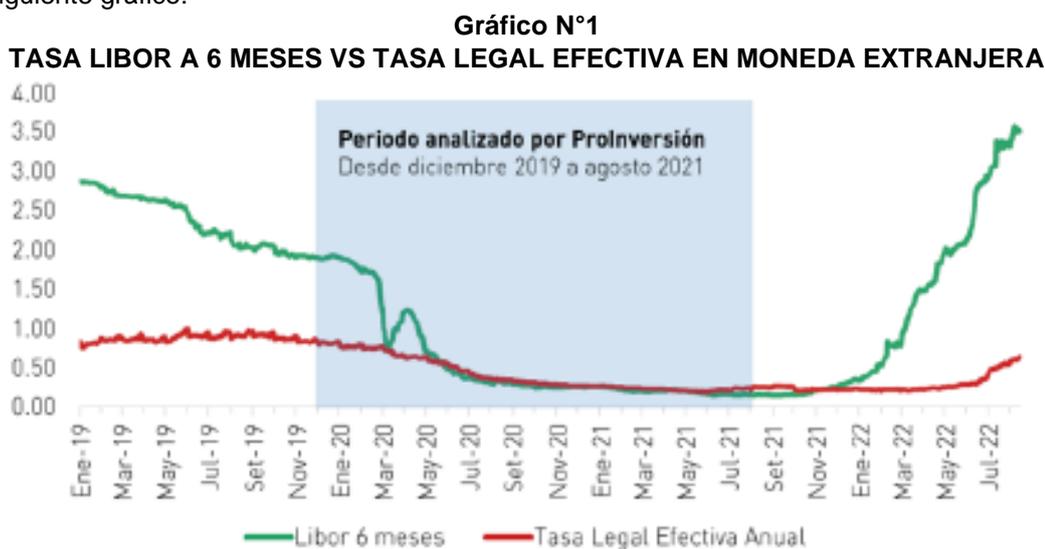
96. Sobre el particular, es importante mencionar que, en atención a la consulta formulada por el MTC mediante Oficio N° 0955-2022-MTC/19 sobre lo comunicado por la SBS respecto a la sustitución de la tasa LIBOR en los contratos de concesión portuarios debido a que dejará de publicarse¹⁶, el Regulador¹⁷ 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

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.

necesaria la determinación de una tasa en sustitución a la LIBOR a ser empleada en los contratos de concesión afectos a su empleo.

97. 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 MEF 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.
98. Al respecto, en su Informe N° 1153-2023-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.
99. 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.
100. Respecto a la Tasa de Interés Legal, en su Informe N° 1153-2023-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:



101. 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.

¹⁸ De acuerdo con lo indicado por el MTC en su Informe N° 1153-2023-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.

102. 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.
103. 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.
104. 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 SOFR²³:

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 N° 1153-2023-MTC/19.02 señala:

“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.

La transición de LIBOR a SOFR requiere un margen de ajuste para que las tasas sean más comparables. Como se señaló anteriormente, las transacciones de SOFR están sustentadas por los bonos del tesoro de EE.UU en contraste con la LIBOR que contiene el riesgo de crédito bancario. Por lo tanto, el uso del spread tiene como objetivo, principalmente, ajustar el riesgo de crédito y de plazo

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 la propuesta de modificación obedece a un consenso del mercado que ha determinado de la tasa Term Secured Overnight Financing Rate a 6 meses administrada por CME Group Benchmark Administration Limited más un spread de 0.42826%, es la más idónea para reemplazar a la LIBOR: London Interbank Offered Rate a seis (6) meses.”

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).

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

LIBOR	SOFR + MARGEN %
A un 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.

105. Con relación a la Tasa de Referencia considerada en el Proyecto de Adenda N°2, mediante Oficio N° 00102-2023-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° 1153-2023-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° 1285-2023-MTC/19 el MTC remitió el Informe 1258-2023-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.
106. 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.
 3. Para Para contratos LIBOR que sean contratos de entidad regulada por la FHFA.
 4. Para contratos LIBOR que sean FFELP ABS.
107. En el Informe N° 1153-2023-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

²⁴ Federal Housing Finance Agency.

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

²⁶ Regla Final:

"253.3 Applicability

(b) All other transactions. On the LIBOR replacement date, a LIBOR contract subject to the requirements of

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 para 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 a 6 meses más un margen de 0,42826%.

108. En tal sentido, considerando que la tasa LIBOR a 6 meses tendrá vigencia hasta el 30 de junio de 2023, y dado 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 meses por la tasa CME Term SOFR más el margen de 0,42826%.
109. 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.

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° 1153-2023-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 En el Informe N° 1258-2023-MTC/19.02, el MTC señala:

“Al respecto, en el documento “Summary of the ARRC’s Fallback Recommendations” la ARRC sustenta que dicho spread resultaría también adecuado para su implementación en otras versiones de SOFR, tales como: Term SOFR, SOFR promedio y Daily Simple SOFR, ello toda vez que en la práctica el análisis histórico encontró que los mismos parámetros parecían funcionar bien en las diferentes versiones de SOFR ya que todas estas versiones están estrechamente vinculadas.”

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

110. 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.
111. Finalmente, el MTC ha indicado en su Informe N° 1258-2023-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 Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao la tasa es empleada para efectos de cálculos de morosidad y para la determinación de la compensación por caducidad, lo cual se vincula a los compromisos contingentes en Contratos de Asociaciones Público-Privadas³⁰.
112. De otro lado, un aspecto formal a señalar en la propuesta de modificación de la Cláusula 1.23.69, es que previo al texto de definición de la Tasa de Referencia, aparecen los caracteres [*]. Sobre el particular, el Regulador asume que se trata de un error material que no altera la definición de Tasa de Referencia, por lo que no se formulan observaciones.

b. Modificar la Cláusula 1.23.103 referida a la definición de la tasa de descuento para efectos de Caducidad

113. En relación con la Cláusula 1.23.103 del Contrato de Concesión referida a la tasa de descuento para efectos de caducidad, el Proyecto de Adenda N°2 propone modificar dicha cláusula de la siguiente manera:

Contrato de Concesión	Proyecto de Adenda N° 2
<p>1.23.103. <i>Tasa de descuento para efectos de Caducidad (r)</i></p> <p><i>Es la tasa de descuento que se utilizará para los distintos casos de Caducidad, la cual se determinará de la siguiente manera:</i></p> <p><i>r = Costos promedio de capital anual (o su tasa equivalente mensual), equivalente a la menor tasa entre:</i></p> <p><i>(i) 7.766% anual, y</i></p> <p><i>(ii) la tasa resultante de aplicar la siguiente expresión: $(2.744 + 0.532 * X\%)$ anual, donde X% corresponde a la tasa promedio ponderado</i></p>	<p>1.23.103 <i>Tasa de descuento para efectos de Caducidad (r)</i></p> <p><i>Es la tasa de descuento que se utilizará para los distintos casos de Caducidad, la cual se determinará de la siguiente manera:</i></p> <p><i>r = Costo promedio de capital anual (o su tasa equivalente mensual), equivalente a la menor tasa entre:</i></p> <p><i>(i) 7.766% anual, y</i></p> <p><i>(ii) la tasa resultante de aplicar la siguiente expresión: $(2.744 + 0.532 * X\%)$ anual, donde X%</i></p>

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.

³⁰ Decreto Legislativo 1362, artículo 24:

"24.1 Los compromisos firmes y contingentes que asumen las entidades públicas titulares de los proyectos de Asociación Público Privada son clasificados de la siguiente manera:

- 1. Compromisos firmes: son las obligaciones de pago de importes específicos o cuantificables a favor de su contraparte, correspondiente a una contraprestación por la realización de los actos previstos en el contrato de Asociación Público Privada.*
- 2. Compromisos contingentes: son las potenciales obligaciones de pago a favor de su contraparte, estipuladas en el contrato de Asociación Público Privada, que se derivan de la ocurrencia de uno o más eventos correspondientes a riesgos propios del proyecto de Asociación Público Privada."*

Contrato de Concesión	Proyecto de Adenda N° 2
<p>anual de los cierres financieros de cada Etapa de los Acreedores Permitidos.</p> <p>Si la(s) tasa(s) correspondiente(s) a los cierres financieros está(n) expresada(s) en función a la LIBOR u otra tasa variable, se fijará(n) con el valor de dicha tasa al día de determinación del cierre financiero de cada Etapa.</p> <p>La menor tasa anual resultante (o su tasa equivalente mensual) se aplica para el caso que la Caducidad se produzca por las causales previstas en las Cláusulas 15.1.2, 15.1.4, 15.1.5, 15.1.6 y 15.1.7.</p> <p>Para el caso que la Caducidad se produzca por la causal prevista en la Cláusula 15.1.3 se aplicará la siguiente tasa:</p> <p>$r = \text{Tasa LIBOR de la fecha en que se determina la Caducidad más 3\% (o su tasa equivalente mensual)}$.</p>	<p>corresponde a la tasa promedio ponderado anual de los cierres financieros de cada Etapa de los Acreedores Permitidos.</p> <p>Si la(s) tasa(s) correspondiente(s) a los cierres financieros está(n) expresada(s) en función a la LIBOR u una tasa variable, se fijará(n) con el valor de dicha tasa al día de determinación del cierre financiero de cada Etapa.</p> <p>La menor tasa anual resultante (o su tasa equivalente mensual) se aplica para el caso que la Caducidad se produzca por las causales previstas en las Cláusulas 15.1.2, 15.1.4, 15.1.5, 15.1.6 y 15.1.7.</p> <p>Para el caso que la Caducidad se produzca por la causal prevista en la Cláusula 15.1.3 se aplicará la siguiente tasa:</p> <p>$r = \text{Tasa de Referencia de la fecha en que se determina la Caducidad más 3\% (o su tasa equivalente mensual)}$.</p>

114. Con relación a la modificación de la Cláusula 1.23.103 del Contrato de Concesión, referida a la tasa de descuento para efectos de caducidad, la única modificación se da en la sustitución de la tasa LIBOR por la Tasa de Referencia, para el escenario contemplado en la Cláusula 15.1.3 del Contrato de Concesión, de caducidad en el caso incumplimiento de la sociedad concesionaria. De esta manera, en caso de caducidad contemplada en la referida Cláusula 15.1.3 del Contrato de Concesión, la tasa de interés “r” a emplear será calculada en base a la Tasa de Referencia (CME TERM SOFR a 6 meses, definida en la Cláusula 1.23.69 del Contrato de Concesión) de la fecha en que se determina la caducidad más 3%, en lugar de emplear la tasa LIBOR a 6 meses de la fecha en que se determina la caducidad más 3%.
115. Es necesario señalar que el Contrato de Concesión contempla un procedimiento general de liquidación en caso de caducidad; así, en su Cláusula 15.8 se establece una fórmula para la determinación del Monto de Caducidad a ser reconocido por el Concedente³¹. En dicha fórmula se aprecia que el Monto de Caducidad a ser reconocido por el Concedente depende, entre otros, del parámetro “r” (Tasa de Referencia más 3%). Sobre ello, mediante el Oficio N° 00102-2023-GG-OSITRAN, el Regulador formuló, entre otras, una pregunta con relación a las distintas propuestas de tasas de interés formuladas por los

³¹ “15.8. Si la Caducidad se produce después de iniciada la Explotación de la Etapa, para la determinación del monto a ser reconocido por el CONCEDENTE, se procederá de la siguiente manera:
(...)”

ii) Producida la Caducidad, se calculará el valor actual de las cuotas que faltaran cubrir por concepto de las inversiones previas al inicio de la Explotación (CVIE), desde el momento de la Caducidad hasta el final del plazo de la Concesión, según la siguiente fórmula (o su equivalente, la función VA de Excel):

$$VI_{\text{caducidad}} = CVI_E * \left[\frac{(1+r)^n - 1}{r * (1+r)^n} \right]$$

Donde:

$VI_{\text{caducidad}}$	Monto por caducidad
CVI_E	Monto por Caducidad a ser reconocido por el CONCEDENTE
r	Cuota mensual equivalente del VIE.
n	Tasa de Descuento para Efectos de Caducidad mensual.
	Número de meses entre la Caducidad y el plazo total de la Concesión.”

concesionarios para sustituir a la tasa LIBOR. En particular, se solicitó fundamentar por qué no se ha considerado emplear alguna de las alternativas de reemplazo de la tasa LIBOR propuestas por Transportadora Callao S.A.³² y DP World S.R.L.³³, las cuales también consideran modificaciones en las cláusulas sobre el cálculo de la compensación en caso de caducidad, pero con un *spread* menor sobre la tasa CME TERM SOFR a 6 meses.

116. Al respecto, mediante el Informe N° 1258-2023-MTC/19.02 proporcionó una explicación y un análisis sobre las propuestas formuladas por los Concesionarios. En particular, en los casos de las propuestas de DP World Callao S.R.L. y Terminales Portuarios Euroandinos S.A., el MTC señala que sus propuestas de *spread* fueron determinados de manera intuitiva y carecen de soporte técnico, y en el caso de la propuesta de Transportadora Callao S.A., el MTC señala que el componente AXI de su propuesta de tasa no proviene de una fuente pública.
117. Tomando en cuenta lo analizado previamente, se considera que la modificación propuesta en el Proyecto de Adenda N° 2 resultaría consistente, en la medida que se proporciona un parámetro de referencia que permite calcular el Monto por Caducidad por incumplimiento del Concesionario en ausencia de la tasa LIBOR. Asimismo, si bien el MTC ha proporcionado un análisis de las propuestas de modificación de las cláusulas de caducidad formuladas por otros concesionarios, se sugiere complementar dicho análisis de manera transversal a todos los contratos de concesión, considerando el potencial impacto en los compromisos contingentes.

c. Modificar la Cláusula 8.28 de la SECCIÓN VIII: EXPLOTACIÓN DE LA CONCESIÓN

118. En relación con la Cláusula 8.28 del Contrato de Concesión referida a las garantías, el Proyecto de Adenda N° 2 propone modificarla de la siguiente manera:

Contrato de Concesión	Proyecto de Adenda N° 2
<p><i>Sección VIII: Explotación de la Concesión EQUILIBRIO ECONÓMICO – FINANCIERO</i></p> <p><i>8.28 El presente Contrato de Concesión estipula un mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico-financiero al cual tendrán derecho la SOCIEDAD CONCESIONARIA y el CONCEDENTE en caso que la Concesión se vea afectada, exclusiva y explícitamente debido a cambios en las Leyes y Disposiciones Aplicables en la medida que tenga exclusiva relación a aspectos económicos financieros vinculados a la variación de ingresos o costos de la SOCIEDAD CONCESIONARIA.</i></p> <p><i>El equilibrio será restablecido siempre que las condiciones anteriores hayan tenido implicancias en la variación de ingresos o la variación de costos, o ambos a la vez, relacionados a los Servicios Estándar. Cualquiera de las Partes que considere que el equilibrio - económico financiero del Contrato de Concesión se ha visto afectado, podrá invocar su restablecimiento, proponiendo por</i></p>	<p><i>Sección VIII: Explotación de la Concesión EQUILIBRIO ECONÓMICO – FINANCIERO</i></p> <p><i>8.28 El presente Contrato de Concesión estipula un mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico-financiero al cual tendrán derecho la SOCIEDAD CONCESIONARIA y el CONCEDENTE en caso que la Concesión se vea afectada, exclusiva y explícitamente debido a cambios en las Leyes y Disposiciones Aplicables en la medida que tenga exclusiva relación a aspectos económicos financieros vinculados a la variación de ingresos o costos de la SOCIEDAD CONCESIONARIA.</i></p> <p><i>El equilibrio será restablecido siempre que las condiciones anteriores hayan tenido implicancias en la variación de ingresos o la variación de costos, o ambos a la vez, relacionados a los Servicios Estándar. Cualquiera de las Partes que considere que el equilibrio - económico financiero del Contrato de Concesión se ha visto afectado, podrá invocar su restablecimiento, proponiendo por</i></p>

³² Carta ADM-0004-23 de fecha 04 de enero 2023.

³³ Carta DALC.DPWC.067.2023 de fecha 09 de marzo de 2023 en la cual sustenta el valor de 0,2% para el *spread* de la CME Term SOFR a 6 meses.

Contrato de Concesión	Proyecto de Adenda N° 2
<p>escrito y con la suficiente sustentación las soluciones y procedimientos a seguir para su restablecimiento.</p> <p>(...)</p> <p>En el supuesto en el que la SOCIEDAD CONCESIONARIA 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 que determinó la procedencia del pedido, el monto a pagar a favor de la SOCIEDAD CONCESIONARIA aplicando los criterios de valorización previstos en la presente Cláusula e informará del resultado al CONCEDENTE, para que tome las medidas correspondiente y a la SOCIEDAD CONCESIONARIA. El pago sin considerar intereses se efectuará con cargo a la Retribución a pagar por la SOCIEDAD CONCESIONARIA en los doce (12) meses siguientes. 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. Para tal efecto, los recursos requeridos deberán ser considerados en el presupuesto del CONCEDENTE oportunamente. Por cualquier retraso se reconocerá un interés a la Tasa LIBOR más 1% sobre el saldo no pagado luego del periodo máximo de abono señalado.</p> <p>En el supuesto que el CONCEDENTE invoque 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, contados desde emitido su pronunciamiento, el monto a pagar a favor del CONCEDENTE, aplicando para tal efecto, los criterios de valorización previstos en la presente Cláusula e informará del resultado al CONCEDENTE y a la SOCIEDAD CONCESIONARIA para que tome las medidas correspondientes. El monto resultante será abonado por la SOCIEDAD CONCESIONARIA al CONCEDENTE dentro de los doce (12) meses siguientes a la determinación del monto a pagar. Por cualquier retraso se reconocerá un interés a la Tasa LIBOR más 1% sobre el saldo no pagado luego del periodo máximo de abono señalado.</p>	<p>escrito y con la suficiente sustentación las soluciones y procedimientos a seguir para su restablecimiento.</p> <p>(...)</p> <p>En el supuesto en el que la SOCIEDAD CONCESIONARIA 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 que determinó la procedencia del pedido, el monto a pagar a favor de la SOCIEDAD CONCESIONARIA aplicando los criterios de valorización previstos en la presente Cláusula e informará del resultado al CONCEDENTE, para que tome las medidas correspondiente y a la SOCIEDAD CONCESIONARIA. El pago sin considerar intereses se efectuará con cargo a la Retribución a pagar por la SOCIEDAD CONCESIONARIA en los doce (12) meses siguientes. 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. Para tal efecto, los recursos requeridos deberán ser considerados en el presupuesto del CONCEDENTE oportunamente. Por cualquier retraso se reconocerá un interés a la Tasa de Referencia más 1 % sobre el saldo no pagado luego del periodo máximo de abono señalado.</p> <p>En el supuesto que el CONCEDENTE invoque 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, contados desde emitido su pronunciamiento, el monto a pagar a favor del CONCEDENTE, aplicando para tal efecto, los criterios de valorización previstos en la presente Cláusula e informará del resultado al CONCEDENTE y a la SOCIEDAD CONCESIONARIA para que tome las medidas correspondientes. El monto resultante será abonado por la SOCIEDAD CONCESIONARIA al CONCEDENTE dentro de los doce (12) meses siguientes a la determinación del monto a pagar. Por cualquier retraso se reconocerá un interés a la Tasa de Referencia más 1% sobre el saldo no pagado luego del periodo máximo de abono señalado.</p>

Contrato de Concesión	Proyecto de Adenda N° 2
<p><i>En la misma oportunidad que el CONCEDENTE o la SOCIEDAD CONCESIONARIA invoquen el restablecimiento del equilibrio económico - financiero, se dirigirán al REGULADOR para que emita su opinión técnica dentro del plazo señalado en la presente Cláusula, de conformidad con sus competencias legalmente atribuidas en esta materia, aplicándose la Sección XIV en lo que corresponda.</i></p> <p>(...)"</p>	<p><i>En la misma oportunidad que el CONCEDENTE o la SOCIEDAD CONCESIONARIA invoquen el restablecimiento del equilibrio económico - financiero, se dirigirán al REGULADOR para que emita su opinión técnica dentro del plazo señalado en la presente Cláusula, de conformidad con sus competencias legalmente atribuidas en esta materia, aplicándose la Sección XIV en lo que corresponda.</i></p> <p>(...)"</p>

119. Con relación a la modificación de la Cláusula 8.28 del Contrato de Concesión, referida al restablecimiento del equilibrio económico financiero, la única modificación se da en la sustitución de la tasa LIBOR por la Tasa de Referencia (CME TERM SOFR a 6 meses más un *spread* de 0,42826%). 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 de Referencia (definida en la Cláusula 1.23.69 del Contrato de Concesión) más 1%, en lugar de emplear como referencia a la tasa LIBOR a 6 meses más 1%.

120. Sobre el particular, considerando lo analizado previamente sobre la sustitución de la tasa LIBOR por la Tasa de Referencia, se considera que la modificación sería 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.

d. Modificar el Anexo 10 sobre el MODELO DE GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

121. En relación con el Anexo 10 del Contrato de Concesión referido al modelo de garantía de fiel cumplimiento del contrato, el Proyecto de Adenda N°2 propone modificar dichos anexos de la siguiente manera:

Contrato de Concesión	Proyecto de Adenda N° 2
<p>“ANEXO 10: MODELO DE GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN (...)</p> <p><i>La presente fianza también garantizará el correcto y oportuno cumplimiento de las obligaciones a cargo de la SOCIEDAD CONCESIONARIA establecidas en virtud de las disposiciones contenidas en el Texto Único Ordenado de normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas e infraestructura y de servicios públicos aprobado mediante Decreto Supremo No. 059-96-PCM.</i></p> <p><i>Para honrar la presente fianza a favor de ustedes bastará un requerimiento escrito por conducto notarial del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN) la cual deberá estar firmada por el Presidente de su Consejo Directivo o alguna persona debidamente autorizada por este organismo. El pago se hará</i></p>	<p>“ANEXO 10: MODELO DE GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN (...)</p> <p><i>La presente fianza también garantizará el correcto y oportuno cumplimiento de las obligaciones a cargo de la SOCIEDAD CONCESIONARIA establecidas en virtud de ley que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado por Decreto Legislativo N.° 1362, o norma que la sustituya.</i></p> <p><i>Para honrar la presente fianza a favor de ustedes bastará un requerimiento escrito por conducto notarial del CONCEDENTE, la cual deberá estar firmada por alguna persona debidamente facultada. El pago se hará efectivo dentro de las 24 horas siguientes a su requerimiento en nuestras oficinas ubicadas en</i></p>

Contrato de Concesión	Proyecto de Adenda N° 2
<p>efectivo dentro de las 24 horas siguientes a su requerimiento en nuestras oficinas ubicadas en</p> <p>Toda demora de nuestra parte para honrarla devengará un interés equivalente a la LIBOR a seis (6) meses, 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.</p> <p style="text-align: right;">(...)"</p>	<p>Toda demora de nuestra parte para honrarla devengará un interés equivalente a la Tasa de Referencia, 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.</p> <p style="text-align: right;">(...)"</p>

122. En el Proyecto de Adenda N° 2 se propone modificar el Anexo 10 del Contrato de Concesión, en el extremo referido a la normativa en cuyo marco se desarrollan las obligaciones del Concesionario, considerando que dicha modificación responde a la actualización de la normativa vigente que regula las Asociaciones Público Privadas, como lo constituye el Contrato de Concesión.
123. En el referido Anexo 10, se propone el cambio de la entidad pública que efectuará el requerimiento escrito a la Entidad Bancaria, a efectos de honrar la Carta Fianza. Sobre el particular, se debe recordar que a través del Oficio N° 00102-2023-GG-OSITRAN, se solicitó al MTC remitir la evaluación y sustento de la modificación propuesta, siendo que en el Informe N° 1258-2023- MTC/19.02 adjunto al Oficio N° 1285-2023-MTC/19, el MTC indicó lo siguiente³⁴:

“Al respecto, es preciso indicar que en primer lugar, el cambio propuesto está considerando la función supervisora del Regulador, la cual está plasmada en la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, la cual establece lo siguiente:

“Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes: a) Administrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito. (...) (énfasis nuestro)”

Partiendo de lo anterior, tenemos que el Regulador es la entidad competente de advertir los incumplimientos contractuales dada su función supervisora.

Por otro lado, la Carta Fianza cumple con el objetivo de garantizar el cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión, así como las penalidades establecidas en el mismo.

Por lo expuesto, considerando que el Regulador es el encargado de verificar el correcto cumplimiento de la obligación del Concesionario respecto a la Carta Fianza y el Concedente es el titular de la Garantía indicada, resulta preciso que sea el Concedente quien instrumentalice la ejecución de la respectiva Carta Fianza.”

[Subrayado agregado.]

124. Al respecto, se debe considerar que la Cláusula 17.4³⁵ del Contrato de Concesión

³⁴ Ver página 15 y 16 del Informe N° 1258-2023- MTC/19.02.

³⁵ **Contrato de Concesión:**

*“17.4. En consideración a lo dispuesto en la presente Cláusula, las Partes expresamente convienen que el CONCEDENTE podrá modificar el presente Contrato de Concesión, previo acuerdo con la SOCIEDAD CONCESIONARIA. Concordante con ello, OSITRAN emitirá opinión técnica respecto al acuerdo al que hayan arribado las Partes, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula 17.1. **Asimismo, dicha modificación deberá ser necesaria y encontrarse debidamente sustentada, para:***

i) Que la SOCIEDAD CONCESIONARIA pueda obtener el Endeudamiento Garantizado Permitido; o
ii) Que esté relacionado con la naturaleza de la garantía que se otorgue a los Acreedores Permitidos, de acuerdo a lo previsto en la Cláusula 10.3; o

establece que la modificación contractual deberá ser necesaria y encontrarse debidamente sustentada a efectos de:

- i. Que la Sociedad Concesionaria pueda obtener el Endeudamiento Garantizado Permitido; o
- ii. Que esté relacionado con la naturaleza de la garantía que se otorgue a los Acreedores Permitidos, de acuerdo a lo previsto en la Cláusula 10.3; o
- iii. Adecuar el Contrato de Concesión a cambios tecnológicos o nuevas circunstancias que se produzcan durante la vigencia de la Concesión o sus prórrogas y que las Partes no puedan razonablemente conocer o prever en la Fecha de Suscripción de los Contratos.
- iv. Restablecer el equilibrio económico - financiero, de acuerdo con lo previsto en la Cláusula 8.28.

125. En el presente caso, el sustento expresado por el Concedente referido a que Ositrán es el encargado de verificar el correcto cumplimiento de la obligación del Concesionario respecto a la Carta Fianza, siendo el Concedente el titular de la misma; no se adecuaría a ninguno de los presupuestos de modificación contractual previstos en los numerales i al iv de la Cláusula 17.4 del Contrato de Concesión, en tanto que la alegada función de supervisión del Ositrán y la calidad de titular de la garantía de Fiel Cumplimiento que ostenta el Concedente, no corresponden a “nuevas circunstancias producidas durante la vigencia de la Concesión” sino a una situación existente a la suscripción del Contrato de Concesión.
126. De otro lado, con relación a la sustitución de la tasa LIBOR por la Tasa de Referencia (CME TERM SOFR a 6 meses más un *spread* de 0,42826%), esta se emplea para calcular los intereses que debe pagar el emisor de la carta fianza en caso de demora en honrarla. 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 de Referencia (definida en la Cláusula 1.23.69 del Contrato de Concesión) más un margen de 3%.
127. Al respecto, considerando lo analizado en lo referido la modificación de la Cláusula 1.23.69 del Contrato de Concesión sobre la sustitución de la tasa LIBOR por la Tasa de Referencia, 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.
128. Sin perjuicio de lo anterior, se reiteran las recomendaciones detalladas en la sección de análisis de la modificación de la tasa LIBOR (Cláusula 1.23.69).

e. Sobre la Cláusula Cuarta del Proyecto de Adenda N° 2: Anexos a la Adenda

129. En la Cláusula Cuarta del Proyecto de Adenda N° 2 se indica lo siguiente respecto de los Anexos a la Adenda:

“Las Partes acuerdan considerar como Anexo a la presente Adenda el Anexo 1 constituido por Anexo 10: Modelo de Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de

iii) Adecuar el Contrato de Concesión a cambios tecnológicos o nuevas circunstancias que se produzcan durante la vigencia de la Concesión o sus prórrogas y que las Partes no puedan razonablemente conocer o prever en la Fecha de Suscripción de los Contratos.

iv) Restablecer el equilibrio económico - financiero, de acuerdo con lo previsto en la Cláusula 8.28. “

[Subrayado y énfasis agregado]

Concesión, modificado en lo pertinente de acuerdo a lo expuesto en las cláusulas precedentes.”

130. Sobre la Cláusula Cuarta del Proyecto de Adenda N° 2 no se formulan observaciones, en la medida que corresponde a la implementación de las modificaciones propuestas en el Anexo 10 del Contrato de Concesión a efectos de guardar concordancia con la modificación planteada.

f. Sobre la Cláusula Quinta del Proyecto de Adenda N° 2: Presentación de la Nueva Carta Fianza de Fiel Cumplimiento

131. En la Cláusula Quinta del Proyecto de Adenda N° 2 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 01 de agosto de 2023, la SOCIEDAD CONCESIONARIA 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, considerando el plazo remanente de su vigencia.”

132. Sobre la Cláusula Quinta del Proyecto de Adenda N° 2, 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 de Referencia, para lo cual se proporciona un plazo de treinta (30) días hábiles, en caso la adenda sea suscrita con posterioridad al 01 de agosto 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 N° 2: Reglas de Interpretación de la Adenda

133. En la Cláusula Sexta del Proyecto de Adenda N° 2 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.”

134. El Proyecto de Adenda N° 2 incorpora como criterio de interpretación que el texto de la Adenda prima sobre el contenido del Contrato, Bases y/o Circulares.

135. 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 N° 2: Declaración

136. En la Cláusula Séptima del Proyecto de Adenda N° 2 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.”

137. Al respecto, queda claro que el contenido de la Cláusula Séptima 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.

i. Sobre la Cláusula Octava del Proyecto de Adenda N° 2: Validez del Contrato

138. En la Cláusula Octava del Proyecto de Adenda N° 2 se indica lo siguiente respecto de la validez de la adenda:

“Las Partes declaran expresamente que fuera de las modificaciones formalizadas en el presente instrumento, las demás disposiciones del CONTRATO permanecen vigentes y con plena validez.”

139. En la citada cláusula se observa que las Partes declaran que fuera de las modificaciones formalizadas en el Proyecto de Adenda N° 2, las demás disposiciones del Contrato de Concesión permanecen vigentes, siendo esta una declaración formal, no corresponde emitir opinión al respecto.

j. Sobre la Cláusula Novena del Proyecto de Adenda N° 2: Vigencia de la Adenda

140. En la Cláusula Novena del Proyecto de Adenda N° 2 se indica lo siguiente respecto de la vigencia de la adenda:

“El presente instrumento entrará en vigencia desde la fecha de suscripción por las Partes.

Firmad en Lima, en (4) ejemplares originales, a los [] días del mes de [*] de 20[*].”*

141. Al respecto, se considera que dicha cláusula guarda concordancia con lo señalado en la Cláusula 17.2 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

142. La solicitud de opinión técnica respecto del Proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión para el diseño, Construcción, financiamiento, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao, cumple con los requisitos de admisibilidad previstos en el referido Contrato y en las Leyes y Disposiciones Aplicables.

143. Es preciso indicar que es responsabilidad del MTC el cumplimiento del marco normativo previsto en el D. Leg. 1362 y su Reglamento, que regula el procedimiento de

modificaciones 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.

144. En el Proyecto de Adenda N° 2, las Partes plantean modificar las Cláusulas 1.23.69 y 1.23.103 de la Sección I, la Cláusula 8.28 de la Sección VIII, y el Anexo 10: Modelo de Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión. Adicionalmente, en la Cláusula Quinta del Proyecto de Adenda N° 2 se plantea que, si la presente adenda se firmara con fecha posterior al 01 de agosto 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, considerando el plazo remanente de su vigencia.
145. Con base al 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 N° 2 al Contrato de Concesión:

a. Modificar el índice y la Cláusula 1.23.69 referida a la definición de la tasa LIBOR

Sobre la modificación de la Cláusula 1.23.69 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 la Cláusula 1.23.103 referida a la definición de la tasa de descuento para efectos de Caducidad

Con relación a la modificación de la Cláusula 1.23.103 del Contrato de Concesión, referida a la tasa de descuento para efectos de caducidad, la única modificación se da en la sustitución de la tasa LIBOR por la Tasa de Referencia, para el escenario contemplado en la Cláusula 15.1.3 del Contrato de Concesión, de caducidad en el caso incumplimiento de la sociedad concesionaria.

Se considera que la modificación resultaría consistente, en la medida que se proporciona un parámetro de referencia que permite calcular el Monto por Caducidad por incumplimiento del Concesionario en ausencia de la tasa LIBOR. Sin perjuicio de ello, se recomienda efectuar una evaluación de manera transversal a todos los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público, sobre la modificación de las cláusulas de caducidad, considerando el impacto en los pasivos contingentes.

c. Modificar la Cláusula 8.28 de la SECCIÓN VIII: EXPLOTACIÓN DE LA CONCESIÓN

Con relación a la modificación de la Cláusula 8.28 del Contrato de Concesión, referida al restablecimiento del equilibrio económico financiero, consideramos que la propuesta

sería 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.

d. Modificar el Anexo 10 sobre el MODELO DE GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

En el Proyecto de Adenda N° 2 se propone modificar el Anexo 10, en el extremo referido a la normativa en cuyo marco se desarrollan las obligaciones del Concesionario, considerando que dicha modificación responde a la actualización de la normativa vigente que regula las Asociaciones Público Privadas, como lo constituye el Contrato de Concesión.

Por otro lado, en el mismo Anexo 10 se propone el cambio de la entidad pública que efectuará el requerimiento escrito a la Entidad Bancaria a efectos de honrar la Carta Fianza. El sustento expresado por el Concedente referido a que Ositrán es el encargado de verificar el correcto cumplimiento de la obligación del Concesionario respecto a la Carta Fianza, siendo el Concedente el titular de la misma; no se adecúa a ninguno de los presupuestos de modificación contractual previstos en los numerales i al iv de la Cláusula 17.4, en tanto que la alegada función de supervisión del Ositrán y la calidad de titular de la garantía de Fiel Cumplimiento que ostenta el Concedente no corresponden a “nuevas circunstancias producidas durante la vigencia de la Concesión”, sino a una situación existente a la suscripción del Contrato de Concesión.

Con relación a la sustitución de la tasa LIBOR por la Tasa de Referencia, consideramos que la modificación sería 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.

e. Sobre la Cláusula Cuarta del Proyecto de Adenda N° 2: Anexos a la Adenda

Sobre la Cláusula Cuarta del Proyecto de Adenda N° 2 no se formulan observaciones, en la medida que corresponde a la implementación de las modificaciones propuestas al Anexo 10 del Contrato de Concesión.

f. Sobre la Cláusula Quinta del Proyecto de Adenda N° 2: Presentación de la Nueva Carta Fianza de Fiel Cumplimiento

No se formulan observaciones al respecto a la Cláusula Quinta del Proyecto de Adenda N° 2, 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 de Referencia. 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 N° 2: 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 N° 2: Declaración

La Cláusula Séptima 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.

i. **Sobre la Cláusula Octava del Proyecto de Adenda N° 2: Validez del Contrato**

Las Partes declaran que fuera de las modificaciones formalizadas en el Proyecto de Adenda N° 2, las demás disposiciones del Contrato de Concesión permanecen vigentes, por lo que siendo esta una declaración formal, no es posible emitir opinión al respecto.

j. **Sobre la Cláusula Novena del Proyecto de Adenda N° 2: Vigencia de la Adenda**

Esta cláusula guarda concordancia con lo señalado en la Cláusula 17.2 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° 2 al Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao.

Atentamente,

Firmado por
MELINA CALDAS CABRERA
Gerente de Regulación y Estudios Económicos (e)
Gerencia de Regulación y Estudios Económicos

Firmado por
CARLOS ALIAGA CALDERÓN
Gerente de Supervisión y Fiscalización (e)
Gerencia de Supervisión y Fiscalización

Firmado por
JAVIER CHOCANO PORTILLO
Gerente de Asesoría Jurídica
Gerencia de Asesoría Jurídica

Visado por
JUAN CARLOS AMES SANTILLÁN
Analista Regulatorio Financiero
Gerencia de Regulación y Estudios Económicos

Visado por
JOSUÉ ZAVALA MEDINA
Analista de Regulación III
Gerencia de Regulación y Estudios Económicos

Visado por
HANZ VILCAPOMA VIRRUETA
Analista de Contratos Portuarios
Gerencia de Supervisión y Fiscalización

Visado por
BORIS CORDOVA CHUQUIVAL
Supervisor Económico Financiero
Gerencia de Supervisión y Fiscalización

Visado por
ANGELA VENTURI MOQUILLAZA
Abogada Senior Portuario
Gerencia de Supervisión y Fiscalización

Visado por
RICHARD BUSTAMANTE CHAVEZ
Analista Económico
Gerencia de Supervisión y Fiscalización

Visado por
TITO JIMÉNEZ CERRÓN
Jefe de Asuntos Jurídico Contractuales
Gerencia de Asesoría Jurídica

Visado por
CLAUDIA VENEGAS DELGADO
Abogada Senior
Gerencia de Asesoría Jurídica

Visado por
ANNIE CHERO LOPEZ
Analista Legal
Gerencia de Asesoría Jurídica

Número de Trámite: 2023047447

Se adjuntan:

- Resumen Ejecutivo
- Proyecto de Acuerdo de Consejo Directivo