



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRÁN

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

**ACUERDO N° 2551-802-2023-CD-OSITRAN
de fecha 12 de julio de 2023**



Firmado por:
ESCALANTE
MELCHORS Maria
Cristina FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 13/07/2023
10:23:12 -0500

Visto el Informe Conjunto N° 00106-2023-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° 3 al Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores ubicado adyacente al rompeolas sur del Terminal Portuario del Callao - Zona Sur, 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 del Ositrán acordó por unanimidad:

- a) Aprobar el Informe Conjunto N° 00106-2023-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ) y, en consecuencia, emitir opinión técnica no vinculante del Regulador respecto del Proyecto de Adenda N° 3 al Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores ubicado adyacente al rompeolas sur del Terminal Portuario del Callao - Zona Sur.
- 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° 00106-2023-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
MARÍA CRISTINA ESCALANTE MELCHORS
Secretaria del Consejo Directivo
Secretaría del Consejo Directivo



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



**INFORME CONJUNTO N° 00106-2023-IC-OSITRAN
(GRE-GSF-GAJ)**

Firmado por:
JARAMILLO
TARAZONA
Francisco FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 10/07/2023
12:15:36 -0500

Firmado por:
QUESADA ORE
Luis Ricardo FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 10/07/2023
12:33:14 -0500

Firmado por:
CHOCANO PORTILLO
Javier Eugenio Manuel
Jose FAU
20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 10/07/2023
13:29:24 -0500

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

Asunto : Opinión sobre el Proyecto de Adenda N° 3 al Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur
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° 2123-2023-MTC/19 (28.06.2023)
b) Oficio N° 2114-2023 MTC/19 (28.06.2023)
c) Oficio N° 0790-2023-APN-GG-UAJ (26.06.2023)
d) Oficio N° 1862-2023-MTC/19 (06.06.2023)
e) Oficio Múltiple N° 0067-2023-MTC/19 (06.06.2023)
f) Oficio N°1845-2023-MTC/19 (05.06.2023)
g) Carta DALC.DPWC.150.2023 (02.06.2023)
h) Oficio N°1446-2023-MTC/19 (08.05.2023)
i) Carta DALC.DPWC.124.2023 (04.05.2023)
j) Oficio N° 1288-2023-MTC/19 (20.04.2023)
k) Carta DALC.DPWC.67.2023 (15.03.2023)
l) Oficio N° 764-2023-MTC/19.02 (28.02.2023)
m) Oficio N° 765-2023-MTC/19.02 (28.02.2023)
n) Oficio N° 766-2023-MTC/19.02 (28.02.2023)
o) Oficio N° 767-2023-MTC/19.02 (28.02.2023)
p) Oficio N° 768-2023-MTC/19.02 (28.02.2023)
q) Oficio N° 769-2023-MTC/19.02 (28.02.2023)
r) Carta DALC.DPWC.038.2023 (27.02.2023)

Visado por: VENEGAS DELGADO
Claudia Elizabeth FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 10/07/2023 14:57:10 -0500

Visado por: VILCAPOMA VIRRUETA
Hanz Joel FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 10/07/2023 13:00:56 -0500

Visado por: VENTURI MOQUILLAZA
Angela Rita FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 10/07/2023 12:49:13 -0500

Fecha : 10 de julio de 2023

Visado por: JIMENEZ CERRON
Tito Fernando FIR 10790733 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 10/07/2023 12:45:27 -0500

I. OBJETO

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° 2123-2023-MTC/19¹, respecto del Proyecto de Adenda N° 3 al Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores ubicado adyacente al rompeolas sur del Terminal Portuario del Callao - Zona Sur (en adelante, el Proyecto de Adenda).

Visado por: CHERO LOPEZ Annie
Yuleidy FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 10/07/2023 12:36:29 -0500

Visado por: AMES SANTILLAN
Juan Carlos FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 10/07/2023 12:27:44 -0500

Visado por: CORDOVA CHUQUIVAL
Boris Andre FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 10/07/2023 12:24:30 -0500

II. ANTECEDENTES

2. Con fecha 24 de julio de 2006, el Estado de la República del Perú (en adelante, el Concedente), representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el MTC) quien a su vez actuó a través de la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, la APN) y DP World Callao S.A. (en adelante, el Concesionario); suscribieron el Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores ubicado adyacente al rompeolas sur del Terminal Portuario del Callao - Zona Sur (en adelante, Contrato de Concesión).

Visado por: BUSTAMANTE CHAVEZ
Richard FIR 44800059 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 10/07/2023 12:21:30 -0500

Visado por: ALIAGA CALDERON
Carlos Ricardo FIR 09857290 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 10/07/2023 12:09:08 -0500

Visado por: GUTIERREZ DAMAZO
JOSE ANTONIO FIR 07476287 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 10/07/2023 12:06:26 -0500

Visado por: CALDAS CABRERA
Daisy Melina FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 10/07/2023 12:02:14 -0500

¹ Cabe mencionar que el MTC mediante el Oficio N° 2123-2023-MTC/19 recibido el 28.06.2023, subsanó el Oficio N° 2114-2023-MTC/19 recibido el mismo 28.06.2023.

Visado por: ZAVALETA MEDINA Josue
Mack Linder FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 10/07/2023 11:58:05 -0500

3. El 11 de marzo de 2010, el Concedente y el Concesionario suscribieron la Adenda N° 1 al Contrato de Concesión.
4. El 27 de febrero de 2020, el Concedente y el Concesionario suscribieron la Adenda N° 2 al Contrato de Concesión
5. 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 *London Interbank Offered Rate* (en adelante, tasa LIBOR) dejará de publicarse.
6. 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).
7. El 27 de febrero de 2023, a través de la Carta DALC.DPWC.038.2023, el Concesionario remitió a la Dirección General de Programas y Proyectos de Transportes del MTC (en adelante, la DGPPT del MTC) la propuesta de Adenda N° 3 al Contrato de Concesión para reemplazar la Tasa LIBOR por la aplicación de la *Secured Overnight Financing Rate* (en adelante, tasa SOFR), más un margen o *spread* de 3,20%.
8. Mediante Oficio N° 0767-2023-MTC/19.02 de fecha 28 de febrero de 2023, la Dirección de Inversión Privada en Transportes del MTC solicitó al Concesionario el sustento de la propuesta de Adenda N° 3 al Contrato de Concesión.
9. A través de los Oficios N° 0764-2023-MTC/19.02, N° 0765-2023-MTC/19.02, N° 0766-2023-MTC/19.02, N° 0768-2023-MTC/19.02, N° 0769-2023-MTC/19.02, de fecha 28 de febrero de 2023, el MTC convocó a la Contraloría General de la República, al Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, MEF), al Ositrán, al Concesionario y a la APN, respectivamente, a la primera reunión de evaluación conjunta, para el día 10 de marzo de 2023.
10. El 15 de marzo de 2023, mediante la Carta DALC.DPWC.67.2023, el Concesionario remitió al MTC, el sustento de la propuesta de Adenda N° 3 al Contrato de Concesión.
11. Mediante Oficio N° 1288-2023-MTC/19 de fecha 20 de abril de 2023, la DGPPT del MTC remitió al Concesionario una nueva versión de la propuesta de Adenda N° 3 al Contrato de Concesión, a fin de solicitar su conformidad.
12. El 04 de mayo de 2023, mediante la Carta DALC.DPWC.124.2023, el Concesionario informó a la DGPPT del MTC que el texto de la propuesta de la Adenda N° 3 al Contrato de Concesión sería evaluado por su Comité Ejecutivo.
13. A través del Oficio N° 1446-2023-MTC/19 de fecha 08 de mayo de 2023, la DGPPT del MTC remitió al Concesionario una nueva versión de la propuesta de Adenda N° 3 al Contrato de Concesión, a fin de solicitar su conformidad.
14. El 02 de junio de 2023, mediante Carta N° DALC.DPWC.150.2023, el Concesionario remitió a la DGPPT del MTC la versión actualizada de la propuesta de Adenda N° 3 al Contrato de Concesión.
15. Mediante el Oficio N° 1845-2023-MTC/19 de fecha 05 de junio de 2023, la DGPPT del MTC comunicó a la APN que, con fecha 02 de junio de 2023, se dio por finalizada la evaluación conjunta de la propuesta de Adenda N° 3 al Contrato de Concesión y le solicitó remitir el informe técnico legal de sustento correspondiente.

16. A través del Oficio Múltiple N° 0067-2023-MTC/19 y el Oficio N° 1862-2023-MTC/19 de fecha 06 de junio de 2023, la DGPPT del MTC comunicó a la Contraloría General de la República, al Ositrán, al Ministerio de Economía y Finanzas y al Concesionario que, con fecha 02 de junio de 2023, se dio por finalizada la evaluación conjunta del proyecto de Adenda N° 3 al Contrato de Concesión.
17. Mediante Oficio N° 0790-2023-APN-GG-UAJ de fecha 26 de junio de 2023, la APN remitió a la DGPPT del MTC: (i) la Certificación de Acuerdo de Directorio N° 0021-2023-APN-PD, (ii) el Informe Técnico Legal N° 0058-2023-APN-UAJ-DIPLA-DITEC y (iii) el texto del proyecto de Adenda N° 3, visado.
18. El 28 de junio de 2023, a través del Oficio N° 2114-2023-MTC/19, la DGPPT del MTC remitió al Ositrán el Informe N° 1871-2023-MTC/19.02, que sustentaría las modificaciones contractuales propuestas a la versión original del Contrato Concesión; y solicitó su opinión previa no vinculante a fin de continuar con el trámite del proceso de modificación contractual.
19. El 28 de junio de 2023, a través del Oficio N° 2123-2023-MTC/19, la DGPPT del MTC subsanó el Oficio N° 2114-2023-MTC/19 y remitió al Ositrán el Informe N° 1973-2023-MTC/19.02, que sustenta el Proyecto de Adenda N° 3; y solicitó su opinión previa no vinculante a fin de continuar con el trámite del proceso de modificación contractual.

III. MARCO LEGAL Y CONTRACTUAL APLICABLE

III.1. Sobre la modificación del Contrato de Concesión

20. 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.]

21. 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 modificaciones contractuales, 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.
22. 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.
23. 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 Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, establece lo siguiente:

“Artículo 7.- Funciones

7.1 Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

f) Emitir opinión técnica sobre la procedencia de la renegociación o revisión de los contratos de concesión. En caso ésta sea procedente, elaborará un informe técnico correspondiente y lo trasladará al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.

(...)”

[Subrayado agregado.]

24. 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-PCM² 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, debe 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.]

25. 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;

(...)”

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

“SECCIÓN XVII: MODIFICACIONES AL CONTRATO

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

De conformidad con el Artículo 33 del Reglamento del TUO, el CONCEDENTE

² Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el día 27 de julio de 2006.

podrá modificar el presente Contrato, previo acuerdo con el CONCESIONARIO, cuando ello resulte necesario, respetando en lo posible su naturaleza, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico - financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.

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

- i) Que el CONCESIONARIO pueda obtener el Endeudamiento Garantizado Permitido; o
- ii) Que esté relacionado con la naturaleza de la garantía que se otorgue a los Acreedores Permitidos, de acuerdo a lo previsto en la Sección X de este Contrato; o
- iii) Adecuar el Contrato a cambios tecnológicos o nuevas circunstancias que se produzcan durante la vigencia de la Concesión o sus prórrogas y que las Partes no puedan razonablemente conocer o prever en la Fecha de Suscripción del Contrato.
- iv) Restablecer el equilibrio económico - financiero, de acuerdo con lo previsto en la Cláusula 8.21 y 8.22.”

27. En lo que respecta a la referencia normativa que se hace en el numeral 17.1 de la Sección XVII del Contrato de Concesión, corresponde tener en cuenta que el Reglamento del TUO (Reglamento del 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) aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM, fue derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Supremo N° 410-2015-EF³, el cual, a su vez, fue derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Supremo N° 240-2018-EF⁴, norma que reglamenta el Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.
28. En ese sentido, el Decreto Legislativo N° 1362 establece en sus numerales del 55.1 al 55.10 lo siguiente:

“Artículo 55.- Modificaciones contractuales

55.1 El Estado, de común acuerdo con el inversionista, puede modificar el contrato de Asociación Público Privada, manteniendo su equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, conforme a las condiciones y requisitos que establece el Reglamento.

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

³ **Decreto Supremo N° 410-2015-EF:**
“DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA ÚNICA.

Derógase el Decreto Supremo N° 060-96-PCM, que aprueba el Reglamento del 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 servicios públicos”

⁴ **Decreto Supremo N° 240-2018-EF:**
“DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA ÚNICA. Derogación de normas

Derógase el Decreto Supremo N° 410-2015-EF, que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.”

- 55.3 Dentro del plazo establecido en el Reglamento, Proinversión emite opinión no vinculante en los contratos de Asociación Público Privada cuyo proceso de promoción estuvo a su cargo.
- 55.4 Culminado el proceso de evaluación conjunta, la entidad pública titular del proyecto evalúa y sustenta las modificaciones contractuales; asimismo, solicita la opinión no vinculante del organismo regulador respectivo, así como la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, en caso se involucren materias de competencia de este último.
- 55.5 Los acuerdos que contienen modificaciones al contrato de Asociación Público Privada sobre materias de competencia del Ministerio de Economía y Finanzas, que no cuenten con su opinión previa favorable, no surten efectos y son nulos de pleno derecho.
- 55.6 Recabadas las opiniones del organismo regulador y del Ministerio de Economía y Finanzas, la entidad titular del proyecto solicita a la Contraloría General de la República la emisión del Informe Previo, en caso las modificaciones incorporen o 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.]

29. 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.”*

30. 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:
- La corrección de errores materiales.
 - Hechos sobrevinientes a la adjudicación de la buena pro que generan modificaciones imprescindibles para la ejecución del proyecto.
 - La precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato.
 - El restablecimiento del equilibrio económico financiero, siempre y cuando resulte estrictamente de la aplicación del contrato suscrito.
31. 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.

32. 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.
33. 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. Así pues, conforme al numeral 55.4 del artículo 55 del D. Leg. N° 1362 y al 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.
34. 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.
35. 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 de que las modificaciones contractuales generen o involucren cambios en:*

1. *Cofinanciamiento,*
2. *Garantías,*

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

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 l) del artículo 22 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. Dicho informe previo no es vinculante, sin perjuicio de control posterior.*
- 138.12 *El plazo para la emisión del informe previo es de diez (10) días hábiles. La Contraloría General de la República cuenta con tres (03) días hábiles de recibida la información para requerir por única vez mayor información. En este caso, el cómputo del plazo se suspende desde el día de efectuada la notificación de información adicional, reanudándose a partir del día hábil siguiente de recibida la información requerida.”*

36. 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.
37. Al respecto, mediante el Oficio N° 2123-2023-MTC/19⁶, notificado al Ositrán el 28 de junio de 2023, el MTC solicitó al Ositrán la opinión previa no vinculante al Proyecto de Adenda, para lo cual remitió el Informe Técnico Legal N° 1973- 2023-MTC/19.02.
38. En tal sentido, el plazo para que este Regulador cumpla con emitir la opinión solicitada

⁶ El Oficio N° 2123-2023-MTC/19 recibido el 28.06.2023 subsanó el Oficio N° 2114-2023-MTC/19 presentado por la DGPPT del MTC el mismo 28.06.2023.

vence el 14 de julio de 2023.⁷

39. Así pues, atendiendo a lo requerido por el MTC y tomando en cuenta las normas antes señaladas, en los siguientes acápite se procederá a emitir la opinión técnica no vinculante solicitada al Regulador respecto del Proyecto de Adenda 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

40. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Ley N° 26917, 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.
41. 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 que el Consejo Directivo debe 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.
42. 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.
43. Como puede advertirse, el marco legal vigente de cumplimiento obligatorio para las Entidades Prestadoras, entre las que se encuentra el Concesionario, establece que corresponde a este Regulador emitir opinión técnica en el caso de modificación del Contrato de Concesión.
44. 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.
45. En concreto, el numeral 6.2 de dichos Lineamientos prevé que en caso de los supuestos de modificación sustancial, la opinión de Ositrán 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.
46. En lo que respecta específicamente al Contrato de Concesión materia de modificación, nuevamente debemos remitirnos a lo que en la Sección XVII del mismo se establece:

“SECCIÓN XVII: MODIFICACIONES AL CONTRATO

17.1 Toda solicitud de enmienda, adición o modificación del presente Contrato deberá ser presentada al REGULADOR, con copia para la otra Parte, con el debido sustento. El CONCEDENTE o el CONCESIONARIO resolverán la solicitud contando con la opinión del REGULADOR. El acuerdo de modificación será

⁷ Ello en la medida que el 30 de junio de 2023 es considerado como día no hábil, de acuerdo con lo dispuesto mediante Decreto Supremo N° 151-2022-PCM, publicado en el diario oficial El Peruano el 29 de diciembre de 2022.

obligatorio para las Partes solamente si consta por escrito y es firmado por los representantes debidamente autorizados de las Partes.

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

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

- i) Que el CONCESIONARIO pueda obtener el Endeudamiento Garantizado Permitido; o
- ii) Que esté relacionado con la naturaleza de la garantía que se otorgue a los Acreedores Permitidos, de acuerdo a lo previsto en la Sección X de este Contrato; o
- iii) Adecuar el Contrato a cambios tecnológicos o nuevas circunstancias que se produzcan durante la vigencia de la Concesión o sus prórrogas y que las Partes no puedan razonablemente conocer o prever en la Fecha de Suscripción del Contrato.
- iv) Restablecer el equilibrio económico - financiero, de acuerdo con lo previsto en la Cláusula 8.21 y 8.22.”

47. Sobre el particular, debemos recordar lo dispuesto por el artículo 138.1 y 138.3 del Reglamento del D. Leg. N° 1362:

“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”.

(...)

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

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

50. 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.

51. 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 con el 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 a la Constitución, 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° 26917⁸ y Ley N° 27332⁹.

IV.1. Análisis de Admisibilidad

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

52. De la lectura conjunta del marco normativo aplicable a la modificación de los Contratos de Asociación Público Privadas, conformado por el D. Leg. N° 1362, el Reglamento del D. Leg. N° 1362 y la Sección XVI del Contrato de Concesión, se colige que el procedimiento para la evaluación de toda solicitud de enmienda, adición o modificación del indicado contrato presentado por el Concesionario está sujeta al cumplimiento de las siguientes condiciones:
- Cumplimiento del límite temporal para la suscripción de modificaciones al Contrato de Asociación Pública Privada.
 - Publicación de la propuesta de modificación en el portal web del Concedente.
 - Convocatoria y realización de un proceso de evaluación conjunta.
 - Informe del Concedente con su evaluación de la propuesta de modificación presentada por el Concesionario, conteniendo, por lo menos, lo siguiente:

⁸ **Ley N° 26917**

“Artículo 4.- Ámbito de Competencia

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

[Subrayado agregado.]

Ley N° 27332

“Artículo 3.- Funciones

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

- 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;***
- Función reguladora: comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito;***
- 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.”***
- 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;***
- 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***
- 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.]

- i) Una evaluación sobre el mantenimiento del Equilibrio Económico Financiero;
 - ii) Una evaluación sobre el mantenimiento de las condiciones de competencia del proceso de promoción;
 - iii) Una evaluación sobre el mantenimiento del Valor por Dinero a favor del Estado;
 - iv) Un análisis sobre si se mantiene o altera la asignación de riesgos; y,
 - v) Un análisis sobre si se mantiene o altera la naturaleza del proyecto.
- e) Solicitud por parte del Concedente de la opinión no vinculante de este Regulador, adjuntando la evaluación inicial realizada.
53. Cabe señalar que, con la opinión del Regulador, el Concedente debe proceder a solicitar la opinión previa favorable del 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.
54. Asimismo, la opinión previa favorable del MEF comprende las materias reguladas en el párrafo 5.6¹⁰ del artículo 5 del D. Leg. N° 1362, con excepción de la evaluación de los criterios de elegibilidad¹¹; comprendiendo la evaluación de la capacidad presupuestal conforme a lo dispuesto en el párrafo 134.5¹² del artículo 134 del presente Reglamento.

¹⁰ **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."*

¹¹ Reglamento D. Leg. N° 1362:

"Artículo 138. Opiniones previas

(...)

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"

¹² 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."

55. Con las opiniones de Proinversión¹³, de corresponder¹⁴, 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.
56. 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 ha 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.
57. No obstante, debe advertirse que la verificación formal del cumplimiento o incumplimiento de las condiciones previas requeridas para la celebración de modificaciones contractuales no constituye expresión de conformidad alguna por parte de este Regulador sobre el fondo del sustento y propuesta remitida. La evaluación técnica del contenido de la información, la suficiencia y pertinencia de la misma, así como la evaluación del Proyecto de Adenda remitida por el Concedente, serán desarrolladas en las secciones siguientes.

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

58. 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 24 de julio de 2006, habiendo transcurrido más de dieciséis 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

59. Mediante Oficio N° 2123-2023-MTC/19, el Concedente remitió al Ositrán el Informe N° 1973- 2023-MTC/19.02, en cuyos numerales 5.46, 5.47 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 presentada por el Concesionario se encuentra en el siguiente enlace:

<https://www.gob.pe/institucion/mtc/informes-publicaciones/3956726-propuesta-de-adenda-n-3-relacionada-al-terminal-de-contenedores-del-terminal-portuario-del-callao-zona-sur>

(publicada con fecha 28 de febrero de 2023)

¹³ **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".

¹⁴ De acuerdo con lo establecido en el numeral 5.52 del Informe N° 1973-2023-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.

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

<https://www.gob.pe/institucion/mtc/informes-publicaciones/4288095-propuesta-deadenda-n-3-del-contrato-de-concesion-del-terminal-portuario-del-callao-zona-sur>
(Versión publicada el 5 de junio de 2023)”

[Subrayado agregado.]

60. 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

61. Conforme a lo señalado en el numeral 2.8 del Informe N° 1973-2023- MTC/19.02, con ocasión de la solicitud presentada por el Concesionario para la modificación del Contrato de Concesión a través de la Carta DALC.DPWC.038.2023 de fecha 27 de febrero de 2023, mediante Oficios N° 0764-2023-MTC/19.02, N° 0765-2023-MTC/19.02, N° 0766-2023-MTC/19.02, N° 0768-2023-MTC/19.02 y N° 0769-2023-MTC/19.02, de fecha 28 de febrero de 2023, el MTC, convocó a la Contraloría General de la República, al Ministerio de Economía y Finanzas, a este Regulador, al Concesionario y a la APN, respectivamente, a la primera reunión de evaluación conjunta, para el día 10 de marzo de 2023.
62. Luego de ello, a través del Oficio Múltiple N° 0067-2023-MTC/19, la DGPPT del MTC comunicó a este Regulador que el 02 de junio de 2023 se dio por finalizada la evaluación conjunta del Proyecto de Adenda N° 3 al Contrato de Concesión.

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

63. 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 alcanzado, 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.
64. En el presente caso, se aprecia que adjunto al Oficio N° 2123-2023-MTC/19, el Concedente ha remitido el Informe N° 1973-2023-MTC/19.02, en el que evalúa y se pronuncia sobre la procedencia del Proyecto de Adenda solicitado por el Concesionario. De su revisión se advierte que este realiza las evaluaciones y análisis según se indica a continuación.

a. Evaluación sobre el mantenimiento del Equilibrio Económico – Financiero

65. Respecto a este punto, en el Informe N° 1973-2023-MTC/19.02, el Concedente señaló lo siguiente:

“Viabilidad Económica – Financiera de la propuesta de Adenda N° 3 al Contrato de Concesión del Terminal de Contenedores ubicado adyacente al rompeolas sur del Terminal Portuario del Callao - Zona Sur
(...)

c) Análisis de equilibrio económico financiero

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

5.106 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.

- 5.107 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.
- 5.108 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.
- 5.109 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 del proyecto de adenda.

Metodología

- 5.110 Para evaluar un posible impacto en el equilibrio económico financiero, como consecuencia de las modificaciones planteadas en el proyecto de Adenda N° 3, se utilizó la metodología que compara el equilibrio económico financiero en los escenarios “con adenda” y “sin adenda”.
- 5.111 La metodología señalada en el numeral anterior, permitirá evaluar el posible impacto en el equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión, obteniendo el diferencial entre el equilibrio económico financiero entre los escenarios “con adenda” y “sin adenda”, tal como se muestra en el siguiente esquema:
- Equilibrio Económico Financiero (con adenda) - Equilibrio Económico Financiero (sin adenda) = Diferencial
 - Diferencial \leq 0. Si el resultado es menor o igual a cero (0), se determina que el proyecto de Adenda no modifica el equilibrio económico del Contrato de Concesión ya que no colocan al Concesionario en una mejor posición.
 - Diferencial $>$ 0. Si el resultado es mayor a cero (0) se determina que el proyecto de Adenda modifica el equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión.

Resultados de la evaluación

- 5.112 Debido a que no hay alteración de los parámetros económicos y financieros por parte del proyecto de Adenda, tal y como se demostró en la sección b) del análisis de viabilidad económica - financiera del presente informe, se concluye que el Equilibrio Económico Financiero en el escenario con Adenda es igual Equilibrio Económico Financiero en el escenario sin Adenda. En ese sentido, reemplazando en la metodología, se obtiene que el Diferencial es igual a cero (0).
- 5.113 Por lo tanto, se concluye que el proyecto de Adenda N° 3 no modifica el equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión ya que no coloca a en una mejor posición.

[Subrayado agregado.]

66. En ese sentido, el Concedente manifiesta que, con las modificaciones propuestas en el Proyecto de Adenda, el equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión no ha sido modificado.
67. 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**

68. Al respecto, en el Informe N° 1973-2023-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.

(...)

c.3. Sobre la propuesta de modificación presentada por DP World Callao S.R.L.

5.29 La 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 informo que todos los tipos de LIBOR dejarán de ser proporcionados al mercado, por cualquier administrador o dejarán de ser representativos a partir 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 del Concesionario 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, presentada mediante Carta DALC.DPWC.038.2023 complementada con Carta DALC.DPWC.067.2023, Carta DALC.DPWC.124.2023 y Carta DALC.DPWC.150.2023 y cumple con el requisito de mantener las condiciones de competencia del proceso de promoción.

[Subrayado agregado.]

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

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

70. Al respecto, mediante el Informe N° 1973-2023-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 CTP19, 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 pudiese significar una transformación, revisión u alteración a las condiciones económicas y técnicas convenidas entre las partes.”

[Subrayado agregado.]

71. 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

72. En el Informe N° 1973-2023-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 implican una reasignación de los riesgos originalmente asignados a las Partes que puedan alterar el Equilibrio Económico – Financiero del Contrato de Concesión, dado que, la modificación propuesta tiene por finalidad incluir la sustitución de la tasa de referencia para los siguientes casos:

- Término del numeral 1.20.61. señalado en el Índice del Contrato de Concesión.
- Cláusula 1.20.61. contenida en la Sección I: Antecedentes y Definiciones, define “LIBOR (London Interbank Offered Rate)” como la tasa a 180 días establecida por el Cable Reuters diario que se recibe a las 11 horas.
- Cláusula 1.20.92 contenida en la Sección I: Antecedentes y Definiciones, hace referencia a la LIBOR para definir la Tasa de descuento para efectos de Caducidad (r), en el caso que se produzca por la causal prevista en la Cláusula 15.1.3.
 $r =$ Tasa equivalente mensual a la tasa LIBOR más 3%
- Párrafo sexto de la cláusula 8.22, Sección VIII: Explotación de la concesión – Equilibrio económico - financiero del Contrato de Concesión, referidas al cálculo de intereses a favor del Concedente o del Concesionario, según corresponda, en caso ocurran retrasos en los abonos indicados a fin de restablecer el equilibrio económico - financiero.
- Cláusula 10.1.3, contenida en la Sección X: Garantías, referencia a la tasa LIBOR para el cálculo del interés moratorio en caso de no reconocer el

desembolso del Pago de la Demanda Garantizada.

- De igual manera, la referencia a la tasa LIBOR contenidas en el Anexo 10 “Modelo de Garantía de Fiel cumplimiento del Contrato de Concesión”, están referidas para establecer un interés moratorio por el retraso en el honramiento de la carta fianza desde la fecha en que sea exigido hasta la fecha efectiva de pago.
- 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 Nuevo Terminal de Contenedores ubicado adyacente al rompeolas sur del Terminal Portuario del Callao - Zona Sur 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.]

73. Sobre el particular, podemos señalar lo siguiente:

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

“Artículo 138. Opiniones previas

(...)

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

(...)”

[Subrayado agregado.]

- (ii) Al respecto, en el Informe N° 1973-2023-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.

74. 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

75. En el Informe N° 1973-2023-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 para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Nuevo

Terminal de Contenedores ubicado adyacente al rompeolas sur del Terminal Portuario del Callao - Zona Sur, en 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 de acuerdo a la Cláusula 2.10 del Contrato de Concesión del 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° 3, 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 pudiere 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° 3, 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.]

76. Como se puede apreciar, el Concedente ha realizado su evaluación sobre la naturaleza de la concesión, concluyendo que no se ve modificada con el Proyecto de Adenda. No obstante, debemos recalcar que la verificación formal del cumplimiento de este y los demás requisitos abordados en este subtítulo no representa conformidad alguna sobre el fondo del sustento remitido, lo que se verificará en las siguientes secciones de este Informe Conjunto, sin perjuicio de la evaluación que corresponde realizar a las entidades competentes y el MEF en el marco de sus competencia y funciones.

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

77. 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° 2123-2023-MTC/19, el Concedente remitió al Ositrán el Proyecto de Adenda (cuya evaluación fue plasmada en el Informe N° 1973-2023- MTC/19.02) requiriéndole la emisión de su opinión técnica no

vinculante.

78. 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”*¹⁵.
79. En consecuencia, la solicitud de opinión técnica presentada por el Concedente mediante Oficio N° 2123-2023-MTC/19 notificado el 28 de junio de 2023 sobre el Proyecto de Adenda, cumpliría con dichas condiciones formales.

IV.2. Análisis del Proyecto de Adenda

80. De acuerdo con la documentación remitida al Regulador, el Proyecto de Adenda tiene por objeto modificar el índice en el término enunciado en el numeral 1.20.61, las cláusulas 1.20.61, 1.20.92 de la Sección I, la cláusula 8.22 de la Sección VIII, la cláusula 10.1.3. de la Sección X y el Anexo 10: Modelo de Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión.
81. Adicionalmente, en la Cláusula Quinta del Proyecto de Adenda, se plantea que, si la presente adenda se firma con fecha posterior al 24 de julio de 2023, el Concesionario deberá efectuar, en un plazo máximo de 30 (treinta) días hábiles contados a partir del día siguiente de la fecha de suscripción de la misma, el cambio de las cartas fianza de la Garantía de Fiel Cumplimiento que se encuentren vigentes, 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

82. El 24 de julio de 2006, el Concedente y el Concesionario suscribieron el Contrato de Concesión, mediante el cual se otorga en concesión el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores ubicado adyacente al rompeolas sur del Terminal Portuario del Callao - Zona Sur, por un plazo de 30 años, contado desde la Fecha de Suscripción del Contrato.
83. La modalidad de la Concesión es onerosa de conformidad con lo señalado en la cláusula 2.7 del Contrato de Concesión.

IV.2.2. Cuestión previa: Asignación de riesgos

84. Uno de los resultados más importantes provenientes de la literatura del análisis económico de la teoría de contratos y de la economía de la información es que, en un contexto de incertidumbre, el riesgo en una relación contractual debe ser asumido por aquella parte que se encuentra en mejor capacidad de asumirlo. La capacidad de asumir mayores niveles de riesgo responde no solo al grado de aversión al riesgo que enfrente cada una de las partes, sino también de quien esté en mejor posición de evitar la ocurrencia de determinados eventos, así como de administrar, evaluar o mitigar su impacto, entre otros aspectos¹⁶.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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: 07 de julio de 2022).

85. Pereyra (2008)¹⁷ 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.
86. 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.
87. 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.
88. 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 Equilibrio¹⁸, según el cual las renegociaciones de los contratos de concesión no deben producir un traspaso de riesgos entre las Partes.
89. En esa línea de razonamiento, el análisis de las modificaciones que propone el Proyecto de Adenda se realizará verificando que las mismas no alteren la asignación de riesgos establecida en el Contrato de Concesión; destacándose que en caso alguna de las cláusulas propuestas no acompañe el sustento debido, Ositrán observará dicha circunstancia, para señalar que no procede dicha modificación.

IV.2.3. Análisis de modificaciones propuestas

90. A continuación, se presenta el análisis de cada una de las modificaciones propuestas en

¹⁷ 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: 07 de julio de 2022).

¹⁸ **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.]

el Proyecto de Adenda. 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 ROF de Ositrán.

a. Modificar el Índice y la cláusula 1.20.61 referida a la definición de la tasa Libor

91. En relación con el índice y la Cláusula 1.20.61 del Contrato de Concesión referida a la definición de la tasa Libor, el Proyecto de Adenda propone modificar dicha cláusula de la siguiente manera:

Contrato de Concesión	Proyecto de Adenda
<p>“ÍNDICE SECCIÓN I: ANTECEDENTES Y DEFINICIONES (...) 1.20.61. LIBOR</p> <p>(...)</p> <p>1.20.61. LIBOR</p> <p><i>Es la tasa “London Interbank Offered Rate” a 180 días establecida por el Cable Reuters diario que se recibe en Lima a las 11 horas.</i></p>	<p>“ÍNDICE SECCIÓN I: ANTECEDENTES Y DEFINICIONES (...) 1.20.61. Tasa de Referencia</p> <p>(...)</p> <p>1.20.61 Tasa de Referencia</p> <p><i>Es la tasa Term Secured Overnight Financing Rate a 6 meses publicada por CME Group Benchmark Administration Limited (o cualquier otra entidad autorizada que se haga cargo de la publicación de dicha tasa), más un spread de 0.42826%.”</i></p>

92. Sobre el particular, es importante mencionar que, en atención a la consulta formulada por el MTC mediante Oficio N° 0955-2022-MTC/19¹⁹ respecto de lo comunicado por la SBS sobre la sustitución de la tasa LIBOR en los contratos de concesión portuarios debido a que dicha tasa dejará de publicarse, este Regulador, mediante Memorando Conjunto N° 00016-2022-MC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ) adjunto al Oficio N° 055-2022-GG-OSITRAN²⁰ 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. Así, siendo que la tasa LIBOR es un parámetro aplicable de manera transversal a los contratos de concesión, resultaría necesaria la determinación de una tasa en sustitución a la LIBOR a ser utilizada en los contratos de concesión afectos a su empleo.
93. 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.
94. Al respecto, en su Informe N° 1973-2023-MTC/19.02, el Concedente manifiesta que la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada del MEF, a través del Oficio Circular N° 001-2023-EF/68.03, indicó que la tasa LIBOR se encuentra en un proceso de desfase en el mercado financiero internacional y que dejará de ser publicada el 30 de junio del presente año, por lo que las entidades titulares de proyectos de

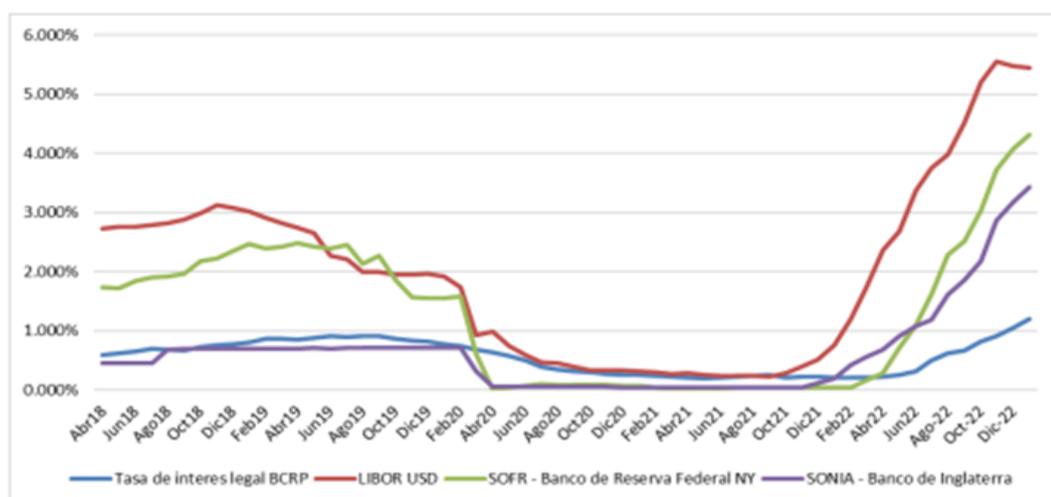
¹⁹ Recibido el 15 de febrero de 2022.

²⁰ Notificado el 14 de marzo de 2022.

Asociación Público-Privada deberán realizar la transición a otras tasas en el plazo debido.

95. Asimismo, el MTC da cuenta de haber efectuado consultas a Proinversión, el cual, mediante Informe Financiero N° 001-2022/DPP.03²¹, señaló 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 Asociación Público Privada 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 SBS²².
96. Respecto de la Tasa de Interés Legal, en su Informe N° 1973-2023-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.

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



Fuente: BCRP, Global Rates y FED

Elaboración: APN

Fuente: Informe N° 1973-2023-MTC/19.02.

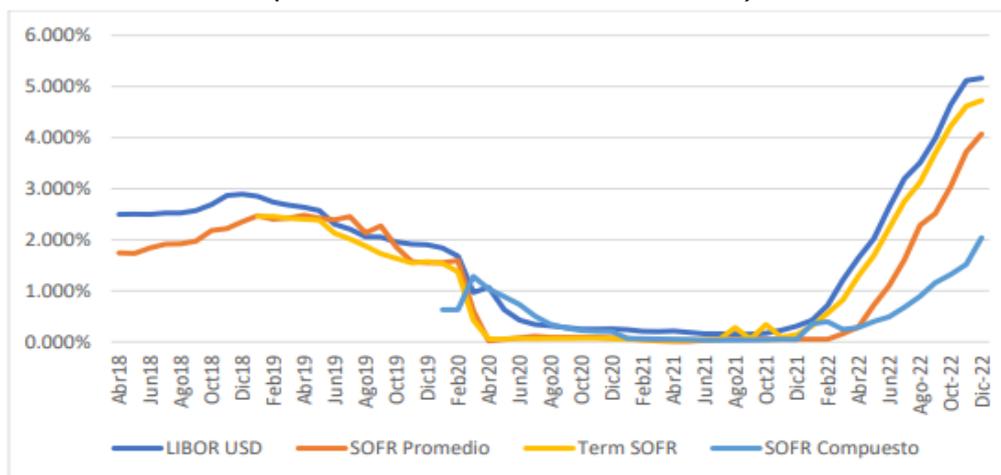
97. En el gráfico anterior, se aprecia que entre mayo de 2020 y diciembre de 2021 la Tasa de Interés Legal Efectiva en Moneda Extranjera es muy similar a la tasa LIBOR a 6 meses; sin embargo, luego de dicho periodo la diferencia entre ambas tasas es sustancial.
98. De otro lado, se aprecia que la tasa SOFR promedio histórica se ha comportado de manera similar a la tasa LIBOR y que, durante la pandemia (2020-2021), las tasas analizadas en dicha ilustración mantuvieron el mismo comportamiento hasta la recuperación de la economía a nivel global en el 2022. Al respecto, el MTC adicionalmente señala que la tasa de interés legal del Banco Central de Reserva del Perú, la SOFR promedio y la *Sterling Overnight Index Average* (en adelante, SONIA) mantienen un coeficiente de correlación con la tasa LIBOR de 0,719, 0,909 y 0,902 respectivamente, siendo la tasa SOFR promedio la que presenta el mayor coeficiente de correlación.
99. Contemplando que la tasa SOFR promedio resultó ser la tasa con un mayor coeficiente de correlación con la tasa LIBOR, en comparación con la Tasa de Interés Legal y la SONIA promedio, el MTC analizó el comportamiento de todas las versiones de dicha tasa (Term SOFR, SOFR promedio y Compounded SOFR) con la tasa LIBOR y obtuvo que la

²¹ Del 16 de febrero de 2022.

²² Dicha posición ha sido confirmada por Proinversión al Ositrán mediante el Oficio N° 114-2023/PROINVERSION/SG de fecha 09/05/2023.

Compounded SOFR, Term SOFR y SOFR promedio tienen un coeficiente de correlación de 0,8227, 0,9925 y 0,9409 con la tasa LIBOR, respectivamente, en el periodo diciembre 2018 - diciembre 2022. La evolución histórica de estas tres versiones de la tasa SOFR con la tasa LIBOR se aprecia en el Gráfico N° 2. Conforme con el análisis presentado, la Term SOFR resulta ser la tasa que presenta el mayor coeficiente de correlación con la tasa LIBOR.

Gráfico N°2
COMPARACIÓN DEL COEFICIENTE DE CORRELACIÓN EN LAS DIVERSAS
VERSIONES DE LA TASA SOFR CON LA TASA LIBOR
(DICIEMBRE 2018 – DICIEMBRE 2022)



Fuente: CME Group, Global Rates y FED
 Elaboración: APN

Fuente: Informe N° 1973-2023-MTC/19.02

100. De otro lado, en el Informe N° 1973-2023-MTC/19.02 también se presenta información acerca de la experiencia de los Estados Unidos de América con relación al reemplazo de la tasa LIBOR. Sobre el particular, 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 dicho país se formó el *Alternative Reference Rate Committee*²³ (en adelante, ARRC), que se encargó de liderar la transición de la tasa LIBOR a un nuevo indicador. Este comité recomendó que la tasa SOFR sea la empleada como reemplazo de la tasa LIBOR²⁴ 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.
101. 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.

²³ Comité de Tasas Alternativas de Referencia.

²⁴ 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). (...)

102. 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 márgenes²⁵ y la equivalencia financiera entre la tasa LIBOR y la tasa SOFR²⁶:

Cuadro N° 1
EQUIVALENCIAS ENTRE LA TASA LIBOR Y LA TASA 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.

²⁵ En relación con los márgenes, el Informe N° 1973-2023-MTC/19.02 señala:

“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 en el literal b), 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.

(...)

Al respecto, en el documento “ Summary of the ARR’s Fallback Recomendations ” 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 parecerían funcionar bien en las diferentes versiones de SOFR ya que todas estas versiones están estrechamente vinculadas.

De igual manera, el uso de un solo spread para las diferentes tasas de SOFR se sustenta sobre la base de las consultas suplementarias realizadas por la ARRC al mercado (bancos, entidades patrocinadas por el gobierno, compañías de seguros y asociaciones industriales, entre otros). En estas consultas también se buscó obtener opiniones respecto a si el momento del cálculo del SPREAD de ISDA, es así que el mercado indicó la importancia de que exista coherencia con los valores del ISDA desde la perspectiva de cobertura.

(...)

Finalmente, cabe recalcar a modo de resumen que la tasa SOFR más el spread fijo ha sido determinado por el consenso del mercado y es respaldado por el análisis de la Reserva Federal de Estados Unidos para la actualización de la tasa LIBOR en todos los diferentes contratos en los que se hace mención a dicha tasa y es un tema regulado a nivel general.

²⁶ La tasa Compounded 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).

103. Con relación a la Tasa de Referencia considerada en el Proyecto de Adenda, el Concedente, en su Informe N° 1973-2023-MTC/19.02, 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.
104. En tal sentido, considerando que la tasa LIBOR a 6 meses estuvo vigente 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, especialmente en los Estados Unidos de América con la promulgación de la “Regla Final” y a nivel de Latinoamérica con la adopción de este parámetro por parte del Banco de Desarrollo de América Latina-CAF²⁷, 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%.
105. De otro lado, se identifica que en la definición se establece que la tasa TERM SOFR es publicada por CME Group Benchmark Administration Limited y adicionalmente se señala que dicha publicación pueda ser realizada por cualquier otra entidad autorizada. Sobre el particular, se infiere que esta última acotación se efectúa a efectos de contemplar una situación de reemplazo de la entidad encargada de la publicación de la referida tasa²⁸ a efectos de la continuidad operativa de la presente adenda y por ende del Contrato de Concesión, por lo que se considera razonable.

b. Modificar la cláusula 1.20.92 referida a la definición de la tasa de descuento para efectos de Caducidad

106. El Proyecto de Adenda propone modificar la cláusula 1.20.92 del Contrato de Concesión referida a la tasa de descuento para efectos de caducidad, de acuerdo con lo siguiente:

Contrato de Concesión	Proyecto de Adenda
<p><i>1.20.92 Tasa de descuento para efectos de Caducidad (r) 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 (WACC), equivalente a 0.911 % mensual, para el caso que la Caducidad se produzca por las causales previstas en las Cláusulas 15.1.1, 15.1.4, 15.1.5, 15.1.6 y 15.1.7.</i></p> <p><i>r = Tasa equivalente mensual a la tasa LIBOR más 3%, para el caso que la Caducidad se produzca por la causal prevista en la Cláusula 15.1.3.</i></p>	<p><i>1.20.92 Tasa de descuento para efectos de Caducidad (r) 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 (WACC), equivalente a 0.911 % mensual, para el caso que la Caducidad se produzca por las causales previstas en las Cláusulas 15.1.1, 15.1.4, 15.1.5, 15.1.6 y 15.1.7.</i></p> <p><i>r = Tasa equivalente mensual a la Tasa de Referencia más tres por ciento (3%), para el caso que la Caducidad se produzca por la causal prevista en la Cláusula 15.1.3.</i></p>

107. Con relación a la modificación de la cláusula 1.20.92 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 respecto de la caducidad en el caso incumplimiento del Concesionario. De esta manera, en dicho caso, la tasa de interés “r” a emplear será calculada en base a la Tasa de Referencia 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

²⁷ En el Informe N° 1973-2023-MTC/19.02, el Concedente efectuó la siguiente cita: “CAF, tras un minucioso estudio elaborado por un grupo de trabajo creado para tal fin, identificó a la tasa TERM SOFR como la mejor alternativa para reemplazar a la USD LIBOR para nuevas operaciones adoptadas a partir del 01 de enero de 2022.”

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

se determina la caducidad más 3%.

108. Es necesario señalar que el Contrato de Concesión contempla un procedimiento general de liquidación en caso de caducidad. Así, en las cláusulas 15.3, 15.4 y 15.5 del Contrato de Concesión se establecen las fórmulas para la determinación del Monto de Caducidad a ser reconocido por el Concedente²⁹. En dichas fórmulas se aprecia que dicho monto depende, entre otros, del parámetro “r” (Tasa de Referencia más 3%, si la caducidad se da por incumplimiento del Concesionario).
109. Considerando que la modificación de la cláusula 1.20.61 consiste únicamente en la sustitución de la tasa LIBOR por la Tasa de Referencia, la modificación se considera razonable, 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 y no se formulan observaciones al respecto.

c. Modificar la cláusula 8.22 de la SECCIÓN VIII: EXPLOTACIÓN DE LA CONCESIÓN

110. Con relación a la cláusula 8.22 del Contrato de Concesión referida al equilibrio económico-financiero, el Proyecto de Adenda considera modificar dicha cláusula en los siguientes términos:

Contrato de Concesión	Proyecto de Adenda
<p><i>Sección VIII: EXPLOTACIÓN DE LA CONCESIÓN EQUILIBRIO ECONÓMICO – FINANCIERO</i></p> <p>(...)</p> <p><i>8.22 El presente Contrato estipula un mecanismo de reestablecimiento del equilibrio económico-financiero al cual tendrán derecho el CONCESIONARIO y el CONCEDENTE en caso que la Concesión se vea afectada, exclusiva y explícitamente debido a (i) cambios en las Leyes y Disposiciones Aplicables, o (ii) actos de gobierno; en la medida que cualquiera de los anteriores tenga exclusiva relación a aspectos económicos financieros vinculados a:</i></p> <p><i>a) La inversión, titularidad u operación del Nuevo Terminal de Contenedores Zona Sur; o</i></p> <p><i>b) El presente Contrato, con excepción de las disposiciones relacionadas con las Tarifas;</i></p> <p>(...)</p> <p><i>Si el desequilibrio se produce en varios periodos, sin haberse restituido el mismo, se encontrará la diferencia acumulada de utilidades siguiendo el mismo procedimiento.</i></p> <p><i>Acto seguido se procederá a encontrar el porcentaje del desequilibrio dividiendo la diferencia resultante del procedimiento</i></p>	<p><i>Sección VIII: EXPLOTACIÓN DE LA CONCESIÓN EQUILIBRIO ECONÓMICO – FINANCIERO</i></p> <p>(...)</p> <p><i>8.22 El presente Contrato estipula un mecanismo de reestablecimiento del equilibrio económico-financiero al cual tendrán derecho el CONCESIONARIO y el CONCEDENTE en caso que la Concesión se vea afectada, exclusiva y explícitamente debido a (i) cambios en las Leyes y Disposiciones Aplicables, o (ii) actos de gobierno; en la medida que cualquiera de los anteriores tenga exclusiva relación a aspectos económicos financieros vinculados a:</i></p> <p><i>a) La inversión, titularidad u operación del Nuevo Terminal de Contenedores Zona Sur; o</i></p> <p><i>b) El presente Contrato, con excepción de las disposiciones relacionadas con las Tarifas;</i></p> <p>(...)</p> <p><i>Si el desequilibrio se produce en varios periodos, sin haberse restituido el mismo, se encontrará la diferencia acumulada de utilidades siguiendo el mismo procedimiento.</i></p> <p><i>Acto seguido se procederá a encontrar el porcentaje del desequilibrio dividiendo la diferencia resultante del procedimiento</i></p>

²⁹ En 15.3 se define una fórmula para determinar el presupuesto máximo aprobado si la caducidad se produce antes del inicio de la construcción, la cual incluye un factor de capitalización basado en la tasa de descuento para efectos de caducidad. En 15.4 se establece una fórmula para determinar el presupuesto máximo aprobado, si la caducidad se produce durante la etapa de construcción, la cual incluye un factor de capitalización basado en la tasa de descuento para efectos de caducidad, finalmente en 15.5 se define una fórmula para calcular la cuota mensual equivalente y una para calcular el presupuesto máximo aprobado ambas consideran factores de capitalización y descuento de rentas, para lo cual se emplea la tasa de descuento para efectos de caducidad.

Contrato de Concesión	Proyecto de Adenda
<p><i>anteriormente descrito entre la utilidad antes de impuestos del último ejercicio o de la utilidad acumulada, según corresponda. Si supera el 10% se procederá a reestablecerlo, otorgando una compensación al CONCESIONARIO por el desequilibrio calculado; o viceversa, si el desequilibrio afecta al CONCEDENTE se compensará al mismo incrementando la Retribución en los montos resultantes.</i></p> <p><i>En el supuesto en el que el CONCESIONARIO Invoque el reestablecimiento del equilibrio económico - financiero, corresponderá al CONCEDENTE, con opinión del REGULADOR, determinar, en los treinta (30) Días siguientes, 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 30 Días el monto a pagar a favor del CONCESIONARIO, aplicando para tal efecto, los criterios de valorización previstos en la presente Cláusula e informará del resultado al CONCEDENTE, el mismo que autorizará el descuento de dicho monto con cargo a la Retribución a pagar por el CONCESIONARIO en los doce (12) meses siguientes. En el caso no sea posible cancelar dicho monto dentro del periodo señalado, el CONCEDENTE pagará directamente la suma restante al vencimiento del plazo anterior. Por cualquier retraso se reconocerá un interés a la tasa LIBOR a más tres por ciento (3%) sobre el saldo no pagado.</i></p> <p><i>Cualquier otro procedimiento de restitución del equilibrio económico –financiero será acordado por las partes.</i></p> <p><i>La discrepancia sobre si existe ruptura del equilibrio económico-financiero será resuelta de conformidad con los mecanismos de solución de controversias regulados en la Sección XVI del presente Contrato. La discrepancia respecto a la medida propuesta originará que la misma sea determinada por tres peritos independientes, designados de la misma forma prevista para la designación de árbitros en la Sección XVI del presente Contrato, rigiendo las demás disposiciones de esta cláusula en lo que fueran pertinentes, salvo que las soluciones propuestas se refieran a la modificación del régimen tarifario vigente, caso en el cual la solicitud será resuelta por el REGULADOR, conforme al procedimiento que se establecerá por resolución de su Consejo Directivo, por ser la regulación del sistema tarifario una función legal de dicho organismo.</i></p> <p><i>No se considerará aplicable lo indicado en esta cláusula para aquellos cambios producidos como consecuencia de disposiciones expedidas por el REGULADOR que fijen infracciones o sanciones, que estuviesen</i></p>	<p><i>anteriormente descrito entre la utilidad antes de impuestos del último ejercicio o de la utilidad acumulada, según corresponda. Si supera el 10% se procederá a reestablecerlo, otorgando una compensación al CONCESIONARIO por el desequilibrio calculado; o viceversa, si el desequilibrio afecta al CONCEDENTE se compensará al mismo incrementando la Retribución en los montos resultantes.</i></p> <p><i>En el supuesto en el que el CONCESIONARIO Invoque el reestablecimiento del equilibrio económico - financiero, corresponderá al CONCEDENTE, con opinión del REGULADOR, determinar, en los treinta (30) Días siguientes, 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 30 Días el monto a pagar a favor del CONCESIONARIO, aplicando para tal efecto, los criterios de valorización previstos en la presente Cláusula e informará del resultado al CONCEDENTE, el mismo que autorizará el descuento de dicho monto con cargo a la Retribución a pagar por el CONCESIONARIO en los doce (12) meses siguientes. En el caso no sea posible cancelar dicho monto dentro del periodo señalado, el CONCEDENTE pagará directamente la suma restante al vencimiento del plazo anterior. Por cualquier retraso se reconocerá un interés a de Tasa de Referencia más tres por ciento (3%) sobre el saldo no pagado.</i></p> <p><i>Cualquier otro procedimiento de restitución del equilibrio económico –financiero será acordado por las partes.</i></p> <p><i>La discrepancia sobre si existe ruptura del equilibrio económico-financiero será resuelta de conformidad con los mecanismos de solución de controversias regulados en la Sección XVI del presente Contrato. La discrepancia respecto a la medida propuesta originará que la misma sea determinada por tres peritos independientes, designados de la misma forma prevista para la designación de árbitros en la Sección XVI del presente Contrato, rigiendo las demás disposiciones de esta cláusula en lo que fueran pertinentes, salvo que las soluciones propuestas se refieran a la modificación del régimen tarifario vigente, caso en el cual la solicitud será resuelta por el REGULADOR, conforme al procedimiento que se establecerá por resolución de su Consejo Directivo, por ser la regulación del sistema tarifario una función legal de dicho organismo.</i></p> <p><i>No se considerará aplicable lo indicado en esta cláusula para aquellos cambios producidos como consecuencia de disposiciones expedidas por el REGULADOR que fijen infracciones o sanciones, que estuviesen</i></p>

Contrato de Concesión	Proyecto de Adenda
<i>contemplados en el Contrato o que fueran como consecuencia de actos, hechos imputables o resultado del desempeño del CONCESIONARIO.</i>	<i>contemplados en el Contrato o que fueran como consecuencia de actos, hechos imputables o resultado del desempeño del CONCESIONARIO.</i>

111. Con relación a la modificación de la cláusula 8.22 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. 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 más 1%, en lugar de emplear como referencia a la tasa LIBOR a 6 meses más 1%.
112. Sobre el particular, tomando en cuenta 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.

d. Modificar la cláusula 10.1.3 de la Sección X: GARANTÍAS

113. El Proyecto de Adenda propone modificar la cláusula 10.1.3 del Contrato de Concesión referida a la demanda garantizada, según se señala a continuación:

Contrato de Concesión	Proyecto de Adenda
SECCIÓN X: GARANTÍAS DEL CONCEDENTE	SECCIÓN X: GARANTÍAS DEL CONCEDENTE
10.1 El CONCEDENTE garantiza al CONCESIONARIO que:	10.1 El CONCEDENTE garantiza al CONCESIONARIO que:
(...)	(...)
10.1.3. Demanda Garantizada (...)	10.1.3. Demanda Garantizada (...)
<i>En el supuesto en el que el CONCESIONARIO invoque la ejecución de la presente garantía, corresponderá al CONCEDENTE, con opinión favorable del REGULADOR, determinar, en los sesenta (60) Días siguientes, la procedencia de la ejecución 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 el monto a pagar a favor del CONCESIONARIO, aplicando para tal efecto, los criterios de valorización previstos en la presente Cláusula e informará del resultado al CONCEDENTE, el mismo que autorizará el descuento de dicho monto con cargo a la Retribución a pagar por el CONCESIONARIO en los doce (12) meses siguientes. En el caso no sea posible cancelar dicho monto dentro del periodo señalado, el CONCEDENTE pagará directamente la suma restante al vencimiento del plazo anterior. Por cualquier retraso se reconocerá un interés a la tasa LIBOR más tres por ciento (3%) sobre el saldo no pagado.</i>	<i>En el supuesto en el que el CONCESIONARIO invoque la ejecución de la presente garantía, corresponderá al CONCEDENTE, con opinión favorable del REGULADOR, determinar, en los sesenta (60) Días siguientes, la procedencia de la ejecución 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 el monto a pagar a favor del CONCESIONARIO, aplicando para tal efecto, los criterios de valorización previstos en la presente Cláusula e informará del resultado al CONCEDENTE, el mismo que autorizará el descuento de dicho monto con cargo a la Retribución a pagar por el CONCESIONARIO en los doce (12) meses siguientes. En el caso no sea posible cancelar dicho monto dentro del periodo señalado, el CONCEDENTE pagará directamente la suma restante al vencimiento del plazo anterior. Por cualquier retraso se reconocerá un interés a la Tasa de Referencia más tres por ciento (3%) sobre el saldo no pagado.</i>

114. La propuesta de modificación del inciso c) de la cláusula 10.1.3 del Contrato de Concesión

consiste en sustituir la tasa LIBOR por la Tasa de Referencia para el cálculo de intereses en favor del Concesionario en caso de demora en el desembolso de la liquidación del pago en aplicación de la cláusula 10.1.3 de Demanda Garantizada³⁰. Considerando que el Concedente ha sustentado la sustitución de la tasa LIBOR por la Tasa de Referencia, no se formulan observaciones a la presente modificación, toda vez que resulta necesario tener un reemplazo adecuado de la tasa LIBOR en caso de darse un evento en el que deba ejecutarse la cláusula 10.1.3 de reconocimiento de la Demanda Garantizada.

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

115. Respecto del Anexo 10 del Contrato de Concesión referido al modelo de Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión, el Proyecto de Adenda propone la siguiente modificación:

Contrato de Concesión	Proyecto de adenda
<p>“ANEXO 10 MODELO DE GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN (...)”</p> <p><i>(Deberá adjuntarse copia de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión)</i></p> <p>Lima,de de 20...</p> <p>Señores Ministerio de Transportes y Comunicaciones Presente.- Ref.: Carta Fianza No..... Vencimiento:.....</p> <p>De nuestra consideración:</p> <p>Por la presente y a la solicitud de nuestros clientes, señores (nombre de la persona jurídica) (en adelante “el Concesionario”) constituimos esta fianza solidaria, irrevocable, incondicional y de realización automática, sin beneficio de excusión, ni división, hasta: por la: suma de a favor del Ministerio de Transportes y Comunicaciones para garantizar el correcto y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones a cargo del Concesionario, incluidas las de Construcción, Conservación y Explotación, derivadas de la celebración del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores — Zona Sur (en adelante “el Contrato”),</p>	<p>“ANEXO 10 MODELO DE GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN (...)”</p> <p><i>(Deberá adjuntarse copia de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión)</i></p> <p>Lima,de de 20...</p> <p>Señores Ministerio de Transportes y Comunicaciones Presente.- Ref.: Carta Fianza No..... Vencimiento:.....</p> <p>De nuestra consideración:</p> <p>Por la presente y a la solicitud de nuestros clientes, señores (nombre de la persona jurídica) (en adelante “el Concesionario”) constituimos esta fianza solidaria, irrevocable, incondicional y de realización automática, sin beneficio de excusión, ni división, hasta: por la: suma de a favor del Ministerio de Transportes y Comunicaciones para garantizar el correcto y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones a cargo del Concesionario, incluidas las de Construcción, Conservación y Explotación, derivadas de la celebración del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores — Zona Sur (en adelante “el Contrato”),</p>

³⁰ “10.1.3. Demanda Garantizada

El CONCEDENTE garantiza al CONCESIONARIO una demanda mínima anual de 300 mil TEUs de importación y exportación y 100 mil TEUs de Transbordo durante los primeros diez (10) años contados a partir del inicio de la Explotación de la NTC con dos Amarraderos. Esta garantía no será exigible en los casos que la demanda atendida por el CONCESIONARIO sea menor a la mínima garantizada como consecuencia de: (...).”

Contrato de Concesión	Proyecto de adenda
<p>La presente fianza también garantizará el correcto y oportuno cumplimiento de las obligaciones a cargo del Concesionario 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 de infraestructura y de servicios públicos aprobado mediante Decreto Supremo No. 059-96-PCM.</p> <p>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 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 180 días establecida por el Cable Reuters diario que se recibe en Lima a las 11 horas 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>Nuestras obligaciones bajo la presente fianza, no se verán afectadas por cualquier disputa entre ustedes y nuestros clientes.</p> <p>Esta fianza estará vigente desde el de de 20..., hasta el de de 20..., inclusive.</p> <p>Atentamente, Firma Nombre Entidad Bancaria"</p>	<p>La presente Fianza también garantizará el correcto y oportuno cumplimiento de las obligaciones a cargo del Concesionario establecidas en virtud de las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado mediante Decreto Legislativo No. 1362, o norma que lo sustituya.</p> <p>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 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 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>Nuestras obligaciones bajo la presente fianza, no se verán afectadas por cualquier disputa entre ustedes y nuestros clientes.</p> <p>Esta fianza estará vigente desde el de de 200..., hasta el de de 20..., inclusive.</p> <p>Atentamente, Firma Nombre Entidad Bancaria"</p> <p><small>1 Según definición contenida en la Cláusula 1.20.61 del Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores ubicado adyacente al rompeolas sur del Terminal Portuario del Callao — Zona Sur, modificada mediante Adenda N°3:</small></p> <p><small>"1.20.61. Es la tasa Term Secured Overnight Financing Rate a 6 meses publicada por CME Group Benchmark Administration Limited (o cualquier otra entidad autorizada que se haga cargo de la publicación de dicha tasa), más un spread de 0.42826%."</small></p>

116. Se observa que en el Proyecto de Adenda se propone modificar el Anexo 10 del Contrato de Concesión, referida a la Garantía de Fiel Cumplimiento 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. Sobre el particular, no se formulan observaciones.

117. De otro lado, se sustituye la tasa LIBOR por la Tasa de Referencia para el cálculo de los intereses que debe pagar el emisor de la carta fianza de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión, 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 más un margen de 3%.
118. Al respecto, considerando lo analizado sobre la modificación de la cláusula 1.20.61 del Contrato de Concesión, 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.

f. Sobre la Cláusula Cuarta del Proyecto de Adenda: Anexos a la Adenda

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

“Las Partes acuerdan considerar como anexo de la Adenda N° 3 el Anexo 1, constituido por el Anexo 10: Modelo de Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión, de acuerdo a las cláusulas precedentes.”

120. Considerando lo analizado en el literal e) de la presente sección del Informe Conjunto, no se formulan observaciones, en la medida que las modificaciones propuestas permitirían que el modelo de Carta Fianza cuente con el parámetro necesario para el cálculo de intereses compensatorios en caso de demora del emisor de la fianza en honrar sus compromisos asumidos.

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

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

“Si la Adenda N° 3 se firma con fecha posterior al 24 de julio de 2023, el Concesionario deberá efectuar, en un plazo máximo de 30 (treinta) días hábiles contados a partir del día siguiente de la fecha de suscripción de la misma, el cambio de las cartas fianza de la Garantía de Fiel Cumplimiento que se encuentren vigentes, de acuerdo al Anexo 10 del Contrato de Concesión, considerando el plazo remanente de su vigencia.”

122. La Cláusula Quinta del Proyecto de Adenda, se encuentra referida a la incorporación de un procedimiento para la regularización de la obtención de las Cartas Fianza de Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión a efectos de que pueda implementarse la sustitución de la tasa LIBOR por la Tasa de Referencia, para lo cual se proporciona un plazo máximo de treinta (30) días hábiles, en caso la adenda sea suscrita con posterioridad al 24 de julio 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.

h. Sobre la Cláusula Sexta del Proyecto de Adenda: Reglas de Interpretación de la Adenda N° 3

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

“Las Partes declaran que el Contrato de Concesión y la Adenda N° 3 se interpretarán y ejecutarán como un solo instrumento.

Todos y cada uno de los derechos y obligaciones derivados de la Adenda N° 3 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 de Concesión, Bases y/o Circulares (entendidas estas dos últimas conforme a las definiciones establecidas en la Cláusula Primera del Contrato de Concesión) y los términos de la presente Adenda N° 3, primará lo establecido en esta última.

Los términos que figuren en mayúscula en el presente instrumento y no se encuentren expresamente definidos en éste, corresponden a los términos definidos en el Contrato de Concesión o, en su defecto, a los términos por las Leyes Aplicables.”

124. El Proyecto de Adenda incorpora como criterio de interpretación que el texto de la Adenda prima sobre el contenido del Contrato de Concesión. Sobre ello, 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.

i. Sobre la Cláusula Séptima del Proyecto de Adenda: Declaraciones

125. En la Cláusula Séptima del Proyecto de Adenda se indica lo siguiente respecto de la declaración:

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

Asimismo, las Partes declaran que la Adenda N° 3 no establece nuevos derechos y/u obligaciones económicas, financieras o técnicas para cualquiera de ellas, distintas a las que ya corresponden conforme al Contrato de Concesión.”

126. 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. Asimismo, las Partes declaran que dicho Proyecto de Adenda no establece nuevos derechos y/u obligaciones económicas, financieras o técnicas para cualquiera de ellas, distintas a las que ya corresponden conforme al Contrato de Concesión. Al respecto, nos remitimos al análisis que se ha efectuado en el presente Informe Conjunto respecto de cada modificación contractual involucrada.

j. Sobre la Cláusula Octava del Proyecto de Adenda: Validez del Contrato

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

“Todas las disposiciones contenidas en el Contrato de Concesión permanecen vigentes y con plena eficacia, salvo aquellas que resulten contradictorias con lo estipulado en este documento. Todos los términos empleados en este documento

tienen el mismo significado con el que fueron definidos en el Contrato de Concesión.”

128. En la citada cláusula se observa que las Partes declaran que todas las disposiciones contenidas en el Contrato de Concesión permanecen vigentes y con plena eficacia, salvo aquellas que resulten contradictorias con lo estipulado en el Proyecto de Adenda, agregando que todos los términos empleados en dicho documento tienen el mismo significado con el que fueron definidos en el Contrato de Concesión. Siendo esta una declaración formal, no corresponde emitir opinión al respecto.

k. Sobre la Cláusula Novena del Proyecto de Adenda: Vigencia

129. En la Cláusula Novena del Proyecto de Adenda 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.”

130. Al respecto, se considera que dicha cláusula guarda concordancia con lo señalado en el primer párrafo de la cláusula 17.1 del Contrato de Concesión que establece que: *“(…) El acuerdo de modificación será obligatorio para las Partes solamente si consta por escrito y es firmado por los representantes debidamente autorizados de las Partes.”*

V. CONCLUSIONES

131. La solicitud de opinión técnica respecto del Proyecto de Adenda al Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores ubicado adyacente al rompeolas sur del Terminal Portuario del Callao - Zona Sur, cumple con los requisitos de admisibilidad previstos en el referido Contrato y en las Leyes y Disposiciones Aplicables.
132. 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.
133. En el Proyecto de Adenda, las Partes plantean modificar el Índice en el término enunciado en el numeral 1.20.61, las cláusulas 1.20.61, 1.20.92 de la Sección I, la cláusula 8.22 de la Sección VIII, la cláusula 10.1.3. de la Sección X y el Anexo 10: Modelo de Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión.

Adicionalmente, en la Cláusula Quinta del Proyecto de Adenda se plantea que, si la presente adenda se firma con fecha posterior al 24 de julio de 2023, el Concesionario deberá efectuar, en un plazo máximo de 30 (treinta) días hábiles contados a partir del día siguiente de la fecha de suscripción de la misma, el cambio de las cartas fianza de la Garantía de Fiel Cumplimiento que se encuentren vigentes, de acuerdo al Anexo 10 del Contrato de Concesión, considerando el plazo remanente de su vigencia.

134. Con base en el análisis técnico descrito en el presente Informe Conjunto, en el marco de sus respectivas competencias, estas Gerencias concluyen lo siguiente respecto del Proyecto de Adenda:

a. Modificar la cláusula 1.20.61 referida a la definición de la tasa LIBOR

Considerando que la tasa LIBOR a 6 meses estuvo vigente hasta el 30 de junio de 2023, y dado que ya se dispone de una tasa de interés comparable que ha sido aceptada como sustituta de la tasa 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%.

b. Modificar la cláusula 1.20.92 Tasa de Descuento para efectos de caducidad.

La modificación de la cláusula 1.20.92 consiste únicamente en la sustitución de la tasa LIBOR por la Tasa de Referencia, por lo que se considera que la razonable, 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 y se formulan observaciones al respecto.

c. Modificar la cláusula 8.22 de la SECCIÓN VIII: EXPLOTACIÓN DE LA CONCESIÓN

Con relación a la modificación de la cláusula 8.22 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 la cláusula 10.1.3 sobre las GARANTÍAS

No se formulan observaciones a la sustitución de la tasa LIBOR por la Tasa de Referencia para el cálculo de intereses en favor del Concesionario en caso de demora en el desembolso de la liquidación del pago en aplicación de la cláusula 10.1.3, siendo que resulta necesario tener un reemplazo adecuado de la tasa LIBOR en caso de darse un evento en el que deba ejecutarse la cláusula de reconocimiento de la Demanda Garantizada.

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

En el Proyecto de Adenda se propone modificar el Anexo 10 del Contrato de Concesión, en dos extremos. El primero está referido a la normativa en cuyo marco se desarrollan las obligaciones del Concesionario. Esta modificación responde a la actualización de la normativa vigente que regula las Asociaciones Público Privadas, como lo constituye el Contrato de Concesión, por lo que no se presentan observaciones.

El segundo es la sustitución de la tasa LIBOR por la Tasa de Referencia como parámetro de referencia para el cálculo de los intereses compensatorios en caso de demora en el pago de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión. Considerando lo analizado en relación a la modificación de la cláusula 1.20.61, tampoco se formulan observaciones al respecto.

f. Sobre la cláusula Cuarta del Proyecto de Adenda: Anexos a la Adenda

No se formulan observaciones, en la medida que las modificaciones propuestas en el Anexo a la Adenda permitirían que el modelo de carta fianza cuente con el parámetro necesario para el cálculo de intereses compensatorios en caso de demora del emisor de la fianza en honrar sus compromisos asumidos.

g. Sobre la cláusula Quinta del Proyecto de Adenda: Presentación de las Nuevas Cartas Fianza

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.

h. Sobre la Cláusula Sexta del Proyecto de Adenda: Reglas de interpretación de la Adenda N° 3

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.

i. Sobre la Cláusula Séptima del Proyecto de Adenda: Declaraciones

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. Asimismo, las Partes declaran que dicho Proyecto de Adenda no establece nuevos derechos y/u obligaciones económicas, financieras o técnicas para cualquiera de ellas, distintas a las que ya corresponden conforme al Contrato de Concesión. Al respecto, nos remitimos al análisis que se ha efectuado en el presente Informe Conjunto respecto de cada modificación contractual involucrada.

j. Sobre la Cláusula Octava del Proyecto de Adenda: Validez del Contrato

Las Partes declaran que todas las disposiciones contenidas en el Contrato de Concesión permanecen vigentes y con plena eficacia, salvo aquellas que resulten contradictorias con lo estipulado en el Proyecto de Adenda, agregando que todos los términos empleados en dicho documento tienen el mismo significado con el que fueron definidos en el Contrato de Concesión. Siendo esta una declaración formal, no corresponde emitir opinión al respecto.

k. Sobre la Cláusula Novena del Proyecto de Adenda: Vigencia

Esta cláusula guarda concordancia con lo señalado en el primer párrafo de la cláusula 17.1 del Contrato de Concesión que establece que: *“(...) El acuerdo de modificación será obligatorio para las Partes solamente si consta por escrito y es firmado por los representantes debidamente autorizados de las Partes.”*

VI. RECOMENDACIÓN

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

Atentamente,

Firmado por
RICARDO QUESADA ORÉ
Gerente de Regulación y Estudios Económicos
Gerencia de Regulación y Estudios Económicos

Firmado por
FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
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
MELINA CALDAS CABRERA
Jefa de Regulación
Gerencia de Regulación y Estudios Económicos

Visado por
JOSÉ ANTONIO GUTIERREZ DAMAZO
Coordinador de Asuntos Financieros
Gerencia de Regulación y Estudios Económicos

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

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

Visado por
CARLOS ALIAGA CALDERÓN
Jefe de Contratos Portuarios
Gerencia de Supervisión y Fiscalización

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
RICHARD BUSTAMANTE CHAVEZ
Analista Económico
Gerencia de Supervisión y Fiscalización

Visado por
ANGELA VENTURI MOQUILLAZA
Abogada Senior Portuaria
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: 2023076888

Se adjuntan:

- Resumen Ejecutivo
- Proyecto de Acuerdo de Consejo Directivo