



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Bicentenario, de la consolidación de nuestra Independencia, y de la conmemoración de las heroicas batallas de Junín y Ayacucho"

Firmado por:
ZAMBRANO
COPELLO Rosa
Verónica FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 28/11/2024
10:45:53 -0500

OFICIO N° 0589-2024-PD-OSITRAN

Lima, 28 de noviembre de 2024

Señora

GABRIELA BEATRIZ LARA RUIZ

Directora General de la Dirección General de Programas y Proyectos de Transportes

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES - MTC

Plataforma PIDE

Presente.-

Asunto : Opinión sobre el Proyecto de Adenda N° 5 al Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo N° 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil.

Referencia : a) Oficio N° 4266-2024-MTC/19, recibido el 19.11.2024
b) Oficio N° 4097-2024-MTC/19, recibido el 28.10.2024

De mi consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted con relación a la solicitud de opinión del Proyecto de Adenda N°5 al Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo N°5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil (en adelante, el Contrato de Concesión), realizada por su despacho en el marco de lo establecido en el artículo 55° del Decreto Legislativo N°1362 y el artículo 138° de su Reglamento, aprobado mediante el Decreto N°240-2018-EF.

Al respecto, se estima pertinente hacer de su conocimiento que a la fecha¹ este Organismo Regulador no cuenta con el *quorum* requerido para llevarse a cabo las sesiones de Consejo Directivo conforme con lo señalado en el artículo 6° del Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán².

En ese sentido, según lo establecido expresamente en el numeral 138.8 del artículo 138° del Reglamento del Decreto Legislativo N°1362³, en caso de que transcurra el plazo

¹ Cabe precisar que, el señor Alex Segundo Díaz Guevara y el señor Julio Alfonso Vidal Villanueva, miembros del Consejo Directivo del Ositrán, presentaron sus cartas de renuncia que se hicieron efectivas, el 22 de octubre de 2023 y 9 de julio de 2024, respectivamente.

² Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2015-PCM:

"Artículo 6.- Del Consejo Directivo

(...)

El quórum de asistencia a las sesiones es de tres (3) miembros, siendo necesaria la asistencia del Presidente o del Vicepresidente para sesionar válidamente. Los acuerdos se adoptan por mayoría de los miembros asistentes. El Presidente tiene voto dirimente".

³ Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362:

"Artículo 138. Opiniones previas

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico firmado digitalmente y archivado por el Ositrán, aplicando lo dispuesto por el art. 25 del D.S. N° 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. N° 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través del Portal de Consulta de Documentos del Ositrán cuya dirección web es la siguiente: <https://servicios.ositrان.gob.pe:8443/SGDEntidades>. Para acceder al Portal de Consulta Documentos del Ositrán, utilizar el Número de Trámite-NT (usuario) y la contraseña (es la clave del QR)

Visado por: MEJIA CORNEJO Juan
Carlos FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 28/11/2024 10:28:39 -0500

Visado por: CHOCANO PORTILLO Javier
Eugenio Manuel Jose FAU 20420248645
hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 28/11/2024 10:02:09 -0500

Visado por: JARAMILLO TARAZONA
Francisco FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 28/11/2024 09:46:10 -0500

Visado por: QUESADA ORE Luis
Ricardo FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 28/11/2024 09:41:14 -0500



BICENTENARIO
PERÚ
2024

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura
de Transporte de Uso Público

máximo de diez (10) días hábiles, contados desde la recepción de su solicitud, y el Ositrán no emita su opinión no vinculante, esta será entendida como favorable.

Cabe precisar que, en el presente caso, no se ha identificado una situación de emergencia que justifique que esta Presidencia Ejecutiva proceda a emitir la opinión técnica del Ositrán de manera excepcional⁴. Ello, debido a que como consecuencia del análisis realizado en virtud del Informe Conjunto N° 00191-2024-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ) de fecha 27 de noviembre de 2024, emitido por las Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, de Supervisión y Fiscalización y de Asesoría Jurídica, el cual se adjunta a la presente comunicación para su conocimiento, este despacho verifica que no se han realizado observaciones que ameriten cuestionamientos al objeto del Proyecto de Adenda N°5 al Contrato de Concesión⁵.

Sin otro particular, hago propicia oportunidad para expresarle los sentimientos de mi consideración.

Atentamente,

Firmado por
VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO
Presidente del Consejo Directivo
Presidencia Ejecutiva

Visado por
JUAN CARLOS MEJÍA CORNEJO
Gerente General
Gerencia General

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

Visado por
FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización
Gerencia de Supervisión y Fiscalización

(...)

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.”

⁴ Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2015-PCM:

“Artículo 9.- Funciones de la Presidencia Ejecutiva

Son funciones de la Presidencia Ejecutiva, las siguientes:

(...)

10. Adoptar medidas de emergencia sobre asuntos que corresponda conocer al Consejo Directivo, dando cuenta sobre dichas medidas en la sesión siguiente del Consejo Directivo;”

⁵ Al respecto, el Proyecto de Adenda N° 5 al Contrato de Concesión tiene por objeto: (i) Modificar la Cláusula 1.6 para incorporar la definición de Tasa CME Term SOFR. (ii) Modificar el primer y segundo párrafo de la Cláusula 9.15 del Contrato de Concesión. (iii) Modificar el tercer párrafo de los Anexos II (Modelo de Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras del Contrato de Concesión) y III (Modelo de Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión). (iv) Modificar el tercer párrafo del Apéndice 3 del Anexos XIII (Contrato Financiero).

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico firmado digitalmente y archivado por el Ositrán, aplicando lo dispuesto por el art. 25 del D.S. N° 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. N° 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través del Portal de Consulta de Documentos del Ositrán cuya dirección web es la siguiente: <https://servicios.ositrان.gob.pe:8443/SGDEntidades>. Para acceder al Portal de Consulta Documentos del Ositrán, utilizar el Número de Trámite-NT (usuario) y la contraseña (es la clave del QR)



BICENTENARIO
PERÚ
2024



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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



Visado por

JAVIER CHOCANO PORTILLO

Jefe de la Gerencia de Asesoría Jurídica

Gerencia de Asesoría Jurídica

Se adjunta lo siguiente:

— Informe Conjunto N° 00191-2024-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ)

NT. 2024151732

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

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico firmado digitalmente y archivado por el Ositrán, aplicando lo dispuesto por el art. 25 del D.S. N° 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. N° 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través del Portal de Consulta de Documentos del Ositrán cuya dirección web es la siguiente: <https://servicios.ositrان.gob.pe:8443/SGDEntidades>. Para acceder al Portal de Consulta Documentos del Ositrán, utilizar el Número de Trámite-NT (usuario) y la contraseña (es la clave del QR)



**Informe Conjunto N° 00191-2024-IC-OSITRAN
(GRE-GSF-GAJ)**

Firmado por:
QUESADA ORE,
LUIS RICARDO
20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/11/2024
17:32:32 -0500

Firmado por:
CHOCANO PORTILLO
Javier Eugenio Manuel
Jose FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/11/2024
17:54:52 -0500

Firmado por:
JARAMILLO
TARAZONA,
FRANCISCO
20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/11/2024
18:21:08 -0500

Para : JUAN CARLOS MEJÍA CORNEJO
Gerente General

Asunto : Opinión sobre el Proyecto de Adenda N° 5 al Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo N° 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil.

Numeral 55.4 del artículo 55 del Decreto Legislativo N° 1362 y el párrafo 138.3 del artículo 138 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362.

Referencia : a) Oficio N° 4266-2024-MTC/19, recibido el 19.11.2024
b) Oficio N° 00274-2024-GG-OSITRAN, del 31.10.2024
c) Oficio N° 4097-2024-MTC/19, recibido el 28.10.2024

Fecha : 27 de noviembre de 2024

I. OBJETO:

1. Emitir la opinión técnica solicitada por la Dirección General de Programas y Proyectos de Transportes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones a través de los documentos a) y c) de la referencia respecto del Proyecto de Adenda N° 5 al Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo N° 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil (en adelante, el Proyecto de Adenda).

II. ANTECEDENTES:

2. Con fecha 24 de octubre de 2007, el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, Concedente o MTC) y Concesionaria Vial del Sur S. A. (en adelante, Concesionario o Covisur) celebraron el Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo N° 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil (en adelante, Contrato de Concesión).
3. Con fechas 26 de noviembre de 2010, 24 de junio de 2011, 19 de junio de 2015 y 08 de mayo de 2019, el Concedente y el Concesionario suscribieron la Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Adenda al Contrato de Concesión, respectivamente.
4. Mediante el Oficio Múltiple N° 0059-2022-MTC/19, del 22 de noviembre de 2022, la Dirección General de Programas y Proyectos de Transportes (en adelante, DGPPT) del MTC convocó a la Contraloría General de la República (en adelante, CGR), de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (en adelante, Proinversión), el Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, el MEF) y al Ositrán a la primera reunión de evaluación conjunta con la finalidad de exponer el alcance del Proyecto de Adenda.
5. Mediante el Oficio Múltiple N° 0059-2024-MTC/19 recibido el 15 de mayo de 2024, la DGPPT del MTC comunicó al MEF, Proinversión, a la CGR, al Concesionario y al Organismo Regulador que con fecha 14 de mayo de 2024 se daba por finalizada la evaluación conjunta del Proyecto de Adenda¹.

Visado por: CASTILLO ORMEÑO
Giuliana Patricia FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/11/2024 18:54:32 -0500

Visado por:
CALDAS CABRERA, DAYS MELINA
20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/11/2024 18:38:40 -0500

Visado por: OCHOA CARBAJO Yessica
Guadalupe FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/11/2024 18:32:05 -0500

Visado por: PEREZ LIRCOS Luis
FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/11/2024 18:04:08 -0500

Visado por: AMES SANTILLAN
Juan Carlos FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/11/2024 18:00:04 -0500

Visado por: VEGA VASQUEZ John
Albert FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/11/2024 17:51:02 -0500

Visado por: ORTIZ CABREJOS
Claudia Ivonne FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/11/2024 17:46:21 -0500

Visado por: JIMENEZ CERRON Tito
Fernando FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/11/2024 17:42:20 -0500

Visado por: GUTIERREZ DAMAZO
JOSE ANTONIO FIR 07476287 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/11/2024 17:40:43 -0500

¹ Conforme a lo establecido en el párrafo 136.7 del artículo 136 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 con el Decreto Supremo N° 240-2018-EF.

Visado por: ALVAREZ HUAMAN Junior
Missael FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 27/11/2024 17:24:40 -0500

6. Mediante el Oficio N° 4097-2024-MTC/19 recibido el 28 de octubre de 2024, la DGPPT del MTC remitió el Proyecto de Adenda, adjuntando el Informe N° 3240-2024-MTC/19.02 elaborado por la Dirección de Inversión Privada en Transporte (en adelante, DIPTRA) con el correspondiente sustento técnico, legal y financiero, y solicitó a este Organismo Regulador que proceda con la evaluación correspondiente y la emisión de su opinión técnica².
7. Mediante el Oficio N° 00274-2024-GG-OSITRAN notificado el 31 de octubre de 2024, la Gerencia General del Ositrán solicitó a la DGPPT del MTC información adicional sobre el Proyecto de Adenda, precisándose que el plazo del Organismo Regulador quedaría suspendido hasta que el MTC cumpla con atender el citado requerimiento.
8. Mediante el Oficio N° 4266-2024-MTC/19 recibido el 19 de noviembre de 2024, la DGPPT del MTC atendió el requerimiento de información realizado por el Ositrán a través del Oficio N° 00274-2024-GG-OSITRAN, para lo cual adjuntó el Informe N° 3467-2024-MTC/19.02 elaborado por la DIPTRA del MTC.

III. MARCO LEGAL Y CONTRACTUAL APLICABLE

III.1. Sobre la modificación al Contrato de Concesión

9. El párrafo 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, aprobado por Decreto Supremo N° 195-2023-EF (en adelante, D. Leg. N° 1362), modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1691, 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.]

10. 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.
11. En atención a lo expuesto, el Proyecto de Adenda 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.
12. 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

² Según lo señalado en el párrafo 138.3 del artículo 138 de 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 por el Decreto Supremo N° 240-2018-EF.

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.]

13. 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-PCM³ 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.]

14. 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;

(...)”

15. Por su parte, la Sección XIX del Contrato de Concesión ha establecido condiciones para la suscripción de las adendas a dicho contrato, cuyo texto es el siguiente:

“SECCION XIX: MODIFICACIONES AL CONTRATO

Toda solicitud de enmienda, adición o modificación del presente Contrato por cualquiera de las Partes deberá ser presentada a la otra parte, con copia al REGULADOR. Con el debido sustento técnico y económico financiero. La parte resolverá dicha solicitud contando con la opinión técnica del REGULADOR. En la misma oportunidad deberá solicitarse la opinión del Ministerio de Economía y Finanzas en los asuntos de su

³ Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el día 27 de julio de 2006.

competencia, lo cual comprende, entre otros, todo lo que de una u otra forma repercute en el gasto fiscal a cargo del Estado. La opinión del Ministerio de Economía y Finanzas se emitirá en un plazo no mayor de 30 (treinta) Días.

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.

La Solicitud que en ese sentido realice el CONCESIONARIO o el CONCEDENTE deberá respetar a la naturaleza de la Concesión, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico y financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.

Las Partes podrán modificar el presente Contrato de conformidad con el Artículo 33 del TUO.

Para efectos de lo establecido en los párrafos precedentes, debe tomarse en cuenta que la modificación de cualquiera de los términos establecidos en el presente Contrato, requiere de la opinión previa del REGULADOR, quien se pronunciará respecto al acuerdo al que hayan arribado las Partes.

De igual modo, las Partes podrán presentar una solicitud al REGULADOR destinada a la revisión del Contrato, por causas que a criterio de una de las Partes no se haya previsto a la Fecha de Suscripción del Contrato, tales como incremento del tráfico proyectado superior al previsto en el Proyecto Referencial que no permita el cumplimiento de los Niveles de Servicio de Movilidad y Accesibilidad. Para este caso, se requerirá informe previo del REGULADOR.”

16. En lo que respecta a la referencia normativa aludida en la Sección XIX del Contrato de Concesión, cabe indicar que, de acuerdo con la Sección I: Antecedentes y Definiciones, se entiende por “TUO” al “(...) Decreto Supremo N° 059-96-PCM, 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, sus normas modificatorias y complementarias.”
17. Sobre el particular, se debe tener en cuenta que el Decreto Legislativo N° 1012⁴ y el Decreto Supremo N° 059-96-PCM⁵ fueron derogados por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1224; a su vez, el Decreto Legislativo N° 1224 fue derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1362.
18. En ese sentido, nótese que la normativa vigente aplicable al Contrato de Concesión se encuentra en el marco de lo establecido por el D. Leg. N° 1362 y su Reglamento (aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF)⁶.
19. De otro lado, los párrafos 55.1 al 55.11 del artículo 55 del D. Leg. N° 1362, modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1691, establecen el procedimiento de evaluación de las propuestas de modificación contractual, tanto en la etapa de evaluación conjunta como en la de emisión de opiniones, en los siguientes términos:

“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**

⁴ Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada.

⁵ 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.

⁶ El cual fue modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo N° 211-2022-EF, publicado el 14 de septiembre de 2022.

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.
- 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, relacionados al cofinanciamiento o garantías del Proyecto, de conformidad con lo previsto en el inciso I) del artículo 22 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.
- 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, así como las reglas o procedimientos especiales de modificación contractual se establecen en el Reglamento, respetando los Principios establecidos en el presente Decreto Legislativo. Entre los criterios que permiten establecer procedimientos y/o metodologías diferenciadas se encuentran, de manera enunciativa y no limitativa, las situaciones de emergencia actuales o potenciales, declaradas por la entidad pública titular del proyecto, mediante el dispositivo legal que corresponda, así como las inversiones adicionales conforme lo establecido en el Reglamento.
- 55.11 El encargo de estudios de ingeniería al inversionista, o de sus respectivas modificaciones, durante la fase de Ejecución Contractual no se encuentra sujeto al procedimiento de modificación contractual regulado en el presente artículo."

[Énfasis y subrayado agregados]

20. 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.”

21. De acuerdo con normas antes citadas, se concluye que durante los primeros tres (03) años contados desde la fecha de suscripción de los contratos de Asociación Público Privada (APP), no pueden suscribirse adendas a los mismos, salvo que se trate de:
 - a) La corrección de errores materiales.
 - b) Hechos sobrevinientes a la adjudicación de la buena pro que generan modificaciones imprescindibles para la ejecución del proyecto.
 - c) La precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato.
 - d) El restablecimiento del equilibrio económico financiero, siempre y cuando resulte estrictamente de la aplicación del contrato suscrito.
22. 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.
23. 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 inversionista⁷.
24. Finalmente, concluido el procedimiento de evaluación conjunta, se inicia el procedimiento para que cada entidad competente evalúe y emita su opinión sobre las modificaciones contractuales propuestas. 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.
25. En aquellos casos en que Proinversión haya sido el Órgano Promotor de la Inversión Privada (en adelante, 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.
26. 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:

⁷ Conforme con lo previsto en el numeral 136.7 del artículo 136 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.*
- 138.2 *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,*
 - 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 Nº 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."*

27. De acuerdo con la referida norma, las opiniones sobre las modificaciones de los contratos de concesión deberán ser emitidas por este Organismo Regulador 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.
28. Al respecto, mediante el Oficio N° 4097-2024-MTC/19, notificado al Ositrán el 28 de octubre de 2024, el MTC solicitó al Ositrán la opinión previa no vinculante al Proyecto de Adenda, para lo cual se adjuntó el Informe N° 3240-2024-MTC/19.02.
29. No obstante, mediante Oficio N° 00274-2024-GG-OSITRAN remitido por el Ositrán el 31 de octubre de 2024 al MTC, se solicitó información adicional a efectos de atender la solicitud de opinión del Proyecto de Adenda.
30. En respuesta al oficio antes mencionado, el Concedente remitió al Regulador Oficio N° 4266-2024-MTC/19 recibido el 19 de noviembre de 2024, el cual adjunta el Informe N° 3467-2024-MTC/19.02, precisando que con ello se daba respuesta a lo solicitado mediante el Oficio N° 00274-2024-GG-OSITRAN. En ese sentido, el cómputo del plazo para que el Ositrán cumpla con emitir su opinión no vinculante se reinició a partir del siguiente día hábil, es decir el 20 de noviembre de 2024, y vence el 28 de noviembre de 2024.
31. 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, 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

32. 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.
33. 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, establece 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.
34. Asimismo, el inciso 9 del artículo 7 del ROF establece que es función del Consejo Directivo, 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.
35. 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.

36. 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.
37. 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.
38. Asimismo, debemos recordar lo dispuesto por el artículo 138.3 del Reglamento del D. Leg. N° 1362:

“Artículo 138. Opiniones previas

(...)

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

39. En ese sentido, el Proyecto de Adenda será evaluado dentro del marco legal y contractual antes expuesto.
40. Finalmente, cabe precisar que la opinión técnica emitida por el Ositrán y contenida en el presente informe conjunto tiene carácter no vinculante, de conformidad con lo expresamente señalado por el numeral 55.4 del artículo 55 del D. Leg. N° 1362 y el numeral 138.3 del artículo 138 del Reglamento del D. Leg. N° 1362, concordantes con el inciso 182.2 del artículo 182 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, el cual establece que “los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, con las excepciones de ley”.

IV. ANÁLISIS

41. A modo de preámbulo, debe considerarse que es responsabilidad del MTC, en su condición de representante de la entidad titular del proyecto, el cumplimiento del marco contractual y normativo previsto en la Cláusula Décimo Séptima del Contrato de Concesión y en el D. L. N° 1362 y su Reglamento, respectivamente, que regulan el procedimiento de modificaciones 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, entre otros, a las leyes y a las demás normas del ordenamiento jurídico. De otro lado, corresponde señalar que es función de Ositrán verificar el cumplimiento de obligaciones por parte del Concesionario, de conformidad con lo previsto en las Leyes N° 26917⁸ y N° 27332⁹.

⁸ **Ley N° 26917:**

“Artículo 4.- Ámbito de Competencia

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

⁹ **Ley N° 27332:**

“Artículo 3.- Funciones

42. En ese contexto, luego de revisar la solicitud de opinión remitida por la DGPPT del MTC, el Contrato de Concesión y el Proyecto de Adenda, así como lo establecido en el marco normativo y contractual aplicable, a continuación, se presenta nuestro análisis, el cual consta de las siguientes dos secciones:

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

IV.1. Análisis de Admisibilidad

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

43. De la lectura conjunta del marco normativo aplicable a la modificación de los Contratos de Asociación Público Privadas, conformado por el D. Leg. N° 1362, el Reglamento del D. Leg. N° 1362 y la Sección XIX del Contrato de Concesión, se colige que el procedimiento para la evaluación de toda solicitud de enmienda, adición o modificación del indicado contrato presentada por el Concesionario está sujeta al cumplimiento de las siguientes condiciones:
- a) Cumplimiento del límite temporal para la suscripción de modificaciones al Contrato de Asociación Público Privada.
 - b) Publicación de la propuesta de modificación en el portal web del Concedente.
 - c) Convocatoria y realización de un proceso de evaluación conjunta.
 - d) Informe del Concedente con su evaluación de la propuesta de modificación presentada por el Concesionario, conteniendo, por lo menos, lo siguiente:
 - i) Una evaluación sobre el mantenimiento del Equilibrio Económico Financiero;
 - ii) Una evaluación sobre el mantenimiento de las condiciones de competencia del proceso de promoción;
 - iii) Una evaluación sobre el mantenimiento del Valor por Dinero a favor del Estado;
 - iv) Un análisis sobre si se mantiene o altera la asignación de riesgos, y
 - v) Un análisis sobre si se mantiene o altera la naturaleza del proyecto.
 - e) Solicitud por parte del Concedente de la opinión no vinculante de este Regulador, adjuntando la evaluación inicial realizada.
44. Cabe señalar que, con la opinión del Regulador, el Concedente debe proceder a solicitar la opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, MEF) en caso la modificación contractual genere o involucre cambios en el cofinanciamiento, las garantías, así como cambios en los parámetros económicos y financieros del contrato; o cuando los cambios puedan generar modificaciones al equilibrio económico financiero del contrato de Asociación Público Privada o contingencias fiscales al Estado.
45. Asimismo, la opinión previa favorable del MEF comprende las materias reguladas en el inciso 5.6¹⁰ del artículo 5 del D. Leg. N° 1362, con excepción de la evaluación de los

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

- a) Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas;*
- (...)*

¹⁰ **D. Leg. N° 1362:**

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

criterios de elegibilidad¹¹; comprendiendo la evaluación de la capacidad presupuestal conforme a lo dispuesto en el inciso 134.5¹² del artículo 134 del Reglamento del D. Leg. N° 1362.

46. Con las opiniones de Proinversión, de corresponder, 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.
47. Al respecto, en atención al avance del procedimiento de evaluación de la propuesta de modificación del Contrato de Concesión, en esta instancia se verificarán 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.
48. No obstante, debe advertirse que la verificación formal del cumplimiento 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 la 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 remitido 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

49. 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

(...)

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, a excepción de la fase de Planeamiento y Programación, 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. Cláusulas de solución de 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."*

fecha de suscripción del Contrato de Concesión, en el presente caso se advierte que el Contrato de Concesión materia de análisis fue suscrito el 24 de octubre de 2007, por lo que habiendo transcurrido más de dieciséis (16) años desde su suscripción, se concluye que la restricción establecida en la citada norma reglamentaria no resulta aplicable en el presente caso.

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

50. En el Informe N° 3240-2024-MTC/19.02, remitido mediante el Oficio N° 4097-2024-MTC/19, el Concedente señaló el cumplimiento de su obligación de publicar el Proyecto de Adenda N° 5 en su portal institucional, consignando el siguiente enlace:

<https://www.gob.pe/institucion/mtc/informes-publicaciones/5564875-proyecto-de-adenda-n-5>

51. Asimismo, cabe precisar que a través del Informe N° 3467-2024-MTC/19.02 remitido mediante el Oficio N° 4266-2024-MTC/19, el Concedente no se ha pronunciado sobre el cumplimiento de su obligación de publicar el presente Proyecto de Adenda N° 5 en su portal institucional¹³. No obstante, sin perjuicio de lo señalado, se efectuó la revisión de la página web del MTC identificando la publicación de la última versión del Proyecto de Adenda al Contrato de Concesión¹⁴, cuyo enlace se cita a continuación:

<https://www.gob.pe/institucion/mtc/informes-publicaciones/6193668-adenda-n-5-al-contrato-de-concesion-para-la-construccion-conservacion-y-explotacion-del-tramo-n-5-del-proyecto-corredor-vial-interoceanico-sur-peru-brasil>

52. Sobre el particular, conforme a lo descrito anteriormente, se debe resaltar que es responsabilidad de la entidad pública titular del proyecto cumplir oportunamente con lo establecido en el inciso 134.4 del artículo 134 del Reglamento del D. Leg. 1362, el cual dispone que 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

53. Conforme a lo señalado en el numeral 2.9 del Informe N° 3240-2024-MTC/19.02, con ocasión de la presentación del Proyecto de Adenda por parte del Concedente al Concesionario para la modificación del Contrato de Concesión, mediante Oficio Múltiple N° 0059-2022-MTC/19 de fecha 22 de noviembre de 2022, el MTC convocó a la Contraloría General de la República, al MEF, a Proinversión y a este Regulador a la primera reunión de Evaluación Conjunta.
54. Luego de ello, de acuerdo con lo mencionado en el Informe N° 3240-2024-MTC/19.02, remitido mediante Oficio Múltiple N° 0059-2024-MTC/19 de fecha 14 de mayo de 2024, el Concedente informó a los órganos competentes de la culminación de la evaluación conjunta.

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

55. De acuerdo con el marco legal analizado, finalizado el proceso de evaluación conjunta, el

¹³ Cabe precisar que mediante el Informe N° 3467-2024-MTC/19.02 se detalló que el Proyecto de Adenda visado por Partes remitido mediante el Oficio Múltiple N° 0059-2024-MTC/19¹³ y el Oficio N° 4097-2024-MTC/19, presentaba errores materiales en los textos de modificación propuestos para los Anexos II y III del Contrato de Concesión, los cuales según se precisa en el mismo informe fueron levantados por las Partes en la versión del Proyecto de Adenda remitido mediante el Oficio N° 4266-2024-MTC/19.

¹⁴ Publicado el 18 de noviembre de 2024.

Concedente debe hacer una evaluación de la propuesta de adenda, contrastando la propuesta y el sustento alcanzados, con la información recabada durante el proceso de evaluación conjunta. Dicha evaluación debe plasmarse en un informe en el que deben determinarse y sustentarse las modificaciones contractuales, y la misma debe cumplir con analizar, como mínimo, los aspectos establecidos en la normativa vigente.

56. En el presente caso, se aprecia que adjunto a los Oficios N° 4097-2024-MTC/19 y N° 4266-2024-MTC/19, el Concedente ha remitido los Informes N° 3240-2024-MTC/19.02 y N° 3467-2024-MTC/19.02, mediante los cuales 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

57. Respecto a este punto, en el Informe N° 3467-2024-MTC/19.02, el Concedente señaló lo siguiente:

“D. Análisis de equilibrio económico financiero

5.42. El Equilibrio Económico Financiero del Contrato de Concesión implica que existe una equivalencia entre los Derechos y Obligaciones de las Partes (CONCEDENTE y CONCESIONARIO).

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

5.44. Asimismo, el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362 establece que las partes pueden convenir en modificar el Contrato, 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.

5.45. 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.”

58. Asimismo, el Concedente analiza, en el mismo informe, los principales parámetros económicos financieros que se establecieron en el Contrato de Concesión vigente con relación a la modificación de la referencia a la tasa LIBOR debido a su discontinuidad en el mercado, indicando lo siguiente:

“C. Análisis de modificaciones y/o cambios en los principales parámetros económicos y financieros

5.41. 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 y financieros que el CONCEDENTE realice como sustento del proyecto de adenda. A continuación, se procede a evaluar cada parámetro:

• Plazo contractual

(...)

El plazo de la Concesión está fijado para un periodo de 25 años. Asimismo, en cuanto a la suspensión del plazo de la Concesión, se considera las siguientes opciones: i) guerra externa o civil, invasión, conflicto armado, revolución, motín e insurrección; ii) actos terroristas; iii) fuerza mayor o caso fortuito y/o, iii) acuerdo

entre las Partes. Ninguno de los supuestos señalados se produciría con el proyecto de Adenda N° 5 al Contrato de Concesión, ya que el reemplazo de la tasa LIBOR no devendrá en las causales antes señalados.

Por lo tanto, el parámetro Plazo de la Concesión no se ve afectado por el proyecto de Adenda N° 5 al Contrato de Concesión.

• Tarifas

Se encuentran reguladas en la Sección IX del Contrato de Concesión. Al respecto, las modificaciones propuestas en el presente proyecto de Adenda a fin de reemplazar la tasa LIBOR no impacta en el cobro de tarifas, las mismas que se ajustan en función de la inflación y están a cargo del Regulador. (...)

Por otro lado, (...) el esquema tarifario propuesto en el Contrato de Concesión se determina por la variación de los Índices de Precios de Estados Unidos y de Perú, además del Tipo de Cambio; en ese sentido, el presente proyecto de Adenda al Contrato de Concesión no altera este parámetro, ya que para su determinación no se requiere de la determinación de la tasa LIBOR.

• Ingresos

Son montos que abonará el CONCEDENTE al CONCESIONARIO por el Pago Anual por Servicio (PAS), el cual tiene por objetivo reconocer al CONCESIONARIO sus costos de inversión, representado a través del PAO; y operación, mantenimiento Rutinario y Mantenimiento Periódico, representado a través del PAMO. (...)

Al respecto, como establece el Contrato de Concesión, la modalidad de la Concesión es cofinanciada, esto implica que el CONCEDENTE asume con cargo a recursos propios el cofinanciamiento al CONCESIONARIO por los costos que no alcanzaron a ser cubiertos por la recaudación de la tarifa del peaje. Tal cofinanciamiento no se ve modificado por el objeto del presente proyecto de Adenda, ya que, como se ha expresado previamente, tanto el ajuste tarifario como el cobro de la tarifa no se modificarán por el reemplazo de la tasa LIBOR.

En ese sentido, el parámetro Ingresos no se ve alterado por el proyecto de Adenda N° 5 al Contrato de Concesión.

• Inversión

(...)

Al respecto, se debe precisar que el compromiso de inversión a cargo del CONCESIONARIO ya fue a ejecutado; en ese sentido, el proyecto de Adenda no afecta el monto ni las características del compromiso de inversión pactado en el Contrato de Concesión debido a que no es materia de modificación y no se prevé un incremento o reducción de este.

Por lo tanto, el parámetro Inversión no se ve afectado el proyecto de Adenda N° 5 al Contrato de Concesión.

• Pólizas de Seguros:

Se encuentran regulados en la Sección XII de del Contrato de Concesión, en el que se regula el procedimiento, características y demás regulación referida a la adquisición y mantenimiento de los seguros. Al respecto, a continuación, se presenta la redacción que el Contrato de Concesión establece para la vigencia de las pólizas, las primas y costos de las coberturas de los seguros:

(...)

De este modo, el presente proyecto de Adenda no modifica las coberturas con las que cuentan los bienes de la Concesión y operatividad de la Concesión a nivel laboral y constructivo, debido a que no es materia de modificación con esta Adenda.

Asimismo, debido a que, las primas de seguro, que representan el costo del seguro dependen del nivel de riesgo que genere un siniestro y el histórico de siniestros, el

pago de las pólizas contratadas no depende de la tasa LIBOR y su posible reemplazo, ya que la tasa de pago de las pólizas es fija y no se modifica a lo largo de la contratación de los seguros; en ese sentido, el presente proyecto de Adenda no modifica el esquema de seguros y respectivo pago.

Por lo antes señalado, este parámetro no se altera con el presente proyecto de Adenda N° 5 al Contrato de Concesión.

• **Costos de las Fianzas a favor del CONCEDENTE (costos de primas):**

Son las primas y costos de las fianzas emitidas que respaldan el cumplimiento de las obligaciones del CONCESIONARIO. La Sección Décimo Primera del Contrato de Concesión regula las garantías a favor del CONCEDENTE; asimismo, en la Sección Primera, "Definiciones", se establece la definición de dichas garantías (...)

En la cláusula 11.2. del Contrato de Concesión establece que para garantizar la correcta ejecución de las Obras de Construcción, de acuerdo al Expediente Técnico y al PID, así como las Obras Adicionales, incluyendo el pago de las cláusulas penales, el CONCESIONARIO entregará al CONCEDENTE la garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras por un monto de US \$ 15,000,000 (Quince Millones y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) que deberán estar vigentes hasta seis (06) meses después de la aceptación y conclusión de dichas obras.

Del mismo modo, en la cláusula 11.3 del Contrato de Concesión establece la obligación del CONCESIONARIO de garantizar todas y cada una de las obligaciones establecidas en el Contrato a través de una Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato por un monto de US\$ 4,000,000 (Cuatro Millones y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América), el mismo que será reajustado en la misma proporción en que se reajuste el PAMO y estará vigente hasta seis (06) meses después al cumplimiento del plazo del Contrato y en poder del CONCEDENTE.

Sobre lo expuesto, se puede señalar que el presente proyecto de Adenda no modifica los montos de garantía, ajustes de incremento ni la periodicidad en la que debe renovarse las cartas fianza. De igual manera el proyecto de Adenda no modifica el procedimiento de ejecución de las Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión y de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras ni la obligación del CONCESIONARIO a restituir o restablecer el monto de las Garantías una vez éstas hayan sido ejecutadas total o parcialmente.

Es decir, el proyecto de Adenda no modifica las primas y el costo de las coberturas con las que cuentan los bienes de la Concesión debido a que no es materia de modificación y no prevé un incremento o reducción de la garantía referida a la etapa constructiva ni a la etapa operativa.

Por otro lado, el proyecto de Adenda busca modificar las cláusulas 1.6, 9.15, Anexo II, Anexo III y el Apéndice 3 del Anexo XIII del Contrato de Concesión, referentes a la mención de la tasa LIBOR y su respectivo reemplazo, a efectos de mantener operativo el Contrato de Concesión.

Al respecto, el proyecto de Adenda plantea la sustitución de la tasa LIBOR por otra tasa que contiene las mismas características y es recomendada por entidades transparentes y de alcance internacional.

En ese sentido, el costo de las Cartas Fianzas del Contrato de Concesión no se ve afectado por el presente proyecto de Adenda.

Por lo previamente desarrollado, este parámetro no se altera con el presente proyecto de Adenda N° 5 al Contrato de Concesión.

• **Costo de Operación y mantenimiento:**

El Contrato de Concesión comprende la construcción, conservación y explotación del Tramo N° 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil y por su

naturaleza es una concesión cofinanciada.
(...)

Al respecto, como se detalla en el apéndice 3 del Anexo XIII del Contrato de Concesión, el CONCEDENTE cofinanciará el pago periódico por concepto de PAMO mediante el Peaje recaudado, luego de haber descontado los recursos correspondientes para la Cuenta de Eventos Catastróficos, a través del Fideicomiso de Administración.

Ahora bien, es preciso señalar que el presente proyecto de Adenda no modifica los costos de operación ni de mantenimiento del tramo concesionado, toda vez que no es materia del referido proyecto de Adenda considerar un incremento o reducción en infraestructura. Por lo tanto, este parámetro no se altera con el presente proyecto de Adenda N° 5 al Contrato de Concesión.

[Subrayado agregado.]

59. En ese sentido, el Concedente manifiesta que, del análisis realizado a los parámetros económicos y financieros de la Concesión, tales como Plazo contractual, Tarifas, Ingresos, Inversión, Pólizas de Seguros, Costos de las Fianzas a favor del Concedente (costos de primas) y Costo de Operación y Mantenimiento; concluye que no existe afectación en los parámetros económicos y financieros de la Concesión; por lo tanto, señala que se mantiene el equilibrio económico y financiero de la Concesión.
60. 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**
61. Al respecto, en el Informe N° 3467-2024-MTC/19.02, sobre las condiciones de competencia, el Concedente señaló lo siguiente:

“C. Condiciones de competencia
(...)

5.15. *El análisis sobre la existencia de alteración de las condiciones de competencia debe realizarse en concordancia con las normas vigentes, en el sentido que debe analizarse y velar por aquellas condiciones de competencia determinantes para la selección del inversionista privado, y no sobre todos los parámetros que pudieron ser tomados en consideración por los postores en el proceso de adjudicación de la concesión, pues este último técnicamente no es factible de realizar.*

5.16 *De acuerdo con lo señalado en los párrafos anteriores, el reemplazo de la tasa LIBOR se debe a su discontinuidad en el mercado, desde el 01 de julio de 2023, razón por la cual, resulta necesaria la modificación contractual del Contrato de Concesión de la IIRSA Sur Tramo N° 5, ello con la finalidad de modificar 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, lo cual no implica una modificación de las condiciones de competencia establecidas en el proceso de promoción.*

5.17. *En ese mismo orden de ideas, las condiciones de competencia establecidos para otorgar la Buena Pro del Contrato de Concesión se contemplaron tomando en consideración las Bases del Concurso en el proceso de Buena Pro. Por lo antes señalado, se afirma que la presente propuesta de adenda cumple con el requisito de mantener las condiciones de competencia del proceso de promoción.*

62. 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

63. Al respecto, mediante el Informe N° 3467-2024-MTC/19.02, sobre análisis del Valor por Dinero, el Concedente afirmó lo siguiente:

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

5.38. Las modificaciones propuestas con el proyecto de Adenda para el reemplazo de la tasa LIBOR como tasa de referencia en las cláusulas a modificarse, no generan un incremento en el Costo Total del proyecto de la Concesión de la IIRSA Sur Tramo 5, ni desvirtúan el objeto original del proyecto.

5.39. Por lo antes señalado, a criterio y consideración del Concedente, no corresponde realizar la evaluación de conveniencia entre un nuevo proceso de selección y la vía de modificación contractual, según lo contemplado en el numeral 137.2 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, el cual señala lo siguiente:

“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.”

[Subrayado agregado.]

64. Por consiguiente, se puede señalar que el Proyecto de Adenda cumplió con esta condición. Sin embargo, 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

65. En el Informe N° 3467-2024-MTC/19.02, el Concedente señaló que las modificaciones contractuales no alteran la asignación original de riesgos conforme se aprecia a continuación:

“F. Asignación de Riesgos

(...)

5.54. De acuerdo con los Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociación Público Privadas, aprobados a través de la Resolución Ministerial N°167-2016-EF/15, señala que ‘la asignación de riesgo entre el CONCESIONARIO y el CONCEDENTE debe orientarse a aquél que esté en mejores condiciones de evaluarlo, controlarlo y administrarlo’.

5.55. Uno de los aspectos evaluados por el CONCEDENTE en la presente propuesta de modificación contractual, ha sido verificar que no implique una reasignación de los riesgos originalmente asignados a las Partes. En este sentido, debe precisarse que los riesgos de tipo diseño, constructivo, operación y mantenimiento, no se han modificado ni transferido con el presente proyecto de Adenda.

5.56. Bajo estas consideraciones, es posible afirmar que se mantiene indemne al CONCEDENTE respecto de y contra cualquier acción o excepción de naturaleza legal, administrativa, arbitral o contractual, o reclamo de cualquier naturaleza respecto al contenido del presente proyecto de Adenda.

5.57. Los nuevos términos plasmados en el presente 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 casos siguientes:

Tabla N° 2: Resumen de cláusulas modificadas por el proyecto de Adenda

Cláusula	Contenido
Cláusula 1.6	Se incorpora la definición de la tasa de reemplazo de la tasa LIBOR que es la Tasa CME Term SOFR. Dicha incorporación no modifica la asignación de riesgos original del Contrato.
Cláusula 9.15	Se modifica la el primer y segundo párrafo referentes a la tasa LIBOR por la Tasa CME Term SOFR en caso el CONCESIONARIO o el CONCEDENTE invoque el restablecimiento del equilibrio económico - financiero. Dicha modificación no cambia la asignación de riesgos original del Contrato.
Anexo II	Se modifica el tercer párrafo referente a la tasa LIBOR por la Tasa CME Term SOFR en el modelo de la Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras del Contrato de Concesión. Dicha modificación no cambia la asignación de riesgos original del Contrato.
Anexo III	Se modifica el tercer párrafo referente a la tasa LIBOR por la Tasa CME Term SOFR en el modelo de la Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato de Concesión. Dicha modificación no cambia la asignación de riesgos original del Contrato.
Apéndice 3 del Anexo XIII	Se modifica el tercer párrafo del literal A Sobre el PAMO, del Apéndice 3 Sobre el PAS, del Anexo XIII Contrato Financiero del Contrato de Concesión. Modificación que no cambia la asignación de riesgos original del Contrato.

5.58. De acuerdo con lo señalado en los párrafos anteriores, el reemplazo de la tasa LIBOR se debe a la discontinuidad en el mercado de ésta, desde el 01 de julio de 2023. Por lo tanto, resulta necesaria la modificación del Contrato de Concesión de la IIRSA Sur Tramo 5, 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. Las modificaciones no alteran la asignación original de riesgos.

[Subrayado agregado.]

66. 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.
 - (ii) Al respecto, de la documentación remitida por el MTC, se observa lo siguiente:
 - a. En los Informes N° 3240-2024-MTC/19.02 (numeral 5.26) y N° 3467-2024-MTC/19.02 (numeral 5.25), el Concedente señaló que las modificaciones contractuales no alteran la asignación original de riesgos.

- b. En el numeral 4.29 de los mismos Informes, el Concedente indicó que no corresponde contar con la opinión de Proinversión, conforme se señala a continuación:

"4.29. En el presente caso, considerando la facultad prevista en el numeral 138.2 del artículo 138 de la Ley de APP y en tanto que el Contrato de Concesión fue suscrito antes de la vigencia de la Ley de APP y su Reglamento, siendo que además no se cuenta con un Informe de Evaluación Integrado (IEI), se considera que no corresponde solicitar la opinión de Proinversión."

[Subrayado agregado.]

67. 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

68. Respecto de la naturaleza del proyecto, en el Informe N° 3467-2024-MTC/19.02, el Concedente afirma lo siguiente:

"G. Análisis de la naturaleza de la concesión

5.31 De conformidad con el numeral 2.1 de la Sección II del Contrato de Concesión, el CONCEDENTE transfiere al CONCESIONARIO la potestad de prestar un servicio público a favor de los usuarios, para lo cual le concede el aprovechamiento económico de los Bienes de la Concesión

5.32. Para cumplir con ello, el CONCESIONARIO deberá cumplir con los parámetros, niveles, capacidad y otros asociados a la inversión, así como con estándares y niveles de Servicio propios de la Explotación del Tramo, previstos en el Contrato.

5.33. Asimismo, de acuerdo con el numeral 2.3 del referido contrato, el Contrato de Concesión responde a un esquema BOT (build, operate and transfer), por ello, no supone la transferencia de propiedad de la infraestructura que forma parte del Tramo de la Concesión, la misma que en todo momento mantiene su condición pública.

5.34. 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 y se rige por los principios de continuidad, regularidad y no discriminación, conforme se describe en las Cláusulas 2.6, 2.7 y 2.8 del Contrato de Concesión.

5.35. Asimismo, la concesión se otorgó bajo la modalidad de cofinanciada por el Estado. (...)

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

[Subrayado agregado.]

69. Como se puede apreciar, el Concedente ha realizado su evaluación sobre la naturaleza de la concesión, concluyendo que no será 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

70. 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 los Oficios N° 4097-2024-MTC/19 y N° 4266-2024-MTC/19, el Concedente remitió al Ositrán el Proyecto de Adenda, cuya evaluación fue plasmada en los Informes N° 3240-2023 y MTC/19.02 y N° 3467-2024-MTC/19.02, respectivamente, requiriéndole la emisión de su opinión técnica no vinculante
71. 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.
72. En consecuencia, la solicitud de opinión técnica presentada por el Concedente mediante Oficios N° 4097-2024-MTC/19 y N° 4266-2024-MTC/19 notificados el 28 de octubre de 2024 y el 19 de noviembre de 2024, respectivamente, sobre el Proyecto de Adenda, cumpliría con dichas condiciones formales.

IV.2. Análisis del Proyecto de Adenda N° 5.

73. De acuerdo con la documentación remitida al Regulador, el Proyecto de Adenda tiene por objeto realizar las siguientes modificaciones al Contrato de Concesión:
- (i) Modificar la Cláusula 1.6 para incorporar la definición de Tasa CME TERM SOFR.
 - (ii) Modificar el primer y segundo párrafo de la Cláusula 9.15 del Contrato de Concesión.
 - (iii) Modificar el tercer párrafo de los Anexos II (Modelo de Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras del Contrato de Concesión) y III (Modelo de Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión).
 - (iv) Modificar el tercer párrafo del Apéndice 3 del Anexos XIII (Contrato Financiero del Contrato de Concesión).

IV.2.1. Cuestión previa: Naturaleza de la Concesión

74. El 24 de octubre de 2007, el Concedente y el Concesionario suscribieron el Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo N° 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil por un plazo de veinticinco (25) años, contado desde la Fecha de Inicio de la Explotación, conforme a la cláusula 4.1.
75. La modalidad de la Concesión es cofinanciada, de conformidad con lo señalado en la Cláusula 2.5 del Contrato de Concesión.

IV.2.2. Análisis de las modificaciones propuestas en el Proyecto de Adenda

76. A continuación, se presenta el análisis de cada una de las modificaciones propuestas en 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 del Ositrán.

A. Incorporación de la definición del término CME Term SOFR en la Cláusula 1.6 del Contrato de Concesión

77. El Proyecto de Adenda propone incorporar el término CME Term SOFR en la Cláusula 1.6 de la Sección I, Antecedentes y Definiciones en los siguientes términos:

¹⁵ Inciso d) del artículo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 058-2006-CD-OSITRAN, por la que dictan disposiciones para presentación de solicitudes de reconversión y/o modificación de contratos de concesión y para emisión de opinión técnica.

Contrato de Concesión	Proyecto de Adenda
.....	<p>“SECCIÓN I: ANTECEDENTES Y DEFINICIONES (...) Definiciones 1.6 En este Contrato, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican: (...) CME TERM SOFR <i>Es la tasa Term Secured Overnight Financing Rate (SORF) a un plazo de 3 meses calculada y publicada por la Chicago Mercantile Exchange (CME) Group Benchmark Administration Limited a las 05:00 a.m. CT (o la entidad que la suceda o reemplace en la calidad de administrador de la CME Term SOFR).”</i></p>

78. Sobre el particular, cabe precisar que en el numeral 3.1 del Proyecto de Adenda se establece lo siguiente:

“3.1 Incluir el término **CME Term SOFR** de la Cláusula 1.6 de la Sección I: Antecedentes y Definiciones del Contrato de Concesión, que deberá quedar redactada de la siguiente manera:

CME Term SOFR

Es la tasa Term Secured Overnight Financing Rate (SORF) a un plazo de 3 meses calculada y publicada por la Chicago Mercantile Exchange (CME) Group Benchmark Administration Limited a las 05:00 a.m. CT (o la entidad que la suceda o reemplace en la calidad de administrador de la CME Term SOFR).”

[Énfasis y subrayado agregados.]

79. Se puede observar que en el Proyecto de Adenda no se deja sin efecto el término “Libor (London Interbank Offered Rate)”, definido en la Sección I: Antecedentes y Definiciones del Contrato de Concesión como “*la LIBOR a tres (3) meses informada por Reuters a las 5:00 p.m., hora de Londres*”. Tampoco se establece una equivalencia exacta entre la definición de “Libor” establecida en el Contrato de Concesión y la nueva definición propuesta “**CME Term SOFR**”.

80. Este aspecto se puede inferir también de la lectura del sustento propuesto en el numeral 7.2 de los Informes N° 3240-2024-MTC/19.02 y N° 3467-2024-MTC/19.02.

“7.2. Esta incorporación permite contar con una definición de la tasa que reemplazará a la tasa LIBOR en la regulación contenida en el Contrato de Concesión. Al respecto, como se ha desarrollado en la sección previa de este Informe, la tasa idónea para reemplazar la LIBOR es la tasa CME Term SOFR. Asimismo, debido a que en la regulación del Contrato de Concesión se emplea la tasa LIBOR a un periodo de 3 meses y a un año, se utilizará el mismo periodo para la tasa CME Term SOFR con los spreads recomendados por la ARRC, los cuales son equivalentes a 0.26161% y 0.71513%, respectivamente”.

[Subrayado agregado.]

81. De la lectura del párrafo citado, se plantea que la equivalencia de la tasa para remplazar la LIBOR, no solo es la tasa CME Term SOFR, sino, dicha tasa aunada al *spread* recomendado por la ARRC correspondiente al Periodo de la LIBOR, siendo dichos *spread* de 0,26161% y 0,71513% para los periodos de 3 meses y un año, respectivamente.
82. Este aspecto también es abordado en el numeral 6.19 de del Informe N° 3467-2024-MTC/19.02, que establece que *“El objeto de los referidos Spread de ajuste es hacer más comparables los valores de ambas tasas, esto con el objeto de ajustar el riesgo de crédito bancario y de plazo de la Tasa LIBOR a la Tasa SOFR (...) por lo que **es necesario incorporar un spread adicional a la CME Term SOFR como parte del proceso de reemplazo**”*
83. En esa línea, se puede concluir que la definición de CME Term SOFR planteada por el Proyecto de Adenda no pretende por sí misma reemplazar la tasa LIBOR establecida en el Contrato de Concesión, sino que solo establece un parámetro base, al cual se hará referencia en otras cláusulas a lo largo del Contrato de Concesión, y se le sumará el *spread* correspondiente de acuerdo con las características de la cláusula contractual que se pretenda modificar.
84. Sin perjuicio de lo expuesto, considerando que la definición propuesta presenta un parámetro que será utilizado en el resto de las modificaciones contractuales del Proyecto de Adenda, a continuación, se analizará el sustento referido a la pertinencia de que la CME Term SOFR constituye la tasa base más adecuada, en comparación a otras tasas, para ser usada en lugar de la tasa LIBOR, considerando que esta última ha dejado de publicarse.
85. Al respecto, es importante mencionar que, en atención a la consulta formulada por el MTC mediante Oficio N° 0955-2022-MTC/19¹⁶ respecto de lo comunicado por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (en adelante, SBS), en torno a la sustitución de la tasa LIBOR en los contratos de concesión portuarios debido a que se tenía conocimiento que esta tasa dejaría de publicarse, este Organismo Regulador, mediante Memorando Conjunto N° 00016-2022-MC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ) adjunto al Oficio N° 055-2022-GG-OSITRAN¹⁷ señaló que, dado que los contratos de concesión referidos a infraestructura de transporte de uso público bajo el ámbito de competencia del Ositrán 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 empleada en los contratos de concesión que han considerado su utilización.
86. 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 ausencia de la tasa LIBOR, debiendo considerar en las actuaciones a adoptar, las implicancias que se generarían en el cumplimiento de los contratos de concesión.

¹⁶ Recibido el 15 de febrero de 2022.

¹⁷ Notificado el 14 de marzo de 2022.

87. Por otro lado, respecto a la opinión de otras Entidades en referencia al tratamiento de la tasa LIBOR, en el caso del Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, MEF), cabe traer a colación el Oficio Circular N° 001-2023-EF/68.03 de la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada del MEF¹⁸, mediante el cual, dicha entidad informó que la LIBOR se encuentra en un proceso de desfase en el mercado financiero internacional y que próximamente dejaría de ser publicada (30.06.2023), por lo que las entidades titulares de proyectos de Asociación Público Privada (APP) deberán realizar la transición a otras tasas en el plazo debido.
88. Asimismo, con relación a Proinversión, el MTC señala en el Informe N° 1117-2023-MTC/19.02¹⁹, que la Agencia de Promoción de la Inversión Privada señaló en el Informe Financiero N° 001-2022/DPP.03 que, en el momento de su elaboración, 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 SBS²⁰.
89. Al respecto, en el Informe N° 3467-2024-MTC/19.02, el MTC señala que, en el caso de nuevos contratos, existe una mayor libertad de escoger una tasa representativa; mientras en el caso de contratos vigentes, el reemplazo que se determine debería mostrar una relación estrecha con la LIBOR, tanto en comportamiento histórico como referente de los mercados internacionales, ello con el objetivo de no alterar las condiciones económicas y financieras pactadas en el Contrato de Concesión.
90. En efecto, respecto a posibles opciones de remplazo de la tasa LIBOR, en el referido Informe N° 3467-2024-MTC/19.02, el Concedente sostiene que se realizó una comparación con varias alternativas, entre ellas, la Tasa de Interés Legal, llegando a la conclusión de que dicha tasa no sería adecuada para reemplazar a la primera en contratos de concesión existentes, en tanto presenta una divergencia reciente y significativa con los valores observados de la LIBOR. Adicionalmente, argumenta que la Tasa de Interés Legal constituye una tasa de interés pasiva del mercado local, sujeta a variables idiosincráticas del contexto peruano (como el riesgo político y crisis económicas), las cuales no influyen en la LIBOR.
91. Otra alternativa evaluada por el MTC son las tasas de la curva cupón cero soberana de la SBS, respecto de las cuales formula críticas similares a aquellas mencionadas previamente con relación a la Tasa de Interés Legal:

*“6.3. Producto del análisis realizado por esta Dirección, **se identificaron cuatro posibles alternativas de tasas de reemplazo a la LIBOR**, las cuales presentan características deseables como tasa de referencia en contratos de concesión. Estas son: **la Tasa de Interés Legal**, **las tasas de la curva cupón cero soberana de la SBS**, **la tasa de instrumentos soberanos del Tesoro de Estados Unidos**, y **la CME Term SOFR**.”*

¹⁸ Citado en el Informe N° 1820-2023-MTC/19.02, remitido al Ositrán mediante Oficio N° 2004-2023-MTC/19, recibido el 20 de junio de 2023, como sustento de la solicitud de opinión respecto del Proyecto de Adenda N° 3 al Contrato de Concesión para el diseño, Construcción, financiamiento, Conservación y Explotación del Terminal Portuario de Paíta.

¹⁹ Remitido a Ositrán mediante Oficio N° 1123-2023-MTC/19, recibido el 10 de abril de 2023, como sustento de la solicitud de opinión respecto del Proyecto de Adenda N° 1 al Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal Portuario de Yurimaguas - Nueva Reforma

²⁰ Dicha posición ha sido confirmada por Proinversión al Ositrán mediante el Oficio N° 114-2023/PROINVERSION/SG de fecha 09.05.2023.

6.4. Sin embargo, dos de estas, la Tasa de Interés Legal y las tasas de la curva cupón cero soberana de la SBS, no serían adecuadas para reemplazar la LIBOR en contratos de concesión existentes.

6.5. Esto se debe a que, aunque cumplen con las características deseables de una tasa de referencia, en el caso de los contratos de concesión ya suscritos **es imprescindible que, la tasa que reemplace a la tasa LIBOR tenga un comportamiento similar tanto a nivel conceptual como numérico; de modo que, no se alteren las condiciones económicas y financieras pactadas en el Contrato de Concesión.**

6.6. Cabe precisar que, este requerimiento no es necesario para una tasa de referencia a aplicarse en nuevos contratos, por lo que el descarte de la Tasa de Interés Legal no entra en conflicto con las conclusiones de Proinversión en su informe financiero N° 001-2022/DPP.03, ya que en el caso de nuevos contratos, existe una mayor libertad de escoger una tasa representativa; por el contrario, en el caso de contratos vigentes el reemplazo que se determine debe mostrar una relación estrecha con la LIBOR tanto en comportamiento histórico como referente de los mercados internacionales, a fin de no alterar las condiciones económicas y financieras pactadas en el Contrato de Concesión.
(...)

6.9. Un caso similar es el de la tasa de la curva cupón cero soberana de la SBS, aunque ha venido teniendo un comportamiento similar a la LIBOR, también incorpora el efecto del riesgo país y otras variables coyunturales de la región. En ambos casos, la coyuntura nacional juega un papel relevante en su comportamiento, más no es el caso de la tasa LIBOR, que actúa como una tasa de referencia internacional.”

[Subrayado y énfasis agregados.]

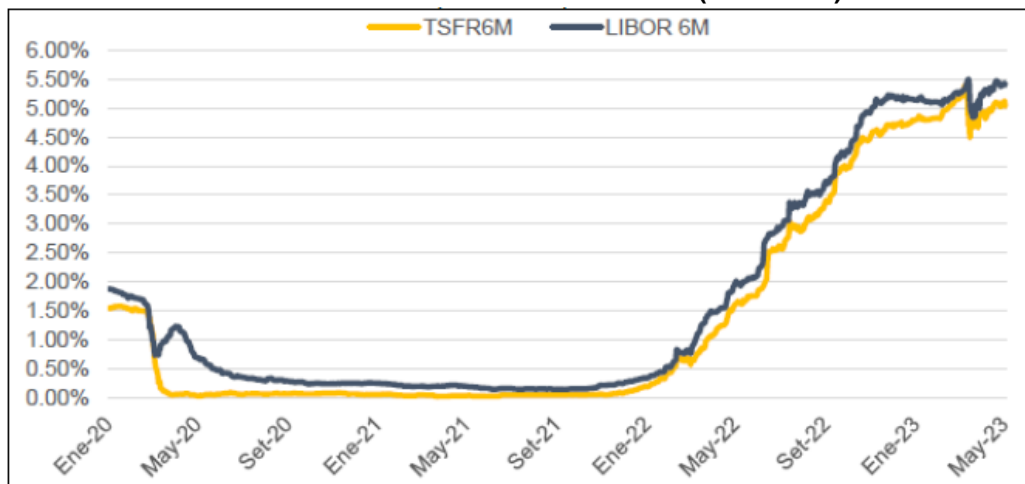
92. Por otro lado, el Concedente evalúa también la tasa de instrumentos soberanos del Tesoro de Estados Unidos y la CME Term SOFR, y concluye que esta última es la tasa de interés más adecuada para reemplazar a la LIBOR debido a que cuenta con gran aceptación a nivel internacional, cuenta con el respaldo de la Reserva Federal de Estados Unidos y tiene un comportamiento similar respecto a la LIBOR:

“6.11. Las otras dos tasas evaluadas, la CME Term SOFR y la tasa de instrumentos de deuda del Tesoro de Estados Unidos, han presentado un comportamiento similar al de la tasa LIBOR. Asimismo, cumplen con las condiciones para reemplazar a la tasa LIBOR; tales como que, son tasas representativas de las condiciones actuales en los mercados financieros internacionales, son robustas a la manipulación (publicadas de forma transparente y de fácil acceso), estables y perdurables en el tiempo.
(...)

6.13. Sin embargo, la CME Term SOFR presenta algunas ventajas importantes sobre las tasas de instrumentos soberanos del Tesoro de Estados Unidos, ya que, cuenta con una gran aceptación a nivel internacional debido a su robustez y transparencia en su cálculo, así como a su respaldo por parte de la Reserva Federal (Fed) de Estados Unidos, organismos reguladores y entidades financieras a nivel global.”

93. En ese marco, es oportuno señalar que, en términos cuantitativos, en el Informe N° 3467-2024-MTC/19.02, el Concedente muestra que la CME Term SOFR presenta valores muy similares a la LIBOR para el periodo enero 2020 – mayo 2023, como se aprecia en el siguiente gráfico:

Gráfico N°1
EVOLUCIÓN DE LA CME TERM SOFR A 6 MESES (TSFR6M) Y LA LIBOR EN
DÓLARES AMERICANOS A 6 MESES (LIBOR 6M)



Fuente: Informe N° 3467-2024-MTC/19.02.

94. Asimismo, mediante el Informe N° 3467-2024-MTC/19.02, el MTC también complementa la sustentación del empleo de la Tasa CME Term SOFR haciendo referencia al Comité de Tasas Alternativas de Referencia (ARRC, por sus siglas en inglés) respecto al trabajo desarrollado para determinar la tasa de reemplazo a la LIBOR y sus recomendaciones:

“6.15. El Comité de Tasas Alternativas de Referencia (ARRC por sus siglas en inglés) es un conjunto de entidades del sector privado y una amplia gama de entidades del sector oficial, incluidos reguladores del sector bancario y financiero, con una presencia importante en los mercados afectados por el LIBOR en dólares cuyo objeto es ayudar a garantizar una transición exitosa de la tasa LIBOR en dólares a una tasa de referencia más sólida, su alternativa recomendada es la Secured Overnight Financing Rate (SOFR). Es decir, está compuesto por un conjunto diverso de entidades del sector privado, cada una con una presencia importante en los mercados afectados por el LIBOR en dólares.

6.16 En el año 2017 la ARRC logró uno de sus objetivos, identificó la SOFR como la tasa que representa la mejor práctica para su uso en nuevos derivados en dólares estadounidenses y otros contratos financieros. También publicó su Plan de Transición Acelerada, con pasos y cronogramas específicos diseñados para fomentar la adopción de SOFR.

6.17. En julio de 2021, la ARRC respaldó la tasa Term SOFR calculada y publicada por el grupo CME Inc., la ARRC señala que, las tasas Term SOFR han demostrado ser una herramienta adicional útil en la transición LIBOR, pero se diferencian de las tasas SOFR a un día y de los promedios SOFR publicados por el Banco de la Reserva Federal de Nueva York en que la tasa Term SOFR se basa en productos derivados, principalmente mercados de futuros SOFR, no directamente en el mercado de repos del Tesoro de EE.UU. a un día que sustenta al propio SOFR.”

[Notas al pie de página omitidas.]

95. Por lo expuesto, la elección de la tasa que será utilizada como base para reemplazar a la tasa LIBOR en el Contrato de Concesión, es consistente con la decisión de la Junta de Gobernadores del Sistema de Reserva Federal y las recomendaciones que proporcionó la ARRC, según las cuales para determinados tipos de préstamos debe aplicarse la tasa de interés CME Term SOFR en lugar de la SOFR.
96. En tal sentido, considerando que la LIBOR tuvo vigencia hasta el 30 de junio de 2023, y

dado que se dispone de una tasa de interés comparable que ya ha sido aceptada como sustituta de la LIBOR como referente en otros mercados financieros, 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-CAF, se considera razonable que la tasa de interés CME Term SOFR sea utilizado como base para remplazo en el uso de la tasa LIBOR.

97. De otro lado, se identifica que en la definición se establece que la tasa CME 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 tasa y garantizar así la continuidad operativa del Contrato de Concesión, por lo que se considera razonable.

B. Modificación de la Cláusula 9.15 del Contrato de Concesión

98. En relación con la Cláusula 9.15 del Contrato de Concesión, que regula el procedimiento para el restablecimiento del equilibrio económico-financiero al que tienen derecho el Concesionario y el Concedente, el Proyecto de Adenda propone la siguiente modificación:

Contrato de Concesión	Proyecto de Adenda
<p>“SECCIÓN IX: RÉGIMEN ECONÓMICO (...) Equilibrio Económico – Financiero (...)</p> <p>9.15 En el supuesto que el CONCESIONARIO invoque el reestablecimiento del equilibrio económico - financiero, corresponderá al CONCEDENTE determinar en los treinta (30) Días siguientes, la procedencia en aplicación de lo dispuesto en los párrafos precedentes. De ser el caso, el CONCEDENTE 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 CONCESIONARIO, el mismo que será abonado por éste dentro de los ciento ochenta (180) Días siguientes. Por cualquier retraso se reconocerá un interés a la tasa Libor más dos por ciento (2%) sobre el saldo no pagado.</p> <p>En el supuesto que el CONCEDENTE invoque el reestablecimiento del equilibrio económico - financiero, corresponderá al CONCESIONARIO, determinar, en los treinta (30) Días Siguietes, la procedencia en aplicación de lo dispuesto en los</p>	<p>“SECCIÓN IX: RÉGIMEN ECONÓMICO (...) Equilibrio Económico – Financiero (...)</p> <p>9.15 En el supuesto que el CONCESIONARIO invoque el reestablecimiento del equilibrio económico - financiero, corresponderá al CONCEDENTE determinar en los treinta (30) Días siguientes, la procedencia en aplicación de lo dispuesto en los párrafos precedentes. De ser el caso, el CONCEDENTE 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 CONCESIONARIO, el mismo que será abonado por éste dentro de los ciento ochenta (180) Días siguientes. Por cualquier retraso se reconocerá un interés a la tasa CME TERM SOFR más dos punto veintiséis mil ciento sesenta y uno por ciento (2.26161%) sobre el saldo no pagado.</p> <p>En el supuesto que el CONCEDENTE invoque el reestablecimiento del equilibrio económico - financiero, corresponderá al CONCESIONARIO, determinar, en los treinta (30) Días Siguietes, la procedencia en aplicación de lo dispuesto en los</p>

Contrato de Concesión	Proyecto de Adenda
párrafos precedentes. De ser el caso, el CONCESIONARIO deberá establecer en un plazo no mayor a treinta (30) Días el monto a pagar a favor del CONCEDENTE, aplicando para tal efecto, los criterios de valorización previstos en la presente cláusula e informará del resultado al CONCEDENTE, cuyo monto resultante será abonado por éste dentro de los ciento ochenta (180) Días siguientes. Por cualquier retraso se reconocerá un interés a la tasa Libor más dos por ciento (2%) sobre el saldo no pagado.	párrafos precedentes. De ser el caso, el CONCESIONARIO deberá establecer en un plazo no mayor a treinta (30) Días el monto a pagar a favor del CONCEDENTE, aplicando para tal efecto, los criterios de valorización previstos en la presente cláusula e informará del resultado al CONCEDENTE, cuyo monto resultante será abonado por éste dentro de los ciento ochenta (180) Días siguientes. Por cualquier retraso se reconocerá un interés a la tasa CME TERM SOFR más dos punto veintiséis mil ciento sesenta y uno por ciento (2.26161%) sobre el saldo no pagado.
(...)	(...)

99. Con relación a la cláusula 9.15 del Contrato de Concesión, referida al restablecimiento del equilibrio económico financiero, la única modificación propuesta se da en la sustitución de la tasa LIBOR a tres meses más 2% por la CME Term SOFR a tres meses más 2,26161%. 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 sobre la base de la tasa CME Term SOFR a tres meses más 2,26161%, en lugar de emplear como referencia a la tasa LIBOR a tres meses más 2%.
100. Sobre el particular, cabe traer a colación la definición de la tasa LIBOR contemplada en el Contrato de Concesión según el cual el término “Libor” se refiere a “la LIBOR a tres (3) meses informada por Reuters a las 5:00 p.m., hora de Londres”.
101. Ahora bien, conforme a lo expuesto en el acápite previo, en el Informe N° 3467-2024-MTC/19.02, se afirma que para la equivalencia en el uso de la tasa LIBOR que será utilizada en el resto de las modificaciones contractuales del Proyecto de Adenda, a la tasa CME Term SOFR se le debe sumar el *spread* correspondiente, considerando el plazo de la tasa LIBOR.
102. En ese sentido, en referencia al *spread* adicional a la CME Term SOFR, el Informe N° 3467-2024-MTC/19.02 el MTC expone la actuación de la ARRC al respecto:

“6.19. Por otro lado, a fin de complementar la transición de la tasa LIBOR a la tasa Term SOFR, la Asociación Internacional de Swaps y Derivados (ISDA), entidad que trabajó en conjunto con la ARRC para determinar los lineamientos para dicha transición, encargó a la Index Service Ltd. de Bloomberg la determinación del spread de ajuste para los distintos valores de la Tasa LIBOR a plazo. El objeto de los referidos spread de ajuste es hacer más comparables los valores de ambas tasas, esto, con el objeto de ajustar el riesgo de crédito bancario y de plazo de la Tasa LIBOR a la tasa SOFR que es determinada sobre los bonos del tesoro de EE.UU.; y de este modo, asegurar que se mantengan las condiciones económicas y financieras en los contratos firmados, por lo que es necesario incorporar un spread adicional a la CME Term SOFR como parte del proceso de reemplazo.

6.20. Así, con el documento “Summary of the ARR’s Fallback Recommendations”, la ARRC comunica que el uso de los spread de ajuste puede ser empleado para otras versiones de la Tasa SOFR, tal es el caso de la Tasa Term SOFR.”

[Notas al pie de página omitidas.]

103. Por otro lado, mediante el Informe N° 3467-2024-MTC/19.02, el MTC indica que los márgenes añadidos a la SOFR²¹ se efectúan para lograr una mejor aproximación a la tasa LIBOR, considerando que la primera es menos riesgosa que la segunda. En el siguiente cuadro se muestran los márgenes y la equivalencia financiera entre ambas tasas, considerando diferentes periodicidades.

Cuadro N° 1
EQUIVALENCIAS ENTRE LA LIBOR Y LA SOFR

LIBOR	SOFR + MARGEN %
A un día	SOFR + 0,00644%
A un mes	SOFR + 0,11448%
A tres meses	SOFR + 0,26161%
A seis meses	SOFR + 0,42826%
A doce meses	SOFR + 0,71513%

Fuente: Summary of the ARRC's Fallback Recommendations, October 6, 2021.
Elaboración: Gerencia de Regulación y Estudios Económicos de Ositrán.

104. Cabe señalar que la información presentada en el Cuadro N° 1 también ha sido utilizada por la Junta de Gobernadores del Sistema de la Reserva Federal de los Estados Unidos de América al emitir la "Regla Final" ²² para implementar la Ley de Tasas de Interés Ajustable (LIBOR).^{23, 24} Asimismo, en Latinoamérica, la CAF 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 2022.²⁵
105. Por tanto, considerando que la definición de Libor establecida en el Contrato de Concesión se refiere a la tasa LIBOR a tres (3) meses, sobre la base de los *spreads* presentados en la Tabla N° 1, es consistente que para la modificación propuesta en la Cláusula 9.15 del Contrato de Concesión se utilice el *spread* de 0,26161%.
106. En ese sentido, y de conformidad con el análisis realizado sobre la definición de la tasa CME Term SOFR y del *spread* correspondiente, se concluye que la modificación propuesta mantiene la consistencia en el cálculo del interés compensatorio, debido a que reemplaza la tasa LIBOR a tres meses más 2% por la CME Term SOFR más 2,26161%, siendo esta

²¹ A ello formalmente se le denomina Compound SOFR, que 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). <https://sofracademy.com/current-sofr-rates/> (último acceso: 10 de julio de 2024).

²² La "Regla Final" es un documento publicado el 26 de enero de 2023 por la Junta de Gobernadores del Sistema de la Reserva Federal, a través del 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.

²³ Ver: <https://www.federalregister.gov/documents/2023/01/26/2023-00213/regulations-implementing-the-adjustable-interest-rate-libor-act> (último acceso: 10 de julio de 2024).

²⁴ Más información respecto de la Regla Final y la Ley de Tasas de Interés Ajustable (LIBOR) puede ser encontrada en los Informes N° 1153-2023-MTC/19.02 y N° 1258-2023-MTC/19.02, remitidos por el MTC mediante Oficios N° 1173-2023-MTC/19 de fecha 12 de abril de 2023 y N° 1285-2023-MTC/19 de fecha 20 de abril de 2023, respectivamente, remitidos en el marco de la solicitud de opinión sobre el Proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión para el diseño, financiamiento, construcción, conservación y explotación del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao.

²⁵ En el Informe N° 1153-2023-MTC/19.02 antes mencionado, el Concedente sostuvo lo siguiente: "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."

última equivalente a la tasa CME Term SOFR a tres meses más 0,26161% más 2%. Con ello, es posible calcular los intereses moratorios aplicables en caso se incurra en mora respecto del pago de los montos compensatorios en el proceso de restablecimiento del Equilibrio Económico Financiero.

C. Modificación del Apéndice 3 del Anexo XIII del Contrato de Concesión.

107. El Apéndice 3 del Anexo XIII del Contrato de Concesión, entre otros aspectos, regula el pago del PAMO y la tasa a aplicar por el incumplimiento en los plazos de su abono al Concesionario. En relación con este extremo, el Proyecto de Adenda propone la siguiente modificación:

Contrato de Concesión	Proyecto de Adenda
<p>APÉNDICE 3:</p> <p>"(...)</p> <p>A. SOBRE EL PAMO</p> <p>(...)</p> <p>El periodo de retraso en el pago del PAMO generará interés a la tasa Libor +2%.</p> <p>(...)"</p>	<p>APÉNDICE 3:</p> <p>"(...)</p> <p>A. SOBRE EL PAMO</p> <p>(...)</p> <p>El periodo de retraso en el pago del PAMO generará interés a la Tasa CME Term SOFR +2.26161 %.</p> <p>(...)"</p>

108. Con relación al Apéndice 3 del Contrato de Concesión, referido a la tasa empleada para calcular la compensación por retraso en el pago del PAMO, la única modificación se da en la sustitución de la tasa Libor más 2% por la tasa CME Term SOFR más 2,26161%. De esta manera, en caso de retraso en el pago del PAMO, en favor del Concesionario, se calcularán intereses compensatorios sobre la base de la tasa CME Term SOFR a tres meses más 2,26161%, en lugar de emplear como referencia a la tasa LIBOR a tres meses más 2%, ello con objeto de garantizar que el cálculo de los intereses moratorios se sustente con una tasa que resulte equivalente a la Libor.
109. Sobre el particular, tomando en cuenta lo analizado previamente sobre la sustitución de la Libor por la CME Term SOFR y que el *spread* empleado sobre la CME Term SOFR es el recomendado para equivalencias con la Libor a tres meses, se considera que la modificación resulta consistente, en la medida que se proporciona un parámetro de referencia que permite calcular la compensación en caso de retraso en el pago del PAMO, en ausencia de la tasa LIBOR.

D. Modificación de los Anexos II y III del Contrato de Concesión.

110. Los Anexos II y III del Contrato de Concesión corresponden a los modelos de Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras y Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato de Concesión que el Concesionario está obligado a contratar para garantizar la correcta ejecución de las Obras de Construcción y el correcto y oportuno cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la celebración del Contrato, respectivamente. Sobre el particular, el Proyecto de Adenda propone las siguientes modificaciones:

Contrato de Concesión	Proyecto de Adenda
<p>ANEXO II MODELO DE GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO DE CONSTRUCCIÓN DE OBRAS</p> <p>"(...)</p> <p>Toda demora de nuestra parte para honrarla devengará un interés equivalente a la tasa máxima LIBOR más un margen (spread) de 3%. La tasa LIBOR será la establecida por el Cable Reuter diario que se emite en Londres a las 5.00 p.m., 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>(...)"</p>	<p>ANEXO II MODELO DE GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO DE CONSTRUCCIÓN DE OBRAS</p> <p>"(...)</p> <p>Toda demora de nuestra parte para honrarla devengará un interés equivalente a la tasa CME TERM SOFR a 12 meses o 1 año más un margen (spread) de 3,71513%. La tasa CME TERM SOFR será la publicada por el CME Group Benchmark Administration a las 05:00 am, 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>(...)"</p>

Contrato de Concesión	Proyecto de Adenda
<p>ANEXO III MODELO DE GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN</p> <p>"(...)</p> <p>Toda demora de nuestra parte para honrarla devengará un interés equivalente a la tasa máxima LIBOR más un margen (spread) de 3%. La tasa LIBOR será la establecida por el Cable Reuter diario que se emite en Londres a las 5.00 p.m., 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>(...)"</p>	<p>ANEXO III MODELO DE GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN</p> <p>"(...)</p> <p>Toda demora de nuestra parte para honrarla devengará un interés equivalente a la tasa CME TERM SOFR a 12 meses o 1 año más un margen (spread) de 3,71513%. La tasa CME TERM SOFR será la publicada por el CME Group Benchmark Administration a las 05:00 am, 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>(...)"</p>

111. La única modificación propuesta en los Anexos II y III del Contrato de Concesión, está referida a la tasa empleada para calcular la compensación por retraso en el pago del importe de la carta fianza, sustituyendo la tasa máxima LIBOR más 3% por la CME Term SOFR a 12 meses o 1 año más 3,71513%. De esta manera, en caso de retraso en el pago del importe de la carta fianza, en favor del Concedente, en compensación se pagarán intereses compensatorios calculados sobre la base de la Tasa CME Term SOFR más 3,71513%, en lugar de emplear como referencia a la tasa máxima LIBOR más 3%.

112. Sobre el particular, mediante el Oficio N° 00274-2024-GG-OSITRAN, se solicitó al Concedente que amplíe el sustento de por qué en el caso particular de la Concesión del IIRSA Sur Tramo 5 se optó por reemplazar la frase “tasa máxima Libor” del Contrato de Concesión por la tasa *CME Term Secured Overnight Financing Rate (CME Term SOFR) a doce (12) meses y su respectivo ajuste de 0,71513%*.
113. Al respecto, en el Informe N° 3467-2024-MTC/19.02, el Concedente manifiesta que en la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Construcción de Obras y en la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión se hace referencia a una **tasa máxima LIBOR**, la cual no está definida en el Contrato de Concesión y tampoco tiene asociado un plazo específico. En ese sentido, con el fin de evitar diversas interpretaciones respecto del plazo, acordó con el Concesionario establecer un plazo fijo, para lo cual el Concedente analizó el comportamiento histórico de diferentes plazos de la tasa CME Term SOFR, tal como se muestra en el siguiente gráfico.

Gráfico N°3

ÍNDICE DE RENDIMIENTO DIARIO DE LA CME TERM SOFR A PLAZO DE 1,3,6 Y 12 MESES



Fuente: Informe N° 3467-2024-MTC/19.02: CME-GROUP
<https://www.cmegroup.com/market-data/cme-group-benchmark-administration/term-sofr-fact-sheet.html>

114. Sobre la base de dicha información, en el Informe N° 3467-2024-MTC/19.02 se concluye que la tasa CME Term SOFR a doce (12) meses es la que presenta un índice de rendimiento diario histórico más alto, en comparación a aquellas con plazos a uno (1), tres (3) y seis (6) meses, por lo cual, se considera que la tasa CME Term SOFR a doce (12) meses es la más adecuada para servir de base para el remplazo de la denominación tasa máxima LIBOR.
115. En tal sentido, considerando lo analizado previamente sobre la relación de la tasa LIBOR con la tasa CME Term SOFR y el *spread* mostrado en la Tabla N°1 (la cual, para un plazo de doce meses, considera un valor de 0,71513%), la modificación propuesta para los Anexos II y III del Contrato de Concesión resulta razonable, en la medida que se proporciona un parámetro de referencia que permitirá calcular los intereses compensatorios en caso de demora en el pago de la Garantía de Fiel Cumplimiento del

Contrato de Concesión y Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras, respectivamente.

116. Sin perjuicio de lo anterior, cabe mencionar que mediante el Informe N° 3467-2024-MTC/19.02, se ha precisado que el Proyecto de Adenda visado por las Partes remitido mediante el Oficio Múltiple N° 0059-2024-MTC/19²⁶ y el Oficio N° 4097-2024-MTC/19, presentaba errores materiales en los textos propuestos para los Anexos II y III del Contrato de Concesión, los cuales según se precisa en el mismo informe fueron levantados por las Partes en la versión del Proyecto de Adenda remitido mediante el Oficio N° 4266-2024-MTC/19²⁷ (ver Cuadro N° 2). Sobre el particular, no se advierten observaciones.

Cuadro N° 2
ERRORES MATERIALES LEVANTADOS POR LAS PARTES EN LA ÚLTIMA VERSIÓN DEL PROYECTO DE ADENDA

Ítem	Versión Adenda remitido mediante el Oficio Múltiple N° 0059-2024-MTC/19 y Oficio N° 4097-2024-MTC/19	Versión Proyecto Adenda actualizada, remitido mediante el Oficio N° 4266-2024-MTC/19
Primer párrafo del Anexo 1 (Modelo de Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras)	Por la presente y a 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 exclusión , ni división, (...).	Por la presente y a 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, (...).
Tercer párrafo del Anexo 1 (Modelo de Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras)	Toda demora de nuestra parte para honrarla devengará un interés equivalente a la tasa CME TERM SOFR a 12 meses o 1 año más un margen (spread) de 3,71513%. La tasa CME TERM SOFR será la publicada por el CME Group Benchmark Administration a las 05:00 am, debiendo devengarse los intereses a partir de la fecha en que se ha extinguido su cumplimiento y hasta la fecha efectiva de pago.	Toda demora de nuestra parte para honrarla devengará un interés equivalente a la tasa CME TERM SOFR a 12 meses o 1 año más un margen (spread) de 3,71513%. La tasa CME TERM SOFR será la publicada por el CME Group Benchmark Administration a las 05:00 am, debiendo devengarse los intereses a partir de la fecha en que se ha exigido su cumplimiento y hasta la fecha efectiva de pago.
Primer párrafo del Anexo 2 (Modelo de Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión)	Por la presente y a 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 exclusión , ni división, (...).	Por la presente y a 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, (...).
Tercer párrafo del Anexo 2 (Modelo de Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión)	Toda demora de nuestra parte para honrarla devengará un interés equivalente a la tasa CME TERM SOFR a 12 meses o 1 año más un margen (spread) de 3,71513%. La tasa CME TERM SOFR será la publicada por el CME Group Benchmark Administration a las 05:00 am, debiendo devengarse los intereses a partir de la fecha en que se ha extinguido su cumplimiento y hasta la fecha efectiva de pago.	Toda demora de nuestra parte para honrarla devengará un interés equivalente a la tasa CME TERM SOFR a 12 meses o 1 año más un margen (spread) de 3,71513%. La tasa CME TERM SOFR será la publicada por el CME Group Benchmark Administration a las 05:00 am, debiendo devengarse los intereses a partir de la fecha en que se ha exigido su cumplimiento y hasta la fecha efectiva de pago.

Fuente: Informe N° 3467-2024-MTC/19.02.

²⁶ Del 14 de mayo de 2024, mediante el cual el Concedente informó a los órganos competentes de la culminación de la evaluación conjunta.

²⁷ Dicho proyecto de Adenda también fue visado por las Partes y publicado por el MTC, el 18 de noviembre de 2024 en el siguiente enlace: <https://www.gob.pe/institucion/mtc/informes-publicaciones/6193668-adenda-n-5-al-contrato-de-concesion-para-la-construccion-conservacion-y-explotacion-del-tramo-n-5-del-proyecto-corredor-vial-interoceanico-sur-peru-brasil>

E. Condiciones del Proyecto de Adenda

E.1. Cláusula Cuarta: Anexos de la Adenda

117. En la Cláusula Cuarta del Proyecto de Adenda se indica lo siguiente respecto de las declaraciones:

“Las Partes acuerdan considerar como anexos de la Adenda N° 5 el Anexo 1 y Anexo 2, constituidos por el Anexo II: Modelo de Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras y el Anexo III: Modelo de Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión; respectivamente modificados en lo pertinente, de acuerdo a las cláusulas precedentes.”

118. Sobre ello, se advierte que dicha cláusula regula el acuerdo de las partes respecto de considerar los modelos de Garantía de Fiel Cumplimiento contenidos en los Anexos 1 y 2 del Proyecto de Adenda, los cuales se encuentran referidos a el “Modelo de Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras” y el “Modelo de Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión”. En ese sentido, no se tienen mayores comentarios sobre la referida cláusula toda vez que ésta constituye una adecuación en el marco de lo establecido en el Proyecto de Adenda.

E.2. Cláusula Quinta: Presentación de las Nuevas Cartas Fianzas

119. La Cláusula Quinta versa sobre la incorporación de un procedimiento para el reemplazo de las garantías vigentes, es decir, las cartas fianza correspondientes a la Garantía de Cumplimiento del Contrato de Concesión, Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras y Garantía de Fiel Cumplimiento de Obras de la Segunda Calzada de la carretera Puno - Juliaca, 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 contados a partir del día siguiente de la suscripción de la Adenda, para la sustitución de las cartas fianza vigentes y considerando el plazo remanente de sus vigencias..

“El Concesionario deberá efectuar, en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles contados a partir del día siguiente de la fecha de suscripción de la misma, la adecuación del texto de las cartas fianza de la Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras, Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión, y la garantía de fiel cumplimiento de obras de la Segunda Calzada de la carretera Puno-Juliaca, considerando el plazo remanente de su vigencia”

120. Al respecto, no se formulan observaciones, toda vez que es necesario establecer un plazo razonable para contar con nuevas cartas fianza en las que se materialicen las modificaciones propuestas²⁸.

E.3. Cláusula Sexta: Reglas de interpretación

121. En la Cláusula Sexta del Proyecto de Adenda se indica lo siguiente respecto de las declaraciones:

“6.1. Las Partes declaran que el Contrato y la presente Adenda se interpretarán y ejecutarán como un solo instrumento.

6.2. La Partes acuerdan que las disposiciones del Contrato se aplicarán a la relación contractual en lo que no se oponga a lo previsto en la presente Adenda.

²⁸ Cabe precisar que el 08 de mayo de 2019, las Partes suscribieron la Adenda N° 4 al Contrato de Concesión, mediante la cual se incorpora el procedimiento para la aceptación parcial de las obras ejecutadas de la Segunda Calzada de la carretera Puno-Juliaca.

6.3 En caso de conflicto en la interpretación y/o ejecución de los términos establecidos en el Contrato de Concesión y los términos de la presente Adenda, primará lo establecido en esta última.

6.4 Los términos que figuren en mayúsculas en el presente instrumento y que no se encuentren expresamente definidos en éste, corresponden a los términos definidos en el Contrato o, en su defecto, a los términos definidos por las Leyes y Disposiciones Aplicables o a términos que son corrientemente utilizados en mayúsculas.”

122. Se observa que las disposiciones contenidas en la propuesta de Cláusula Sexta del Proyecto de Adenda tienen un alcance meramente declarativo. Asimismo, se propone incorporar como criterio de interpretación que el texto de la Adenda prime sobre el contenido del Contrato de Concesión, en caso de conflicto en la interpretación y/o ejecución de los términos establecidos en este último. Al respecto, se considera que no se están variando los criterios de interpretación establecidos en el Contrato de Concesión, sino que se trata de un criterio que los complementa en tanto se configure el supuesto de hecho objeto de acuerdo contenido en la presente Cláusula.

E.4. Cláusula Séptima: Declaración de las Partes

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

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

Las Partes declaran expresamente que la presente Adenda, en las condiciones establecidas, se suscribe en pleno conocimiento de sus alcances, los cuales se consideran que no vulneran los derechos ni las prestaciones a su cargo.”

124. Al respecto, se verifica que lo establecido en la cláusula séptima del Proyecto de Adenda se trata de una disposición de alcance declarativo a través de la cual las Partes señalan que el referido Proyecto de Adenda respeta la naturaleza del Contrato de Concesión y mantiene las condiciones de competencia del proceso de promoción, así como el equilibrio económico financiero; por lo que se deduce que las Partes estarían manifestando haber cumplido con los requisitos establecidos en la Cláusula Décimo Séptima del Contrato de Concesión y en el artículo 55 del D. Leg. N° 1362, aplicables al presente procedimiento de modificación contractual. No obstante, será el análisis efectuado por las demás entidades públicas involucradas en materia de modificaciones contractuales, respecto de las propuestas de modificación contenidas en el Proyecto de Adenda, el que determinará finalmente la adecuación de la modificación contractual propuesta al marco contractual y normativo vigente.
125. En ese sentido, no se advierten observaciones con relación al contenido de la referida cláusula.

E.5. Cláusula Octava: Disposiciones Finales

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

“Cualquiera de las Partes podrá solicitar a la otra parte que la presente Adenda sea elevada a escritura pública, lo que ambas se obligan a realizar dentro de [°] ([°]) días siguientes a la solicitud escrita de cualquiera de ellas en ese sentido.

Los gastos notariales y registrales que resulten aplicables serán de cuenta de quien solicite la elevación de esta Adenda a escritura pública.”

127. Lo indicado en la referida cláusula establece la posibilidad de que la Adenda sea elevada a escritura pública, precisando además que los costos de dicho trámite serían asumidos por la parte que lo solicite. En ese sentido, teniendo en cuenta que la Cláusula Octava de Proyecto de Adenda regula una formalidad en los términos acordados por las partes, no se advierten comentarios sobre este extremo.

E.6. Cláusula Novena: Disposiciones transitorias y validez del Contrato

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

“Las Partes declaran expresamente que fuera de las modificaciones introducidas mediante el presente instrumento, las demás disposiciones del Contrato permanecen vigentes, con plena validez, y se interpretan de forma sistemática y unitaria con la presente Adenda. En tal sentido, se mantienen los derechos y deberes establecidos en el Contrato.”

129. Al respecto, se observa que la referida cláusula destaca que, independientemente de las modificaciones introducidas en el Proyecto de Adenda, las disposiciones del Contrato permanecen vigentes, siendo que éstas se interpretarán de manera sistemática con la adenda. Sobre ello, se verifica que dicha disposición constituye una declaración de las Partes a través de la cual establecen de manera expresa la vigencia de todas las disposiciones del Contrato de Concesión.

E.7. Cláusula Décima: Vigencia

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

“La presente Adenda entrará en vigencia a partir de la fecha de su suscripción por las Partes.

En señal de conformidad, se suscribe el presente instrumento en tres (3) ejemplares originales, uno para el CONCEDENTE, otro para el REGULADOR y otro para el CONCESIONARIO, de igual tenor y valor, en la ciudad de Lima a los [°] días del mes [°] de 20[°].”

131. Al respecto, se considera que dicha cláusula guarda concordancia con lo señalado en el primer párrafo de la Sección XIX 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”*. Asimismo, se verifica que dicha cláusula contiene disposiciones propias de la formalización de la adenda que no ameritan comentarios adicionales.

V. Cuestión Final

132. Como punto de partida, la opinión técnica contenida en el presente Informe debería ser puesta en conocimiento del Consejo Directivo a fin de que dicho órgano colegiado proceda con su revisión y aprobación, de considerarlo pertinente, en el marco de sus competencias. No obstante, considerando que a la fecha este Organismo Regulador no cuenta con el quorum requerido para llevarse a cabo las sesiones de Consejo Directivo²⁹ conforme con lo señalado en el artículo 6 del Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán³⁰ no

²⁹ Cabe precisar que, el señor Alex Segundo Díaz Guevara y el señor Julio Alfonso Vidal Villanueva, miembros del Consejo Directivo del Ositrán, presentaron sus respectivas cartas de renuncia, las cuales se hicieron efectivas, el 22 de octubre de 2023 y 9 de julio de 2024, respectivamente.

³⁰ Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2015-PCM:

*“Artículo 6.- Del Consejo Directivo
(...)*

es posible que el presente Informe pueda ser objeto de debate, aprobación y posterior notificación dentro del plazo legamente previsto para tal efecto.

133. Ahora bien, en atención a la Disposición Específica N° 4 de las Disposiciones para la adopción de medidas de emergencia por parte de la Presidencia Ejecutiva del Ositrán, en aplicación del numeral 10 del artículo 9 del Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán³¹, aprobadas mediante Resolución de Presidencia N° 0048-2023-PD-OSITRAN de fecha 9 de noviembre de 2023, se advierte, entre otros aspectos, que los informes sustentatorios de los asuntos a ser incorporados en la agenda deberán contener: *“análisis respecto a la determinación del asunto como una situación de emergencia, en el que se indiquen, entre otros, los elementos fácticos que sustenten la evaluación respectiva”*.
134. En ese sentido corresponde a estas Gerencias evaluar si, como consecuencia de la evaluación realizada al Proyecto de Adenda, se ha identificado algún aspecto que pudiese ameritar que la Presidencia del Consejo Directivo proceda con adoptar de manera excepcional las medidas de emergencia correspondientes, conforme a lo establecido en el numeral 10 del artículo 9 del Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán.
135. En el presente caso, como consecuencia del análisis realizado al Proyecto de Adenda no se han identificado aspectos u observaciones que ameriten que la Presidencia Ejecutiva del Ositrán ejerza su atribución de adoptar medidas de emergencia sobre asuntos que corresponda conocer al Consejo Directivo con cargo a darle cuenta posteriormente y, en consecuencia, apruebe excepcionalmente el presente Informe Conjunto. Sin perjuicio de ello, se recomienda el traslado del mismo a la DGPPT del MTC para conocimiento del análisis realizado por estas Gerencias al Proyecto de Adenda.
136. Finalmente, cabe traer a colación lo establecido en el numeral 138.8 del artículo 138° del Reglamento³², que establece que en caso transcurra el plazo máximo de diez (10) días hábiles, contados desde la recepción de su solicitud, y el Ositrán no emita su opinión no vinculante, esta será entendida como favorable. Siendo así, en caso de que el Organismo Regulador no comunique su opinión, la DGPPT del MTC entenderá que esta es favorable.

El quórum de asistencia a las sesiones es de tres (3) miembros, siendo necesaria la asistencia del Presidente o del Vicepresidente para sesionar válidamente. Los acuerdos se adoptan por mayoría de los miembros asistentes. El Presidente tiene voto dirimente”.

³¹ **“Artículo 9.- Funciones de la Presidencia Ejecutiva**

*Son funciones de la Presidencia Ejecutiva, las siguientes:
(...)*

*10. Adoptar medidas de emergencia sobre asuntos que corresponda conocer al Consejo Directivo, dando cuenta sobre dichas medidas en la sesión siguiente del Consejo Directivo;
(...)”.*

³² Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362:

“Artículo 138. Opiniones previas

(...)

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.”

VI. Conclusiones

137. En virtud de lo expuesto, procedemos a señalar las conclusiones siguientes:

- (i) La opinión contenida en el presente informe es consecuencia de la evaluación técnica del Proyecto de Adenda remitido por el Concedente, dejando a salvo que cualquier modificación o inclusión posterior que se realice a este no podrá considerarse que cuenta con la evaluación y opinión realizada por estas gerencias.
- (ii) La solicitud de opinión técnica respecto del Proyecto de Adenda cumpliría con las condiciones de admisibilidad previstas en la Cláusula Décimo Séptima del Contrato de Concesión y en el marco normativo aplicable a los procedimientos de modificaciones contractuales; no obstante, se debe señalar que es responsabilidad del MTC, en su condición de entidad titular del proyecto, observar y cumplir cada una de las formalidades establecidas en los referidos instrumentos.
- (iii) Conforme al sustento remitido por el Concedente a través de los Informes N° 3240-2024-MTC/19.02, y N° 3467-2024-MTC/19.02, remitidos adjuntos a los Oficios N° 4097-2024-MTC/19 y N° 4266-2024-MTC/19, recibidos con fechas 28 de octubre y 19 de noviembre de 2024, respectivamente, se tiene que, de manera general, el Proyecto de Adenda tiene por finalidad atender la problemática originada por la salida del mercado de la tasa LIBOR incluida en distintas cláusulas del Contrato de Concesión, situación que, a criterio del MTC, constituye un evento no previsto al momento de la suscripción del Contrato de Concesión y además, no resulta imputable a las Partes debido a que es un hecho que se encuentra fuera de su control.
- (iv) Con base en el análisis técnico y jurídico desarrollando en el presente Informe Conjunto, en el marco de sus respectivas competencias, estas gerencias concluyen lo siguiente respecto del Proyecto de Adenda:

a) Incorporación de la definición del término CME Term SOFR en la Cláusula 1.6 del Contrato de Concesión:

A través del Proyecto de Adenda no se deja sin efecto el término “Libor (London Interbank Offered Rate)”, contenido en la Sección I: Antecedentes y Definiciones del Contrato de Concesión. Tampoco se establece una equivalencia exacta entre la definición de “Libor” establecida en el Contrato de Concesión y la nueva definición propuesta “CME Term SOFR”. En efecto, la definición propuesta no pretende por sí misma dar una equivalencia o remplazar la tasa LIBOR establecida en el Contrato, sino solo establecer un parámetro base al cual se le sumara el *spread* correspondiente de acuerdo con las características de la cláusula contractual que se pretenda modificar.

Por tanto, considerando que la LIBOR tuvo vigencia hasta el 30 de junio de 2023, y dado que se dispone de una tasa de interés comparable que ya ha sido aceptada como sustituta de la LIBOR como referente en otros mercados financieros, 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-CAF, se considera razonable que la tasa de interés CME Term SOFR sea utilizado como base para remplazo en el uso de la tasa LIBOR.

b) Modificación de la Cláusula 9.15 del Contrato de Concesión

Considerando que la Cláusula 9.15 utiliza la definición de Libor en el Contrato de Concesión considera un plazo de tres (3) meses, se considera razonable el uso de la tasa CME Term SOFR definido en el Proyecto de Adenda sumado al *spread* de 0,26161%, dado que mantiene la consistencia en el cálculo del interés compensatorio al remplazar la tasa LIBOR a tres meses más 2% por la tasa CME Term SOFR a tres meses más 2,26161%.

c) Modificación del Apéndice 3 del Anexo XIII del Contrato de Concesión.

Similar al caso de la modificación de la Cláusula 9.15, se considera que la modificación propuesta al Apéndice 3 del Anexo XIII del Contrato de Concesión resulta consistente, en la medida que proporciona un parámetro de referencia que permite calcular la compensación en caso de retraso en el pago del PAMO, en ausencia de la tasa LIBOR.

d) Modificación de los Anexos II y III del Contrato de Concesión.

La Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras y la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión hacen referencia a una tasa máxima LIBOR, la cual no está definida en el Contrato de Concesión y tampoco tiene asociado un plazo específico.

Al respecto, en el Informe N° 3467-2024-MTC/19.02 se concluye que la tasa CME Term SOFR a doce (12) meses es la que presenta un índice de rendimiento diario histórico más alto, en comparación a aquellas con plazos de uno (1), tres (3) y seis (6) meses, por lo cual, se considera que la tasa CME Term SOFR a doce (12) meses es la más adecuada para servir de base para el remplazo de la expresión máxima LIBOR.

En tal sentido, considerando lo expuesto en relación a la equivalencia de la tasa LIBOR con la tasa CME Term SOFR y el *spread* previsto para un periodo de doce meses (0,71513%), la modificación propuesta de remplazar la tasa máxima LIBOR más 3% por la CME Term SOFR más 3,71513% en los Anexos II y III del Contrato de Concesión resulta razonable, en la medida que se proporciona un parámetro de referencia que en caso de ejecución de una de las cartas fianzas prevista, permitirá calcular los intereses compensatorios en caso de demora por parte de la entidad bancaria en el pago de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión y Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras, respectivamente.

De otro lado, con relación a la corrección de errores materiales en los textos de modificación propuestos para los Anexos II y III del Contrato de Concesión, no se tiene observaciones sobre el particular.

e) Sobre las condiciones del Proyecto de Adenda.

En lo que respecta a la **Cláusula Sexta**, esta contiene disposiciones de carácter declarativo que se orientan a establecer criterios de interpretación en caso de conflictos y/o ejecución entre el contenido de la Adenda y el Contrato de Concesión, las cuales no alteran los criterios de interpretación establecidos en el Contrato de Concesión, sino que tratan de criterios que los complementan en tanto se configure el supuesto de hecho contenido en la presente Cláusula.

Con relación a la **Cláusula Séptima**, la misma contiene disposiciones en las que se señala que, la Adenda a ser suscrita respeta la naturaleza del Contrato de Concesión y mantiene las condiciones de competencia del proceso de promoción, así como el equilibrio económico financiero, lo que permite deducir que Partes estarían manifestando haber cumplido con los requisitos establecidos en la Cláusula Décimo Séptima del Contrato de Concesión y en el artículo 55 del D. Leg. N° 1362, aplicables a los procedimientos de modificación contractual. No obstante, será el análisis efectuado por las demás entidades públicas involucradas en materia de modificaciones contractuales el que determinará finalmente la adecuación de la modificación contractual propuesta al marco contractual y normativo vigente.

Con relación a la **Cláusula Octava**, esta establece la posibilidad de que la Adenda sea elevada a escritura pública, precisando además que los costos de dicho trámite serán asumidos por la parte que lo solicite; por lo que dicha cláusula regula una formalidad en los términos acordados por las partes.

Con relación a la **Cláusula Novena**, se verifica que dicha cláusula destaca que, independientemente de las modificaciones introducidas en el Proyecto de Adenda, las disposiciones del Contrato permanecen vigentes, siendo que éstas se interpretarán de manera sistemática con la adenda. Sobre ello, se colige que dicha disposición constituye una declaración de las Partes a través de la cual establecen de manera expresa la vigencia de todas las disposiciones del Contrato de Concesión.

Con relación a la **Cláusula Décima**, se considera que dicha cláusula guarda concordancia con lo señalado en el primer párrafo de la Sección XIX 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*”; verificándose que dicha cláusula contiene disposiciones propias de la formalización de la adenda.

VII. **RECOMENDACIONES**

Se recomienda remitir el presente Informe Conjunto a la Presidencia Ejecutiva del Ositrán, el cual contiene la opinión técnica de estas Gerencias respecto del Proyecto de Adenda N° 5 al Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo N° 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil, a efectos de que se realice su traslado a la DGPPT del MTC para conocimiento.

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

Gerencia de Supervisión y Fiscalización

Firmado por

JAVIER CHOCANO PORTILLO

Jefe de la Gerencia de Asesoría Jurídica

Gerencia de Asesoría Jurídica

Visado por

MELINA CALDAS CABRERA

Jefe de Regulación

Gerencia de Regulación y Estudios Económicos

Visado por

JOHN ALBERT VEGA VASQUEZ

Jefe de contratos de la red Vial

Gerencia de Supervisión y Fiscalización

Visado por

TITO JIMÉNEZ CERRÓN

Jefe de la Jefatura de Asuntos Jurídico Contractuales

Gerencia de Asesoría Jurídica

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

YESSICA OCHOA CARBAJO

Analista de Regulación

Gerencia de Regulación y Estudios Económicos

Visado por
MISSAEL ALVAREZ HUAMAN
Analista de Estudios Económicos II
Gerencia de Regulación y Estudios Económicos

Visado por
CLAUDIA IVONNE ORTIZ CABREJOS
Especialista Legal
Gerencia de Asesoría Jurídica

Visado por
LUIS PEREZ LIRCOS
Supervisor Económico Financiero II
Gerencia de Supervisión y Fiscalización

Visado por
GIULIANA CASTILLO ORMENO
Especialista Legal
Gerencia de Supervisión y Fiscalización

NT: 2024151439

Se adjuntan:

- Resumen Ejecutivo
- Proyecto de Oficio