



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

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

Lima, 10 de febrero de 2009

**OFICIO N° 017-09-SCD-OSITRAN**

Señor  
**LUIS ORTIGAS CUNEO**  
Director Ejecutivo Adjunto (e)  
PROINVERSION  
Paseo de la República N° 3361  
San Isidro.-



Asunto : Opinión Técnica de OSITRAN

Referencia : Oficio N° 80/2009-PROINVERSIÓN/DE

De mi consideración:

Es grato dirigirme a usted, para comunicarle el Acuerdo N° 1146-303-09-CD-OSITRAN adoptado por el Consejo Directivo, en su Sesión N° 303-2009-CD-OSITRAN de fecha 09 de febrero de 2009.

Al respecto, remito a usted copia fedateada del referido Acuerdo, así como copia del Informe N° 006-09-GRE-GS-GAL-OSITRAN de las Gerencias de Regulación, Supervisión y Asesoría Legal de OSITRAN, respectivamente, conteniendo la Opinión Técnica en relación a la versión final del Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Paíta, remitido PROINVERSIÓN con fecha 28 de enero de 2009, mediante el oficio de la referencia.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,

**EDGARDO HOPKINS TORRES**  
**Secretario del Consejo Directivo (e)**

Adj.: Lo indicado



**OSITRAN**

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



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

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

1. **Opinión a la versión final del Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Paita**

**ACUERDO No. 1146-303-09-CD-OSITRAN  
de fecha 10 de febrero de 2009**

Vistos el Informe N° 006-09-GRE-GS-GAL-OSITRAN, el Oficio N° Oficio N° 16-2009-/CPI-PUE/PROINVERSION, y la Versión Final del Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Paita (23 de enero del 2009); y, según lo informado por el Gerente General; el Consejo Directivo de OSITRAN, en uso de su función de Opinión Previa y Supervisión de los Contratos, prevista en el Artículo 37° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, así como las funciones que otorga a OSITRAN la Ley N° 27701, Decreto Legislativo N° 1012, Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas y su Reglamento, Decreto de Urgencia N° 047-2008 y los Lineamientos para Emisión de Opiniones de Nuevos Contratos de Concesión, acordó por unanimidad:

- a) Aprobar el Informe N° 006-09-GRE-GS-GAL-OSITRAN que emite Opinión Técnica sobre la Versión Final del Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Paita, remitida por PROINVERSION con fecha 23 de enero de 2009.
- b) Señalar que la presente Opinión Técnica de OSITRAN se basa exclusivamente respecto de las competencias asignadas al Regulador, tales como los temas tarifarios, facilidades esenciales y de calidad del servicio; en virtud de lo establecido en el Artículo 6° del Decreto de Urgencia N° 047-2008, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 11° del Reglamento de la Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas.
- c) Dicho informe tiene el carácter de Opinión Técnica no vinculante, de acuerdo a lo establecido por el artículo 171.2 de la Ley N° 27444, que señala que los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, salvo disposición contraria de la ley.
- d) Notificar el Informe N° 006-09-GRE-GS-GAL-OSITRAN y el presente Acuerdo a PROINVERSION.
- e) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.



Av. República de Panamá N° 3659  
Urb. El Palomar - San Isidro  
Tel : (511) 440-5115  
Fax: (511) 421-4739  
e-mail: info@ositran.gob.pe  
www.ositran.gob.pe

Certifico que la fotostática es fiel copia del original que he tenido a la vista  
Fecha \_\_\_\_\_  
Ing. JOSE LUIS CORTES FONTCUBERTA ABUCCI  
FEDATARIO  
Organismo Supervisor de la Inversión en  
Infraestructura de Transporte de Uso Público - Ositran



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

**CARGO**

**OSITRAN**  
GERENCIA GENERAL

10 FEB. 2009

**RECIBIDO**

FORMA

N° 3.40

**INFORME N° 006-09-GRE-GS-GAL-OSITRAN**

Para : **Jorge Montesinos Córdova**  
Gerente General

De : **Lincoln Flor Rojas**  
Gerente de Regulación

**Edgardo Hopkins Torres**  
Gerente de Asesoría Legal (e)

**Juan Carlos Polo Puelles**  
Gerente de Supervisión (e)

Asunto : **Opinión de la Versión Final del Proyecto de Contrato de  
Concesión del Terminal Portuario de Paíta (23 de enero 2009)**

Fecha : **09 de febrero de 2009**

**I. ANTECEDENTES**

1. Con fecha 24 de diciembre de 2008 PROINVERSIÓN, mediante Oficio N° 1481-2008-PROINVERSION/DE, solicita a OSITRAN emita opinión favorable respecto de la versión final, de fecha 22 de diciembre de 2008, del Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Paíta.

2. Con fecha 06 de enero de 2009 se solicitó a PROINVERSIÓN, mediante Oficio N° 001-09-GRE-OSITRAN, información sustentatoria del proyecto de Contrato de Concesión referida a:

- Matriz de riesgos de la concesión
- Modelo económico financiero del proyecto de concesión.
- Sustento del factor de competencia.
- Introducción de la garantía de Ingreso Mínima Anual Garantizado (IMAG).
- Sustento de la tasa de descuento para efectos de caducidad (0.7932%).

3. Con fecha 9 de enero de 2009, mediante Acuerdo N° 1135-298-09-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo emitió opinión con relación a la Versión Final del Proyecto de Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Paíta (22 de diciembre de 2008). Dicho acuerdo establece lo siguiente:

- a) Aprobar el Informe N° 001-09-GRE-GS-GAL-OSITRAN que emite Opinión Técnica sobre la Versión Final del Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Paíta, remitida por PROINVERSIÓN con fecha 24 de diciembre de 2008

original que se tiene a la vista  
Fecha: \_\_\_\_\_  
Ing. JOSE LUIS CORTES FONTCUBERTA ABUCCI  
EPDATARIO  
Organismo Supervisor de la inversión en  
infraestructura de Transporte de Uso Público - Ositran



- b) Señalar que la presente Opinión Técnica de OSITRAN se basa exclusivamente respecto de las competencias asignadas al Regulador, tales como los temas tarifarios, facilidades esenciales y de calidad del servicio; en virtud de lo establecido en el Artículo 6° del Decreto de Urgencia N° 047-2008, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 11° del Reglamento de la Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas.
- c) Dicho informe tiene el carácter de Opinión Técnica no vinculante, de acuerdo a lo establecido por el artículo 171.2 de la Ley N° 27444, que señala que los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, salvo disposición contraria de la ley.
- d) Notificar el Informe N° 001-09-GRE-GS-GAL-OSITRAN y el presente Acuerdo a PROINVERSION.
- e) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.
4. Con fecha 21 de enero de 2009, PROINVERSIÓN, mediante Oficio N° 16-2009/CPI-PUE/PROINVERSION, remite la información solicitada por OSITRAN, en respuesta al Oficio N° 001-09-GRE-OSITRAN.
5. Con fecha 28 de enero de 2009 PROINVERSION, mediante Oficio N°80/2009-PROINVERSION/DE, solicita a OSITRAN emita opinión favorable sobre la versión final del Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Paita de fecha 23 de enero de 2009. En dicho oficio adjunta los siguientes documentos:
- Cuadro Resumen con las principales modificaciones respecto de la versión del 22 de diciembre de 2008.
  - Dos informes complementarios con relación al cálculo del IMAG. El primero trata las observaciones de OSITRAN, y el segundo, sobre la valorización de los pasivos contingentes. Este último se ha realizado sobre la base del modelo económico del consultor (HALCROW- CHEMONICS DEL PERU) de fecha 15 de enero de 2009 y actualizado por este mismo el 23 de enero.

## II. MARCO LEGAL

6. El 13 de mayo de 2008, se publicó el Decreto Legislativo N° 1012, Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada (en adelante, Ley Marco de APP's).

Al respecto, el inciso 9.3 del Artículo 9° de la Ley Marco de APP's señala que el diseño final del contrato de asociación público – privada "... requerirá la opinión del organismo regulador correspondiente...".

Asimismo, el último párrafo del inciso 9.3 precisa que "[l]os informes y opiniones se formularán una sola vez por cada entidad, salvo que el



Ing. JOSE LUIS MARTIN FORTCUBERTA ABUCCI  
 FEDATARIO  
 Organismo Supervisor de la Inversión en  
 Infraestructura de Transporte de Uso Público - Ositran

Organismo Promotor de la Inversión Privada solicite informes y opiniones adicionales.”

7. El 09 de diciembre de 2008, se publicó el Decreto Supremo N° 146-2008-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012 (en adelante, Reglamento de la Ley Marco de APP's).

Sobre el particular, el Artículo 8° del mencionado Reglamento señala que “...el diseño final del contrato y las modificaciones que se produzcan a la versión final del mismo, requerirán la opinión favorable ... del organismo regulador ...”

En ese sentido, el inciso 11.1 del Artículo 11 del Reglamento de la Ley Marco de APP' señala que “... la opinión del organismo regulador a que se refiere el numeral 9.3 de la ley se restringirá a los temas tarifarios, facilidades esenciales y de calidad del servicio, los que deberán aparecer en capítulos específicos en el contrato.”

8. El 18 de diciembre de 2008, se publicó el Decreto de Urgencia N° 047-2008 el cual, entre otras cosas, mediante su Artículo 1° señala que dicha norma tiene por objeto “... dictar disposiciones extraordinarias para la facilitación de las asociaciones público privadas a través de las concesiones ...” [El subrayado es nuestro]; en tanto que a través de su Artículo 2° declara de necesidad nacional y de ejecución prioritaria por parte de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN, los procesos de promoción de la inversión privada vinculados con la concesión de diversos proyectos, entre los que se encuentra el Puerto de Paita.
9. El Artículo 6° del mencionado Decreto de Urgencia señala que “las opiniones previas...respecto de los proyectos a que se refiere el Artículo 2°, se efectuarán respecto de la versión final del contrato de concesión y únicamente respecto de aquellos aspectos de su estricta competencia.”

Asimismo, dicha norma precisa que “[e]n ningún caso las entidades podrán emitir opinión respecto de aspectos vinculados con el diseño de la transacción y/o proceso de promoción de la inversión privada, el cual corresponde de manera exclusiva al Consejo Directivo de PROINVERSIÓN.”

10. Como se aprecia, el Decreto de Urgencia en mención contiene disposiciones que, de un lado, flexibilizan el régimen general de promoción de APP's establecido por la Ley Marco de APP's y su Reglamento<sup>1</sup>, además de

<sup>1</sup> A manera de ejemplo, tenemos que el Artículo 7° del Reglamento de la Ley Marco de APP's señala lo siguiente:

*Artículo 7°.- Asociaciones Público Privadas Cofinanciadas*

7.1 Los proyectos de provisión de infraestructura y servicios públicos a través de la modalidad de APP clasificados como cofinanciados, a que se refiere el numeral 9.2 de la Ley, deberán cumplir con los requisitos y procedimientos establecidos en la Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública, la Ley del Sistema Nacional de Endeudamiento y sus modificatorias y normas complementarias.

(...).

[El subrayado es nuestro]

Al respecto, el Decreto de Urgencia ha establecido en su Artículo 3°, lo siguiente:

*Artículo 3°.- Viabilidad de los proyectos*

La viabilidad de los proyectos a que se refiere el artículo anterior podrá ser otorgada con los datos que se replica del original que se adjunta a la nota de prensa.

de prefactibilidad



Ing. JOSE LUIS COFFES FONTCUBERTA ABUCCI  
FEDATARIO  
Organismo Supervisor de la Inversión en  
Infraestructura y Transporte de Uso Público - Ositran  
Página 3 de 11

constituir una excepción al régimen legal vigente en materia de inversión pública; todo ello con el objeto de acelerar el procedimiento de otorgamiento en concesiones en asociaciones público – privadas.

### III. DE LA MATERIA CONTRACTUAL OBJETO DE OPINIÓN

11. Con relación a la emisión de opinión de OSITRAN respecto del contrato de concesión, resulta natural que la materia objeto de opinión deba versar exclusivamente respecto de las competencias asignadas al Regulador.
12. En virtud de ello es que el primer párrafo in fine del Artículo 6° del Decreto de Urgencia N° 047-2008 delimita de manera general la facultad del Regulador de emitir opinión respecto del contrato de concesión de asociación pública privada al señalar que “las opiniones previas...respecto de los proyectos a que se refiere el Artículo 2°, se efectuarán respecto de la versión final del contrato de concesión y únicamente respecto de aquellos aspectos de su estricta competencia.”
13. Sin embargo, como puede observarse de los antecedentes, el marco normativo especial vigente ha acotado en sentido positivo y negativo, la función del Regulador de emitir opinión respecto del proyecto final del contrato de concesión de asociación público – privada.
14. De esta manera, observamos que el inciso 11.1 del Artículo 11 del Reglamento de la Ley Marco de APP's ha delimitado de manera positiva la competencia del Regulador en la medida que dicha norma señala que “... la opinión del organismo regulador a que se refiere el numeral 9.3 de la ley se restringirá a los temas tarifarios, facilidades esenciales y de calidad del servicio, los que deberán aparecer en capítulos específicos en el contrato.”
15. Por otra parte, en sentido negativo, observamos que el segundo párrafo del Artículo 6° del Decreto de Urgencia N° 047-2008 señala que “[e]n ningún caso las entidades podrán emitir opinión respecto de aspectos vinculados con el diseño de la transacción y/o proceso de promoción de la inversión privada, el cual corresponde de manera exclusiva al Consejo Directivo de PROINVERSIÓN.”
16. En consecuencia, queda claro que en virtud del marco legal especial relacionado con la promoción de las concesiones en asociación público privadas, se ha limitado las materias respecto de las cuales el Regulador puede emitir opinión al analizar la versión final del contrato de concesión.

[El subrayado es nuestro]

Por otra parte, tenemos que el Artículo 9° del Decreto de Urgencia, establece lo siguiente:

*Artículo 9°.- Reducción de exigencias legales*

*A partir del presente decreto de urgencia, los actos que a continuación se señalan requerirán únicamente de la aprobación del Consejo Directivo de PROINVERSIÓN mediante acuerdo que deberá ser publicado en el Diario Oficial El Peruano:*

*a. Aprobación de la modalidad de promoción de la inversión privada y sus modificatorias.*

*b. Aprobación de Plan de Promoción y sus modificatorias.*

*c. A propuesta de la Dirección Ejecutiva de PROINVERSIÓN, la designación de los miembros de los Comités Especiales.*

*d. Autorización de viajes al exterior con motivo de actividades de promoción.*



Certifico que la presente es fiel copia del original que se tenía a la vista.  
Fecha: \_\_\_\_\_  
Ing. JOSE LUIS CORTES MONTUCUBERTA ABUCCI  
FISCALARIO  
Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - Ositran  
Página 4 de 11

17. Al respecto, podría argumentarse que el Decreto de Urgencia al no limitar cuales son las materias respecto de las cuales debe pronunciarse el Regulador, éste podría emitir opinión respecto de todas las materias del contrato de concesión que considere convenientes, con la limitación negativa señalada en el segundo párrafo del artículo 6º citado.
18. Sin embargo, consideramos que dicha interpretación no sería acorde con la finalidad de la emisión del Decreto de Urgencia, cual es la de facilitar la celeridad del procedimiento de otorgamiento en concesión de determinados proyectos de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, máxime si tomamos en consideración que el plazo para la emisión de opinión a cargo del Regulador, establecido en 15 días hábiles conforme al inciso 9.3 del artículo 9º de la Ley Marco de APP's, ha sido reducido por el Decreto de Urgencia a 10 días hábiles, conforme al tercer párrafo su Artículo 6º.

#### IV. ANÁLISIS

19. El análisis que se presenta en esta sección se ha realizado tomando en consideración la información presentada por PROINVERSION, así como información pública disponible a la fecha de elaboración del presente Informe, en el Portal de la Agencia de Promoción de la Inversión.
20. El análisis se centrará en los aspectos tarifarios, cuya opinión no fue favorable, toda vez que la forma en que se reguló el Ingreso Mínimo Anual Garantizado - IMAG resultaba incompatible con la regulación tarifaria propuesta en el proyecto de Contrato de Concesión.

#### IV.1. TEMAS TARIFARIOS

##### VI.1.1 Fijación de tarifas en el contrato y su relación con el Factor de Competencia e Ingreso Mínimo Garantizado (IMAG)



Certifico que la foregoing es fiel réplica del original que he tenido a la vista.

Ing. JOSE LUIS CORYES FONTCUBERTA ABUCCI  
 PEDATARIO  
 Organismo Supervisor de la Inversión en  
 Infraestructura de Transporte de Uso Público - Ositran

23. En consecuencia, si las proyecciones de demanda del Terminal Portuario de Paita y costos de PROINVERSION son consistentes, entonces el riesgo de que el Concesionario oferte tarifas que no cubran costos serían muy bajo. De esta manera, el Concesionario buscará que los ingresos al menos cubran los costos operativos, limitando el incentivo de ofertar tarifas por debajo de los costos operativos, permitiendo de esta manera que opere el factor de competencia (menor índice tarifario), sin que exista un riesgo de compensar menores ingresos futuros con el IMAG, pues esto último presenta un baja o nula probabilidad, según las estimaciones de PROINVERSIÓN. En tal sentido, se puede dar por levantada la objeción inicialmente planteada por OSITRAN en este aspecto.

24. Es necesario señalar que el IMAG mejora la "bancabilidad" de la concesión, y de otro lado aumenta el interés de los postores, de esta manera se puede reducir el riesgo y costos de financiamiento y alcanzar una mayor pluralidad entre los postores, de manera que las ofertas sean más competitivas.

#### IV.1.2 Aplicación Tarifaria y el IMAG

25. En la Cláusula 10.1.2 del Ingreso Mínimo Anual Garantizado (IMAG) se señala lo siguiente:

"(...)

*Esta garantía no será exigible en los casos que los ingresos totales anuales determinados por el REGULADOR de acuerdo a lo dispuesto en la Cláusula 10.1.2.1 b) sean menores al IMAG como consecuencia de:*

- a) *Si el CONCESIONARIO no está brindando los Servicios acorde con los Niveles de Servicio y Productividad, así como con los parámetros técnicos exigidos en los Anexos 3 y 4, respectivamente; o*
- b) *Por Fuerza Mayor, Suspensión o Caducidad de la Concesión, de acuerdo a las condiciones establecidas en el presente Contrato.*

"(...)"



<sup>2</sup> informe N°003/2009/PUE/PROINVERSION



Certifico que la fotocopia es fiel réplica del original que he leído a la vista  
Firma

Ing. JOSÉ LUIS CORTÉS FONTOUDERTA ABUCCI  
GERENTE DE SUPERVISIÓN  
Organismo Supervisor de la Inversión en  
Infraestructura de Transporte de Uso Público - Ositran



26. Sobre el particular, conviene precisar que la garantía no será exigible cuando la disminución en los ingresos del Concesionario tenga su origen en una revisión tarifaria que apruebe el Regulador o por aplicación de una política comercial implementada por el Concesionario. En tal sentido, la Cláusula 10.1.2 podría quedar redactada de la siguiente forma:

"(...)"

*Esta garantía no será exigible en los casos que los ingresos totales anuales determinados por el REGULADOR de acuerdo a lo dispuesto en la Cláusula 10.1.2.1 b) sean menores al IMAG como consecuencia de:*

- a) Si el CONCESIONARIO no está brindando los Servicios acorde con los Niveles de Servicio y Productividad, así como con los parámetros técnicos exigidos en los Anexos 3 y 4, respectivamente; o
- b) Por Fuerza Mayor, Suspensión o Caducidad de la Concesión, de acuerdo a las condiciones establecidas en el presente Contrato.
- c) **Una reducción de los ingresos como resultado de un proceso de revisión tarifaria bajo el mecanismo establecido en la cláusula 8.21.**
- d) **Una reducción de los ingresos, en concordancia con el procedimiento de reconocimiento del IMAG, establecido en la cláusula 10.1.2.1, como resultado de la aplicación de políticas comerciales por parte del Concesionario.**

"(...)"

27. De no modificarse el proyecto en los términos señalados, una activación del IMAG puede neutralizar la aplicación de la política regulatoria. Si por aplicación del mecanismo RPI-X se produce una reducción de tarifas como resultado de una mayor productividad, dicha reducción no puede motivar una compensación a través del IMAG debido a que estaría generando ganancias extraordinarias para el Concesionario. Cuando el Regulador fija el factor de productividad (X) los beneficios de la empresa regulada se hacen iguales a cero. Por consiguiente, la activación del IMAG por reducciones tarifarias harían que los beneficios sean mayores a cero, con lo que la política regulatoria sería neutralizada

28. Asimismo, si el IMAG fuera exigible como consecuencia de la aplicación de políticas comerciales de la empresa, entonces, se generarían incentivos para que la empresa reduzca sus tarifas con la finalidad de beneficiarse del IMAG. En tal sentido, las políticas comerciales del Concesionario no estarían orientadas a la generación de mayor tráfico de naves y carga mediante descuentos, promociones, ofertas, etc. Con la restricción del IMAG, la política comercial se orientaría a generar necesariamente mayores tráficos e ingresos.

#### IV.1.3 Factor de Productividad y el IMAG

29. La Versión de Contrato de fecha 22 de diciembre no precisaba si la facturación producto de la aplicación del IMAG se excluía de la estimación del factor de productividad (X). En efecto, la observación de OSITRAN mostró que dichos ingresos podrían generar un factor de productividad sin sustento real, es decir no existiría un costos o prestación asociada.

30. Sobre este tema, PROINVERSIÓN ha modificado la cláusula 10.1.2.1, que en el inciso d) señala:

Certifico que la fotostática es fiel replica del original que he tenido a la vista  
Fecha: \_\_\_\_\_

Ing. JOSE LUIS CORTES PONTCUBERTA ABUCCI  
SECRETARIO  
Organismo Supervisor de la Inversión en  
Infraestructura de Transportes de Uso Público - Ositran  
Página 7 de 11



En ningún caso, los ingresos obtenidos por el CONCESIONARIO como consecuencia de la activación del IMAG serán considerados para efectos de la aplicación del factor de productividad X al que se refiere la Cláusula 8.21.

Con esta modificación se da por subsanada la observación de OSITRAN.

## IV.2 OTROS

31. Con relación a las recomendaciones de carácter legal formuladas por el Regulador mediante el Informe N° 001-09-GRE-GS-GAL-OSITRAN, debemos señalar lo siguiente:

- (i) Se verificó la modificación de cláusula 1.18.89 sobre "servicios esenciales", ahora cláusula 1.18.90, conforme a lo recomendado en el punto V.3 "Temas relacionados con Facilidades Esenciales" del Informe.
- (ii) Se verificó la modificación de las siguientes cláusulas: 14.1, 14.2 y 14.6; asimismo, con respecto a las facultades del Regulador, se verificó la modificación de la cláusula 14.7, conforme a lo recomendado en el punto V.4.1 "Competencias Administrativas" del Informe.
- (iii) Se verificó la modificación de la cláusula 1.18.30, conforme a lo recomendado en el punto V.4.2 "Control Efectivo" del Informe.
- (iv) Se verificó la modificación de la cláusula 1.18.85 sobre el Regulador, ahora cláusula 1.18.86., conforme a lo recomendado en el punto V.4.3 "Reglamento General de OSITRAN" del Informe.
- (v) Se verificó la modificación de la cláusula 5.10, conforme a lo recomendado en el punto V.4.4 "Régimen de Bienes" del Informe.
- (vi) Se verificó la modificación de la cláusula 13.1 conforme a lo recomendado en el punto V.4.5 "Relaciones con el Socio Estratégico" del Informe.

32. En consecuencia, es de verse que PROINVERSIÓN ha hecho suyas las recomendaciones de carácter legal formuladas en el Informe N° 001-09-GRE-GS-GAL-OSITRAN.

33. De otro lado, debemos mencionar que resulta positiva la precisión establecida en la cláusula 2.5 de la versión final del contrato, en donde se establece que:

"2.5 Sin perjuicio de las declaraciones contenidas en la Cláusula 3.2, el CONCEDENTE y la APN declaran y reconocen expresamente que: (i) la entrega en Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Terminal Portuario de Paita, se encuentra dentro de los alcances de lo dispuesto en los numerales 10.3 y 11.3 de los artículos 10 y 11 de la LSPN modificados por el Decreto Legislativo N° 1022; (ii) el Terminal Portuario de Paita califica como infraestructura portuaria nueva y (iii) el CONCESIONARIO tiene el derecho a la ejecución y/o prestación exclusiva de todos y cada uno de los servicios que la fotocopia en el replica del contrato tiene a la vista".

Ing. JOSE LUIS MARTIN FANTUCBERTA ABUCCI  
FEDATARIO  
Organismo Supervisor de la Inversión en  
Infraestructura de Transporte de Uso Público - Ositran



los Servicios que se puedan brindar dentro del referido Terminal a partir de la Toma de Posesión.

(...)"

[El subrayado es nuestro]

34. No obstante ello, si bien es cierto que resulta positiva la precisión efectuada respecto a la aplicación de la ejecución y/o prestación exclusiva de servicios esenciales al interior de la infraestructura, consideramos conveniente que se señale, de manera inequívoca, los indicadores para determinar la aplicación de los supuestos contemplados en los literales b) o c) del numeral 11.3 del artículo 11 de la LSPN<sup>3</sup>, de esta manera se garantiza una mayor seguridad jurídica con relación a la exclusividad a partir de la suscripción del Contrato de Concesión.

35. Referente a la Cláusula 6.1 del Contrato de Concesión, reiteramos lo expresado en el Informe N° 001-09-GRE-GS-GAL-OSITRAN, es decir, se debe excluir del proceso de designación del supervisor de diseño a OSITRAN,

3

**Ley N° 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional, modificado por el Decreto Legislativo N° 1022**

"Artículo 11.- Inversiones en infraestructura portuaria.

11.3 La Autoridad Portuaria Nacional y las Autoridades Portuarias Regionales, de acuerdo a lo establecido por la presente Ley, celebran compromisos contractuales con el sector privado para la explotación de un área de desarrollo portuario o de un área dentro de una zona portuaria, con la finalidad que se desarrolle, construya y equipe por cuenta y riesgo del titular del contrato, una infraestructura portuaria nueva, en cuyo caso se podrá otorgar al sector privado el Uso Exclusivo de dicha infraestructura. La infraestructura portuaria nueva que se hubiese desarrollado, construido y/o equipado conforme al presente numeral, podrá entregarse al sector privado, bajo las modalidades establecidas en el numeral 10.3 de la presente Ley.

Entiéndase por Uso Exclusivo a la facultad establecida en los compromisos contractuales suscritos con el sector privado, para la ejecución y/o prestación exclusiva de los servicios esenciales dentro de dicha infraestructura, por una sola persona jurídica, de acuerdo con lo dispuesto en los respectivos contratos.

Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo, infraestructura portuaria nueva entendida como aquella cuyo desarrollo, construcción y equipamiento es de cuenta y riesgo del sector privado - comprende cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) La construcción de infraestructura portuaria anteriormente inexistente.
- b) La implementación de mejoras en la infraestructura existente, que aumenten la capacidad operativa de un terminal en un porcentaje mayor al 50%, determinado según los indicadores que se establezcan en los compromisos contractuales.
- c) La inversión comprometida supere en 50% o más el último valor de mercado disponible, de la infraestructura e instalaciones a ser administradas.

Cuando los procesos de promoción de la inversión privada consistan en la construcción o entrega en administración de un terminal portuario, la aplicación del presente numeral es sobre dicho terminal en su conjunto.

Lo dispuesto en el presente numeral también será de aplicación respecto de la inversión pública destinada al desarrollo, construcción y/o equipamiento de infraestructura e instalaciones portuarias."

Certifico que la fotostática es una réplica del original que he tenido a la vista.  
Fecha: \_\_\_\_\_

Ing. JOSE LUIS CORTES FONTCUBERTA ABUCCI  
FEEATARIO  
Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Uso Público - Ositran



toda vez que (mediante la aplicación del Decreto Supremo N° 035-2001-PCM, el cual de ser aplicado, solo involucraría al OSITRAN) la APN es la única facultada para aprobar los estudios que dicho supervisor de diseño genere.

## V. CONCLUSIONES

1. Los comentarios realizados en las secciones precedentes al Proyecto de Contrato de Concesión se basan, entre otros, en los siguientes criterios establecidos en la Ley N° 26917, la Ley N° 27701, el Decreto Legislativo N° 1012 que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas y su Reglamento, el Artículo 37° del Reglamento General de OSITRAN, así como en los Lineamientos para Emisión de Opiniones de Nuevos Contratos de Concesión:
  - Incentivar y promover la eficiencia en la provisión de los servicios relacionados con la infraestructura de transporte de uso público.
  - La continuidad y sostenibilidad del servicio público y del CONCESIONARIO, a lo largo del plazo de la Concesión.
2. PROINVERSIÓN ha subsanado las observaciones relacionadas al IMAG y su relación con la regulación tarifaria. En tal sentido, los incentivos asociados a la revisión de tarifas no se verían distorsionados por la presencia IMAG, siempre y cuando:
  - Las proyecciones presentadas por PROINVERSION sean consistentes con los resultados de ingresos y costos, que se produzcan de manera efectiva para el período 2012-2026.
  - El IMAG no sea exigible por efectos de una reducción de ingresos producto de un proceso de revisión tarifaria bajo el mecanismo establecido en la cláusula 8.21; y, en concordancia con el procedimiento de reconocimiento del IMAG, establecido en la cláusula 10.1.2.1, cuando se produzca una reducción de los ingresos producto de la aplicación de políticas comerciales por parte del Concesionario.



Certifico que la fotostática es fiel copia del original que he tenido a la vista.  
Fecha: \_\_\_\_\_

Ing. JOSE LUIS SORTES MONTCUBERTA A. BUCCI  
FEDATARIO  
Organismo Supervisor de la Inversión en  
Infraestructura de Transportes de Uso Público - Ositran

## VI. RECOMENDACIONES

Emitir opinión favorable con relación a los temas tarifarios, condicionada a la incorporación por parte de PROINVERSIÓN de las precisiones señaladas en el presente Informe.

Atentamente

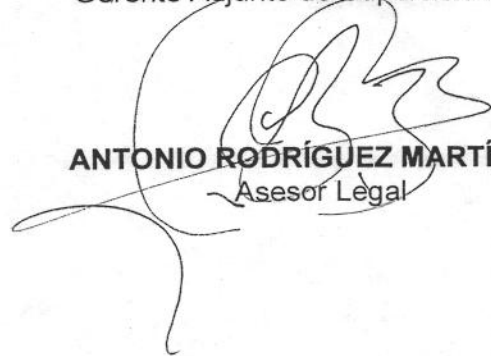
  
**LINCOLN FLOR ROJAS**  
Gerente de Regulación

  
**JUAN CARLOS POLO PUELLES**  
Gerente de Supervisión (e)

  
**EDGARDO HOPKINS TORRES**  
Gerente de Asesoría Legal (e)


  
**HÉCTOR KUANG SALAS**  
Gerente Adjunto de Supervisión

  
**BENJAMÍN DE LA TORRE**  
Coordinador de Gestión Regulatoria

  
**ANTONIO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ**  
Asesor Legal

REG. SAL.

Certifico que la fotocopia es fiel replica del original que he tenido a la vista  
Fecha

  
Ing. JOSE LUIS CASARES MONTCUBERTA ABUCCI  
FED. TARIFARIO  
Organismo Supervisor de la Inversión en  
Infraestructura de Transporte de Uso Público - Ositran