



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

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

"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"

"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

OFICIO CIRCULAR N° 008-2018-SCD-OSITRAN

Lima, 05 de abril de 2018



E011803246
CLAVE: STNOFGMNOP
2018-04-06 10:26:00
www.proinversion.gob.pe
Usuario: jgarro

Señor

ALBERTO ÑECCO TELLO

Director Ejecutivo

PROINVERSIÓN

Av. Enrique Canaval Moreyra N° 150, Piso 9
San Isidro.-

Asunto : Opinión técnica sobre la versión final del Contrato de Concesión del proyecto "Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry".

Referencia : Acuerdo de Consejo Directivo N° 2096-634-18-CD-OSITRAN

De mi consideración:

Me dirijo a usted por encargo del Consejo Directivo, a fin de poner en su conocimiento que en la Sesión N° 634-2018-CD-OSITRAN de fecha 04 de abril de 2018, se adoptó el Acuerdo N° 2096-634-18-CD-OSITRAN, mediante el cual OSITRAN emite opinión técnica sobre la versión final del Contrato de Concesión del proyecto "Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry".

Al respecto, remito a usted copia certificada del referido Acuerdo, así como copia del Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, para su conocimiento y fines.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,


MARÍA DEL CARMEN LEVAGGI VEGA
Secretaria del Consejo Directivo

Reg. Sal. SCD N° 12879-18

**ACUERDO N° 2096-634-18-CD-OSITRAN
de fecha 04 de abril de 2018**

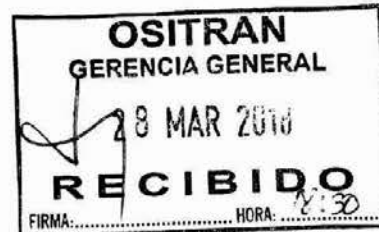
Visto el Proveído N° 278-2018-GG-OSITRAN, conteniendo el Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN de las Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, de Supervisión y Fiscalización y, de Asesoría Jurídica; y de conformidad con lo establecido en la Ley N° 27332 y el artículo 28 del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, y sus modificatorias, conforme al Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 127-2014-EF y al Decreto Legislativo N° 1024, que aprueba el Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 410-2015-EF; el Consejo Directivo de OSITRAN acordó por mayoría:

- a) Aprobar el Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN y, en consecuencia, emitir opinión técnica respecto de la versión final del Contrato de Concesión del proyecto "Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry".
- b) Disponer la notificación del presente Acuerdo y del Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN a PROINVERSIÓN y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
- c) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del Acta.

CERTIFICO: Que la presente copia es fiel de su original.

.....
MARÍA DEL CARMEN LEVAGGI VEGA
Secretaria del Consejo Directivo
OSITRAN

INFORME N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN



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

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

FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización

JAVIER CHOCANO PORTILLO
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto : Opinión sobre la Versión Final del Contrato de Concesión del proyecto "Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry"

Referencia : Oficio N° 023-2018/PROINVERSIÓN/DPP/AP.04

Fecha : 28 de marzo de 2018



I. OBJETO

1. Emitir opinión técnica respecto de la Versión Final del Contrato de Concesión del proyecto "Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry", aprobada mediante Resolución del Director de Proyecto N° 7-2018/DPP/AP.04 del 19 de marzo de 2018 (en adelante, la Versión Final del Contrato de Concesión).

II. ANTECEDENTES

2. Mediante Oficio N° 224-2017/PROINVERSION/DE del 28 de junio de 2017, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (en adelante, PROINVERSIÓN) solicitó a OSITRAN que opine respecto a la propuesta de Declaratoria de Interés de la Iniciativa Privada Autofinanciada denominada "Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry" (en adelante, la Declaratoria de Interés).
3. Mediante Acuerdo N° 2027-614-17-CD-OSITRAN del 24 de julio de 2017, el Consejo Directivo de OSITRAN emitió opinión técnica favorable respecto del proyecto de Declaratoria de Interés.
4. Con fecha 26 de julio de 2017, por medio de Resolución N° 5-2017/DPP/AP.04, el Director Ejecutivo de PROINVERSIÓN aprobó la propuesta de Declaratoria de Interés, la misma que fue publicada en el Diario Oficial El Peruano el 4 de agosto de 2017, con la finalidad de que terceros interesados en el proyecto o en un proyecto alternativo puedan manifestar su interés ante PROINVERSIÓN.



5. Mediante comunicación de fecha 2 de noviembre de 2017, la empresa Notable Category S.A. expresó a PROINVERSIÓN su interés en la ejecución del proyecto. Por medio de Resolución N° 1-2017/DPP/AP.04, PROINVERSIÓN aprobó la declaración de tercero interesado de la referida empresa.
6. Con el fin de participar en el proceso de coordinación interinstitucional previo a la emisión de la opinión institucional sobre la versión final del contrato de concesión, desde agosto de 2017, el personal técnico de OSITRAN ha llevado a cabo reuniones de trabajo con funcionarios de las entidades públicas involucradas en el presente proyecto de inversión: PROINVERSIÓN, el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, el Ministerio de Economía y Finanzas y la Autoridad Portuaria Nacional.
7. Asimismo, en diversas oportunidades, PROINVERSIÓN solicitó a OSITRAN sus comentarios sobre versiones preliminares del contrato de concesión¹. En respuesta a dichos pedidos, este Regulador, con fechas 25 de octubre y 14 de diciembre de 2017 y 18 de enero de 2018 remitió a PROINVERSIÓN, vía correo electrónico, matrices con comentarios, observaciones y aportes respecto a las versiones preliminares del contrato de concesión.
8. Mediante el Oficio N° 23-2018/PROINVERSIÓN/DPP/AP.04, recibido con fecha 19 de enero de 2018, PROINVERSIÓN solicitó la opinión favorable del OSITRAN sobre la versión final del Contrato de Concesión del proyecto "Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry" (en adelante, Contrato de Concesión), para lo cual remitió adjunto lo siguiente: i) la versión final del Contrato de Concesión, y ii) el informe de revisión de los aspectos económico financieros del Proyecto y el informe de evaluación y asignación de riesgos, presentados por el Asesor de Transacción.
9. Con fecha 22 de marzo de 2018, mediante Oficio N° 026-18-GRE-OSITRAN, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos de OSITRAN solicitó a PROINVERSIÓN que remita el Informe de sustento del factor de competencia mediante el cual se adjudicará la concesión del proyecto "Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry".
10. Con fecha 23 de marzo de 2018, mediante Oficio N° 30-2018/PROINVERSIÓN/DPP/AP.04, PROINVERSIÓN remitió el documento denominado Evaluación y propuesta de Factor de Competencia elaborado por ALG, su Asesor de Transacción.

III. MARCO LEGAL

11. El artículo 3 de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante Ley de Creación de OSITRAN), establece que la misión de este Organismo es regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, así como el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios.
12. Para tal efecto, el artículo 6 de la citada norma, concordado con el artículo 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos (en adelante Ley Marco de los Organismos Reguladores) prevé que OSITRAN

¹ Mediante Oficios N°4-2017/DPP/AP.04 del 24 de agosto de 2017, N° 12-2017/DPP/AP.04 del 10 de octubre de 2017 y N° 28-2017DPP/AP.04 del 07 de noviembre de 2017.

ejerce las funciones: a) Normativa, b) Reguladora, c) Supervisora, d) Fiscalizadora y Sancionadora, e) Solución de Controversias y f) Solución de Reclamos.

13. El numeral 3.2 del artículo 3 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores dispone que dichas funciones serán ejercidas con los alcances y limitaciones que se establezcan en sus respectivas leyes y reglamentos, las cuales no pueden verse limitadas por normas de distinta naturaleza ni por los contratos de concesión.
14. Tal como se advierte de la Versión Final del Contrato de Concesión y documentos adjuntos remitidos por PROINVERSIÓN mediante el Oficio N° 23-2018/PROINVERSIÓN/DPP/AP.04, de fecha 19 de marzo de 2018, esta fue elaborada de conformidad con el Decreto Legislativo N° 1224, Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos² y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 410-2015-EF³. Sin embargo, en el texto del documento también se hace referencia al Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 127-2014-EF.
15. En ese sentido, dado que la Versión Final del Contrato de Concesión fue presentada ante el OSITRAN en marzo del presente año, fecha en la cual se encontraba vigente el Decreto Legislativo N° 1224 y su Reglamento, previamente al análisis de fondo, corresponde que este Regulador determine bajo qué marco normativo debe emitir su opinión técnica respectiva.
16. Al respecto, la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1224 señala que las iniciativas privadas que a la fecha de entrada en vigencia del citado Decreto Legislativo hayan sido admitidas a trámite y hasta la suscripción del contrato, seguirán sujetas al procedimiento vigente hasta antes de la entrada en vigencia de dicho Decreto Legislativo⁴. Es decir, el marco normativo vigente dispone que el procedimiento de elaboración y formulación de proyectos, así como el cumplimiento de requisitos procedimentales de las iniciativas privadas admitidas a trámite hasta el 28 de diciembre de 2015, se rigen por el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, mientras que, para los aspectos sustantivos (no procedimentales) serán de aplicación las disposiciones establecidas en el Decreto Legislativo N° 1224 y su Reglamento.
17. Dicho esto, considerando que con fecha 13 de abril de 2012 mediante la Carta N° 405-2012-APN/GG, la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, APN) admitió a trámite la iniciativa privada presentada por el Consorcio Transportadora Salaverry, corresponde observar el procedimiento y plazos para la emisión de opinión por parte del Regulador, previstos en el numeral 9.3 del artículo 9 del Decreto Legislativo N° 1012. Dicha norma señala que el diseño final del contrato de Asociación Público-Privada, a cargo del Organismo Promotor de la

Publicado en el Diario Oficial El Peruano, el 25 de setiembre de 2015. A su vez, el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado por el Decreto Supremo N° 254-2017-EF, fue publicado el 31 de agosto de 2017.

³ Publicado en el Diario Oficial El Peruano, el 27 de diciembre de 2015.

⁴ "DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

Primera. - Las iniciativas privadas que a la fecha de entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1224 hayan sido admitidas a trámite y hasta la suscripción del contrato, seguirán sujetas al procedimiento vigente hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1224."



Inversión Privada correspondiente, requerirá la opinión del Organismo Regulador correspondiente, en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles respecto a las materias de su competencia. Por su parte, el artículo 14 de su Reglamento establece que la Opinión del Regulador se restringirá a los aspectos de su competencia de acuerdo a lo establecido en su ley de creación y en su marco normativo.

18. Con respecto al análisis de fondo sobre la Versión Final del Contrato de Concesión, corresponde sustentar la opinión técnica del Regulador en los aspectos sustantivos previstos en el Decreto Legislativo N° 1224, debiéndose tener presente que la opinión técnica de OSITRAN sobre el diseño de los contratos de concesión, forma parte de la función supervisora de este Organismo Regulador.
19. Asimismo, cabe precisar que de acuerdo al artículo 28⁵ del Reglamento General de OSITRAN (REGO)⁶, la aludida opinión técnica debe incluir las materias referidas a: régimen tarifario del Contrato, condiciones de competencia y de acceso a la infraestructura, aspectos técnicos, económicos y jurídicos relativos a la calidad y oportuna prestación de los servicios, así como a los mecanismos de solución de controversias derivadas de la interpretación y ejecución de los contratos, y demás materias de competencia del OSITRAN.

IV. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO

20. El modelo de Concesión propuesto por PROINVERSIÓN para el Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry (en adelante, TPMS) contempla las siguientes características:

Modalidad	:	Concesión Autofinanciada
Actividades de la Concesión	:	La concesión comprende el Diseño, Financiamiento, Ejecución de Inversiones, Conservación, Explotación y Transferencia del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry.
Plazo de la Concesión	:	Treinta (30) años, contados desde la Fecha de Suscripción del Contrato.
Inversión referencial	:	USD 228,9 millones, sin IGV.

⁵ 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 técnica previa sobre materias referidas a:

1. La celebración de cualquier contrato de concesión referido a la Infraestructura (...). La **referida opinión técnica incluirá** materias relativas al régimen tarifario del contrato, condiciones de competencia y de acceso a la Infraestructura, aspectos técnicos, económicos y jurídicos relativos a la calidad y oportuna prestación de los servicios, y a los mecanismos de solución de controversias derivadas de la interpretación y ejecución de los contratos de concesión, así como a las demás materias de competencia del OSITRAN. (...)

- ⁶ Aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias.



Inversiones : Comprende las inversiones obligatorias (Etapas 1 y 2), las inversiones en función a la demanda (Etapas 3, 4 y 5, así como la Nueva Dársena), inversiones discrecionales, e inversiones complementarias (ver Cuadro N° 1).

Cuadro N° 1
Inversión referencial

Etapa	Monto de inversión (USD constantes 2018)
Inversiones obligatorias	
Etapa 1	34 963 911
Etapa 2	67 190 373
Inversiones en función a la demanda	
Etapa 3	19 138 886
Etapa 4	17 481 794
Etapa 5	29 247 953
Nueva Dársena	60 948 889
Total	228 971 809

Fuente: PROINVERSIÓN.

Factores de competencia : La Propuesta Económica considera como componente el descuento de Tarifas y como mecanismo de desempate el monto ofrecido por Inversiones Complementarias. En caso de empate en este último, los postores deberán consignar una oferta adicional de Inversiones Complementarias Adicionales.

21. El proyecto "Modernización y Desarrollo del Terminal Multipropósito de Salaverry" posibilitará la atención de carga en contenedores, fraccionada, sólida a granel, líquida a granel, rodante y pasajeros, de acuerdo con los niveles de servicio y productividad, estándares técnicos y las normas de carácter ambiental exigidos.

V. ANÁLISIS

22. El análisis que se presenta a continuación se basa en la siguiente información remitida por PROINVERSIÓN mediante Oficios N° 023-2018/PROINVERSIÓN/DPP/AP.04 y N°030-2018/PROINVERSIÓN/DPP/AP.04:

- La Versión Final del Contrato de Concesión del proyecto "Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario de Salaverry".
- El Informe de Revisión de los aspectos económico-financieros del proyecto y el informe de Evaluación y asignación de riesgos, presentado por el asesor de transacción.
- Modelo Económico-Financiero (MS Excel), presentado por el asesor de transacción.
- Nota Técnica Evaluación y propuesta de Factor de Competencia elaborado por el asesor de transacción.

23. Asimismo, se han considerado las Bases del Concurso y la información pública disponible contenida en el Portal Institucional de PROINVERSIÓN (www.proinversion.gob.pe) a la fecha de elaboración del presente Informe.

24. A continuación, se emitirá opinión técnica sobre la Versión Final del Contrato de Concesión del proyecto "Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de



Salaverry", teniendo en consideración los siguientes criterios generales, basados en las funciones que otorga a OSITRAN el ordenamiento jurídico vigente:

- Mantener una distribución equilibrada y razonable de los riesgos y prestaciones entre las Partes;
- Incentivar y promover la eficiencia en la provisión de los servicios relacionados con la infraestructura;
- Preservar la continuidad y sostenibilidad del servicio público y de la Concesión, a lo largo de la vigencia del Contrato de Concesión; y,
- Respetar las funciones, competencias y roles asignados en el marco institucional a las diversas entidades del Estado.

V.1. ASPECTOS TARIFARIOS

a. Servicio Estándar

25. Los Servicios Estándar se encuentran definidos en la Cláusula 1.19 de la Versión Final del Contrato de Concesión de la manera siguiente:

"1.19.108 Servicio(s) Estándar

Son todos los servicios portuarios que el CONCESIONARIO, directa o indirectamente, deberá prestar obligatoriamente a todo Usuario que lo solicite, tanto a la Nave como a la carga y a los pasajeros, respecto de los cuales cobrará las Tarifas correspondientes.

El CONCESIONARIO deberá facturar directamente por la prestación de los mismos al Usuario y será el único responsable frente al CONCEDENTE, Usuario y terceros.

Estos servicios se caracterizan por ser necesarios e indispensables para el embarque y/o descarga de cada tipo de carga y embarque y desembarque de pasajeros que ingresen al Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry, conforme a lo dispuesto por la vigésima sexta disposición transitoria y final de la Ley N° 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional.

Para la prestación de los Servicios Estándar se deberán cumplir con los Niveles de Servicio y Productividad señalados en el Anexo 3 del Contrato."

26. Adicionalmente, en la Cláusula 8.18, se desarrolla con mayor detalle el alcance de tales servicios. En el caso particular de la carga sólida a granel, la referida cláusula establece que el Servicio Estándar a la carga incluye, entre otras, las siguientes actividades:

*"8.18 **SERVICIO ESTÁNDAR***

(...)

En el caso de carga de cereal a granel (maíz, trigo, soya y otros), el Servicio Estándar incluye:

- i) *El servicio de estiba/desestiba y descarga/embarque, que incluye el trimado y barrido de bodega, con equipamiento que permita cumplir con los Niveles de Servicio y Productividad según el Anexo 3 del presente Contrato,*
- ii) *El servicio de Tracción desde el muelle hasta el área de almacenaje (o viceversa) indicada en el Expediente Técnico, ya sea silos o zonas de explanada no cubiertas como losas u otras áreas pavimentadas, Las zonas o áreas no techadas deberán estar limpias y el producto cubierto con mantas a fin de que no se contamine el producto.*

(...)



En el caso de la carga de mineral a granel (concentrado, carbón y otros), el Servicio Estándar incluye:

- i) El servicio de estiba/desestiba y descarga/embarque con equipamiento que permita cumplir con los Niveles de Servicio y Productividad indicados en el Anexo 3 del presente Contrato,
- ii) El servicio de Tracción desde el muelle hasta el área de almacenaje (o viceversa en el embarque) indicada en el Expediente Técnico aprobado.
(...)

En el caso de otras cargas secas a granel (fertilizante y otras), el Servicio Estándar incluye:

- i) El servicio de estiba/desestiba y descarga/embarque con equipamiento que permita cumplir con los Niveles de Servicio y Productividad indicados en el Anexo 3 del presente Contrato,
- ii) El servicio de Tracción desde el muelle hasta el área de almacenaje (o viceversa en el embarque) indicada en el Expediente Técnico aprobado, ya sea bodegas o zonas de explanada no cubiertas como losas u otras áreas pavimentadas. "

[El subrayado es nuestro.]

27. Según lo señalado en la citada cláusula, el Servicio Estándar a la carga de cereales a granel incluye el trimado y barrido de la bodega de la nave. Sobre ello, es importante remarcar que dichas actividades representan actividades operativas necesarias para realizar el embarque y/o la descarga de todo tipo de carga sólida a granel, toda vez que forman parte de la estiba/desestiba de este tipo de carga.

28. Considerando ello, deberá ajustarse la definición del alcance de los Servicios Estándar a la carga de minerales a granel y otras cargas secas a granel a fin de que se incluya explícitamente las actividades de trimado y barrido de bodega de la Nave.

29. Asimismo, se evidencia que, en el caso del servicio de tracción incluido en el Servicio Estándar a la carga sólida a granel, se hace referencia indistintamente a los términos "Expediente Técnico" y "Expediente Técnico aprobado". Dado ello y con el objetivo facilitar la lectura del Contrato de Concesión, se recomienda uniformizar los términos utilizados en la definición del alcance de los Servicios Estándar al mencionado tipo de carga.

30. Por otra parte, en el literal c) de la Cláusula 8.18 de la Versión Final del Contrato de Concesión, referido a Servicios al Pasajero, se señala lo siguiente:

"c. SERVICIOS AL PASAJERO:

En el presente caso, el CONCESIONARIO cobrará la Tarifa a la agencia marítima.

El Servicio Estándar incluye:

- i) servicio de embarque/desembarque de pasajeros garantizando en todo momento un acceso seguro desde la Nave hasta la salida del TPMS, incluyendo el punto de inspección documentaria de inmigración y viceversa; así como las instalaciones y las facilidades necesarias para llevar a cabo el servicio de control de pasaporte y servicio de control de equipaje de acuerdo con las Leyes y Disposiciones Aplicables, disponiendo de los equipos y recursos necesarios para ello y preparando los ambientes para la recepción del pasajero,
(...)"

[Lo subrayado es nuestro]

31. Al respecto, a fin de aclarar la lectura del inciso i), se recomienda redactarlo en los términos siguientes:

"c. **SERVICIOS AL PASAJERO:**

En el presente caso, el CONCESIONARIO cobrará la Tarifa a la agencia marítima.

El Servicio Estándar incluye:

i) Servicio de embarque/desembarque incluyendo el punto de inspección documentaria de inmigración de pasajeros, garantizando en todo momento un acceso seguro desde la Nave hasta la salida del TPMS y viceversa; así como las instalaciones y las facilidades necesarias para llevar a cabo el servicio de control de pasaporte y servicio de control de equipaje de acuerdo con las Leyes y Disposiciones Aplicables, disponiendo de los equipos y recursos necesarios para ello y preparando los ambientes para la recepción del pasajero; (...)"

b. **Servicios Especiales**

32. Los Servicios Especiales son definidos en las Cláusulas 1.19.107 y 8.19 de la Versión Final del Contrato de Concesión:

"1.19.107. Servicio(s) Especial(es)

Son todos los servicios portuarios distintos a los Servicios Estándar que el CONCESIONARIO está facultado a prestar directamente o a través de terceros, siendo responsable de la prestación de los mismos y deberá ser facturado por él de manera obligatoria a todo Usuario que los solicite y por los cuales el CONCESIONARIO tendrá el derecho de cobrar un Precio o una Tarifa, según corresponda.

Cuando se cobre una Tarifa se denominarán "Servicios Especiales sujetos a regulación tarifaria".

"8.19. **SERVICIOS ESPECIALES**

Sin perjuicio de los Servicios Estándar antes mencionados, el CONCESIONARIO está facultado a prestar adicionalmente los Servicios Especiales a todos los Usuarios que los soliciten, pudiendo cobrar por dichos servicios un Precio o una Tarifa, de acuerdo a lo establecido en la cláusula 8.23.

La prestación de los Servicios Especiales es facultativa para el CONCESIONARIO, salvo los Servicios Especiales de Refrigerado para Contenedores y el avituallamiento y provisiones a bordo requeridas por las Naves que ingresen o no al TPMS."

[El subrayado es nuestro.]

33. Adicionalmente, en las Cláusulas 8.22 y 8.23 de la Versión Final del Contrato de Concesión se desarrolla con mayor detalle el régimen económico al que se encuentran sujetos. En particular, en la Cláusula 8.23 se establece lo siguiente:

"8.23. Las Tarifas que cobrará el CONCESIONARIO entrarán en vigencia a partir de la fecha de inicio de la Explotación y conforme al Anexo 5 del presente Contrato. El CONCESIONARIO se obliga a poner en conocimiento de los Usuarios, sin costo para los mismos, a través de su página web, el tarifario, precios, política comercial y los procedimientos de aplicación de descuentos, así como sus modificaciones serán establecidos de acuerdo al RETA y normas aplicables, por las actividades y Servicios que establezca, sin perjuicio de las Normas Regulatorias aplicables.

Del mismo modo, el CONCESIONARIO estará facultado a prestar los Servicios Especiales a todos los Usuarios que lo soliciten y cuya prestación no podrá estar condicionada a la Contratación de los Servicios Estándar. El CONCESIONARIO tendrá el derecho a cobrar un Precio por los Servicios Especiales prestados.



Sin embargo, el REGULADOR podrá solicitar a INDECOPI la verificación de las condiciones de competencia para un determinado Servicio Especial que el Concesionario esté prestando en el TPMS.

El INDECOPI tendrá un plazo de setenta (70) días hábiles para pronunciarse, contados a partir del día siguiente de recibida la solicitud respectiva. Si INDECOPI concluye que dicho servicio no se está brindando en condiciones de competencia, entonces el REGULADOR iniciará el correspondiente procedimiento de fijación tarifaria, de acuerdo a lo establecido en el RETA.

En el caso de los Servicios Especiales sujetos a regulación tarifaria, el CONCESIONARIO, podrá solicitar al REGULADOR su desregulación, siguiendo el procedimiento previsto en el Reglamento General de Tarifas."

[El subrayado es nuestro.]

34. Al respecto, se observa que algunos de los aspectos ya desarrollados en las cláusulas antes citadas son repetidos en el numeral 4 del Anexo 5 de la Versión Final del Contrato de Concesión:

"4. Del mismo modo, el CONCESIONARIO estará facultado a prestar los Servicios Especiales a todos los Usuarios que los soliciten y cuya prestación no podrá estar condicionada a la contratación de los Servicios Estándar.

Sin perjuicio de lo anterior, el CONCESIONARIO estará obligado a ofrecer los Servicios Especiales de Refrigerado para Contenedores y el avituallamiento y provisiones a bordo requeridos por las Naves que ingresen o no al TPMS. El Servicio Especial de Refrigerado para Contenedores incluye la conexión/desconexión una sola vez durante la refrigeración, suministro de energía, inspección y monitoreo.

El CONCESIONARIO está obligado en brindar las facilidades de uso de muelle para que terceros presten los servicios portuarios básicos de avituallamiento de Naves y transporte de personas para las Naves que arriben al Puerto de Salaverry, para lo cual se cobrará la tarifa correspondiente al Servicio Estándar a la Nave, la prestación de este servicio no deberá perjudicar la operación del TPMS.

Sin embargo, el REGULADOR podrá solicitar a INDECOPI la verificación de las condiciones de competencia para un determinado Servicio Especial que el CONCESIONARIO esté prestando en el TPMS."

[El subrayado es nuestro.]

35. Toda vez que las Cláusulas 8.19 y 8.23 del Contrato de Concesión ya recogen las disposiciones relacionadas al alcance y régimen económico de los Servicios Especiales, resulta innecesario redundar en tales aspectos nuevamente en el numeral 4 del Anexo 5. En tal sentido, se sugiere la eliminación de los aspectos antes señalados (contenidos en los párrafos primero, segundo y cuarto del numeral 4), debiendo detallarse tales disposiciones únicamente en las Cláusulas 8.19 y 8.23.

36. Por otro lado, se observa que en el tercer párrafo del punto 4 del Anexo 5 del Contrato de Concesión se indica que es obligación del Concesionario brindar las facilidades de uso de muelle a terceras empresas que brinden los servicios portuarios básicos de avituallamiento de Naves y transporte de personas; asimismo, se establece que, en contraprestación, el Concesionario cobrará la Tarifa correspondiente al Servicio Estándar a la Nave.

37. Al respecto, considerando que en el presente contrato el Servicio Estándar a la Nave incluye dos Tarifas (Uso de amarraderos y Servicio de acceso a las Naves), se sugiere a



PROINVERSIÓN precisar si la Tarifa que cobrará el Concesionario por brindar dicha facilidad está referida únicamente al Uso de amarraderos.

c. Revisión Tarifaria

38. El procedimiento de revisión tarifaria se encuentra descrito en la Cláusula 8.24 de la Versión Final del Contrato de Concesión. En la referida cláusula, se replican aspectos ya analizados en el Informe N° 017-2017-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN⁷, el cual contiene la Opinión técnica del Regulador respecto de la propuesta de Declaratoria de Interés. Asimismo, se incluyen los siguientes tres párrafos adicionales:

"8.24 (...)

Las Inversiones Complementarias no serán consideradas en el proceso de revisión tarifaria, salvo aquellas referidas a algunas de las Etapas de las Inversiones en Función a la Demanda y siempre que se haya configurado el gatillo para su ejecución. En estos casos, para efectos del cálculo del factor de productividad, se considerará el monto de inversión establecido para la Etapa en cuestión en la Cláusula 1.19.73 y se requerirá que la Etapa haya sido ejecutada en su totalidad.

(...)

El CONCESIONARIO no podrá cobrar recargos asociados a Servicios Estándar o a Servicios Especiales sujetos a regulación tarifaria, sin contar con la aprobación del REGULADOR.

La Tarifa podrá ser cobrada a la Nave o al Usuario, según los términos de contratación acordados por las partes en el contrato de transporte marítimo, los que deberán ser consignados en el conocimiento de embarque."

39. A continuación, se analiza cada uno de los párrafos incorporados.

i. Con relación a las Inversiones Complementarias en el procedimiento de revisión tarifaria

40. La primera de las modificaciones incorporadas en la sección referida a la revisión tarifaria tiene que ver con la inclusión de las Inversiones Complementarias en el procedimiento de revisión tarifaria. Con el objetivo de analizar a profundidad las implicancias de dicha incorporación, a continuación se presenta una breve reseña del mecanismo de regulación tarifaria en los terminales portuarios peruanos que han sido concesionados. Seguidamente, se analizan los posibles impactos de la inclusión de las Inversiones Complementarias en el procedimiento de revisión tarifaria para el TPMS.

Respecto de la regulación tarifaria en los terminales portuarios peruanos concesionados

41. El esquema regulatorio de precios que se lleva a cabo en Perú en los terminales portuarios concesionados puede ser clasificado en dos tipos: uno efectuado a los precios de los servicios prestados a los usuarios intermedios y otro a los precios de los servicios prestados a los usuarios finales. El primero de ellos es regulado mediante el establecimiento de cargos de acceso, mientras que el segundo mediante la regulación de tarifas.
42. El esquema seguido para la regulación de tarifas ha sido la regulación por incentivos mediante el establecimiento de precios tope o *price cap*, el cual consiste en ajustar las tarifas mediante la siguiente expresión:

$$P_t = (1 + (RPI - X))P_{t-1}$$

⁷ Informe aprobado mediante Acuerdo N° 2027-614-17-CD-OSITRAN de fecha 24 de julio de 2017.

43. Donde P_t y P_{t-1} representan las tarifas tope establecidas en los periodos t y $t-1$, respectivamente; RPI es una medida de la inflación establecida en el contrato de concesión, y X es el factor de productividad.
44. El mecanismo regulatorio de *price cap* ($RPI-X$) es un tipo de regulación que incentiva a la empresa regulada a generar ahorros de costos, a cambio de que pueda mantener las ganancias adicionales de productividad que logre por encima del factor X (factor de productividad) por un periodo de tiempo determinado. En este contexto, la regulación por $RPI-X$ fomenta la eficiencia productiva, al generar incentivos para que el concesionario reduzca sus costos; al tiempo que sacrifica la eficiencia asignativa al permitir que parte de estas ganancias en productividad se mantenga con el concesionario.
45. El mecanismo regulatorio de *price cap* ($RPI-X$) provee fuertes incentivos para que la empresa reduzca sus costos, permitiendo a la vez que los beneficios de dichas reducciones se trasladen gradualmente al usuario por medio de las tarifas (Vogelsang, 2002⁸). En efecto, mediante este mecanismo, las tarifas máximas se mantienen fijas durante el primer periodo regulatorio, con el fin inducir a la entidad prestadora a ser más productiva y reducir sus costos en dicho periodo. De esta manera, en la medida que la empresa sea más productiva, mayores beneficios podrá obtener durante el primer periodo regulatorio.
46. A partir del segundo periodo, el Regulador revisa las tarifas máximas, trasladando las ganancias de eficiencia obtenidas por la empresa en el periodo previo mediante nuevas tarifas máximas. Estas nuevas tarifas máximas se mantendrán fijas durante el segundo periodo y el mecanismo regulatorio se repite para periodos posteriores (en el caso del sector portuario, cada cinco años). Si las ganancias en productividad se incrementan, el mecanismo debería generar que la senda de tarifas tienda a disminuir en el tiempo.
47. Cabe señalar que la revisión se implementa sobre la base de tarifas máximas vigentes que son establecidas en los contratos de concesión como parte del proceso de adjudicación o son previamente determinadas por el OSITRAN. En ambos casos, dichas tarifas máximas preestablecidas constituyen el punto de partida para la implementación de las revisiones tarifarias.
48. De acuerdo con el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN (RETA), el factor de productividad (X) se estima mediante la fórmula de Bernstein y Sappington (1999)⁹ que consiste en la medición de cuatro componentes:

$$X = [(\Delta W^* - \Delta W) - (\Delta PTF - \Delta PTF^*)]$$

donde:

⁸ Vogelsang, I. (2002). "Incentive regulation and competition in public utility markets: A 20-year perspective". *Journal of Regulatory Economics*, 22(1), pp. 5-27.

⁹ Bernstein J. y D. Sappington (1999). Setting the X Factor in Price Cap Regulation Plans. *Journal of Regulatory Economics*. Vol. 16, pp. 5-25.

ΔW^*	: promedio de la variación anual del precio de los insumos de la economía
ΔW	: promedio de la variación anual del precio de los insumos de la industria o de la entidad prestadora
ΔPTF	: promedio de la variación anual de la Productividad Total de Factores de la industria o de la Entidad Prestadora
ΔPTF^*	: promedio de la variación anual de la Productividad Total de Factores de la economía

49. El Regulador es el encargado de estimar el factor X , el cual es la principal variable que interviene en los procesos de revisión tarifaria. De esta manera, el OSITRAN debe estimar cuatro componentes: i) el promedio de la variación anual del precio de los insumos de la economía, ii) el promedio de la variación anual del precio de los insumos de la industria o de la entidad prestadora, iii) el promedio de la variación anual de la Productividad Total de Factores de la industria o de la Entidad Prestadora y iv) el promedio de la variación anual de la Productividad Total de Factores de la economía.
50. Los primeros dos componentes permiten el reconocimiento en la tarifa de las ganancias en eficiencia que puede tener el concesionario en la adquisición de sus insumos. Así, en la medida que la disminución porcentual de los precios de los insumos del concesionario sea menor a la disminución de precios de los insumos de la economía, el factor de productividad se incrementará, lo que a su vez originará presiones a una disminución en la tarifa.
51. Por su parte, los otros dos componentes están relacionados con la diferencia de las ganancias en la productividad total de los factores (PTF) que puedan tener el concesionario y la economía. De esta manera, si el concesionario logra una PTF mayor que la de la economía, el factor de productividad se incrementará, generando presiones a una disminución en las tarifas.
52. El concepto de productividad puede ser entendido como la relación entre lo producido por una empresa y el factor de producción o insumo requerido para hacerlo. En un contexto uniproducción y de un solo factor de producción o insumo, la productividad reflejará la cantidad del insumo utilizada por cada unidad del producto. Sin embargo, usualmente las empresas emplean múltiples insumos en un contexto multiproductivo, por lo que la productividad deberá considerar el empleo de múltiples productos y factores de producción. De esta manera, la PTF nos proporcionará una medición agregada de la productividad¹⁰ y el cambio en la PTF, la variación de la productividad en el tiempo (Chang y Tovar, 2014¹¹).
53. Cabe señalar que de acuerdo con lo establecido en el RETA, la estimación de los cambios en la PTF de la industria o de la entidad prestadora pueden realizarse mediante diversas técnicas, tales como: Números Índices (Productividad Total de los Factores), Análisis de la Envoltura de Datos (DEA), Análisis de la Frontera Estocástica (SFA), entre otras. En el caso de que no se cuente con datos de la industria que resulten comparables con las características de la empresa regulada, la estimación del factor de productividad se realizará sobre la base de la información pasada brindada por la entidad prestadora.

¹⁰ Aunque resulta sencillo calcular productividades parciales, el análisis de este podría mostrarnos resultados erróneos de medición de la productividad, sobre todo si el proceso productivo involucra una sustitución entre los factores de producción. Por lo tanto, una medición de la PTF sería el camino más apropiado a seguir para el análisis de la productividad.

¹¹ Chang, V. y B. Tovar (2014a). "Efficiency and productivity changes for Peruvian and Chilean ports terminals: A parametric distance functions approach." *Transport Policy*. Vol. 31. pp.83-94.

54. En el caso del sector portuario, la metodología empleada por OSITRAN para estimar los cambios en la PTF ha sido la técnica de Números Índices, la cual permite homogenizar y agregar los diferentes productos e insumos de las empresas utilizando como ponderadores los precios de los bienes y factores de producción.

Respecto de las Inversiones Complementarias

55. El proceso de adjudicación del proyecto bajo análisis contempla como primer factor de competencia el mayor descuento de tarifas y como factor de desempate el rubro de Inversiones Complementarias e Inversiones Complementarias Adicionales. En efecto, en caso el descuento propuesto sea el mismo por dos postores y se encuentren dentro del rango de descuento preestablecido, o bien el proponente ejerza su derecho de igualación, se procederá al segundo nivel de competencia: Inversiones Complementarias. De persistir el empate, se adjudicará la buena pro al postor que haya ofertado el mayor monto resultante de la sumatoria de Inversiones Complementarias más Inversiones Complementarias Adicionales.
56. Sobre el particular, es importante mencionar que las Inversiones Complementarias son definidas en la Cláusula 1.19.69 de la manera siguiente:

"1.19.69. Inversiones Complementarias

Son aquellas inversiones que podrán estar referidas al adelanto de alguna de las Etapas de las Inversiones en Función a la Demanda o asociados a algún componente de dichas etapas u otras inversiones portuarias (Infraestructura Portuaria y/o Equipamiento Portuario) relacionadas a la prestación del Servicio Estándar y/o Servicios Especiales que el CONCESIONARIO deberá realizar, en caso así se haya determinado por el Concurso, conforme a lo dispuesto por la Cláusula 6.34 y siguientes del presente Contrato.

Las Inversiones Complementarias no podrán contemplar Inversiones Obligatorias.

En caso corresponda, comprende también el monto de las inversiones complementarias adicionales consideradas como segundo mecanismo de desempate en el Concurso."

57. Si bien la Versión Final del Contrato de Concesión no incorpora una definición explícita de Inversiones Complementarias Adicionales, de la cláusula antes citada se deriva que se trata de un segundo monto ofertado por el Concesionario como factor de desempate, el cual recibirá el mismo tratamiento que las Inversiones Complementarias. En efecto, en la Nota Técnica: Evaluación y propuesta de factor de competencia, remitida por PROINVERSIÓN mediante Oficio N° 30-2018/PROINVERSIÓN/DPP/AP.04, se sostiene lo siguiente:

"ANEXO II: Lineamientos para la propuesta económica de la Alternativa B

(...)

El Mecanismo de desempate estará compuesto por:

- *Inversiones Complementarias (AI)*

En caso de empate en este factor, los postores deberán consignar una oferta adicional de Inversiones Complementarias Adicionales (ICA), que se sumará a la presentada, en un sobre N° 3 Desempate de acuerdo a lo regulado en la cláusula 9 del pliego.

(...)

- b) *Inversiones Complementarias*




- Es el monto ofrecido por el Postor Precalificado, en caso de empate en el Descuento de Tarifas, como un componente de su Propuesta Económica.
(...)
- El Postor deberá consignar su propuesta de Inversiones Complementarias según el Formulario 3 del Anexo N° 9, Sobre IC. En caso de empate, el Postor deberá consignar su propuesta de desempate de Inversiones Complementarias Adicionales según el Formulario 5 del Anexo N° 9, Sobre 3 Desempate – IC.


La regulación por Inversiones Complementarias se encuentra establecida dentro de Contrato de Concesión”

58. Adicionalmente, en la Cláusula 8.24 referida a la revisión tarifaria que lleva a cabo el Regulador, se establece lo siguiente respecto de las Inversiones Complementarias:

“8.24 (...)

*Las Inversiones Complementarias no serán consideradas en el proceso de revisión tarifaria, salvo aquellas referidas a algunas de las Etapas de las Inversiones en Función a la Demanda y siempre que se haya configurado el gatillo para su ejecución. En estos casos, para efectos del cálculo del factor de productividad, se considerará el monto de inversión establecido para la Etapa en cuestión en la Cláusula 1.19.73 y se requerirá que la Etapa haya sido ejecutada en su totalidad.
(...)”*

- 
59. Dado que las Inversiones Complementarias y las Inversiones Complementarias Adicionales se encuentran incluidas como factor de competencia, reconocer aquellas Inversiones Complementarias e Inversiones Complementarias Adicionales referidas al adelanto de algunas de las Etapas de las Inversiones en Función a la Demanda siempre que se haya configurado el gatillo para su ejecución distorsionaría la medición del promedio de la variación anual de la Productividad Total de los Factores de la Entidad Prestadora (ΔPTF), el cual es uno de los componente más importantes en la estimación del Factor de Productividad.

- 
60. Al respecto, cabe precisar que la medición del ΔPTF debería contemplar aquellos productos e insumos que intervienen directamente en el proceso productivo del terminal portuario y que recojan la característica multiproducto del mismo. En ese sentido, debe señalarse que uno de los principales insumos utilizados en la producción de servicios portuarios es el capital, cuya medición debería recoger la infraestructura y el equipamiento del terminal portuario que se encuentran operativos cada año. De esta manera, y en concordancia con criterios empleados previamente por el Regulador, no deben ser tomados en consideración para la medición anual del ΔPTF las obras en curso o no concluidas, ni tampoco el equipamiento que no pueda ser usado en el periodo de medición.

61. La redacción actual de la Cláusula 8.24 implica que, en caso el Concesionario adelante alguna de las Etapas de las Inversiones en Función a la Demanda y ella se encuentre operativa antes de que se configure el respectivo gatillo de demanda, dicha infraestructura y equipamiento no serán considerados para la medición del ΔPTF . Bajo este escenario, se estaría sobreestimando la medición del ΔPTF , al no incorporar en el cálculo la variación en los insumos efectivamente utilizados en el proceso productivo. En consecuencia, se sobreestimaría también así como el factor de productividad.

62. Adicionalmente, la inclusión de un adelanto de alguna de las Etapas de las Inversiones en Función a la Demanda en el cálculo del factor de productividad podría generar incentivos perversos a la sobreinversión, en tanto el concesionario esperaría recuperar el adelanto de



inversiones mediante las tarifas (problema similar al efecto *Averch Johnson* que se origina con una regulación por tasa de retorno¹²).

63. En efecto, de acuerdo con el modelo económico financiero y el "Informe N° 4: Declaratoria de Interés" presentados por el asesor de transacción de PROINVERSIÓN, los cuales fueron analizados en el Informe N° 017-2017-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN¹³, los gatillos de demanda se encuentran por debajo del nivel de tráfico que produce saturación del muelle, por lo que no se justificaría el adelanto de la ejecución total de una Etapa de Inversión Obligatoria en Función a la Demanda.
64. El incentivo a la sobreinversión es aún mayor si se considera que en la Cláusula 6.35 de la Versión Final del Contrato de Concesión se establece que, en el caso que el Concesionario opte por no realizar las Inversiones Complementarias durante los primeros 10 años, este deberá depositarle al Concedente la totalidad del monto ofrecido o el saldo remanente:

"6.35 El CONCESIONARIO contará con un plazo máximo de diez (10) Años de la Concesión contados desde la Fecha de Cierre para ejecutar estas inversiones, entendiéndose como ejecutadas a la fecha en que se suscriba la correspondiente Acta de Recepción de Obra.

En caso transcurra el plazo antes señalado y dichas inversiones no hayan sido ejecutadas ya sea por causas atribuibles al CONCESIONARIO, o al CONCEDENTE o caso fortuito o Fuerza Mayor éste en un plazo no mayor a treinta (30) Días del requerimiento efectuado por el CONCEDENTE, el CONCESIONARIO deberá depositarle la totalidad del monto ofrecido o el saldo, según corresponda, caso contrario se le aplicara un interés moratorio diario equivalente a la tasa LIBOR más tres por ciento (3%) sobre el saldo no pagado.

(...)"

[El subrayado es nuestro.]

65. En resumen, el mecanismo de regulación por incentivos se vería distorsionado ante la inclusión de las Inversiones Complementarias e Inversiones Complementarias Adicionales en el cálculo del factor de productividad, generando que la empresa regulada no tenga fuertes incentivos para reducir costos y que no se cumpla con el objetivo regulatorio de eficiencia productiva (Cabral y Riordan, 1989¹⁴). Asimismo, en vez de trasladar las ganancias en eficiencia a los usuarios por medio de menores tarifas, a través del mecanismo regulatorio se trasladaría la ineficiencia de la entidad prestadora hacia los usuarios debido a la inversión innecesaria, mediante mayores tarifas.

Cabe precisar que el propio asesor de transacción de PROINVERSIÓN reconoce que el adelanto de inversiones realizado como parte de las Inversiones Complementarias e Inversiones Complementarias Adicionales no debería ser reconocido en las revisiones

¹² Este efecto se relaciona con el hecho que si una firma es regulada mediante tasa de retorno, tendrá el incentivo a ser ineficiente y emplear una ratio capital/trabajo más elevada que aquella que le permite reducir costos, debido a que el regulador le reconocerá la sobre capitalización mediante una mayor tarifa. Ver: Averch, H. y Johnson, L., (1962). "Behavior of the Firm Under Regulatory Constraint". *American Economic Review*. 52 (5). pp. 1052-1069

¹³ Ver Cuadro N° 4 del referido informe.

¹⁴ Cabral, L. y M. Riordan (1989). "Incentives for Cost Reduction under Price Cap Regulation". *Journal of Regulatory Economics*. 1(2). pp. 93-102



tarifarias. En efecto, en la Nota Técnica: Evaluación y propuesta de factor de competencia, se afirma lo siguiente respecto de las Inversiones Complementarias:

"Inversiones Complementarias:


La segunda variable de desempate factor de competencia será ofrecer un monto de inversión adicional que se deberá ejecutar en un periodo máximo de 10 años desde el inicio de la concesión. En caso no se ejecute la inversión comprometida, el monto restante hasta llegar al compromiso deberá entregarse al Concedente. Esta variable se utilizará como variable de desempate en caso de que los ofertantes presenten iguales descuentos sobre las tarifas máximas.

(...)

Este Adelanto de Inversiones no deberían impactar en la revisión tarifaria ni en la fórmula de cálculo del valor de la concesión en caso de caducidad: ya que se trata de inversiones definidas arbitrariamente por el Concesionario que no deberían impactar en el usuario, ni en el Gobierno en caso de caducidad. En ningún caso las Inversiones Complementarias tendrán impacto en la revisión tarifaria, independientemente del cumplimiento de los gatillos definidos en función de la demanda. A efectos del cálculo de valor de la concesión en caso de caducidad, sólo serán consideradas las Inversiones Complementarias cuando la caducidad sea invocada por decisión unilateral o por incumplimiento del Concedente.


(...)"

[El subrayado es nuestro.]

- 
66. Por lo tanto, resulta necesario eliminar de la Cláusula 8.24 de la Versión Final del Contrato de Concesión el párrafo referido a la inclusión de las Inversiones Complementarias en el procedimiento de revisión tarifaria. Cabe precisar que dicha modificación va en línea con lo establecido en la Cláusula 6.35 de la Versión Final del Contrato de Concesión en la que se establece explícitamente que las Inversiones Complementarias no serán consideradas para la revisión tarifaria:

"6.35 (...)

Asimismo, para la revisión tarifaria las Inversiones Complementarias no serán contempladas en ningún escenario."



ii. **Con relación al cobro de recargos**

67. El segundo de los párrafos incorporados en la cláusula referida a la revisión de las tarifas tiene que ver con la prohibición del cobro de recargos sin la aprobación del Regulador:

"El CONCESIONARIO no podrá cobrar recargos asociados a Servicios Estándar o a Servicios Especiales sujetos a regulación tarifaria, sin contar con la aprobación del REGULADOR."

68. En la Cláusula 8.18 de la Versión Final del Contrato de Concesión, relacionada al alcance de los Servicios Estándar, también se aborda el tema del cobro de recargos en los términos siguientes:

"8.18 (...)

El CONCESIONARIO no podrá cobrar recargos asociados a Servicios Estándar sin contar con la aprobación previa del REGULADOR. Estos recargos se aplicarán únicamente en caso de incumplimientos imputables a los Usuarios del TPMS y siempre que se haya informado debidamente a los Usuarios antes de su aplicación. El REGULADOR podrá establecer aspectos adicionales que corresponda observar para el cobro de los recargos antes mencionados.

(...)"

69. Se observa que las previsiones respecto de la aplicación de los recargos han sido recogidas en las Cláusulas 8.18 y 8.24, las cuales están referidas al alcance de los Servicios Estándar y al procedimiento de revisión tarifaria, respectivamente. En la medida que la aplicación de los recargos no está relacionada con ninguno de dichos aspectos, se sugiere que toda mención al tema sea retirada de las mismas e incorporada como párrafo final de la Cláusula 8.23, que contiene aspectos generales del cobro de Tarifas y Precios en el TPMS, en los siguientes términos:

"8.23 (...)

El CONCESIONARIO no podrá cobrar recargos asociados a Servicios Estándar o a Servicios Especiales sujetos a regulación tarifaria, sin contar con la aprobación previa del REGULADOR. Estos recargos se aplicarán únicamente en caso de incumplimientos imputables a los Usuarios del TPMS y siempre que se haya informado debidamente a los Usuarios antes de su aplicación. El REGULADOR podrá establecer aspectos adicionales que corresponda observar para el cobro de los recargos antes mencionados."

iii. **Con relación al cobro de la Tarifa**

70. El tercer párrafo incorporado en la cláusula referida a la revisión de las tarifas es el siguiente:

"La Tarifa podrá ser cobrada a la Nave o al Usuario, según los términos de contratación acordados por las partes en el contrato de transporte marítimo, los que deberán ser consignados en el conocimiento de embarque."

71. El párrafo antes citado no está relacionado al procedimiento de revisión tarifaria, sino que hace referencia al cobro de la Tarifa por la prestación de los Servicios Estándar. En efecto, se trata de un párrafo estándar que se encuentra presente en la cláusula que define los alcances de los Servicios Estándar en los contratos de concesión portuarios.¹⁵ En tal sentido, debe ser reubicado en la Cláusula 8.18 de la Versión Final del Contrato de Concesión.

d. **Tarifas Máximas**

72. De acuerdo con lo establecido en la Cláusula 8.22 de la Versión Final del Contrato de Concesión, el Concesionario está facultado a cobrar Tarifas por la prestación de los Servicios Estándar y de los Servicios Especiales sujetos a regulación tarifaria:

¹⁵ Ver:

- Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión para el diseño, Construcción, financiamiento, conservación y Explotación del Terminal Portuario de Paita.
- Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur.
- Cláusula 8.14 del Contrato de Concesión para el diseño, Construcción, financiamiento, conservación y Explotación del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao.
- Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión para el diseño, Construcción, financiamiento, conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao.
- Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión para el Diseño, Financiamiento, Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario General San Martín – Pisco.



"8.2.2. Por la prestación de los Servicios Estándar y los Servicios Especiales sujetos a regulación tarifaria, el CONCESIONARIO estará facultado a cobrar las Tarifas, las que en ningún caso podrán superar las Tarifas Máximas, actualizadas de acuerdo al procedimiento establecido en el Contrato, sobre la base de lo contenido en el Anexo 5 y lo que se determine oportunamente respecto a los Servicios Especiales sujetos a regulación tarifaria"

73. De manera complementaria, en el Anexo 5 de la Versión Final del Contrato de Concesión, se desarrolla con mayor detalle el Régimen Tarifario de la Concesión. En los puntos 2 y 3 del referido anexo se incluyen las Tarifas máximas y los descuentos porcentuales sobre las Tarifas máximas para los Servicios Estándar, de acuerdo con lo establecido en la Declaratoria de Interés. Además, se establece una Tarifa máxima para un Servicio Especial sujeto a regulación tarifaria (Servicio Especial de Refrigerado para Contenedores).

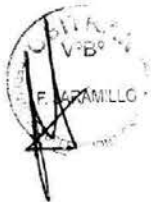
"2- Sin perjuicio de lo estipulado en el numeral 6 siguiente, las tarifas máximas para Servicios Estándar y el Servicio Especial de Refrigerado para Contenedor están denominadas en Dólar, sin incluir IGV, y se definen a continuación.

CONCEPTO Servicios Estándar		Tarifas Máximas US\$
Servicios a la Nave		
Uso de amarraderos (por metro eslora - hora, o fracción de hora)	=	1.25
Servicio de Acceso a los Naves (por UAB)	=	1.75
Servicios a la Carga		
Servicio de Embarque o Descarga internacional		
Carga fraccionada (por TM)	=	15.00
Carga de cereal a granel (por TM)	=	10.11
Carga de mineral a granel (por TM)	=	15.00
Otras cargas secas a granel (por TM)	=	10.11
Carga de granel líquido (por TM)	=	2.00
Carga rodante (por TM)	=	21.00
Contenedor de 20' lleno (por contenedor)	=	120.00
Contenedor de 20' vacío (por contenedor)	=	120.00
Contenedor de 40' lleno (por contenedor)	=	150.00
Contenedor de 40' vacío (por contenedor)	=	150.00
Servicio de Embarque o Descarga de cabotaje *	=	0.7 * Tarifa de embarque o descarga internacional
Servicios al Pasajero		
Pasajeros (por pasajero)	=	6.00
CONCEPTO Servicios Especial		Tarifas Máximas US\$
Servicios a la Carga		
Servicio Especial de Refrigerado para Contenedores**		60.00

* Se entenderá servicio de cabotaje a la operación de transporte de carga de puerto nacional con destino a otro puerto nacional y será descrito como un descuento a ser aplicado a las tarifas estándar para el tráfico internacional

**Servicio de Refrigerado incluye: Conexión/Desconexión una sola vez durante la refrigeración, energía, inspección y monitoreo

Para contenedores de otras dimensiones, el CONCESIONARIO calculará las Tarifas en función de las Tarifas de los contenedores de 20 pies y 40 pies en proporción a las diferencias que existan en



las medidas del contenedor, según corresponda. De esta forma, la fórmula que deberá aplicarse será la siguiente:

$$\text{Tarifa Reajustada} = \text{Tarifa } 40' + \frac{(\text{Tarifa } 40' - \text{Tarifa } 20') * (\text{Vol Nuevo} - \text{Vol } 40')}{(\text{Vol } 40' - \text{Vol } 20')}$$

Donde:

Tarifa Reajustada: tarifa para contenedor de diferente dimensión lleno/vacío.

Tarifa 40': tarifa para contenedor lleno/vacío de 40'

Tarifa 20': tarifa para contenedor lleno/vacío de 20'

Vol. Nuevo: volumen del contenedor de diferente dimensión

Vol. 40': volumen del contenedor de 40'

Vol. 20': volumen del contenedor de 20'

El volumen del contenedor se calcula multiplicando largo, ancho y altura.

- 3- Desde la Toma de Posesión del TPMS el CONCESIONARIO aplicará descuentos porcentuales sobre las tarifas máximas establecidas en el presente Anexo, las mismas que se mantendrán vigentes por los plazos señalados en el cuadro que se muestra a continuación por cada uno de los tipos de carga indicados en éste.

Tipo de carga	Carga con descuento	Tarifas Máximas	Descuento mínimo sobre Tarifas Máximas	Tarifas con Descuento	Plazo de vigencia de los Descuento
Concentrado de Mineral	• Concentrado de Mineral	US\$ 15.00 / TM	56.67%	US\$ 6.5 / TM	30 Meses
Otros Graneles sólidos	• Cereal a granel • Otras cargas secas a granel	US\$ 10.11 / TM	50.54%	US\$ 5.0 / TM	24 Meses

Los plazos de vigencia de los descuentos señalado en el cuadro anterior, únicamente culminarán si adicionalmente a la verificación del plazo, el CONCESIONARIO puede prestar el servicio de almacenaje dentro del recinto portuario para las cargas antes indicadas. Este servicio será considerado parte del Servicio Estándar.

En caso no se pueda prestar los servicios de Tracción y almacenaje, los plazos de vigencia de los descuentos antes señalados se extenderán automáticamente hasta que el CONCESIONARIO preste los servicios antes indicados.

Asimismo, desde la Toma de Posesión del TPMS hasta que se cuente con la profundidad operativa a -10.5 metros referido al nivel medio de bajamares de sicigias ordinarias (MLWS), el CONCESIONARIO no cobrará la tarifa correspondiente al Servicio Estándar de acceso a las Naves."

74. Al respecto, cabe mencionar que las Tarifas consignadas en el numeral 2 para los Servicios Estándar corresponden a aquellas que fueron incluidas en la Declaratoria de Interés. Sobre el particular, en el Informe N° 017-2017-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN se mencionó que ellas no son el resultado del modelo económico financiero presentado como sustento del proyecto de la declaratoria de interés, sino que resultaron de la negociación llevada a cabo entre PROINVERSIÓN y el proponente de la Iniciativa Privada, estando el riesgo de demanda y de generación de ingresos a cargo de este último.



75. Por su parte, la Tarifa máxima consignada en el numeral 2 para el Servicio Especial de Refrigerado para Contenedores, ascendente a USD 60,00, se considera razonable en la medida que es comparable al monto promedio cobrado por similar servicio en otros terminales portuarios peruanos concesionados.¹⁶
76. Finalmente, el Anexo 5 de la Versión Final del Contrato de Concesión incluye en sus puntos 6 y 7 cuadros que contendrán las Tarifas máximas que se generarán como producto del concurso:

"TARIFAS MÁXIMAS PRODUCTO DEL CONCURSO

- 6- Conforme a la Propuesta Económica del CONCESIONARIO, a partir de la Toma de Posesión cobrará las siguientes tarifas máximas para Servicios Estándar, las mismas que están denominadas en Dólar, sin incluir IGV, y se definen a continuación.

CONCEPTO Servicios Estándar		Tarifas Máximas US\$
Servicios a la Carga		
Servicio de Embarque o Descarga internacional		
Carga de cereal a Granel (Tm)		
Carga Granel Líquida (Tm)		
Carga Fraccionada (Tm)		
Carga Rodante		
Carga mineral al granel (Tm)		
Otras cargas secas a granel (Tm)		
Contenedor 20 pies lleno		
Contenedor 40 pies lleno		
Contenedor 20 pies vacío		
Contenedor 40 pies vacío		
Servicio de Embarque o Descarga de cabotaje *	=	0.7 * Tarifa de embarque o descarga internacional

Estas Tarifas Máximas reemplazan a las señaladas en el numeral 2 del presente Anexo.

- 7- Asimismo, conforme a la Propuesta Económica del CONCESIONARIO, a partir de la Toma de Posesión cobrará el siguiente importe por el Servicios Especial de Refrigerado de Contenedores, el mismo que está denominado en Dólar, sin incluir IGV, y se define a continuación.

CONCEPTO Servicios Especial		Tarifas Máximas US\$
Servicios a la Carga		
Servicio Especial de Refrigerado para Contenedores*		

*Servicio de Refrigerado incluye: Conexión/Desconexión una sola vez durante la refrigeración, energía, inspección y monitoreo"

¹⁶ Excluyendo de la muestra a los terminales portuarios Muelle Norte y Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao, cuyo movimiento de contenedores es significativamente superior al del resto de terminales portuarios peruanos concesionados, el promedio cobrado por un servicio de similar alcance al Servicio Especial de Refrigerado para Contenedores es de USD 60,73 por día.



77. Se observa que PROINVERSIÓN ha considerado como factor de competencia el mayor descuento (uniforme) en las Tarifas a los Servicios Estándar y al Servicio Especial de Refrigerado para Contenedores, excluyendo a los dos Servicios Estándar a la Nave (Uso de amarradero y Servicio de Acceso a las Naves) y al Servicio Estándar a los Pasajeros. De acuerdo con lo argumentado por el consultor de PROINVERSIÓN en la Nota Técnica: Evaluación y propuesta de factor de competencia, la exclusión de los Servicios Estándar a la Nave obedece a que se busca beneficiar a los cargadores; mientras que la exclusión del Servicio Estándar a los Pasajeros se lleva a cabo con el objetivo de no desincentivar al Concesionario a atender pasajeros:

"Descuento en tarifas máximas:

Existen distintas tarifas a las que podría aplicarse el descuento:

- *Servicios a la nave: un descuento tarifario en los servicios a la nave no favorece directamente al cargador. Además, las navieras poseen un elevado poder de negociación con los operadores de terminales, por lo que posiblemente logren descuentos adicionales sobre las tarifas máximas fijadas.
No se recomienda aplicar ningún descuento tarifario ya que perjudicaría al concesionario y probablemente no tendría un impacto directo sobre el cargador.*
- *Servicios a la carga (carga contenerizada y no contenerizada): un descuento tarifario tendrá un elevado impacto sobre el cargador y sobre la competitividad de la región permitiendo a la cargas actuales ser fidelizadas, así como otras cargas de la región susceptibles de ser captadas (contenedor, rodante, fraccionada) a elegir el Puerto de Salaverry como mejor su opción. Por lo tanto se determina preferible un descuento a todas las tarifas a la carga.*
- *Movimiento de pasajeros: Actualmente no se atienden pasajeros en el terminal, un descuento podría desincentivar al Concesionario a comercializar estos tráfcos que ya cuentan con un ingreso limitado"*

78. Sobre el particular, coincidimos con el consultor de PROINVERSIÓN en lo referido a que, dado el escaso movimiento de pasajeros observado en el TPMS en los últimos años, no resulta conveniente incorporar el Servicio Estándar a los Pasajeros como parte del factor de competencia, en tanto podría desincentivar al Concesionario a promover la prestación de este tipo de servicios.

79. Sin embargo, consideramos que no se ha fundamentado adecuadamente la exclusión de los Servicios Estándar a las Naves del factor de competencia. En efecto, el consultor de PROINVERSIÓN no presenta evidencia de que las Naves que son atendidas en el TPMS efectivamente poseen un elevado poder de negociación en relación con el operador portuario.

80. Al respecto, es importante considerar que el transporte marítimo de mercancías ofrece comercialmente dos formas de explotación:

- El régimen de transporte marítimo de línea regular, que se caracteriza por brindar un servicio de transporte marítimo de carácter permanente, con rutas y frecuencias habituales, con salidas y entradas a puertos que integran el itinerario y escalas a intervalos regulares. El transporte de carga en contenedores típicamente se realiza en el régimen de línea regular.
- El régimen de fletamento o *tramp*, a través del cual se transportan grandes cantidades de carga de un producto básico o productos especializados, de manera que el servicio de transporte se realiza de acuerdo con los respectivos términos de contratación. Este



régimen es utilizado mayormente por las cargas a granel (sólido y líquido) y por productos especializados (químicos, gases, productos forestales, etc.).¹⁷

81. Thai et als (2014) señalan que la competencia siempre ha sido fuerte dentro del mercado de servicios de transporte bajo el régimen de fletamento, el cual se aproxima a un modelo de competencia perfecta, dadas las bajas barreras de entrada y el transporte de productos homogéneos. Asimismo, las compañías que pertenecen a este mercado a menudo adoptan una estrategia líder de costo para alcanzar ventajas competitivas.¹⁸
82. De manera similar, Clarkson Research Studies (2004)¹⁹ y Fearnley Consultants AS (2006)²⁰ señalan una serie de características comunes típicas del régimen de fletamento, tales como mercados globalmente competitivos, cercanía a un modelo de competencia perfecta, segmentos diferentes de sub-mercados en respuesta de la necesidad de los clientes, competencia entre sub-mercados para carga, demanda volátil e impredecible, muchas pequeñas empresas, fácil entrada y salida al mercado, socios comerciales mundiales y respuesta al desarrollo de mercado y necesidad de los consignatarios.
83. Dichas características podrían estar indicando la existencia de poco poder de negociación que tendrían las compañías bajo el régimen de fletamento frente a los embarcadores, tales como las empresas mineras, de combustibles, graneleros, entre otras.
84. Ahora bien, tal como se observa en el Gráfico N° 1, más del 95% de la carga atendida en el TPMS entre los años 2013 y 2017 corresponde a carga sólida a granel y carga fraccionada (piezas sueltas). En tal sentido, la mayor parte de la carga que se moviliza a través de este terminal portuario es transportada mediante el régimen de fletamento o *tramp*.



¹⁷ Clarkson Research Studies (2004). *The Tramp Shipping Market*. Reporte preparado para las Asociaciones de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA). Disponible en: http://www.clarksons.net/archive/research/freestuff/tramp_shipping_market_April_2004.pdf (último acceso: 27 de marzo de 2018).

¹⁸ Thai, V. V., Tay, W. J., Tan, R. e I. Lai (2014). "Defining Service Quality in Tramp Shipping: Conceptual Model and Empirical Evidence". *The Asian Journal of Shipping and Logistics*. Vol. 30, N° 1, pp. 001-029.

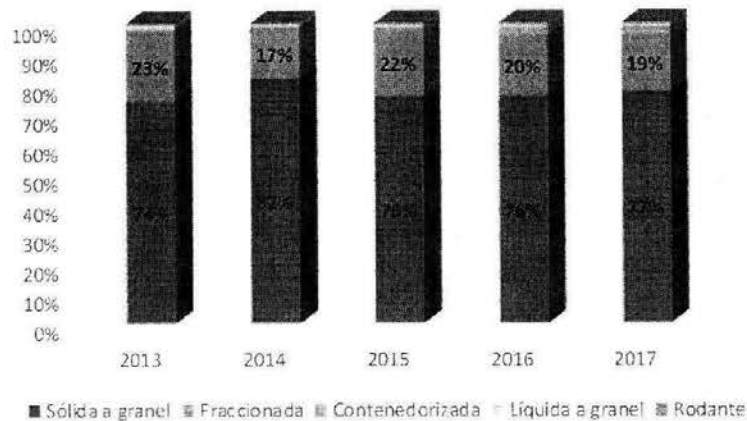
¹⁹ Op. Cit.

²⁰ Fearnley Consultants AS (2006). *Legal and Economic Studies of Tramp Maritime Services*. Reporte preparado para la Comisión Europea. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/sectors/transport/reports/tramp_report.pdf (último acceso: 27 de marzo de 2018).



Gráfico N° 1

TPMS: Composición porcentual de la carga atendida, 2013-17



Fuente: Empresa Nacional de Puertos - ENAPU.

Elaboración: Gerencia de Regulación y Estudios Económicos de OSITRAN.

85. Dadas las cifras presentadas en el gráfico anterior y considerando los estudios internacionales sobre la materia, contrariamente a lo afirmado por el asesor de PROINVERSIÓN, no se esperaría que las Naves que son atendidas en el TPMS cuenten con un elevado poder de negociación frente al Concesionario. En consecuencia, no se esperaría que las Naves atendidas en el TPMS logren obtener descuentos adicionales sobre las Tarifas máximas fijadas para los Servicios Estándar a la Nave.

86. A lo anterior se debe añadir que las Tarifas máximas consideradas en la Versión Final del Contrato de Concesión para los Servicios Estándar a la Nave se encuentran por encima de lo cobrado en otros terminales portuarios peruanos concesionados, tal como se aprecia en el Cuadro N° 2.

Cuadro N° 2

Tarifas máximas para el Uso o alquiler de amarradero en terminales portuarios peruanos seleccionados

Terminal Portuario	Servicio Estándar a la Nave	
	Uso o alquiler de amarradero (USD por metro eslora por hora)	Servicio de acceso a las Naves (USD por UAB)
Terminal Portuario de Paita	0,61	-
Nuevo Terminal Portuario de Contenedores en el TPC - Zona Sur	0,707	-
Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el TPC	0,92	-
Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao	0,786	-
Terminal Portuario General San Martín - Pisco	0,553	-
Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry	1,25	1,75

Nota: No se incluye en la muestra al Terminal Portuario de Matarani puesto que cuenta con un esquema de servicios que, en estricto, no es comparable con los demás terminales portuarios concesionados; ni al Terminal Portuario de Yurimaguas - Nueva Reforma en tanto la Tarifa está expresada en diferente unidad monetaria.

Fuente: Tarifarios vigentes de las Entidades Prestadoras.

Elaboración: Gerencia de Regulación y Estudios Económicos de OSITRAN.



87. Por lo expuesto, se recomienda considerar la inclusión de los Servicios Estándar a la Nave en la Tabla de las Tarifas Máximas Producto del Concurso que se encuentra en el numeral 6 del Anexo 5 de la Versión Final del Contrato de Concesión.

V.2. CALIDAD DE SERVICIO

a. Niveles de Servicio del Terminal

88. El numeral 1.4 del Anexo 3 de la Versión Final del Contrato de Concesión señala lo siguiente en cuanto a la profundidad con la que deberá contar el Terminal Portuario:

"1.4. Niveles de Servicio del Terminal

A partir de la Toma de Posesión el canal de acceso, área acuática operativa, zonas de maniobra y área entre muelles del TPMS deberá contar con una profundidad de hasta -10.5 metros referido al nivel medio de bajamares de sicigias ordinarias (MLWS)."

89. Al respecto, se debe agregar un segundo párrafo en el referido numeral, donde se indique que el área acuática operativa y la periodicidad de las mediciones serán determinados por la APN e incluidos en la Metodología de determinación de los Niveles de Servicio y Productividad. Ello resulta necesario en la medida que se trata de un indicador sujeto a medición y pasible de penalidad por incumplimiento. Asimismo, resulta importante que se aclare que dentro del área acuática operativa se encuentra el área entre muelles.

b. Dragado inicial

90. Según se encuentra establecido en el Anexo 6 de la Versión Final del Contrato de Concesión, el dragado inicial y el de mantenimiento podrán realizarse sin contar con Expediente Técnico por tratarse de labores de mantenimiento tal como lo viene haciendo la Empresa Nacional de Puertos S.A.

"ANEXO 6

TÉRMINOS DE REFERENCIA DEL EXPEDIENTE TÉCNICO

I. CONSIDERACIONES GENERALES

(...)

A partir de la Toma de Posesión, el dragado inicial y el de mantenimiento podrán realizarse contando únicamente con la certificación ambiental vigente, es decir sin necesidad de la aprobación un expediente técnico por tratarse de labores de Mantenimiento del TPMS necesarias para su operación, el que viene realizándose de forma rutinaria por la Empresa Nacional de Puertos S.A. (ENAPU).

(...)"

[El subrayado es nuestro.]

91. Al respecto, se precisa que el dragado inicial forma parte de las Inversiones Obligatorias y, en consecuencia, sí debe requerir Expediente Técnico debidamente aprobado por la APN. Para efectos de la supervisión, es necesario también establecer parámetros técnicos para la ejecución de dicha inversión y para la valorización correspondiente, la cual resulta de importancia pues será incorporado en el procedimiento de revisión tarifaria. Por lo tanto, se sugiere modificar el párrafo antes mencionado según el siguiente detalle:

"(...)

A partir de la Toma de Posesión, ~~el dragado inicial y~~ el dragado de mantenimiento podrá realizarse contando únicamente con la certificación ambiental vigente, es decir, sin necesidad de la aprobación de un expediente técnico por tratarse de labores de Mantenimiento del TPMS necesarias para su operación, el que viene realizándose de forma rutinaria por la Empresa Nacional de Puertos S.A. (ENAPU).

(...)"

92. Adicionalmente, el Anexo 3 contiene un nivel de servicio referido a la profundidad con la que debe contar el canal de acceso, el área acuática operativa, las zonas de maniobra y el área entre muelles, según se detalla a continuación:

"(...)

1.4. Niveles de Servicio del Terminal

A partir de la Toma de Posesión el canal de acceso, área acuática operativa, zonas de maniobra y área entre muelles del TPMS deberá contar con una profundidad de hasta -10.5 metros referido al nivel medio de bajamares de sicigias ordinarias (MLWS).

(...)"

93. Al respecto, dado que según el Anexo 9 del proyecto de Contrato de Concesión se realizará el primer dragado como parte de la Etapa 1, con lo cual se conseguirá que el canal de acceso, área acuática operativa, zonas de maniobra y área entre muelles alcance la cota -10,5 metros referido al nivel medio de bajamares de sicigias ordinarias (MLWS), se recomienda modificar el Anexo 3 trasladando la exigencia de profundidad de hasta -10,5 luego de doce (12) meses contados desde la Toma de Posesión, periodo en el cual el Concesionario deberá presentar el Expediente Técnico así como culminar las obras correspondientes al primer dragado, quedando redactada como sigue:

"1.4. Niveles de Servicio del Terminal

A partir del día siguiente de transcurrido los 12 meses desde la Toma de Posesión, el canal de acceso, área acuática operativa, zonas de maniobra y área entre muelles del TPMS deberá contar con una profundidad mínima de -10.5 metros referido al nivel medio de bajamares de sicigias ordinarias (MLWS).

(...)"

94. En concordancia con la propuesta indicada en el numeral anterior, se recomienda agregar un último párrafo en la sección de la Etapa 1 del Anexo 9, Apéndice 1, con la siguiente redacción:

"ANEXO 9

Apéndice 1: INVERSIONES OBLIGATORIAS

(...)

Etapa 1

(...)

Dado que el primer dragado está asociado al nivel de servicio indicado en el numeral 1.4 del Anexo 3, que exige una profundidad de -10.5 metros a partir del día siguiente de transcurridos 12 meses desde la Toma de Posesión, lo cual permitirá el acceso de buques de mayor calado al TPMS, el Concesionario deberá obtener la aprobación del Expediente Técnico correspondiente al primer dragado y la ejecución de la referida Obra dentro de dicho plazo, cuya explotación y mantenimiento deberá realizarse luego de la recepción del referido dragado."

c. Niveles de Servicio y Productividad

95. El último acápite "Consideraciones Generales" del Anexo 3 de la Versión Final del Contrato de Concesión, establece que, a partir del quinto año, contados desde la Toma de Posesión, los Niveles de Servicio y Productividad podrán ser actualizados o revisados por la APN en coordinación con el Concesionario:

**"ANEXO 3
NIVELES DE SERVICIO Y PRODUCTIVIDAD**

(...)

Consideraciones Generales

Los niveles de servicios y productividad del presente Anexo, podrán ser establecidos, actualizados y/o revisados por la APN en coordinación con el CONCESIONARIO, a partir del quinto Año contados desde la Toma de Posesión."

96. Cabe indicar que, si bien la APN es competente para actualizar los niveles de servicio y productividad establecidos en el Contrato de Concesión, en opinión de este Regulador dicha facultad no debe ser ejercida en coordinación con el Concesionario, puesto que, conforme lo expresa la propia Versión Final del Contrato de Concesión²¹, los Niveles de Servicio y Productividad son indicadores que el Concesionario tiene la obligación de cumplir, caso contrario sería pasible de aplicación de penalidades.
97. En ese sentido, la redacción de la cláusula en mención debe modificarse a efectos que la APN ejerza de forma exclusiva su facultad de modificar los niveles de servicio y productividad, pero, además, que ello ocurra ante determinados supuestos específicos y acotados, ya que tal como se encuentra redactada la cláusula podría considerarse que con ella se relativiza la obligación del Concesionario de cumplir con los niveles de servicio y productividad, lo cual implicaría una contravención al numeral 26 de la Iniciativa Privada, que indica lo siguiente:

"26. Niveles de Servicio y Productividad

El Concesionario deberá cumplir con los niveles de servicio y productividad señalados en el acápite II precedente.

Sin perjuicio del cumplimiento del respectivo plan de inversiones que conforme a los términos y condiciones del contrato se elabore y se apruebe, se deberá cumplir como mínimo a lo largo del plazo de vigencia del Contrato de Concesión los niveles de servicio y productividad, debiendo realizar las actuaciones que estime convenientes para tal efecto."

98. Asimismo, dado que este Regulador es el competente para supervisar el cumplimiento de tales niveles de servicio y productividad, consideramos importante que, de manera previa a cualquier actualización, se requiera la opinión de OSITRAN, posición que fue comunicada en las reuniones de coordinación que se tuvieron con PROINVERSIÓN, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) y la Autoridad Portuaria Nacional (APN). En tal sentido, se propone la siguiente redacción:

²¹ "1.19.81. Niveles de Servicio y Productividad

Son aquellos niveles mínimos de calidad de servicio que el CONCESIONARIO debe lograr y mantener durante la Explotación del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry según se especifica en el Anexo 3 del Contrato."

**"ANEXO 3
NIVELES DE SERVICIO Y PRODUCTIVIDAD**

(...)

Consideraciones Generales

Los niveles de servicio y productividad del presente Anexo, podrán ser establecidos, actualizados y/o revisados por la APN, previa opinión del REGULADOR, a partir del quinto Año contado desde la Toma de Posesión, considerando los siguientes supuestos:

- Cuando existan solicitudes de usuarios debidamente fundamentadas referidas a cargas especiales.
- Cuando luego de un análisis operativo por periodos quinquenales realizado por la APN se evidencie que el nivel de servicio requiera ser actualizado.

(...)"

V.3. OTROS TEMAS DE COMPETENCIA DE OSITRAN

a. Objeto de la Concesión

99. En las Cláusulas 2.7 y 1.19.106 de la Versión Final del Contrato de Concesión se señala lo siguiente sobre los servicios que no se encuentran en exclusividad del Concesionario:

"2.7. (...)

y (iii) el CONCESIONARIO tiene el derecho a la ejecución y/o prestación exclusiva de todos y cada uno de los Servicios que se puedan brindar dentro del TPMS, con excepción de los servicios de practicaje y remolcaje, respecto de los cuales son aplicables las disposiciones previstas en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público. Asimismo, el CONCESIONARIO deberá dar las facilidades de uso de muelle para que terceros presten los servicios portuarios básicos de avituallamiento de Naves y transporte de personas para las Naves que arriben al Puerto de Salaverry."

"1.19.106. Servicios de practicaje y/o remolcaje y/o agenciamiento marítimo

Son actividades comerciales desarrolladas en régimen de competencia que permiten la realización de las operaciones de tráfico portuario."

[El subrayado es nuestro.]

100. Sobre el particular, en concordancia con lo establecido en la Cláusula 1.19.106 que prevé la prestación de los servicios de agenciamiento marítimo en régimen de competencia, se debe ajustar la redacción de la Cláusula 2.7 en lo referido a los servicios que no son de prestación exclusiva del Concesionario.

101. Por otro lado, se recomienda incluir los servicios de recojo de residuos sólidos y líquidos en los servicios que contarán con facilidades de uso de muelle, considerando que éstos son prestados por empresas especializadas y certificadas en esta labor. En ese sentido, se propone la siguiente redacción:

"2.7. (...)

y (iii) el CONCESIONARIO tiene el derecho a la ejecución y/o prestación exclusiva de todos y cada uno de los Servicios que se puedan brindar dentro del TPMS, con excepción de los servicios de practicaje y remolcaje, respecto de los cuales son aplicables las disposiciones previstas en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público. Asimismo, el CONCESIONARIO deberá dar las facilidades de uso de muelle para que terceros presten los servicios portuarios básicos de avituallamiento de Naves y transporte de personas, así como servicios de recojo de residuos sólidos y líquidos para las Naves que arriben al Puerto de Salaverry."



b. Calendario de Ejecución de Obra

102. La Cláusula 6.20 de la Versión Final del Contrato de Concesión, señala lo siguiente sobre el calendario de ejecución de Obra en su literal b) y en su último párrafo:

"6.20 Las solicitudes de ampliación de plazo a los que se refiere la Cláusula precedente, se sujetarán al siguiente procedimiento:

- a) *El CONCESIONARIO, deberá anotar en el Libro de Obra dentro de los 05 Días de culminado el hecho que genera la solicitud, las circunstancias que a su criterio no le son imputables y que ameriten ampliación de plazo para la culminación de las Obras.*
- b) *El CONCESIONARIO deberá presentar la solicitud correspondiente al CONCEDENTE, con copia a la APN y al REGULADOR, dentro del plazo de 07 Días de haber anotado en el Libro de obra el hecho que genera la solicitud, debidamente sustentada, incluyendo el nuevo Calendario de Ejecución de Obra.*
- c) *El REGULADOR emitirá su opinión sobre dicha ampliación a la APN y al CONCEDENTE, en un plazo máximo de quince (15) Días contados desde la recepción de la solicitud.*
- d) *Una vez recibida la opinión del REGULADOR y previa opinión favorable de la APN sobre los aspectos técnicos, el CONCEDENTE en decisión inimpugnable resolverá sobre la ampliación solicitada en un plazo máximo de quince (15) Días a partir de la recepción de la opinión del REGULADOR. De no existir pronunciamiento alguno por parte del CONCEDENTE, dentro del plazo mencionado anteriormente, se entenderá denegada la solicitud.*

Cuando las ampliaciones sean concedidas por causas no imputables al CONCESIONARIO, impedirán la aplicación de penalidades y de las demás medidas previstas para penalizar el incumplimiento contractual por causa de inicio o demora en la ejecución de la Obra correspondiente.

Una vez aprobada la ampliación de plazo el CONCESIONARIO deberá presentar al CONCEDENTE, con copia al REGULADOR, un Calendario de Ejecución de Obra actualizado, en un plazo que no excederá de diez (10) Días Calendario de aprobada dicha ampliación.

[El subrayado es nuestro.]

103. Al respecto, se debe eliminar el último párrafo de la referida cláusula debido a que la presentación del Calendario de Ejecución de Obra actualizado ya lo indica el literal b). Asimismo, en el literal a) de la referida cláusula, se debe corregir el texto "culminación de las Obras" por "culminación de la Obra", por ser consecuente con la Cláusula 1.19.84 "Obra", quedando redactada de la siguiente manera:

"6.20 Las solicitudes de ampliación de plazo a los que se refiere la Cláusula precedente, se sujetarán al siguiente procedimiento:

- a) *El CONCESIONARIO, deberá anotar en el Libro de Obra dentro de los 05 Días de culminado el hecho que genera la solicitud, las circunstancias que a su criterio no le son imputables y que ameriten ampliación de plazo para la culminación de la Obra.*
- b) *El CONCESIONARIO deberá presentar la solicitud correspondiente al CONCEDENTE, con copia a la APN y al REGULADOR, dentro del plazo de 07 Días de haber anotado en el Libro de obra el hecho que genera la solicitud, debidamente sustentada, incluyendo el nuevo Calendario de Ejecución de Obra.*
- c) *El REGULADOR emitirá su opinión sobre dicha ampliación a la APN y al CONCEDENTE, en un plazo máximo de quince (15) Días contados desde la recepción de la solicitud.*
- d) *Una vez recibida la opinión del REGULADOR y previa opinión favorable de la APN sobre los aspectos técnicos, el CONCEDENTE en decisión inimpugnable resolverá sobre la ampliación solicitada en un plazo máximo de quince (15) Días a partir de la recepción de la opinión del REGULADOR. De no existir pronunciamiento alguno por parte del*



CONCEDENTE, dentro del plazo mencionado anteriormente, se entenderá denegada la solicitud.

Cuando las ampliaciones sean concedidas por causas no imputables al CONCESIONARIO, impedirán la aplicación de penalidades y de las demás medidas previstas para penalizar el incumplimiento contractual por causa de inicio o demora en la ejecución de la Obra correspondiente."

[El subrayado es nuestro.]

c. Aprobación de la Obra

104. Respecto al procedimiento de aprobación de la Obra, la Cláusula 6.23 de la Versión Final del Contrato de Concesión establece que en el caso de procedencia de la solicitud de recepción, la APN determinará:

- La aceptación de la Obra sin observaciones cuando no existan defectos en la Obra; o
- La aceptación de la Obra con observaciones cuando existan defectos en la Obra que no afecten la normal prestación de los servicios.

105. Sin embargo, en la Cláusula 6.24 que detalla el referido procedimiento se ha omitido establecer el supuesto de aprobación de Obra con observaciones y el plazo con el que cuenta el Concesionario para la subsanación de éstas. Asimismo, en el Anexo N° 17 que contiene la Tabla N° 3 de Penalidades sí se ha considerado una penalidad asociada al "Atraso en el levantamiento de observaciones realizadas en el Acta de Recepción de Obra".

106. En tal sentido, resulta necesario incorporar el supuesto de aprobación de Obra con Observaciones y el plazo para su levantamiento en concordancia con los plazos establecidos en otros Contratos de Concesión de terminales portuarios²². Por ello, se propone añadir en la Cláusula 6.24 un último párrafo con la siguiente redacción:

Cláusula 6.24, último párrafo

"Por otro lado, la APN aceptará con observaciones las Obras y concederá la autorización para el inicio de su Explotación, en caso de que se encuentren defectos que no afecten la normal prestación de los Servicios. En este caso, la SOCIEDAD CONCESIONARIA tendrá treinta (30) Días Calendario prorrogables hasta por treinta (30) Días Calendario adicionales, para efectuar la subsanación de las observaciones".

d. Inversiones Complementarias

107. Respecto a las Inversiones Complementarias, en la Cláusula 6.34 de la Versión Final del Contrato de Concesión se señala lo siguiente:

"6.34 Conforme a lo señalado en el Concurso, el CONCESIONARIO deberá dedicar exclusivamente un 25% (veinticinco por ciento) del monto ofrecido por Inversiones Complementarias a inversiones relacionadas a la atención de carga contenedorizada.
(...)"

[El subrayado es nuestro.]

108. Al respecto, es importante indicar que el porcentaje de inversión para la atención a la carga en contenedores no debe definirse en términos exactos, toda vez que el monto de inversión

²² En el Contrato de Concesión del Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao y en el Contrato de Concesión del Terminal Portuario General San Martín – Pisco.

podría sufrir modificaciones producto de cambios en los precios, costos, entre otros. En tal sentido, se recomienda establecer un umbral mínimo de inversión, el cual deberá ser de cumplimiento obligatorio por parte del Concesionario:

*"6.34 Conforme a lo señalado en el Concurso, el CONCESIONARIO deberá dedicar exclusivamente un mínimo del 25% (veinticinco por ciento) del monto ofrecido por Inversiones Complementarias a inversiones relacionadas a la atención de carga contenedorizada.
(...)"*

[El subrayado es nuestro.]

e. Régimen de Seguros

109. La Cláusula 10.15 del Proyecto de Contrato de Concesión estipula que el Concesionario queda obligado frente al Concedente y la aseguradora a reportar la ocurrencia de un siniestro en un plazo máximo de un (01) día hábil de iniciado dicho siniestro. Sin embargo, es posible que las respectivas pólizas de seguro establezcan plazos distintos del previsto en el Contrato de Concesión para efectuar dicho reporte, vencido el cual se produciría la pérdida de cobertura.
110. En ese sentido, resulta necesario que se precise que la causa de la pérdida de la cobertura sea falta de notificación oportuna del siniestro, conforme a los plazos señalados en las respectivas pólizas de seguro o marco legal vigente, proponiéndose para dicho efecto la siguiente descripción:

"10.15 El CONCESIONARIO queda obligado frente al CONCEDENTE a cumplir con los términos y condiciones de todas las pólizas de seguro contratadas de acuerdo con lo establecido en el presente Contrato. En caso de siniestro, el CONCESIONARIO deberá reportarlo a la compañía aseguradora y al CONCEDENTE conforme a los plazos previstos en la respectiva póliza o marco legal aplicable. Si la cobertura del seguro se cancela por falta de notificación oportuna de un siniestro, la responsabilidad en que se incurra será por cuenta del CONCESIONARIO y libera de toda responsabilidad al CONCEDENTE, respecto al equivalente del monto que hubiera debido indemnizar a la parte asegurada en caso se hubiera notificado oportunamente del siniestro. El CONCESIONARIO asumirá los costos de todos y cada uno de los deducibles y/o coaseguros que haya contratado en las pólizas de seguros requeridas."

f. Aspectos financieros

111. En esta subsección se presentan los comentarios relacionados a los aspectos financieros de la Versión Final del Contrato de Concesión, los cuales están referidos a los Acreedores Permitidos, Régimen Económico de las Inversiones, Bienes del Concesionario, Inversiones Discrecionales, Régimen de Bienes, Valor del Intangible, Procedimiento General de Liquidación en caso de caducidad y la Autorización del Endeudamiento Garantizado Permitido.

i. Acreedores Permitidos

112. Con relación a la definición de Acreedores Permitidos, en la Cláusula 1.19.1 de la Versión Final del Contrato de Concesión se establece lo siguiente:

1.19.1 Acreedores Permitidos

"El concepto de Acreedor(es) Permitido(s) es sólo aplicable para los supuestos de Endeudamiento Garantizado Permitido. El (los) Acreedor(es) Permitido(s) deberá(n) contar con la autorización del CONCEDENTE para acreditar tal condición, cumpliendo con presentar previamente el Anexo N°

11 del presente Contrato, ante PROINVERSION para su conformidad. Para tales efectos, el Acreedor Permitido será:

- (i) cualquier institución multilateral de crédito de la cual el Estado de la República del Perú sea miembro,
- (ii) cualquier institución, agencia de crédito a la exportación (Export Credit Agency) o cualquier agencia gubernamental de cualquier país con el cual el Estado de la República del Perú mantenga relaciones diplomáticas,
- (iii) cualquier institución financiera internacional designada como Banco Extranjero de Primera Categoría en la Circular N° 002-2018-BCRP, emitida por el Banco Central de Reserva del Perú, y publicada el 05 de enero de 2018 o cualquier otra que la modifique, y adicionalmente las que la sustituyan, en el extremo en que incorporen nuevas instituciones,
- (iv) cualquier otra institución financiera internacional que tenga una clasificación de riesgo igual o mejor que la clasificación de la deuda soberana peruana correspondiente a moneda extranjera y de largo plazo asignada por una entidad clasificadora de riesgo internacional de reconocido prestigio que clasifica a la República del Perú,
- (v) cualquier institución financiera nacional con una clasificación de riesgo local no menor de "A", evaluada por una empresa clasificadora de riesgo nacional debidamente autorizada por la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV),
- (vi) todos los inversionistas institucionales así considerados por las normas legales vigentes en el Perú o en su país de origen, que adquieran directa o indirectamente cualquier tipo de valor mobiliario o instrumento de deuda emitido por (i) el CONCESIONARIO, o (ii) un patrimonio fideicometido, fondos de inversión o sociedad tituladora que adquiera derechos y/o activos permitidos y derivados del Contrato de Concesión,
- (vii) cualquier persona natural o jurídica que adquiera directa o indirectamente cualquier tipo de valor mobiliario emitido o instrumento de deuda emitido por el CONCESIONARIO, mediante oferta pública, o a través de un patrimonio fideicometido, fondos de inversión o sociedad tituladora, ya sea que estén constituidos en el Perú o en el extranjero.

Sólo para el caso de la estructuración de este tipo de operaciones, deberá contemplarse que el representante de los obligacionistas que actúe en representación de las futuras personas que adquirirán dichos valores o instrumentos, tendrá temporalmente el calificativo de Acreedor Permitido e inicialmente será el encargado de presentar el Anexo 11, para ello deberán cumplir, según corresponda, los requisitos indicados en los Numerales (i) a (vi) precedentes.

Dicho calificativo se extinguirá con la correspondiente colocación financiera y procederá el correspondiente reemplazo del Anexo 11 que será suscrito por el representante de los obligacionistas designado conforme a lo establecido en el Artículo 87°, 88° y 92° del Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores, aprobado mediante Decreto Supremo N° 0093-2002, y según poderes emitidos por los adquirentes a favor del mismo.

Cabe precisar que la calificación que recae sobre los representantes de los obligacionistas, es de naturaleza administrativa y no confiere a los representantes de los obligacionistas el calificativo de Acreedores Permitidos.

Queda expresamente establecido que bajo ninguna circunstancia se permitirá que los accionistas, socios o participacionistas del CONCESIONARIO sean Acreedores Permitidos directa o indirectamente. Los Acreedores Permitidos no deberán tener vinculación económica con el CONCESIONARIO de conformidad con lo indicado en la Resolución SMV N° 00019-2015-SMV/01, o norma que la sustituya.

En caso se trate de valores mobiliarios, los Acreedores Permitidos deberán estar representados por el representante de los obligacionistas (según lo establecido en el artículo 87° de la Ley del Mercado de Valores y artículo 325° de la Ley General de Sociedades), los cuales deberán cumplir con los requisitos indicados en los numerales (i) a (vi) precedentes.



En caso de créditos sindicados, los Acreedores Permitidos podrán estar representados por un Agente Administrativo o Agente de Garantías, el cual deberá cumplir con alguno de los requisitos indicados en los Numerales (i) a (vi) precedentes; en ambos supuestos conforme a las disposiciones contractuales que regulan dichos instrumentos de deuda. Cabe precisar que la calificación de Agente Administrativo o Agente de Garantías, como representantes de Acreedores Permitidos es de naturaleza administrativa y no confiere a dichas entidades el calificativo de Acreedores Permitidos."

113. Al respecto, cabe mencionar que consideramos adecuada la definición propuesta. Sin perjuicio de ello, consideramos que la cesión de posición contractual de un Endeudamiento Garantizado Permitido (en adelante, EGP) solo debería poder efectuarse en favor de una entidad financiera que califique previamente como Acreedor Permitido. En tal sentido, se recomienda la inclusión del siguiente párrafo:

"En caso que con posterioridad a la autorización de un Endeudamiento Garantizado Permitido, un acreedor permitido ceda su posición, total o parcialmente, en dicho Endeudamiento Garantizado Permitido a un tercero que no hubiera sido acreditado como Acreedor Permitido, dicho tercero previamente deberá presentar la declaración contenida en el Anexo 11 o el Anexo 11-A (según corresponda) al Concedente y ser calificado como tal."

114. Es importante precisar que un párrafo similar al propuesto fue incluido en la Adenda N° 1 al Contrato de Concesión para el Diseño, Financiamiento, Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario General San Martín, mediante la cual se facilitó la bancabilidad de dicho proyecto.

115. Por otro lado, se observa que, de la lectura del primer párrafo de la Cláusula 1.19.1 antes citada, se verifica que la solicitud de calificación de Acreedor Permitido deberá ser aprobada por el Concedente. Ello concuerda con la redacción del Anexo 11, el cual contiene el Modelo de declaración del Acreedor Permitido, documento que deberá ser presentado por el Acreedor Permitido ante el Concedente.

116. No obstante, en el Anexo 12 de la Versión Final del Contrato de Concesión, el cual contiene el Modelo referencial de carta de aprobación a favor del Acreedor Permitido, se indica que quien debe suscribir dicho documento es PROINVERSIÓN, lo cual podría conllevar a una confusión sobre quién es la entidad que finalmente es competente para otorgar la calificación de Acreedor Permitido.

117. Teniendo en cuenta lo señalado, se recomienda que PROINVERSIÓN efectúe las aclaraciones que sean necesarias para delimitar las competencias de cada institución en el mecanismo de reconocimiento de Acreedores Permitidos. Asimismo, de ser el caso, dichas aclaraciones deberán ser recogidas en el Anexo 17 que contiene el Cuadro de penalidades aplicable al Contrato.

ii. Régimen Económico de las Inversiones

118. En la Cláusula 6.31 de la Versión Final del Contrato de Concesión se establece lo siguiente respecto del Régimen Económico de las Inversiones:

"6.31. El CONCESIONARIO deberá haber acreditado ante el CONCEDENTE en un plazo máximo de seis (6) Meses de aprobado el Expediente Técnico que corresponda, que cuenta con el financiamiento para ejecutarlo.

Para acreditar que el CONCESIONARIO cuenta con el financiamiento del monto consignado en el Expediente Técnico aprobado por la APN, éste deberá presentar la siguiente documentación:

(i) copia legalizada notarialmente de los contratos de financiamiento, garantías, fideicomisos y en general cualquier texto contractual relevante, que el CONCESIONARIO haya acordado con el(los) Acreedor(es) Permitido(s) u otros acreedores; y/o

(ii) copia legalizada notarialmente de los contratos de financiamiento, garantías, fideicomisos y en general cualquier texto contractual relevante acordado con Empresas Vinculadas o un tercero(s) que no sea(n) Acreedor(es) Permitido(s);

(iii) testimonio de la escritura pública donde conste el aumento de capital social respectivo, debidamente pagado e inscrito en los Registros Públicos, en caso el CONCESIONARIO decida financiarse total o parcialmente con recursos propios.

Los contratos referidos en el Numeral (i) deberán contener expresamente una disposición referida a que en caso el financiamiento quede sin efecto o el CONCESIONARIO incurra en alguna causal que active su terminación o resolución, el Acreedor Permitido, o el acreedor que corresponda, comunicará inmediatamente dicha situación al CONCEDENTE. Los contratos referidos en el ítem (ii) no podrán constituirse en Endeudamiento Garantizado Permitido.

(...)"

[El subrayado es nuestro.]

119. Al respecto, recomendamos eliminar del literal (i) de la cláusula citada la referencia a "otros acreedores". Ello debido a que los "otros acreedores" ya se encuentran contemplados en el literal (ii) de la Cláusula 6.31 a través de la denominación "un tercero(s) que no sea(n) Acreedor(es) Permitido(s)", por lo que se estaría duplicando su inclusión en la referida cláusula.

120. Asimismo, los "otros acreedores" tienen regulada una relación directa con el Concesionario, en la cual no interviene el Estado, ni son aplicables los mecanismos de garantías contemplados hacia los Acreedores Permitidos. En tal sentido, al no existir una relación entre los "otros acreedores" y el Estado, no corresponde incluir dentro de los contratos referidos en el literal (i) la posibilidad de participación de instituciones distintas a los Acreedores Permitidos.

121. Es importante mencionar también que, de no aceptarse la modificación propuesta, existe el riesgo de que se presente una lectura errada de la Cláusula 6.31 al inferir que los todos los contratos que se enmarquen en el literal (i) pueden acceder a las garantías u otros beneficios contemplados únicamente para los Acreedores Permitidos, en tanto no se excluye explícitamente a los "otros acreedores" del mecanismo de EGP, como sí sucede en el literal (ii).

122. Considerando todo lo anterior, resulta necesario modificar el literal (i) y el sexto párrafo de la Cláusula 6.31 en los términos siguientes:

"6.31. El CONCESIONARIO deberá haber acreditado ante el CONCEDENTE en un plazo máximo de seis (6) Meses de aprobado el Expediente Técnico que corresponda, que cuenta con el financiamiento para ejecutarlo.

Para acreditar que el CONCESIONARIO cuenta con el financiamiento del monto consignado en el Expediente Técnico aprobado por la APN, éste deberá presentar la siguiente documentación:

(i) copia legalizada notarialmente de los contratos de financiamiento, garantías, fideicomisos y en general cualquier texto contractual relevante, que el



CONCESIONARIO haya acordado con el(los) Acreedor(es) Permitido(s) ~~u otros acreedores~~; y/o

- (i) copia legalizada notarialmente de los contratos de financiamiento, garantías, fideicomisos y en general cualquier texto contractual relevante acordado con Empresas Vinculadas o un tercero(s) que no sea(n) Acreedor(es) Permitido(s);
- (ii) testimonio de la escritura pública donde conste el aumento de capital social respectivo, debidamente pagado e inscrito en los Registros Públicos, en caso el CONCESIONARIO decida financiarse total o parcialmente con recursos propios.

Los contratos referidos en el Numeral (i) deberán contener expresamente una disposición referida a que en caso el financiamiento quede sin efecto o el CONCESIONARIO incurra en alguna causal que active su terminación o resolución, el Acreedor Permitido, ~~o el acreedor que corresponda~~, comunicará inmediatamente dicha situación al CONCEDENTE. Los contratos referidos en el ítem (ii) no podrán constituirse en Endeudamiento Garantizado Permitido.
(...)"

iii. Bienes del Concesionario

123. Los Bienes del Concesionario son definidos en la Cláusula 1.19.22 de la Versión Final del Contrato de Concesión de la manera siguiente:

"1.19.22 Bienes del Concesionario

Son los Bienes de propiedad del CONCESIONARIO resultantes de las Inversiones Discrecionales, a excepción de aquellos que, no puedan ser removidos o cuya remoción pudiera causar una afectación al objeto de la Concesión o a los Bienes de la Concesión y/o afectar la prestación de los Servicios.

Asimismo, serán los bienes intangibles asociados directa y únicamente a la prestación de los Servicios Especiales y/o Servicios No Portuarios. Al término de la Concesión, los Bienes del CONCESIONARIO podrán ser adquiridos por el CONCEDENTE de acuerdo a lo dispuesto en las Cláusulas 5.16 a 5.27 del Contrato.

Los Bienes del CONCESIONARIO pueden ser afectados a finalidades distintas a las de la Concesión, con aprobación expresa de la APN."

[El subrayado es nuestro.]

124. Al respecto, recomendamos evaluar la eliminación de la sección subrayada, toda vez que con dicha redacción se amplían significativamente las excepciones a lo que constituyen Bienes del Concesionario y, en consecuencia, se incrementa la cantidad de bienes considerados Bienes de la Concesión.
125. El riesgo asociado a un incremento en los Bienes de la Concesión es que aumenta la posibilidad de generación de pasivos contingentes a ser reconocidos por el Estado Peruano en caso de caducidad. Asimismo, aumentan los bienes pasibles de ser financiados mediante el mecanismo de EGP y, por tanto, cubiertos con las garantías del Estado, dejando de ser inversiones de riesgo del Concesionario. En tal sentido, consideramos que dicho riesgo debe ser evaluado por el Concedente y el Ministerio de Economía y Finanzas.
126. Finalmente, en línea con lo señalado en los párrafos anteriores, se recomienda que el primer párrafo de la Cláusula 1.19.22 sea redactado en los términos siguientes:

"1.19.22 Bienes del Concesionario

Son los Bienes de propiedad del CONCESIONARIO resultantes de las Inversiones Discrecionales, a excepción de aquellos que, no puedan ser removidos o cuya remoción pudiera causar una afectación a los Bienes de la Concesión.

(...)"

127. Cabe precisar que la redacción propuesta es similar a la empleada en otra iniciativa privada autofinanciada en el sector portuario²³ y en el último contrato de concesión firmado en el sector portuario²⁴.

iv. Inversiones Discrecionales

128. Las Inversiones Discrecionales son definidas en la Cláusula 1.19.71 de la Versión Final del Contrato de Concesión de la siguiente manera:

"1.19.71. Inversiones Discrecionales

Son las inversiones que el CONCESIONARIO realizará a su cuenta y riesgo, de estimarlo conveniente, dentro del Área de Concesión, y en el transcurso del plazo de la Concesión y que no se encuentran contempladas dentro de las Inversiones Obligatorias, Inversiones en Función a la Demanda o Inversiones Complementarias, con la finalidad de prestar Servicios a los Usuarios, o cualquier otra actividad conexas, bajo los términos y condiciones establecidos en la Cláusula 6.32 del Contrato.

129. Adicionalmente, en la Cláusula 6.32 se establecen términos y condiciones para su ejecución:

"6.32. El diseño y las Obras a ejecutarse como Inversiones Discrecionales deberán contar con la opinión técnica del REGULADOR así como la aprobación previa de la APN. La APN tendrá un plazo de veinte (20) Días contados de recibida la opinión del REGULADOR para emitir su pronunciamiento. Vencido dicho plazo, sin haber emitido el referido pronunciamiento, se entenderá que la solicitud se encuentra rechazada. Por su parte el REGULADOR contará con el mismo plazo para emitir su opinión ante la solicitud del CONCESIONARIO, debidamente sustentada. En caso la APN apruebe la ejecución de dichas inversiones, deberá incluir en dicha decisión la determinación acerca de si el resultado de las mismas podrá ser removido sin causar una afectación al objeto de la Concesión o a los Bienes de la Concesión y/o afectar la prestación de los Servicios (...)

(...)

El financiamiento de dichas inversiones podrá considerar el mecanismo de Endeudamiento Garantizado Permitido siempre que i) se trate de bienes a ser implementados por el CONCESIONARIO, que no puedan ser removidos o cuya remoción pudiera causar una afectación al objeto de la Concesión o a los Bienes de la Concesión y/o afectar la prestación de los Servicios, ii) tengan por finalidad la prestación de servicios portuarios y no se encuentren referidos a Inversiones Obligatorias o Inversiones Complementarias, iii) cuenten con el Expediente Técnico de la inversión en cuestión debidamente aprobado por la APN, iv) se haya acreditado previamente frente al CONCEDENTE el financiamiento para

²³ Ver Cláusula 1.15.19 del Contrato de Concesión para el diseño, Construcción, financiamiento, conservación y Explotación del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao.

²⁴ Ver Cláusula 1.29.23 del Contrato de Concesión para el Diseño, Financiamiento, Construcción, Conservación y Explotación del Terminal Portuario General San Martín – Pisco.



las Inversiones Obligatorias, Inversiones en Función a la demanda (en caso se haya gatillado alguna Etapa) y en caso corresponda de las Inversiones Complementarias, y v) que el financiamiento de las Inversiones Discrecionales cuente con la aprobación del CONCEDENTE previa opinión del REGULADOR.”

130. Al respecto, a efectos de evitar la posibilidad de múltiples interpretaciones a las condiciones requeridas para acceder al EGP como mecanismo de financiamiento de las Inversiones Discrecionales, se recomienda ajustar la redacción de la Cláusula 6.32, de manera que quede claramente establecido que deben cumplirse todos y cada uno de los literales allí señalados.
131. Asimismo, se observa que en el literal i) se incluye a bienes cuya remoción pudiera afectar la prestación de los Servicios. Dicha redacción es muy amplia y podría dar lugar a un incremento discrecional en las inversiones que pueden ser financiadas mediante el mecanismo de EGP y que, por consiguiente, se encuentran cubiertas con garantías del Estado.
132. En tal sentido, se propone modificar los párrafos primero y último de la Cláusula 6.32 en el sentido siguiente:

"6.32. El diseño y las Obras a ejecutarse como Inversiones Discrecionales deberán contar con la opinión técnica del REGULADOR así como la aprobación previa de la APN. La APN tendrá un plazo de veinte (20) Días contados de recibida la opinión del REGULADOR para emitir su pronunciamiento. Vencido dicho plazo, sin haber emitido el referido pronunciamiento, se entenderá que la solicitud se encuentra rechazada. Por su parte el REGULADOR contará con el mismo plazo para emitir su opinión ante la solicitud del CONCESIONARIO, debidamente sustentada. En caso la APN apruebe la ejecución de dichas inversiones, deberá incluir en dicha decisión la determinación acerca de si el resultado de las mismas podrá ser removido sin causar una afectación ~~al objeto de la Concesión o~~ a los Bienes de la Concesión ~~y/o afectar la prestación de los Servicios~~.

(...)

El financiamiento de dichas inversiones podrá considerar el mecanismo de Endeudamiento Garantizado Permitido siempre que se cumpla cada uno de los literales siguientes: i) se trate de bienes a ser implementados por el CONCESIONARIO, que no puedan ser removidos o cuya remoción pudiera causar una afectación ~~al objeto de la Concesión o~~ a los Bienes de la Concesión ~~y/o afectar la prestación de los Servicios~~, ii) tengan por finalidad la prestación de servicios portuarios y no se encuentren referidos a Inversiones Obligatorias o Inversiones Complementarias, iii) cuenten con el Expediente Técnico de la inversión en cuestión debidamente aprobado por la APN, iv) se haya acreditado previamente frente al CONCEDENTE el financiamiento para las Inversiones Obligatorias, Inversiones en Función a la demanda (en caso se haya gatillado alguna Etapa) y en caso corresponda de las Inversiones Complementarias, y v) que el financiamiento de las Inversiones Discrecionales cuente con la aprobación del CONCEDENTE previa opinión del REGULADOR.”

133. Finalmente, considerando las observaciones antes señaladas y el potencial impacto en los pasivos contingentes del Estado que implica la redacción actual de la Cláusula 6.32, ella debe ser evaluada por el Ministerio de Economía y Finanzas.

v. Régimen de Bienes

134. Respecto al Régimen de Bienes de la Concesión, en la Cláusula 5.8 de la Versión Final del Contrato de Concesión se establece lo siguiente:

"5.8 Adquirirán la condición de Bienes de la Concesión:



- (i) Los Bienes del CONCEDENTE, incluyendo el Área de la Concesión, entre otros;
- (ii) las Obras, los inmuebles construidos y los bienes muebles adquiridos como parte de Inversiones Obligatorias o de las Inversiones en Función a la Demanda o Inversiones Complementarias;
- (iii) los bienes implementados por el CONCESIONARIO, que no puedan ser removidos o cuya remoción pudiera causar una afectación al objeto de la Concesión o a los Bienes de la Concesión y/o afectar la prestación de los Servicios, y las servidumbres adquiridas, durante la vigencia de la Concesión; así como;
- (iv) los derechos que bajo cualquier título faculden y/o autoricen el uso o explotación de otros bienes o tecnologías. Se consideran incluidos dentro de los Bienes de la Concesión todos los derechos sobre los sistemas operativos, software, know-how y sus respectivas licencias y permisos utilizados por el CONCESIONARIO en la explotación de los Bienes de la Concesión.

Dichos bienes serán destinados a la ejecución de la Concesión constituyendo bienes inseparables del objeto de la misma; asimismo, son de titularidad del CONCEDENTE y le serán entregados o devueltos por el CONCESIONARIO a la Caducidad de la Concesión.

Los Bienes de la Concesión indicados en la presente Cláusula serán considerados de alta automáticamente a la suscripción del Acta de Recepción de Obra que corresponda, entre la APN y el CONCESIONARIO, e incorporados al Inventario de Bienes de la Concesión a ser presentado en la oportunidad establecida en el presente Contrato.

Los Bienes de la Concesión no estarán sujetos al procedimiento de solicitud de Alta establecido en el Reglamento aplicable al control de Altas y Bajas de OSITRAN, salvo el caso de los Bienes de la Concesión que deban ser repuestos o reemplazados conforme a lo indicado en la Cláusula 5.40 del presente Contrato.

Adicionalmente, se considerará aprobadas las bajas consignadas en los Inventarios de aquellos bienes cuya demolición se haya realizado conforme a los respectivos Expedientes Técnicos aprobados por la APN, quedando el Concesionario para estos casos exento de realizar una solicitud de baja."

135. Al respecto, se observa que la redacción del literal (iii) podría generar un incremento de los pasivos contingentes, dada la amplitud de la definición considerada. En efecto, considerando lo establecido en las Cláusulas 2.6 a 2.8 de la Versión Final del Contrato de Concesión (referidas al Objeto de la Concesión), adquiriría la condición de Bien de la Concesión cualquier bien destinado al diseño, financiamiento y ejecución de las Inversiones; a la Conservación de las Obras; a la Explotación de la Concesión²⁵, y/o a la transferencia del TPMS.
136. De manera similar, la primera oración del literal (iv), puede interpretarse de manera amplia, en tanto el término "bien" no se encuentra definido en el Contrato de Concesión.

²⁵ Vale añadir que la Explotación es definida en la Cláusula 1.19.56 de la Versión Final del Contrato de Concesión de la manera siguiente:

"1.19.56. Explotación

Comprende los siguientes aspectos: la operación y administración del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry, la prestación de los Servicios Estándar, los Servicios Especiales y Servicios No Portuarios dentro del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry, en concordancia a los reglamentos y normas aprobadas y, en general, el aprovechamiento de la infraestructura concesionada, en los términos establecidos en el Contrato"



137. Considerando las observaciones presentadas en los párrafos precedentes, se sugiere la siguiente redacción para la Cláusula 5.8:

"5.8 Adquirirán la condición de Bienes de la Concesión:

- (i) los Bienes del CONCEDENTE, incluyendo el Área de la Concesión, entre otros;
- (ii) las Obras, los inmuebles construidos y los bienes muebles adquiridos como parte de Inversiones Obligatorias o de las Inversiones en Función a la Demanda o Inversiones Complementarias;
- (iii) los bienes implementados por el CONCESIONARIO, que no puedan ser removidos o cuya remoción pudiera causar una afectación ~~al objeto de la Concesión o~~ a los Bienes de la Concesión ~~y/o afectar la prestación de los Servicios, y las servidumbres adquiridas, durante la vigencia de la Concesión; así como;~~
- (iv) ~~los derechos que bajo cualquier título faculden y/o autoricen el uso o explotación de otros bienes o tecnologías. Se consideran incluidos dentro de los Bienes de la Concesión~~ todos los derechos sobre los sistemas operativos, software, know-how y sus respectivas licencias y permisos utilizados por el CONCESIONARIO en la explotación de los Bienes de la Concesión.

(...)"

138. Por último, es importante señalar que, dadas las observaciones antes señaladas y el potencial impacto en los pasivos contingentes del Estado que implica la redacción actual de la Cláusula 5.8, ella debe ser evaluada por el Ministerio de Economía y Finanzas.

vi. Autorización de Endeudamiento Garantizado Permitido

139. El procedimiento para la autorización del EGP se encuentra descrito en la Cláusula 9.3.1 de la Versión Final del Contrato de Concesión:

"9.3.1. AUTORIZACIÓN DE ENDEUDAMIENTO GARANTIZADO PERMITIDO

Los términos financieros principales del Endeudamiento Garantizado Permitido, incluyendo los montos del principal, tasa o tasas de interés, disposiciones sobre amortización, gastos de emisión, comisiones, penalidades por pago anticipado, seguros, impuestos, garantías, entre otros, requerirán la conformidad de PROINVERSIÓN, previa opinión técnica del REGULADOR.

Atendiendo a que el factor de competencia, utilizado en el Concurso para la determinación del Adjudicatario de la Buena Pro, se encuentra vinculado al Endeudamiento Garantizado Permitido y además genera un impacto tarifario, el CONCEDENTE y del REGULADOR deberán emitir opinión previa a la solicitud de autorización del CONCESIONARIO, luego de lo cual PROINVERSIÓN revisara los términos de la misma, ello de conformidad con lo dispuesto por el artículo 64-A del Reglamento del Decreto Legislativo N°1224.

La opinión del REGULADOR consistirá en evaluar que los términos financieros principales del Endeudamiento Garantizado Permitido no contravengan lo establecido en el Contrato de Concesión, conforme a lo establecido en la Ley N°26917 y su respectivo Reglamento, así como el TUO del Decreto Legislativo N°1224 y su Reglamento.

Por su parte, PROINVERSIÓN sólo podrá negar la solicitud de autorización del Endeudamiento Garantizado Permitido basándose en el perjuicio económico que dichos términos podrían ocasionarle al CONCEDENTE y/o en caso se contravenga lo establecido en el presente Contrato de Concesión.

EL CONCESIONARIO acepta y reconoce que cualquiera de tales garantías no lo relevará de sus obligaciones contractuales.



El CONCESIONARIO deberá presentar por escrito la solicitud de conformidad simultáneamente a PROINVERSIÓN, al REGULADOR y al CONCEDENTE, acompañando la información vinculada al Endeudamiento Garantizado Permitido, tales como copia de los proyectos de contrato y demás documentos relacionados con la operación, una declaración del posible Acreedor Permitido que contenga los requisitos contenidos en el Anexo 11, así como la información indicada en el primer párrafo de la presente Cláusula.

PROINVERSIÓN deberá emitir su pronunciamiento en un plazo máximo de veinte (20) Días contados desde el día siguiente de la fecha de la emisión de la opinión técnica del REGULADOR. El REGULADOR y el CONCEDENTE contarán con veinte (20) Días contados desde el día siguiente de la fecha de recepción de la solicitud del CONCESIONARIO para emitir su opinión técnica.

Para los efectos de la evaluación, el REGULADOR y/o el CONCEDENTE podrán solicitar información adicional, dentro de los quince (15) Días Calendario de recibida la solicitud presentada por el CONCESIONARIO. Una vez presentada la información solicitada, de manera completa y sin deficiencias, por parte del CONCESIONARIO, el REGULADOR o el CONCEDENTE, según corresponda, contarán con un plazo máximo de veinte (20) Días contados a partir del día siguiente de la recepción de la información, para la emisión de su opinión técnica. Dicha información deberá ser remitida simultáneamente a PROINVERSIÓN y las entidades involucradas en el presente procedimiento.

Por su parte, PROINVERSIÓN podrá solicitar, información adicional dentro de los quince (15) Días Calendario de recibida la opinión técnica del REGULADOR o del CONCEDENTE, lo que ocurra último. En tal caso, una vez presentada la información solicitada por PROINVERSIÓN, de manera completa y sin deficiencias, por parte del CONCESIONARIO, PROINVERSIÓN contará con un plazo máximo de veinte (20) Días contados a partir del día siguiente de la recepción de la información, para su pronunciamiento.

En caso venciera el plazo mencionado en los párrafos anteriores sin que PROINVERSIÓN se pronuncie, se entenderá que el Endeudamiento Garantizado Permitido tiene conformidad.

Cualquier modificación que el CONCESIONARIO estime necesario realizar a los términos financieros del Endeudamiento Garantizado Permitido contraído, deberá contar con la conformidad previa de PROINVERSIÓN y la opinión técnica del REGULADOR y del CONCEDENTE, de acuerdo con el procedimiento establecido en la presente Cláusula."

140. Al respecto, consideramos que gran parte de la cláusula citada coincide con las previsiones de la mayoría de contratos de concesión de infraestructura portuaria que regulan el procedimiento para aprobación de EGP, salvo en lo relativo a la participación de PROINVERSIÓN y el Concedente, diferencia que surge como consecuencia de la entrada en vigencia del artículo 64-A del Reglamento de Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y proyectos en activos. De acuerdo con el artículo mencionado, el Concedente debe opinar cuando el EGP tiene vinculación con el factor de competencia; mientras que el Regulador lo hará cuando dicho EGP tenga relación con el impacto tarifario.
141. Con relación a la opinión del Regulador, consideramos que el referido artículo debe ser leído de manera integral con la Ley N° 26917 y su Reglamento, los cuales establecen que el Regulador supervisa el cumplimiento de todas las obligaciones contractuales del Concesionario previstas en el Contrato de Concesión:

"Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura del Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo

Artículo 7.- Funciones



7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

a) Administrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito. (...)"

"DECRETO SUPREMO N° 044-2006-PCM, Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

CAPÍTULO III

FUNCIÓN SUPERVISORA

Artículo 32.- Definición de Función Supervisora:

La función supervisora permite al OSITRAN verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las ENTIDADES PRESTADORAS y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia, procurando que éstas brinden servicios adecuados a los USUARIOS. (...)"

142. Considerando lo anterior, resulta claro que al Regulador no solo le compete revisar el EGP cuando éste tiene relación o vinculación con aspectos tarifarios, sino que también debe verificar que la propuesta cumpla o se ajuste con las reglas establecidas en el Contrato de Concesión (acreedores permitidos, garantías que se pueden otorgar, entre otros aspectos). En tal sentido, la cláusula propuesta recoge adecuadamente que el Regulador evaluará que los términos financieros principales del EGP no contravengan lo establecido en el Contrato de Concesión, conforme a lo establecido en la Ley N° 26917 y su respectivo Reglamento, así como el TUO del Decreto Legislativo N° 1224 y su Reglamento.

143. Ahora bien, la cláusula establece además la intervención del Concedente en el procedimiento; no obstante, no resulta clara de la redacción de la misma en qué supuestos se necesitaría la opinión del Concedente sobre el EGP.

144. En tal sentido, a efectos de que la cláusula materia de análisis se ajuste al artículo 64-A del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224 y de evitar diversas lecturas que dificulten aplicación de la misma, consideramos que se debe retirar el segundo párrafo de la Cláusula 9.3.1, toda vez que la necesidad de contar con la opinión del Regulador ya se encuentra contenida en el tercer párrafo. Asimismo, a fin de ajustar la participación del Concedente al referido Reglamento, se propone que el Concedente opine sobre el EGP cuando éste tenga relación con el factor de competencia. En tal sentido, se propone un nuevo texto de la Cláusula 9.3.1:

"9.3.1 AUTORIZACIÓN DE ENDEUDAMIENTO GARANTIZADO PERMITIDO

Los términos financieros principales del Endeudamiento Garantizado Permitido, incluyendo los montos del principal, tasa o tasas de interés, disposiciones sobre amortización, gastos de emisión, comisiones, penalidades por pago anticipado, seguros, impuestos, garantías, entre otros, requerirán la conformidad de PROINVERSIÓN, previa opinión técnica del REGULADOR y del CONCEDENTE.

El CONCESIONARIO acepta y reconoce que cualquiera de tales garantías no lo relevará de sus obligaciones contractuales.

La opinión del REGULADOR consistirá en evaluar que los términos financieros principales del Endeudamiento Garantizado Permitido no contravengan lo establecido en el Contrato de Concesión, conforme a lo establecido en la Ley N° 26917 y su respectivo Reglamento, así como el TUO del Decreto Legislativo N° 1224 y su Reglamento.



La opinión del CONCEDENTE consistirá en evaluar el Endeudamiento Garantizado Permitido, cuando éste tenga vinculación con el factor de competencia, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 64-A del Reglamento del Decreto Legislativo N°1224.

Por su parte, PROINVERSIÓN sólo podrá negar la solicitud de autorización del Endeudamiento Garantizado Permitido basándose en el perjuicio económico que dichos términos podrían ocasionarle al CONCEDENTE y/o en caso se contravenga lo establecido en el presente Contrato de Concesión.

El CONCESIONARIO deberá presentar por escrito la solicitud de conformidad simultáneamente a PROINVERSIÓN, al REGULADOR y al CONCEDENTE, acompañando la información vinculada al Endeudamiento Garantizado Permitido, tales como copia de los proyectos de contrato y demás documentos relacionados con la operación, una declaración del posible Acreedor Permitido que contenga los requisitos contenidos en el Anexo 11, así como la información indicada en el primer párrafo de la presente Cláusula.

PROINVERSIÓN deberá emitir su pronunciamiento en un plazo máximo de veinte (20) Días contados desde el día siguiente de la fecha de la emisión de la opinión técnica del REGULADOR, y del CONCEDENTE. El REGULADOR y el CONCEDENTE contarán con veinte (20) Días contados desde el día siguiente de la fecha de recepción de la solicitud del CONCESIONARIO para emitir su opinión técnica.

Para los efectos de la evaluación, el REGULADOR y/o el CONCEDENTE podrán solicitar información adicional, dentro de los quince (15) Días Calendario de recibida la solicitud presentada por el CONCESIONARIO. Una vez presentada la información solicitada, de manera completa y sin deficiencias, por parte del CONCESIONARIO, el REGULADOR y/o el CONCEDENTE contarán con un plazo máximo de veinte (20) Días contados a partir del día siguiente de la recepción de la información, para la emisión de su opinión técnica. Dicha información deberá ser remitida simultáneamente a PROINVERSIÓN, al REGULADOR y al CONCEDENTE.

PROINVERSIÓN, dentro de los quince (15) Días Calendario de recibida la opinión técnica del REGULADOR y/o del CONCEDENTE, podrá solicitar al CONCESIONARIO información adicional sobre los documentos del Endeudamiento Garantizado Permitido. Luego de que PROINVERSIÓN reciba la referida información del CONCESIONARIO, de manera completa y sin deficiencias, dicha Entidad contará con un plazo máximo de veinte (20) Días para emitir su pronunciamiento.

En caso venciera el plazo mencionado en el párrafo anterior sin que PROINVERSIÓN se pronuncie, se entenderá que el Endeudamiento Garantizado Permitido tiene conformidad.

Cualquier modificación que el CONCESIONARIO estime necesario realizar a los términos financieros del Endeudamiento Garantizado Permitido contraído, deberá contar con la conformidad previa de PROINVERSIÓN, para lo cual se deberá seguir el procedimiento establecido en la presente Cláusula."

vii. Valor del Intangible

- 14.5. Respecto a la determinación del Valor del Intangible para cada una de las Etapas de Inversiones que se encuentren en Explotación, el literal b) del numeral 14.3.1.2 de la Versión Final del Contrato de Concesión señala:

" 14.3.1.2
(...)

- b) Para cada una de las Etapas de Inversiones que se encuentren en Explotación

Independientemente del valor establecido para fines tributarios o para cualquier otro fin, el Valor del Intangible es el valor contable en Dólares del activo intangible



correspondiente a la Concesión, neto de amortizaciones lineales acumuladas (de acuerdo a los estados financieros del CONCESIONARIO elaborados conforme a las normas y principios generalmente aceptados en el Perú) y sin considerar revaluaciones de naturaleza alguna.

El valor correspondiente a cada Etapa se estimará como el menor valor entre:
(...)"

146. Al respecto, se observa una contradicción entre el primer párrafo del literal b) del numeral 14.3.1.2 y el procedimiento de determinación del Valor del Intangible en función del menor valor que resulte de la aplicación de tres formas de cálculo diferentes (contenidos en los acápite i a iii del literal b) del referido numeral). En tal sentido, a efectos de guardar concordancia con el contenido de dicha cláusula se recomienda la siguiente redacción:

" 14.3.1.2
(...)"

b) Para cada una de las Etapas de Inversiones que se encuentren en Explotación

Independientemente del valor establecido para fines tributarios o para cualquier otro fin, el Valor del Intangible para las Etapas según corresponda, es el valor en Dólares sin considerar revaluaciones de naturaleza alguna, y que se determina como el menor valor entre:
(....)"

147. Por último, se observa que en la Versión Final del Contrato de Concesión se ha incorporado en el numeral 14.3.1.2 el literal c), referido al Valor del Intangible para las inversiones que correspondan a partidas de las Etapas que hayan obtenido la autorización de uso por parte de la APN antes de la recepción de obras. Al respecto, se recomienda incluir un acápite iii) en forma similar al contenido en el literal b) del citado numeral, y que en la fórmula de determinación del IRTC se agregue un coeficiente que exprese una proporción entre:

- Las partidas de las Etapas que hayan obtenido la autorización de uso por parte de la APN, expresada en la misma base de determinación de la Inversión Referencial de dicha Etapa; y
- El monto total de la Inversión Referencial de la Etapa correspondiente.

148. Con dicha modificación, existiría un tratamiento uniformizado y consistente para las inversiones realizadas por el Concesionario que correspondan a Inversiones Obligatorias e Inversiones en función a la Demanda reguladas a través de los literales b) y c).

viii. Procedimiento General de la Liquidación en caso de Caducidad de la Concesión

149. En la Cláusula 14.3.5 de la Versión Final del Contrato de Concesión se señala lo siguiente:

"14.3.5. El monto de la compensación por Caducidad determinado de conformidad con lo establecidos en las Cláusulas precedentes, será pagado por el CONCEDENTE al CONCESIONARIO, o a la cuenta que este indique, sin perjuicio de las deducciones que correspondan. "

150. Al respecto, se advierte que la redacción antes mencionada podría generar una contingencia a la estructuración de los contratos de financiamiento. Ello debido a que existe el riesgo de que el Estado autorice, *ex ante*, una facultad al Concesionario de poder establecer al momento de la estructuración de su Cierre Financiero, un pago directo del Estado a alguna



tercera entidad que no haya sido catalogada como Acreedor Permitido y, en tal sentido, desvirtúa el esquema de Acreedores Permitidos contemplado en el Contrato de Concesión.

151. Por consiguiente, se sugiere mantener la redacción estándar de los contratos de concesión portuarios ya adjudicados, a través de la cual se faculta al Estado a pagar a los Acreedores Permitidos con el monto que resulte del cálculo del Valor del Intangible en caso de caducidad, en el supuesto que exista algún crédito pendiente de pago, y que el dinero remanente sea pagado al Concesionario:

"14.3.5 El monto de la compensación por Caducidad determinado de conformidad con lo establecido en las Cláusulas precedentes, será pagado por el **CONCEDENTE a: (i) Los Acreedores Permitidos hasta por el saldo del Endeudamiento Garantizado y (ii) El saldo al CONCESIONARIO, sin perjuicio de las deducciones que correspondan.**"

ix. Anexo 12, Modelo Referencial de Carta de Aprobación a favor del Acreedor Permitido

152. El Anexo 12 de la Versión Final del Contrato de Concesión contempla un modelo referencial de carta de aprobación a favor del Acreedor Permitido, en la cual se señala lo siguiente:

"(...)

- a) Que hemos sido notificados de [el crédito o la línea de crédito / la emisión de valores mobiliarios / instrumentos de deuda] crédito de hasta..... de [Soles/Dólares de Estados Unidos (S/. _____ / US\$ _____] Dólares (US\$) de capital y todos intereses, comisiones, y cualquier otro gasto o pago vinculado a la operación de Endeudamiento Garantizado Permitido al crédito otorgado por los Acreedores Permitidos al CONCESIONARIO.

(...)

- c) Que otorgamos conformidad en forma plena e irrestricta, según lo dispuesto con la Cláusula 9.3 del Contrato, respecto a todas y cada una de las garantías que se constituirán en vuestro favor en respaldo de [el crédito o la línea de crédito / la emisión de valores mobiliarios / instrumentos de deuda] crédito antes referido, las mismas que en forma referencial se mencionan en el pronunciamiento emitido mediante el [documento].anexo adjunto.

(...)"

153. Se observa que en los literales a) y c) se incluye como posible modalidad de EGP a "el crédito o la línea de crédito". Al respecto, se recomienda emplear una única definición, considerando que lo más apropiado sería emplear el concepto de línea de crédito.

154. Dicha recomendación se fundamenta en el hecho que, al mantener los conceptos de crédito y línea de crédito, se estaría incorporando la posibilidad de que el cierre financiero pueda acreditarse con un crédito que estaría disponible en su totalidad desde la etapa inicial, lo cual encarecería el costo de financiamiento y podría impactar en los costos financieros a ser reconocidos por Estado en un evento de caducidad, conforme al mecanismo de determinación del Valor del Intangible considerado en la Versión Final del Contrato de Concesión. En cambio, si el financiamiento aprobado se asocia a una línea de crédito, se estaría precisando que la totalidad de los fondos no debería estar desde el inicio de la concesión, sino que estos serían desembolsados, de acuerdo con las necesidades del proyecto.

155. Asimismo, en consideración a que la redacción actual del Anexo 12 podría generar un impacto en los pasivos contingentes del Estado, consideramos que dicho riesgo debe ser evaluado por el Concedente y el Ministerio de Economía y Finanzas.



g. Suspensión de Obligaciones

156. Las Cláusulas 4.2 y 17.1 de la Versión Final del Contrato de Concesión establecen las causales para la aprobación de la suspensión del plazo de la Concesión, en función de las afectaciones sustanciales que configuren la pérdida en la capacidad operativa del Concesionario superior al 60% de la capacidad operativa alcanzada al momento del evento adverso:

"4.2 El plazo de la Concesión será suspendido conforme a las causales, procedimiento y alcances contemplados en la Sección XVII, en la medida que los efectos de los eventos que generen la suspensión de obligaciones impidan el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones a cargo del CONCESIONARIO o afecten, a criterio del REGULADOR, sustancialmente la Explotación a cargo del CONCESIONARIO.

A tal efecto, se considerará que existe una afectación sustancial de la Explotación cuando se configure una pérdida en la capacidad operativa superior al sesenta por ciento (60%) de la capacidad alcanzada al momento de la ocurrencia del evento."

[El subrayado es nuestro.]

"17.1 Para fines del Contrato, existirá una situación susceptible de ser declarada como Suspensión de Obligaciones o Suspensión del Plazo de la Concesión, de ser el caso, siempre que se produzca alguno de los siguientes eventos:

a) Fuerza mayor o caso fortuito, entendidos como eventos, condiciones o circunstancias no imputables a las Partes, de naturaleza extraordinaria, imprevisible e irresistible, que impidan a alguna de ellas cumplir con las obligaciones a su cargo o causen su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. El suceso deberá estar fuera del control razonable de la Parte que invoque la causal, la cual, a pesar de todos los esfuerzos razonables para prevenirlos o mitigar sus efectos, no puede evitar que se configure la situación de incumplimiento. Entre otros eventos se encuentran, las siguientes situaciones:

(...)

v) La eventual destrucción del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry, o de sus elementos, de forma total, o de parte sustancial de la misma, que implique una pérdida en la capacidad operativa superior al sesenta por ciento (60%) de la capacidad alcanzada al momento de la ocurrencia del evento de Fuerza Mayor o caso fortuito."

[El subrayado es nuestro.]

157. Sin embargo, la Versión Final del Contrato de Concesión no especifica a qué se refiere el término "capacidad operativa" del Concesionario ni el período en el cual se calculará o medirá dicha capacidad operativa. Por ejemplo, podría referirse a la capacidad de atención de naves en los amarraderos, la cantidad de toneladas de carga movilizadas por tipo de carga, el número de contenedores movilizadas, etc. Todas las variables indicadas podrían ser medidas en términos anuales o trimestrales, y el rango de medición podría ser definido en términos de año calendario o desde el inicio de la explotación, etc.

158. Por lo señalado, se recomienda incluir en el Contrato de Concesión una definición de capacidad operativa y especificar la forma o el método que se usará para establecer que se produce una pérdida en la capacidad operativa superior al sesenta por ciento (60%) de la capacidad alcanzada al momento de la ocurrencia del evento de Fuerza Mayor o caso fortuito.



h. Suspensión de Obligaciones por Acuerdo de Partes

159. En la redacción propuesta de la Cláusula 17.1 de la Versión Final del Contrato de Concesión, se identifican las causales por las cuales se podrían suspender tanto las obligaciones de cualquiera de las Partes como el plazo de la concesión, cuando corresponda, estableciéndose lo siguiente:

"SECCIÓN XVII: SUSPENSIÓN DE OBLIGACIONES

17.1 Para fines del Contrato, existirá una situación susceptible de ser declarada como Suspensión de Obligaciones o Suspensión del Plazo de la Concesión, de ser el caso, siempre que se produzca alguno de los siguientes eventos:

- a) Fuerza mayor o caso fortuito, (...)
- b) Acuerdo entre las Partes, derivado de circunstancias distintas a las referidas en el Literal anterior.
- c) Los demás casos expresamente previstos en el presente Contrato."

[El subrayado es nuestro.]

160. A su vez, las Cláusulas 17.2 al 17.6 de la Versión Final del Contrato de Concesión, regulan el procedimiento para la declaración de suspensión de obligaciones. De la literalidad de las Cláusulas 17.2 y 17.3, se evidencia que este Regulador no participaría del procedimiento de suspensión de obligaciones por la causal de "Acuerdo entre las Partes":

"PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN DE SUSPENSIÓN DE OBLIGACIONES

17.2 A excepción de la causal mencionada en el Literal b) de la Cláusula 17.1, si una de las Partes no puede cumplir las obligaciones que se le imponen por el presente Contrato, debido a alguno de los eventos señalados en dicha Cláusula, dentro de los siete (7) Días de producido el evento, la Parte impedida presentará su solicitud de suspensión a la otra Parte y al REGULADOR, adjunto un informe, el cual deberá fundamentar como mínimo:

(...)

17.3 En un plazo no mayor a quince (15) Días Calendario de recibida la solicitud de suspensión, el REGULADOR deberá remitir su opinión previa a las Partes. Una vez recibida la opinión previa del REGULADOR, la Parte no solicitante contará con un plazo de quince (15) Días para remitir su pronunciamiento. En caso la Parte no solicitante no se pronunciara sobre la solicitud dentro del plazo previsto, se entenderá que ésta es favorable.

(...)"

[El subrayado es nuestro.]

161. Conforme se constata de las cláusulas citadas, la Versión Final del Contrato de Concesión no ha previsto la posibilidad de que OSITRAN, en ejercicio de su función supervisora del cumplimiento de obligaciones contractuales, emita su opinión previa no vinculante respecto de la suspensión de una obligación por causal de Acuerdo entre las Partes, como sí ocurre en todos los contratos de concesión portuaria bajo el ámbito de supervisión de OSITRAN, así como de otras infraestructuras. En ese sentido, este Regulador opina que se debe mantener el procedimiento seguido en otros contratos de concesión, en los cuales se establece que para estos casos se requerirá la opinión previa del Regulador.

162. Además de la razón expuesta, la participación de este Regulador se sustenta en que es función legal asignada a este²⁶ el velar por el cabal cumplimiento de los contratos de

²⁶ Al respecto, los artículos 3 y 5 de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917, establecen lo siguiente:

"Artículo 3.- Misión de OSITRAN

3.1. La misión de OSITRAN es regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, así como, el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios; en el marco de



concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios. Por ello, si bien las Partes pueden estar habilitadas a suspender sus respectivas obligaciones contractuales por mutuo acuerdo, es imperativo que este Regulador emita su opinión al respecto, para con ello concretizar –entre otros- su misión de cautelar los intereses de quienes no participan en dicho acuerdo, es decir, los usuarios.

163. Adicionalmente, al ser OSITRAN el único supervisor del Contrato de Concesión, este tiene conocimientos técnicos respecto al desarrollo de la ejecución de obras y la explotación de la Concesión, siendo importante que las Partes conozcan su opinión, aun cuando no sea vinculante, sobre los posibles efectos de la suspensión por Acuerdo de Partes.
164. En razón a lo expuesto, se propone la siguiente redacción de la mencionada cláusula:

"SECCIÓN XVII: SUSPENSIÓN DE OBLIGACIONES

17.1 (...)

b) Acuerdo entre las Partes, derivado de circunstancias distintas a las referidas en el Literal anterior, en cuyo caso será necesario contar con la previa opinión del REGULADOR
(...)"

i. Suspensión de Obligaciones por Fuerza Mayor

165. Tal como se ha indicado, entre las causales que pueden generar la suspensión de obligaciones y, de ser el caso, la suspensión del plazo de la Concesión, se encuentra la ocurrencia de un evento de caso fortuito o fuerza mayor.

166. Al respecto, en las dos versiones del Contrato de Concesión remitidas por PROINVERSIÓN para conocimiento del Regulador, mediante los Oficios N° 12-2017/DPP/AP.04 y N° 28-2017/DPP/AP.04, de fechas 10 de octubre y 7 de noviembre de 2017, respectivamente, se redactó la Cláusula 17.3, indicando que en estos supuestos de suspensión correspondía a OSITRAN emitir su opinión vinculante²⁷, tal como se cita a continuación:

"17.3 En un plazo no mayor a quince (15) Días Calendario de recibida la solicitud de suspensión, el REGULADOR deberá remitir su opinión vinculante a las Partes. Una vez recibida la opinión vinculante del REGULADOR, la Parte no solicitante contará con un plazo de quince (15) Días para emitir su pronunciamiento. En caso la Parte no solicitante no se pronunciara sobre la solicitud dentro del plazo previsto, se entenderá que ésta es favorable.

[El subrayado es nuestro.]

las políticas y normas que dicta el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura bajo su ámbito.
(...)"

"Artículo 5.- Objetivos

OSITRAN tiene los siguientes objetivos:

- a) Velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte.*
(...)"

²⁷ Cabe indicar que en la primera versión remitida mediante el Oficio N° 4-2017/DPP/AP.04 del 24 de agosto de 2017, la Cláusula 17.3 incluso establecía que para que el Concedente declare la suspensión de obligaciones por fuerza mayor, se requería la opinión favorable del Regulador.



167. Con relación a ello, en las reuniones de coordinación con PROINVERSIÓN, el MTC y la APN, este Regulador solicitó que, a fin de mantener uniformidad en la redacción de las cláusulas de suspensión por fuerza mayor, la Cláusula 17.3 sea remplazada por la cláusula tipo empleada para el Contrato de Concesión de la Hidrovía Amazónica, que es el último contrato de infraestructura de transporte diseñado y suscrito por el Estado Peruano, en el que en lugar de emplear el término "opinión vinculante del Regulador", se establece "opinión previa favorable" del mismo.
168. Es decir, PROINVERSIÓN en las primeras versiones del Contrato reconoció que, si bien correspondía al Concedente declarar la suspensión de obligaciones por causal de caso fortuito o fuerza mayor, se requería previamente la opinión vinculante de OSITRAN, es decir, que corresponde al Regulador decidir si procede o no la suspensión. Sin embargo, en la presente versión del Contrato de Concesión, se ha modificado sustancialmente esta cláusula, al establecer que solo se requerirá opinión previa del Regulador, con lo cual la participación de OSITRAN no resulta determinante.
169. Este cambio no solo no tiene sustento alguno, sino que colisiona con todos los contratos de concesión portuaria bajo el ámbito de supervisión de OSITRAN, así como de otras infraestructuras. Además, elimina la imparcialidad que debe existir en la declaración de suspensión de obligaciones por eventos distintos al Acuerdo de las Partes, a diferencia de lo que ocurre cuando es el Regulador, entidad distinta a las Partes, la que analiza y determina si es justificada la suspensión de obligaciones solicitada por una de ellas, ejerciendo esa labor con autonomía, independencia e imparcialidad.

170. En razón a lo expuesto, se reitera la posición de esta Regulador en el sentido que se modifique la redacción de la Cláusula 17.3 del Contrato de Concesión, y se establezca que, bajo esta causal de suspensión de obligaciones, se requiera la opinión previa favorable de OSITRAN.

j. **Penalidades**

171. La Versión Final del Contrato de Concesión contempla penalidades al Concesionario vinculadas a los posibles incumplimientos en la ejecución de las Obras, las cuales se indican en la Tabla N° 3 del Anexo 17. Al respecto, se advierte la existencia de errores de concordancia entre la obligación contenida en la cláusula contractual y la penalidad establecida, un error en la referencia a la cláusula contractual y una penalidad que no tiene asidero en obligación contractual alguna, según se detalla a continuación:

- i. La descripción del incumplimiento de la obligación contenida en la Cláusula 6.11 hace referencia a la negativa a otorgar al Regulador de manera temporal de un área destinada a las labores de supervisión dentro del Área de concesión, tal como se aprecia en el cuadro siguiente.

Cláusula Contrato	Monto	Descripción del incumplimiento	Criterio de Aplicación
6.11	16 UIT	No otorgar al REGULADOR <u>de manera temporal</u> , dentro del Área de Concesión un área destinada a las labores de Supervisión.	Cada vez

Sin embargo, la referida cláusula contractual establece que dicha obligación se produce durante la ejecución de la Obra, por lo que se propone ajustar la descripción de la penalidad a lo establecido en la obligación contractual, en los términos siguientes:

Cláusula Contrato	Monto	Descripción del incumplimiento	Criterio de Aplicación
6.11	16 UIT	No otorgar al REGULADOR <u>durante la ejecución de la Obra</u> , dentro del Área de Concesión un área destinada a las labores de Supervisión.	Cada vez

- ii. La descripción de la penalidad por el incumplimiento de la obligación contenida en la Cláusula 6.13 hace referencia únicamente a no responder las consultas formuladas por el Regulador o Supervisor de Obra en el Libro de Obra:

Cláusula Contrato	Monto	Descripción del incumplimiento	Criterio de Aplicación
6.13	2.4 UIT	No responder en el Libro de Obra, la consulta formulada en el Libro de Obra por el REGULADOR o Supervisor de Obra designado por éste dentro del plazo de cinco (5) Días.	Cada día

No obstante, este es solo un aspecto de la obligación de actualización del Libro de Obra que implica la anotación de los hechos diarios más importantes durante la adquisición del Equipamiento Portuario y/o Construcción, incluyendo entre otros: i) relación de fuentes de materiales que se estén empleando, ii) relación de proveedores y subcontratistas, iii) copia de resultados de ensayo o de pruebas de puesta en funcionamiento, iv) copia de comunicaciones y/o reclamos entre el CONCESIONARIO y CONCEDENTE y/o el CONCESIONARIO y el REGULADOR, v) copia de Informes de Avance de Obra incluyendo metrados y lista de cantidades, vi) copia de informes de cumplimiento del Calendario de Ejecución de Obra y, de ser el caso, relación de eventos que han afectado su cumplimiento, vii) cualquier otra información útil para documentar el proceso de Construcción, y viii) las condiciones en que se da inicio a la Explotación de las Obras.

En tal sentido, se propone ajustar la descripción del incumplimiento, a fin de que abarque el íntegro de la obligación contractual referida a la actualización del Libro de Obra. Para ello se propone la siguiente redacción:

Cláusula Contrato	Monto	Descripción del incumplimiento	Criterio de Aplicación
6.13	2.4 UIT	<u>No mantener actualizado el Libro de Obra en los términos y plazo establecidos en la cláusula 6.13 (incluido el registro de las respuestas a las consultas efectuadas al CONCESIONARIO por el Regulador o Supervisor de Obra designado por este).</u>	Cada día

- iii. Los incumplimientos referidos al atraso en la ejecución de las Obras o en el Levantamiento de observaciones realizadas en el Acta de Recepción de Obra hacen referencia a las Cláusulas contractuales 6.17 y 6.25, tal como se aprecia a continuación:

Cláusula Contrato	Monto	Descripción del incumplimiento	Criterio de Aplicación
6.17, 6.25	3.2 UIT	Atraso en la culminación de la ejecución de las Obras en los plazos máximos o Atraso en el levantamiento de observaciones realizadas en el Acta de Recepción de Obra	Cada día de atraso



Al respecto, se observa que existe un error en la referencia a las cláusulas contractuales, en tanto la Cláusula 6.25 no está referida al procedimiento de recepción de Obra, sino al de peritaje. En tal sentido, la Tabla N° 3 debe ser corregida en el sentido siguiente:

Cláusula Contrato	Monto	Descripción del incumplimiento	Criterio de Aplicación
6.17, 6.24	3.2 UIT	Atraso en la culminación de la ejecución de las Obras en los plazos máximos o Atraso en el levantamiento de observaciones realizadas en el Acta de Recepción de Obra	Cada día de atraso

- iv. Para una solicitud de recepción de Obra, la Versión Final del Contrato de Concesión contempla la figura de Improcedencia o Procedencia y, en este último caso, la Aceptación de la Obra sin Observaciones o con Observaciones. Sin embargo, en la Tabla N° 3 del Anexo 17 se incluye una penalidad por la figura de Rechazo de Obra asociada a la Cláusula 6.24.

Cláusula Contrato	Monto	Descripción del incumplimiento	Criterio de Aplicación
6.24	40 UIT	Rechazo de las Obras.	Cada vez

Considerando que la figura de Rechazo de Obra no se encuentra contemplada en la Versión Final del Contrato de Concesión, resulta necesario que se elimine la referida penalidad.

172. Por otro lado, en la Tabla N° 4 del Anexo 17 de la Versión Final del Contrato de Concesión se incluyen penalidades vinculadas a los posibles incumplimientos en la Conservación de la Concesión. Al respecto, se advierte que el incumplimiento del Plan de Conservación está asociado únicamente a la Cláusula 7.1, relacionada con la obligación de efectuar la Conservación de los Bienes de la Concesión hasta la fecha de Caducidad de la Concesión. Considerando que el Plan de Conservación es desarrollado en la Cláusula 7.4, es necesario complementar la referencia, conforme se señala a continuación:

Cláusula Contrato	Monto	Descripción del incumplimiento	Criterio de Aplicación
7.1 y 7.4	10 UIT	Incumplir con el Plan de Conservación	Cada vez

173. Asimismo, la Tabla N° 6 del Anexo 17 de la Versión Final del Contrato de Concesión contempla penalidades vinculadas a los posibles incumplimientos en el otorgamiento de garantías. Al respecto, se advierte que la descripción de la penalidad no resulta concordante con la obligación que se cautela, toda vez que se detalla como incumplimiento el hecho que el Concesionario no cuente con la autorización del Concedente, cuando de acuerdo con la Cláusula 9.3, es PROINVERSIÓN el que da conformidad al otorgamiento de garantía, con opinión técnica del Concedente y del Regulador. Por lo antes señalado y en línea con las modificaciones propuestas a las Cláusulas 9.3 y 9.3.1, resulta necesario reformular el texto de la penalidad conforme a la siguiente propuesta:



Cláusula Contrato	Monto	Descripción del incumplimiento	Criterio de Aplicación
9.3.1	80 UIT	Gravar, hipotecar o dejar en garantía el derecho de la concesión a terceros sin <u>la aprobación previa establecida en el Contrato de Concesión.</u>	Cada vez

174. La Versión Final del Contrato de Concesión contempla también penalidades al Concesionario vinculadas a los posibles incumplimientos referidos al régimen de seguros, los cuales se indican en la Tabla N° 7 del Anexo 17. Al respecto, se advierte la necesidad de efectuar precisiones en tres casos, los cuales se detallan a continuación.

- i. Se observa que la referencia de la segunda penalidad prevista en la Tabla N° 7, indica la "Sección X" del Contrato de Concesión, es una referencia inexacta, teniendo en consideración que el plazo para el cumplimiento de la obligación está previsto en la Cláusula 10.12. Atendiendo a ello, proponemos modificar la referencia contractual del siguiente modo:

Cláusula Contrato	Monto	Descripción del incumplimiento	Criterio de Aplicación
<u>10.12</u>	0.8 UIT	Atraso en comunicar al CONCEDENTE: i) respecto del vencimiento de las pólizas de seguros; ii) respecto de las fechas de la renovación de las pólizas de seguros y entrega de la propuesta de modificaciones de las condiciones de la póliza; iii) respecto de las fechas de la renovación de las pólizas de seguros sin modificaciones de las condiciones de la póliza.	Cada día de atraso



- ii. En cuanto a la penalidad por incumplimiento del pago de las primas de las pólizas de seguro, teniendo en consideración que la contratación de cualquiera de las pólizas previstas en el Contrato de Concesión contempla el pago de primas (anuales o mensuales), sería adecuado incluir en la referencia contractual las pólizas referidas al seguro de todo riesgo de obras terminadas (Cláusula 10.10) y al seguro de responsabilidad civil, contractual, extra contractual, patronal (Cláusula 10.11). En tal sentido, resulta necesario complementar la referencia de la penalidad de la siguiente forma:

Cláusula Contrato	Monto	Descripción del incumplimiento	Criterio de Aplicación
10.8, 10.9, <u>10.10 y 10.11</u>	0.5 % del monto de la prima respectiva	Incumplimiento del pago de las primas de las pólizas de seguros.	Cada día de atraso

- iii. Respecto a la penalidad asociada a la Cláusula 10.15, se advierte que dicha cláusula establece como obligación que el Concesionario reporte a la aseguradora y al Concedente en un plazo máximo de un (01) día hábil de iniciado el siniestro. Sin embargo, es posible que las respectivas pólizas de seguro establezcan plazos distintos del previsto en el Contrato de Concesión para efectuar dicho reporte, vencido el cual



se produciría la pérdida de cobertura. En ese sentido, resulta necesario que se precise que la causa de la pérdida de la cobertura sea falta de notificación oportuna del siniestro, conforme a los plazos señalados en las respectivas pólizas de seguro, proponiéndose para dicho efecto la siguiente descripción:

Cláusula Contrato	Monto	Descripción del incumplimiento	Criterio de Aplicación
10.15	10 % del monto del siniestro	Pérdida de la cobertura del seguro por falta de notificación oportuna del siniestro a la Compañía Aseguradora <u>conforme a los plazos previstos en la respectiva póliza o marco legal aplicable.</u>	Cada vez

175. La Versión Final del Contrato de Concesión contempla penalidades al Concesionario vinculadas a los posibles incumplimientos referidos a las consideraciones socio ambientales, los cuales se indican en la Tabla N° 8 del Anexo 17. Sobre el particular se advierte la necesidad de efectuar precisiones en los textos de dos penalidades; los cuales se detallan a continuación.

- i. En la Cláusula 11.7, se establece un plazo máximo de 19 meses contados a partir de la fecha de cierre para contar con el Instrumento de Gestión Ambiental aprobado. En ese sentido, resulta necesario ajustar el texto de la descripción de la penalidad, al atraso en la aprobación del Instrumento de Gestión Ambiental y no a su presentación ante la Autoridad Ambiental Competente. Atendiendo a ello, proponemos el siguiente texto:

Cláusula Contrato	Monto	Descripción del incumplimiento	Criterio de Aplicación
11.7.	0.8 UIT	Atraso en la <u>aprobación</u> del Instrumento de Gestión Ambiental <u>en el plazo establecido en el Contrato de Concesión.</u>	Cada día de atraso

- ii. En cuanto a la descripción de la penalidad asociada a las Cláusulas 11.10, 11.11, 11.13 y 11.15, se observa que el texto indicado no describe adecuadamente los supuestos de hecho que configurarían el incumplimiento de las respectivas cláusulas, advirtiéndose además una duplicidad de penalidad respecto de la Cláusula 11.10. En tal sentido, se propone un desglose de la descripción de la penalidad por cada una de las cláusulas:

Cláusula Contrato	Monto	Descripción del incumplimiento	Criterio de Aplicación
11.10	0.8 UIT	No cumplir con presentar los informes de monitoreo ambiental y/o del cumplimiento de las obligaciones derivadas del Instrumento de Gestión Ambiental a la Autoridad Ambiental competente, en el plazo establecido en el IGA aprobado o en el plazo que dicha autoridad señale.	Cada día de atraso
11.11	0.8 UIT	Ejecutar la implementación de las condiciones y/o medidas establecidas como obligación a su cargo en el Instrumento de Gestión Ambiental de modo distinto al aprobado.	Cada vez



11.13	0.8 UIT	No cumplir con capacitar a sus trabajadores en forma previa al inicio de la ejecución de Obra, respecto al tipo de actividades a realizar y las medidas ambientales a implementar en el marco del Instrumento de Gestión Ambiental aprobado.	Cada vez
11.15	0.8 UIT	No contar con la autorización de la Autoridad Ambiental competente en forma previa al uso o explotación de nuevas áreas no comprendidas en los Instrumentos de Gestión Ambiental aprobados.	Cada vez

Considerando la redacción propuesta y con la finalidad de evitar la duplicidad, de recogerse el texto propuesto por OSITRAN para la penalidad asociada a la Cláusula 11.10 prevista en la Tabla N° 8, debería eliminarse la última fila de dicha tabla:

11.10	0.8 UIT	Atraso en la entrega de los informes ambientales a la Autoridad Ambiental Competente.	Cada día de atraso
-------	---------	---	--------------------

- iii. La penalidad referida al atraso en la implementación de un sistema de gestión ambiental reconocido internacionalmente debería hacer referencia a la Cláusula 11.23. Sin embargo, la redacción actual de la tabla remite a la Cláusula 11.22, en la cual se establecen plazos para la presentación de informes ambientales sobre el cumplimiento de los compromisos ambientales adquiridos en el Instrumento de Gestión Ambiental, al Concedente con copia al Regulador, entre otros. En tal sentido, la referencia correcta sería la que se detalla a continuación:

Cláusula Contrato	Monto	Descripción del incumplimiento	Criterio de Aplicación
11.23	0.8 UIT	Atraso en la implementación de un sistema de gestión ambiental reconocido internacionalmente.	Cada día de atraso

176. Finalmente, en la Tabla N° 10 del Anexo 17 de la Versión Final del Contrato de Concesión, se incluyen penalidades al Concesionario vinculadas a los posibles incumplimientos de los Niveles de Servicio y Productividad del Anexo 3. Sobre el particular, se advierte la necesidad de efectuar precisiones en las descripciones de dos penalidades, los cuales se detallan a continuación.

- i. La Tabla N° 10 incluye una penalidad por "Incumplimiento de alguno de los Niveles de Servicio y Productividad", tal como se aprecia a continuación:

Cláusula Contrato	Monto	Descripción del incumplimiento	Criterio de Aplicación
Anexo 3	2 UIT	Incumplimiento de alguno de los Niveles de Servicio y Productividad	Cada vez

Al respecto, resulta necesario se precise que dicha penalidad se aplicará al rendimiento promedio trimestral de embarque o descarga para cualquier tipo de carga. Ello debido a que los indicadores de servicio para la nave e indicadores de servicio para la atención de los usuarios también califican como Niveles de Servicio y Productividad, lo que podría generar conflicto al momento de calcular la penalidad debido a la falta de precisión. En cuanto al monto de la penalidad, se propone que esta sea la misma establecida para el incumplimiento de indicadores trimestrales. De este modo, se propone la siguiente redacción:

Cláusula Contrato	Monto	Descripción del incumplimiento	Criterio de Aplicación
Anexo 3	2 % IBTA	<u>Incumplimiento en el Rendimiento Promedio Trimestral de embarque o descarga para cualquier tipo de carga.</u>	Cada vez

- ii. En cuanto a la descripción de la penalidad referida a Niveles de Servicio del Terminal, penalidad asociada al numeral 1.4 del Anexo 3, se observa que son tres las áreas que deben contar con la profundidad estipulada. Sin embargo, solo se habrían considerado en la descripción de la penalidad dos de ellas, dejándose de lado al área acuática operativa, tal como se aprecia a continuación:

Cláusula Contrato	Monto	Descripción del incumplimiento	Criterio de Aplicación
Anexo 3	30 UIT	No implementar dentro del plazo establecido en las mediciones periódicas, el dragado requerido para conservar una profundidad de hasta -10.5 metros referido al nivel medio de bajamares de sicigias ordinarias (MLWS) en el canal de acceso y/o zona de maniobra y/o áreas entre muelles	Cada día

En consecuencia, resulta necesario incorporar a la descripción de la penalidad el área obviada. Asimismo, teniendo en consideración que las obras de dragado para lograr la profundidad indicada se realizarán durante la ejecución de la Etapa 1, se efectúa la precisión de que el incumplimiento se verificará cuando se advierta que en el canal de acceso y/o área acuática operativa y/o zona de maniobra y/o áreas entre muelles no se conserva la profundidad debida, conforme se detalla a continuación:

Cláusula Contrato	Monto	Descripción del incumplimiento	Criterio de Aplicación
Anexo 3, <u>numeral 1.4</u>	30 UIT	No conservar una profundidad de hasta -10.5 metros referido al nivel medio de bajamares de sicigias ordinarias (MLWS) en el canal de acceso <u>y/o área acuática operativa</u> y/o zona de maniobra y/o áreas entre muelles	Cada día

k. Obra

177. De acuerdo con lo establecido en la Cláusula 1.19.84 de la Versión Final del Contrato de Concesión, el término "Obra" es definido de la siguiente manera:

"1.19.84. Obra

Comprende el proceso y resultado de las actividades o trabajos requeridos para construir, reconstruir, remodelar, rehabilitar, mejorar, demoler, renovar, ampliar y/o habilitar infraestructuras o adquirir, ensamblar y/o instalar Equipamiento Portuario y/o implementar tecnologías de información y comunicación. Una Obra requiere dirección técnica y Expediente Técnico."

178. Al respecto, se observa que en muchas secciones de la Versión Final del Contrato de Concesión se hace referencia al término "Obras" debiendo ajustarse los párrafos en el que se hace referencia a la definición de "Obra". A continuación, se describen algunos casos que han podido ser identificados:



"1.19.3. Acta de Recepción de las Obras

Es el documento y anexos emitidos por la APN, y suscrito conjuntamente con el CONCESIONARIO, mediante el cual se deja constancia de:

(...)"

"1.19.25. Calendario de Ejecución de Obras

Es el documento que formará parte integrante del respectivo Expediente Técnico y que deberá incluir lo dispuesto en la Cláusula 6.16 del presente Contrato."

"1.19.63. Informes de Avance de Obras

Son los documentos que elaborará el CONCESIONARIO, conforme a las disposiciones contenidas en este Contrato y las que establezca el REGULADOR, mediante el cual dejará constancia de las Obras construidas, rehabilitadas o mejoradas y de la implementación del Equipamiento Portuario correspondiente. Los Informes de Avance de **Obras** estarán sujetos a la aprobación del REGULADOR."

"1.19.70. Inversiones Obligatorias

(...)"

A la suscripción de las respectivas Actas de Recepción de las **Obras**, los bienes producto de la ejecución de las Inversiones Obligatorias formarán parte de los Bienes de la Concesión."

"1.19.95. Presupuesto Estimado de Obras

Equivale al presupuesto referencial, que incluye IGV contenido en el Expediente Técnico presentado por el CONCESIONARIO debidamente aprobado por la APN. Este presupuesto sólo es aplicable a lo expresamente previsto en el presente Contrato de Concesión."

"SUPERVISIÓN DE LAS OBRAS

6.11. Corresponde al REGULADOR directamente, o a través del supervisor de obra que designe, efectuar las acciones de supervisión que le competen durante el desarrollo de las **Obras** para cada Etapa. De ser el caso, la designación del supervisor de obra le será informada por escrito al CONCESIONARIO y al CONCEDENTE en un plazo máximo de cinco (5) Días Calendario, contados a partir de la referida designación."

"LIBRO DE OBRA

6.13. A partir del inicio de la ejecución de las inversiones de cada Etapa, el CONCESIONARIO se obliga a abrir y mantener un Libro de **Obra**.

En dicho Libro de Obra se anotarán los hechos diarios más importantes durante la adquisición del Equipamiento Portuario y/o Construcción, incluyendo entre otros: i) relación de fuentes de materiales que se estén empleando, ii) relación de proveedores y subcontratistas, iii) copia de resultados de ensayo o de pruebas de puesta en funcionamiento, iv) copia de comunicaciones y/o reclamos entre el CONCESIONARIO y CONCEDENTE y/o el CONCESIONARIO y el REGULADOR, v) copia de Informes de Avance de **Obras** incluyendo metrados y lista de cantidades, vi) copia de informes de cumplimiento del Calendario de Ejecución de **Obras** y, de ser el caso, relación de eventos que han afectado su cumplimiento, vii) cualquier otra información útil para documentar el proceso de Construcción, y viii) las condiciones en que se da inicio a la Explotación de las **Obras**."

"APROBACIÓN DE LAS OBRA

6.22. El CONCESIONARIO estará facultado a solicitar la recepción de la **Obra** de cada Etapa únicamente cuando todas las partidas de dichas **Obras** se encuentren culminadas conforme al Expediente Técnico aprobado por la APN. La solicitud de recepción deberá ser presentada ante la APN, con copia al REGULADOR. Para la procedencia de dicha solicitud, el CONCESIONARIO deberá adjuntar un informe donde se sustente la culminación de dichas partidas conforme al Expediente Técnico aprobado por



la APN así como copia de las pólizas de seguro contratadas conforme a lo dispuesto por la Cláusula 10.4 del presente Contrato.

La **Obra** deberá cumplir con todos los estándares y parámetros técnicos de diseño y construcción propuestos por el CONCESIONARIO e indicados en el Expediente Técnico aprobado por la APN. Asimismo, deberá cumplir con las Leyes y Disposiciones Aplicables y con las prácticas y operaciones portuarias internacionalmente aceptadas."

"INICIO DE LA EXPLOTACIÓN

8.15. A la Toma de Posesión se dará inicio de la Explotación de los bienes existentes en el TPMS. Posteriormente, una vez suscrita el Acta de Recepción de **las Obras** que corresponda se dará inicio a la Explotación de la Etapa ejecutada."

[El subrayado y resaltado son nuestros.]

179. Dado que, como se puede apreciar, en muchas de las cláusulas persiste el uso del término de "Obras" en lugar de "Obra", deben hacerse las correcciones en las referidas cláusulas identificadas. Asimismo, se recomienda realizar una revisión integral del proyecto de Contrato de Concesión a fin de unificar el uso del término "Obra".

I. Tasa asignada al Costo de Supervisión

180. De conformidad con lo señalado en la Cláusula 6.11 del Contrato de Concesión, corresponde a OSITRAN efectuar las labores de supervisión de la ejecución de Obra, contando con la disponibilidad presupuestal provenientes del Concedente y Concesionario según el tipo inversión a supervisar, la referida cláusula señala lo siguiente:

"6.11

(...)

Los costos y/o gastos derivados de las actividades de supervisión en que incurra el REGULADOR, en cada Etapa, para las Obras correspondientes al Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry, serán de cargo del CONCEDENTE y serán como máximo 4.5% del Presupuesto Estimado de Obra para cada Etapa. A tal efecto el REGULADOR indicará al CONCEDENTE la modalidad y procedimiento para realizar el pago correspondiente.

De estimar el CONCESIONARIO la conveniencia de ejecutar Inversiones Discrecionales o de estar obligado a ejecutar Inversiones Complementarias, deberá asumir los costos y/o gastos de la supervisión adicional.

Solamente en aquellos casos en que se generen mayores costos y/o gastos de supervisión, por causas imputables al CONCEDENTE o al CONCESIONARIO, éstos deberán ser asumidos por la Parte que haya generado los mayores costos y/o gastos."

181. En consistencia con otras infraestructuras portuarias supervisadas, se estimó que es recomendable considerar una tasa de supervisión de 6%, teniendo en cuenta que dicha tasa fue obtenida de una relación lineal entre:

- Los presupuestos, incluido IGV (P) contenidos en los Expedientes Técnicos de las Obras aprobados por la APN; y
- Los costos de supervisión, incluido IGV (C) asociados a dichas obras portuarias, entendido como el pago total a la Empresa Supervisora en virtud del Contrato de Supervisión.

182. En el Gráfico N° 2, se muestra la línea de ajuste asociada a la relación entre P y C; mientras que en la Ecuación N° 1 se presenta ecuación de ajuste para la tasa de supervisión (%) con un coeficiente de determinación superior al 98,3%.

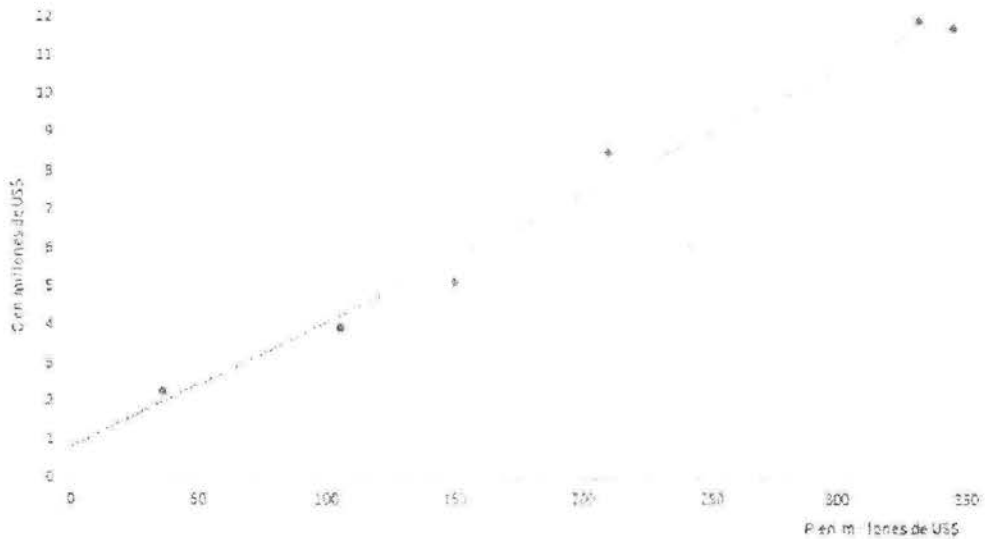


Ecuación N° 1
Ajuste para la tasa de supervisión

$$\hat{C} = US\$ 816\,934,4395 + 3,32655613\% P$$

Gráfico N° 2

Línea de ajuste asociada a la relación entre Presupuesto y Costo de Supervisión



Elaboración: Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN.



183. En ese sentido, teniendo en cuenta el importe referencial establecido en la Cláusula 1.19.73 de la Versión Final del Contrato de Concesión, al aplicarlo en la ecuación antes descrita correspondería para cada Etapa una tasa de supervisión según lo indicado en el Cuadro N° 3.

Cuadro N° 3
Tasa de supervisión, según Etapa

Etapas	Inversión Referencial (En US\$ sin IGV)	Tasa de supervisión (%)
Etapa 1	34 963 911,81	5,6631
Etapa 2	67 190 373,91	4,5424
Etapa 3	19 138 886,28	7,5950
Etapa 4	17 481 794,07	7,9996
Etapa 5	29 247 953,69	6,1197
Nueva Dársena	60 948 889,67	4,6669

Elaboración: Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN.



184. Si se toma el promedio de las tasas de supervisión de Obra estimadas para cada Etapa se obtiene 6,0978%, por lo que es razonable el hecho de considerar una tasa de supervisión de 6,00% del Presupuesto Estimado de Obra para cada Etapa. En ese sentido, resulta necesario modificar el séptimo párrafo de la Cláusula 6.11 de la Versión Final del Contrato de Concesión en los siguientes términos:



"6.11

(...)

Los costos y/o gastos derivados de las actividades de supervisión en que incurra el REGULADOR, en cada Etapa, para las Obras correspondientes al Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry, serán de cargo del CONCEDENTE y serán como máximo 6.0% del Presupuesto Estimado de Obra para cada Etapa. A tal efecto el REGULADOR indicará al CONCEDENTE la modalidad y procedimiento para realizar el pago correspondiente.
(...)"

m. Gastos de Supervisión para Inversiones Discrecionales y Complementarias

185. Las Cláusulas 6.32 y 6.34 de la Versión Final del Contrato de Concesión, referidos a Inversiones Discrecionales y Complementarias respectivamente, establecen en cuanto a costos de supervisión lo siguiente:

"INVERSIONES DISCRECIONALES

6.32. (...)

Los costos del diseño, ejecución, mantenimiento y operación de las Inversiones Discrecionales, así como la supervisión de dichas actividades por parte de la APN y el REGULADOR, serán asumidos por cuenta y riesgo del CONCESIONARIO. Los costos de la supervisión ascenderán como máximo al 6% del presupuesto de cada actividad contenido en el expediente técnico que se genere."

"INVERSIONES COMPLEMENTARIAS

6.34. (...)

Los costos del diseño, ejecución, mantenimiento y operación de las Inversiones Complementarias, así como la supervisión de dichas actividades por parte de la APN y el REGULADOR, serán asumidos por cuenta y riesgo del CONCESIONARIO. Los costos de la supervisión ascenderán como máximo al 6% del presupuesto de cada actividad contenido en el expediente técnico que se genere."

[El subrayado es nuestro.]

186. Al respecto, se observa lo siguiente:

- Lo señalado en las Cláusulas 6.32 y 6.34 respecto a los costos de la supervisión induce a confusión, dado que no se define si es que el porcentaje señalado (6%) es para la supervisión del diseño, la supervisión de Obra o ambos.
- En el párrafo octavo de la Cláusula 6.11²⁸ ya se regula la obligación del Concesionario de asumir los costos y/o gastos de supervisiones adicionales por inversiones discrecionales y/o complementarias.
- Al no contar con los presupuestos estimados de obra para estas inversiones y tomando como referencia que en otras infraestructuras se ejecutaron inversiones por montos variables (desde USD 10 mil hasta USD 10 millones) no se justifica el hecho de fijar un costo máximo para la supervisión como porcentaje asociado al Presupuesto Estimado de Obra.

²⁸ "SUPERVISION DE LAS OBRAS

6.11 (...)

De estimar el CONCESIONARIO la conveniencia de ejecutar Inversiones Discrecionales o de estar obligado a ejecutar Inversiones Complementarias, deberá asumir los costos y/o gastos de la supervisión adicional.
(...)

187. Por lo descrito, para el caso de las Inversiones Discrecionales e Inversiones Complementarias no es factible fijar un tope máximo para el costo de la supervisión de Obra, siendo necesario eliminar la última oración de las Cláusulas 6.32 y 6.34, quedando redactadas de la siguiente manera:

"INVERSIONES DISCRECIONALES

6.32. (...)

Los costos del diseño, ejecución, mantenimiento y operación de las Inversiones Discrecionales, así como la supervisión de dichas actividades por parte de la APN y el REGULADOR, serán asumidos por cuenta y riesgo del CONCESIONARIO."

"INVERSIONES COMPLEMENTARIAS

6.34. (...)

Los costos del diseño, ejecución, mantenimiento y operación de las Inversiones Complementarias, así como la supervisión de dichas actividades por parte de la APN y el REGULADOR, serán asumidos por cuenta y riesgo del CONCESIONARIO."

n. Mayores Gastos de Supervisión por causa imputable al Concedente o Concesionario

188. En el último párrafo de la Cláusula 6.11 se prevé que cuando se generen mayores gastos de supervisión por causas atribuibles al Concedente o Concesionario, los gastos deberán ser asumidos por la parte que generó los mayores servicios de supervisión:

"6.11 (...)

Solamente en aquellos casos en que se generen mayores costos y/o gastos de supervisión, por causas imputables al CONCEDENTE o al CONCESIONARIO, éstos deberán ser asumidos por la Parte que haya generado los mayores costos y/o gastos."

189. Al respecto, no se ha considerado la posibilidad de que los mayores gastos hayan sido producto de eventos fortuitos o de fuerza mayor; es decir, que no sean provocados por causas imputables a ninguna de las Partes. Es importante considerar dicha posibilidad en el Contrato de Concesión teniendo en cuenta que ya se otorgaron suspensiones de obligaciones por hechos catalogados como eventos fortuitos o de fuerza mayor (por ejemplo, casos de conmoción civil) y, como consecuencia de ello, fue necesario ampliar los servicios de supervisión.

190. A lo anterior se debe añadir que en la Versión Final del Contrato de Concesión se calcula el costo máximo de supervisión como un porcentaje del presupuesto estimado para cada Etapa, y según el análisis efectuado en la sección "Tasa asignada al Costo de Supervisión" el presupuesto que dispone OSITRAN será una limitante, ya que para no exceder el tope se tendrá que elaborar la propuesta técnica –económica con la mínima cantidad de recursos, además de no contar con un margen razonable para posibles ampliaciones de servicios de supervisión.

191. Sobre el particular, es necesario prever la ocurrencia de algún hecho que genere mayores costos por servicios adicionales de supervisión como ya sucedió en otros Contratos de Concesión. No obstante, como ya se mencionó el hecho puede ser atribuible a alguna de las partes o provocado por algún evento que no sea atribuible a ninguna de las partes. En tal sentido, se recomienda ajustar el último párrafo de la Cláusula 6.11 en los siguientes términos:



"6.11 (...)

En aquellos casos en que se requieran servicios de supervisión adicionales que impliquen mayores costos y/o gastos de supervisión a los contratados por el REGULADOR:

- *Si los mayores costos y/o gastos de supervisión se generan por causas imputables al CONCEDENTE o al CONCESIONARIO, estos deberán ser asumidos en su totalidad por la Parte que haya generado los mayores costos y/o gastos.*
- *Si los mayores costos y/o gastos de supervisión no son atribuibles a ninguna de las Partes, estos deberán ser asumidos en su totalidad por el CONCEDENTE y CONCESIONARIO de manera compartida, en partes iguales."*

o. Supervisor de diseño

192. En el tercer párrafo de la Cláusula 6.8 del Contrato de Concesión correspondiente a la sección de Supervisión de Diseño, se establece lo siguiente:

"6.8. (...)

El supervisor de diseño será un ingeniero civil titulado y colegiado con experiencia en actividades similares en el sistema portuario."

193. Al respecto, dado que en los terminales portuarios se ejecutan diversas obras (como obra civil, equipamiento portuario, sistemas de tecnología de información y comunicaciones), no debería limitarse que para efectos de la supervisión de diseño se contrate sólo a ingenieros civiles vinculados a obras civiles, cuando se puede dar el caso de que un Expediente Técnico contemple únicamente equipamiento portuario (grúas de patio o muelle, tractor de terminal, *reach stacker*, montacargas, etc.) para el cual se requiera contrata a un ingeniero mecánico o afín.

194. En consecuencia, se recomienda eliminar dicho párrafo ya que el perfil del profesional que se encargue de la supervisión de diseño puede definirse en los Términos de Referencia que se elaboren para efectos del proceso de contratación del supervisor de diseño.

p. Término de la Concesión por incumplimiento del Concesionario

195. En el literal q) de la Cláusula 14.1.3 de la Versión Final del Contrato de Concesión se señala como causal de incumplimiento grave para el término anticipado del Contrato de Concesión:

"14.1.3 Término por Incumplimiento del CONCESIONARIO

El CONCEDENTE podrá poner término anticipadamente al Contrato en caso que el CONCESIONARIO incurra en incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales. Sin perjuicio de las penalidades y sanciones que procedan, se considerarán como causales de incumplimiento grave de las obligaciones del CONCESIONARIO, aquellas señaladas expresamente en el Contrato, dentro de las cuales se encuentran las siguientes:

(...)

- q) *Gravar, hipotecar o dejar en garantía el derecho de la concesión a terceros sin la autorización del CONCEDENTE en los términos establecidos en la cláusula 9.3 del Contrato.*

(...)"

[El subrayado es nuestro.]

196. Sobre el particular, en concordancia con la Cláusula 9.3, se debe ajustar la redacción del literal q) de la cláusula 14.1.3 en cuanto señala que el incumplimiento estaría referido a



constituir gravamen, hipoteca o garantía sobre el derecho de la concesión sin la autorización del Concedente, cuando en la Cláusula 9.3 se ha contemplado expresamente que dichos gravámenes se pueden constituir con la conformidad de PROINVERSIÓN. En ese sentido, se propone la siguiente redacción:

14.1.3 Término por Incumplimiento del CONCESIONARIO

El CONCEDENTE podrá poner término anticipadamente al Contrato en caso que el CONCESIONARIO incurra en incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales. Sin perjuicio de las penalidades y sanciones que procedan, se considerarán como causales de incumplimiento grave de las obligaciones del CONCESIONARIO, aquellas señaladas expresamente en el Contrato, dentro de las cuales se encuentran las siguientes:

(...)

q) *Gravar, hipotecar o dejar en garantía el derecho de la concesión a terceros sin la conformidad de PROINVERSIÓN en los términos establecidos en la cláusula 9.3 del Contrato.*

(...)"

VI. CONCLUSIONES

1. El proyecto "Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry" es una concesión autofinanciada otorgada por un periodo de treinta (30) años para el diseño, financiamiento, ejecución de inversiones, conservación, explotación y transferencia del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry. Del análisis técnico efectuado a la Versión Final del Contrato de Concesión remitida mediante Oficio N° 023-2018/PROINVERSIÓN/DPP/AP.04, arribamos a las siguientes conclusiones:
2. Con relación a la Cláusula 8.18, que contiene la definición de los Servicios Estándar:
 - Las actividades de trimado y barrido de bodega de la Nave deben incluirse explícitamente dentro del alcance de los Servicios Estándar a la carga de minerales a granel y otras cargas secas a granel.
 - Se evidencia el uso indistinto de los términos "Expediente Técnico" y "Expediente Técnico aprobado", por lo que recomendamos uniformizar la redacción a fin de facilitar la lectura del Contrato de Concesión.
 - Se recomienda una modificación al literal i) de los Servicios Estándar al Pasajero, a fin de aclarar su lectura.
3. Toda vez que la definición, el alcance y el régimen económico de los Servicios Especiales se encuentran desarrollados en las Cláusulas 1.19.107, 8.19 y 8.23, se sugiere la eliminación de disposiciones repetitivas en el numeral 4 del Anexo 5.
4. Se sugiere a PROINVERSIÓN precisar si la Tarifa que cobrará el Concesionario por brindar la facilidad de uso de muelle a terceras empresas que brinden los servicios portuarios básicos de avituallamiento de Naves y transporte de personas está referida únicamente al Uso de amarraderos.
5. Con relación a la Cláusula 8.24 que regula el procedimiento de revisión tarifaria a cargo del Regulador:
 - Debe eliminarse el párrafo referido a la inclusión de las Inversiones Complementarias en el procedimiento de revisión tarifaria cuando ellas estén referidas al adelanto de



alguna de las Etapas de las Inversiones en Función a la Demanda y se haya configurado el gatillo para su ejecución. En caso dicho párrafo no sea retirado, el mecanismo de regulación por incentivos se vería distorsionado, generando que la empresa regulada no tenga fuertes incentivos para reducir costos y que no se cumpla con el objetivo regulatorio de eficiencia productiva. Cabe precisar que tal modificación antes indicada va en línea con lo establecido en la Cláusula 6.35 y con la recomendación del propio asesor de transacción de PROINVERSIÓN.

- Debe retirarse el párrafo referido al cobro de recargos, en tanto no tiene relación alguna con el procedimiento de revisión tarifaria. En la misma línea, se sugiere que toda mención al cobro de recargos se incorpore como párrafo final en la Cláusula 8.23, la cual contiene aspectos generales del cobro de Tarifas y Precios en el TPMS.
- De manera similar, el párrafo referido al cobro de la Tarifa por la prestación del Servicio Estándar debe ser retirado de esta cláusula y reubicado en la Cláusula 8.18.

6. Respecto de las Tarifas máximas fijadas en el Anexo 5, se observa que no existe una fundamentación adecuada para excluir del factor de competencia las Tarifas de los Servicios Estándar a las Naves. Considerando la carga que se moviliza a través de este terminal y los estudios internacionales sobre el nivel de competencia en el transporte de mercancías mediante el régimen de fletamento, no se esperaría que las Naves atendidas en el TPMS logren obtener descuentos adicionales sobre las Tarifas máximas fijadas para los Servicios Estándar a la Nave. En tal sentido, se recomienda considerar la inclusión de tales Tarifas en la Tabla de las Tarifas Máximas Producto del Concurso que se encuentra en el numeral 6 del Anexo 5.

7. Con relación a los Niveles de Servicio del Terminal se advierte que es necesario agregar un segundo párrafo en el numeral 1.4 del Anexo 3 en donde se indique que el área acuática operativa y la periodicidad de las mediciones serán determinados por la APN e incluidos en la Metodología de determinación de los Niveles de Servicio y Productividad.

8. Respecto del dragado inicial (al cual también se hace referencia en la Versión Final del Contrato de Concesión como Primer dragado), se advierte lo siguiente:

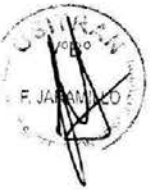
- Considerando que el dragado inicial forma parte de las Inversiones Obligatorias, sí debe requerir un Expediente Técnico debidamente aprobado por la APN, por lo que se requiere la modificación correspondiente en el Anexo 6.
- Con el objetivo de facilitar el cumplimiento del Nivel de Servicio de Terminal referido a la profundidad con la que debe contar el canal de acceso, el área acuática operativa, las zonas de maniobra y el área entre muelles, se recomienda modificar el Anexo 3, trasladando la exigencia de profundidad de hasta -10,5 luego de doce (12) meses contados desde la Toma de Posesión, periodo en el cual el Concesionario deberá presentar el Expediente Técnico, así como culminar las obras correspondientes al primer dragado.

9. La actualización, revisión y/o modificación de los Niveles de Servicio y Productividad debe ser realizada de manera exclusiva por la APN, previa opinión de OSITRAN, sin que medie coordinación alguna con el Concesionario. Asimismo, ello debe ocurrir ante determinados supuestos, que deben ser especificados y acotados en el Contrato de Concesión, ello a fin de asegurar que el Concesionario cumpla con los referidos niveles.

10. Con relación a la Cláusula 2.7 referida al Objeto de la Concesión:



- Se advierte que ella debe ser modificada en concordancia con lo establecido en la Cláusula 1.19.106.
 - Se recomienda adicionalmente incluir entre los servicios que contarán con facilidades de uso de muelle a los servicios de recojo de residuos sólidos y líquidos.
11. Se advierte acerca de la necesidad de eliminar el último párrafo de la Cláusula 6.20 referida al Calendario de Ejecución de Obra para evitar duplicidad con el literal b) de la misma cláusula. Asimismo, se recomienda una modificación de forma en el literal a) de la referida cláusula.
 12. Con relación al procedimiento para la aprobación de la Obra, se advierte que resulta necesario incorporar el supuesto de aprobación de Obra con Observaciones y el plazo para su levantamiento. Al respecto, se incluye una propuesta de redacción que recoge la experiencia de otros terminales portuarios peruanos cedidos en concesión.
 13. Se recomienda modificar la Cláusula 6.34 y establecer un umbral mínimo de inversiones relacionadas a la atención de carga contenedorizada en lugar de un porcentaje exacto, en la medida que el monto de inversión podría sufrir a modificaciones producto de cambios en los precios, costos, entre otros.
 14. Se propone una modificación a la Cláusula 10.5 (relacionada al Régimen de Seguros), en tanto se advierte que resulta necesario que el plazo para notificar a la compañía aseguradora y el Concedente acerca de la ocurrencia de un siniestro debe adecuarse a lo señalado en las respectivas pólizas de seguro o marco legal vigente.
 15. Con relación a la definición de Acreedores Permitidos, se recomienda lo siguiente:
 - Incluir un párrafo en la Cláusula 1.19.1 en el que se establezca que la cesión de posición contractual de un EGP solo debería poder efectuarse en favor de una entidad financiera que califique previamente como Acreedor Permitido.
 - Efectuar las modificaciones necesarias en la Cláusula 1.19.1 y los Anexos 11 y 12, a fin de aclarar quién es la entidad competente para otorgar la calificación de Acreedor Permitido (el Concedente o PROINVERSIÓN).
 16. Se recomienda eliminar del literal (i) de la Cláusula 6.31 la referencia a "otros acreedores". Tales acreedores ya se encuentran contemplados en el literal (ii) de la cláusula a través de la denominación "un tercero(s) que no sea(n) Acreedor(es) Permitido(s)". Además, ellos carecen de relación con el Estado, por lo que no corresponde incluir dentro de los contratos referidos en el literal (i) la posibilidad de participación de instituciones distintas a los Acreedores Permitidos.
 17. La redacción de la Cláusula 1.19.22 incrementa la cantidad de bienes considerados Bienes de la Concesión, al exceptuar de la calificación de Bienes del Concesionario a aquellos bienes cuya remoción pudiera causar una afectación al objeto de la Concesión o a la prestación de los Servicios. Con ello, aumentan los bienes pasibles de ser financiados mediante el mecanismo de EGP y, por tanto, cubiertos con las garantías del Estado, por lo que se recomienda la eliminación de tales excepciones y se advierte la necesidad de que exista una evaluación de la cláusula por parte del Concedente y el Ministerio de Economía y Finanzas.
 18. Se recomienda ajustar la redacción de la Cláusula 6.32, en la que se establecen los términos y condiciones para ejecutar Inversiones Discrecionales, a efectos de evitar la posibilidad de



múltiples interpretaciones a las condiciones requeridas para acceder al EGP como mecanismo de financiamiento de las dichas inversiones. Adicionalmente, se propone modificar el primer y último párrafos y se advierte acerca de la necesidad de que exista una evaluación de la cláusula por parte del Ministerio de Economía y Finanzas.

19. Se proponen modificaciones a los literales (iii) y (iv) de la Cláusula 5.8 referida a los Bienes de la Concesión y se advierte acerca de la necesidad de que exista una evaluación de la cláusula por parte del Ministerio de Economía y Finanzas.
20. Se proponen modificaciones a la Cláusula 9.3.1 regula el procedimiento para la autorización de EGP, a efectos de ajustar la redacción a lo establecido en el artículo 64-A del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224 y de evitar diversas lecturas que dificulten aplicación de la misma.
21. Con relación al procedimiento para el cálculo del Valor del Intangible aplicable cuando se haya cumplido con el inicio de ejecución de las Inversiones Obligatorias e Inversiones en Función a la Demanda, consignado en el numeral 14.3.1.2:
 - Se recomienda modificar la redacción del literal b) a fin de eliminar contradicciones.
 - Se recomienda incluir un acápite iii) en el literal c) en forma similar al contenido en el literal b).
22. Se propone que la Cláusula 14.3.5, referida al pago del monto de compensación por Caducidad de la Concesión mantenga una redacción similar a la de otros contratos de concesión de infraestructura portuaria.
23. Se recomienda que en los literales a) y c) del modelo referencial de carta de aprobación a favor del Acreedor Permitido contenido en el Anexo 12 se haga referencia únicamente al concepto línea de crédito. Además, se advierte acerca de la necesidad de que exista una evaluación del referido anexo por parte del Ministerio de Economía y Finanzas, en tanto la redacción actual podría impactar en los costos financieros a ser reconocidos por Estado en un evento de caducidad.
24. Con relación a las causales para la aprobación de la suspensión del plazo de la Concesión, se recomienda incluir en el Contrato de Concesión una definición de capacidad operativa y especificar la forma o el método que se usará para establecer que se produce una pérdida en la capacidad operativa superior al sesenta por ciento (60%) de la capacidad alcanzada al momento de la ocurrencia del evento de Fuerza Mayor o caso fortuito.
25. Con relación a la Suspensión de Obligaciones por Acuerdo de Partes, debe mantenerse el procedimiento seguido en otros contratos de concesión en los cuales se establece que para estos casos se requerirá opinión previa del Regulador. Ello en la medida que es función de OSITRAN velar por el cabal cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios. En consecuencia, resulta imperativo que este Regulador emita opinión previa en caso las Partes decidan suspender obligaciones contractuales por mutuo acuerdo; máxime cuando ello ocurre en todos los contratos de concesión portuaria y otras infraestructuras que se encuentran bajo la supervisión de OSITRAN.
26. Bajo la causal de Suspensión de Obligaciones por Fuerza Mayor, debe requerirse la opinión previa favorable del Regulador, en línea con lo establecido en todos los contratos de concesión de infraestructura portuaria bajo el ámbito de supervisión de OSITRAN, así como



de otras infraestructuras. Bajo la redacción propuesta en la Versión Final del Contrato de Concesión, se elimina la imparcialidad que debe existir en la declaración de suspensión de obligaciones por eventos distintos al Acuerdo de las Partes; a diferencia de lo que ocurre cuando es el Regulador, entidad distinta a las Partes, la que analiza y determina si es justificada la suspensión de obligaciones solicitada por una de ellas, ejerciendo esa labor con autonomía, independencia e imparcialidad.

27. En cuanto al Anexo 17 referido a las penalidades, resulta necesario que se efectúen diversas modificaciones de acuerdo con lo detallado en el literal j) de la sección V.3". Sobre el particular, es preciso enfatizar en la importancia que tiene que en la ejecución de un contrato de concesión la determinación correcta de los hechos que conllevan la aplicación de una penalidad, la cual depende de una adecuada redacción y referencia (máxime si la misma no tiene el carácter punitivo de una sanción administrativa, sino que representa el acuerdo de las Partes respecto de la compensación que corresponderá al Estado por el incumplimiento del concesionario de sus obligaciones contractuales).
28. En la Cláusula 1.19.84 se define el término Obra. Sin embargo, en muchas secciones de la Versión Final del Contrato de Concesión se hace referencia al término "Obras", debiendo ajustarse la redacción de dichas secciones.
29. Resulta necesario modificar el séptimo párrafo de la Cláusula 6.11 en lo referido a la tasa asignada al costo de supervisión (6%).
30. No es factible fijar un tope máximo para el costo de supervisión de Obra en el caso de las Inversiones Discrecionales e Inversiones Complementarios. En consecuencia, es necesario eliminar la última oración de las Cláusulas 6.32 y 6.34.
31. En el último párrafo de la Cláusula 6.11 se prevé que cuando se generen mayores gastos de supervisión por causas atribuibles al Concedente o Concesionario, los gastos deberán ser asumidos por la parte que generó los mayores servicios de supervisión. Sin embargo, no se ha considerado la posibilidad de que los mayores gastos hayan sido producto de eventos fortuitos o de fuerza mayor. En tal sentido, se recomienda modificar el último párrafo de la Cláusula 6.11, proponiendo una distribución de los gastos para el escenario antes indicado.
32. Se recomienda eliminar el tercer párrafo de la Cláusula 6.8 en el que se detalla un perfil profesional para el supervisor de diseño y se propone que ello sea especificado en los Términos de Referencia que se elaboren para efectos del proceso de contratación del supervisor de diseño.
33. Finalmente, se requiere la modificación del literal q) de la Cláusula 14.1.3 referida al término de la Concesión por incumplimiento del Concesionario, en tanto ella se contradice con lo establecido en la Cláusula 9.3, referida a las garantías a favor de los Acreedores Permitidos.

VII. RECOMENDACIÓN

En virtud de lo expuesto, se recomienda al Consejo Directivo aprobar el presente Informe, el cual contiene la opinión técnica del Regulador respecto de la Versión Final del Contrato de Concesión del proyecto "Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry", remitida mediante Oficio N° 023-2018/PROINVERSIÓN/DPP/AP.04.



Atentamente,



RICARDO QUESADA ORÉ
Gerente de Regulación y Estudios Económicos



FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización



JAVIER CHOCANO PORTILLO
Gerente de Asesoría Jurídica

Reg. Sal. 12045-18
Reg. Ref. 7218-18
7813-18

OSITRAN
GERENCIA GENERAL

PROVEIDO N°: 278-2018-GG
PARA :SCD
ACCIONES A SEGUIR :SE REMITE INFORME TÉCNICO PARA SU INCLUSIÓN EN AGENDA DEL CONSEJO DIRECTIVO
FECHA : 28 MAR. 2018

