

Renegociación de contratos de concesión en infraestructura de transporte: diagnóstico, análisis y propuestas de mejora

Fénix Suto
Roxana Azaña
Mery Chamorro
Lorena León
Muriel Menchola

**RENEGOCIACIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN
EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE:
DIAGNÓSTICO, ANÁLISIS Y PROPUESTAS DE MEJORA**

Renegociación de contratos de concesión en infraestructura de transporte: diagnóstico, análisis y propuestas de mejora

Fénix Suto Fujita

Roxana Azaña Pérez

Mery Chamorro Vilca

Lorena León Vásquez

Muriel Menchola Arana



esan
ediciones



ESAN/Cendoc

SUTO, Fénix ; AZAÑA, Roxana ; CHAMORRO, Mery ; LEÓN, Lorena ;
MENCHOLA, Muriel

Renegociación de contratos de concesión en infraestructura de transporte: diagnóstico, análisis y propuestas de mejora. – Lima : Universidad ESAN, 2013. – 204 p. – (Serie Publicaciones en Finanzas y Derecho Corporativo ; 6)

INFRAESTRUCTURA DEL TRANSPORTE / CONTRATOS / NEGOCIACIÓN
/ CONCESIONES / PERÚ

HE311 P4S89

ISBN 978-612-4110-19-1

**Renegociación de contratos de concesión en infraestructura de transporte:
diagnóstico, análisis y propuestas de mejora**

Serie Publicaciones en Finanzas y Derecho Corporativo 6

ISSN de la serie: 2079-6498

© Fénix Suto, Roxana Azaña, Mery Chamorro, Lorena León,
Muriel Menchola, 2013

© Universidad ESAN, 2013

Av. Alonso de Molina 1652, Surco, Lima-Perú

www.esan.edu.pe

esanediciones@esan.edu.pe

Primera edición

Lima, octubre del 2013

Tiraje: 80 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N.º 2013-15608

DIRECCIÓN EDITORIAL

Ada Ampuero

CORRECCIÓN TÉCNICA Y EDICIÓN

Juan Carlos Soto

CORRECCIÓN DE ESTILO

Óscar Carrasco

DISEÑO DE CARÁTULA

Christian Portugal

DISEÑO DE INTERIORES Y DIAGRAMACIÓN

Ana María Tessey

IMPRESIÓN

Cecosami Prerensa e Impresión Digital S. A.

Calle Los Plateros 142, Ate

Lima, Perú

Impreso en el Perú / Printed in Peru

ÍNDICE

Introducción	11
Capítulo 1. Metodología de la investigación y marco teórico sobre los contratos de concesión	15
1. Metodología de investigación	16
2. Teoría de los contratos de concesión	18
2.1. El contrato administrativo	18
2.2. Características de los contratos administrativos: su naturaleza jurídica y debate histórico	21
2.3. Las prerrogativas de la administración pública: las cláusulas exorbitantes	24
2.4. Las concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, y su regulación en la legislación peruana	26
2.5. El modelo de asociación público-privada (APP)	28
3. Teoría de la renegociación de los contratos de concesión	32
3.1. Los contratos de concesión y el interés público	32
3.2. Contratos de concesión como contrato incompleto	35
3.3. Renegociación de los contratos de concesión	38
3.4. Límites a la renegociación de los contratos de concesión	42
3.5. Renegociación y reconversión	45
Capítulo 2. Marco normativo e institucional del sistema de concesiones	47
1. El sistema de concesiones en el Perú y los actores involucrados	47
1.1. Organismo promotor de la inversión privada	48
1.2. Entidad concedente	49
1.3. Ministerio de Economía y Finanzas	50
1.4. Organismos reguladores	52

1.5. El sector privado	55
1.6. Contraloría General de la República	55
2. El proceso de promoción de la inversión privada	56
2.1. Diseño del proceso	57
2.2. Incorporación al proceso	57
2.3. Plan de promoción del proceso	59
2.4. Proceso de selección	60
2.5. Fecha de cierre	63
2.6. Consulta previa a los pueblos indígenas u originarios	63
3. Evaluación del marco legal de la renegociación de los contratos de concesión en infraestructura de transportes	64
3.1. TUO de Concesiones y su Reglamento	65
3.2. Ley de APP y su Reglamento	68
3.3. Procedimiento de Ositrán	81
3.4. Proyecto de modificación de los Lineamientos de Ositrán	83

Capítulo 3. Diagnóstico, identificación y análisis de las modificaciones contractuales

las modificaciones contractuales	85
1. Algunas cifras y conceptos	86
2. Contratos de concesión y adendas	88
3. Modificaciones recurrentes	90
3.1. Acreedores permitidos	90
3.2. Financiamiento	95
3.3. Saneamiento de terrenos	99
3.4. Obras	102
3.4.1. Modificación del cronograma de ejecución de obras	105
3.4.2. Ejecución de obras complementarias y/o nuevas	108
3.4.3. Ajustes al programa de ejecución de obras	110
3.4.4. Obras adicionales	113
3.4.5. Mecanismo de pago de valorización de obras adicionales	117
3.4.6. Incorporación del mecanismo de entrega parcial de obras	119
3.5. Mantenimiento de emergencia y periódico	122
3.6. Fuerza mayor	124
4. Resolución contractual	
4.1. Pago a favor del concesionario por terminación unilateral del concedente	126
4.2. Resolución y financiamiento	127

4.3. Procedimiento de liquidación	128
5. Solución de controversias	129
Capítulo 4. Propuesta de mejoras a los contratos de concesión	131
1. Contrato versus adenda	131
2. Propuestas de mejoras	133
2.1. Acreedores permitidos y su régimen	133
2.2. Saneamiento de terrenos	138
2.3. Obras	148
2.4. Resolución contractual	154
2.5. Procedimiento de liquidación	155
Conclusiones generales	159
Bibliografía	163
Anexos	169
1. Concesiones vigentes en el Perú hasta junio del 2012	170
2. Cláusulas exorbitantes en otras legislaciones	172
3. Marco legal sobre concesiones en el Perú	174
4. Definición de <i>acreedores permitidos</i> y el endeudamiento garantizado permitido	176
5. Régimen de acreedores permitidos	178
6. Certificado de reconocimiento de derechos sobre el PAO (CRPAO)	179
7. Modificaciones generales en relación con el financiamiento	182
8. Saneamiento de terrenos	184
9. Obras	187
10. Mantenimiento de emergencia y periódico	195
11. Fuerza mayor	196
12. Resolución contractual	198
Sobre los autores	203

INTRODUCCIÓN

Al igual que ha ocurrido en muchos otros países, en el Perú, tradicionalmente, ha sido el Estado el único que ha asumido la responsabilidad de proporcionar infraestructura pública y de prestar los servicios asociados con esta. Valiéndose de sus propios medios, ha tratado, durante muchos años, de cumplir con la responsabilidad de brindar a la población carreteras, aeropuertos, plantas de tratamiento de agua, centrales de generación eléctrica, etc. Finalmente, el Estado peruano comprendió que no sería posible lograr el desarrollo del país apelando únicamente a sus recursos propios, sino que era necesario también contar con el apoyo de la inversión y capacidad de la empresa privada, lo que le brindaba mayores posibilidades de alcanzar sus metas. Los resultados de este cambio de esquemas ya empiezan a apreciarse en lo que respecta al crecimiento de la infraestructura, especialmente, la correspondiente al sector transportes, como es el caso de los puertos, aeropuertos, carreteras y ferrocarriles, que han permitido la reducción de la brecha existente en este rubro.

Este nuevo modelo económico permitió que el Estado delegue la gestión de los servicios públicos en una administración privada, sin perjuicio de retener su titularidad y competencia para ejercer las correspondientes regulación y fiscalización sobre el manejo de estos.

Las bases de esta estructura económica se encuentran en la Constitución Política de 1993, la que permite ejecutar procesos de privatización y otorgar concesiones. El marco legal para la realización de los primeros se desarrolló inicialmente en el Decreto Legislativo 674, *Ley de promoción de la inversión privada en las empresas del Estado*, publicado el 27 de setiembre de 1991. Mediante esta norma legal, se crea la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (Copri), encargada de evaluar qué empresas estatales debían ser incorporadas a un proceso de privatización. Posteriormente, en 1996 se promulgó el Decreto Legislativo 839, *Ley de promoción de la inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos*. Con la finalidad de alcanzar el objetivo propuesto, se

estableció la Comisión de Promoción de Concesiones Privadas (Promcepri), que posteriormente fue absorbida por Copri, y luego, en el 2002, se constituyó como la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (ProInversión). Esta entidad estatal, con el fin de atraer inversiones a los diferentes sectores de la economía peruana, se encarga de diseñar y conducir los proyectos de ámbito nacional en servicios y obras públicas de infraestructura, así como del diseño de los contratos de concesión.

Recientemente, el Estado peruano decidió impulsar la participación de la inversión privada a través de las asociaciones público-privadas (APP), para lo cual promulgó en el 2008 el Decreto Legislativo 1012, *Ley marco de asociaciones público-privadas para la generación de empleo productivo* (o Ley de APP); también se dictaron normas destinadas a agilizar los procesos de promoción de la inversión privada, así como el reglamento de la mencionada ley, aprobado mediante el Decreto Supremo 146-2008-EF (Reglamento de la Ley de APP).

De esta forma, el Estado peruano, con una política orientada hacia la reducción de la brecha de infraestructura a través de la promoción de la inversión privada, fue obteniendo resultados. Ello se vio reflejado en la suscripción de un conjunto de contratos de concesión; no obstante, no es menos cierto que gran parte de estos han sido renegociados, lo cual ha generado una creciente preocupación por conocer si tales renegociaciones han modificado las condiciones originales bajo las cuales se adjudicaron las concesiones, así como los efectos que aquellas tendrán sobre las obligaciones contraídas por las partes, los montos de inversión y los plazos de ejecución de los proyectos de infraestructura, entre otros aspectos.

Los resultados de esta política se pueden apreciar en el número de contratos de concesión suscritos en los últimos periodos gubernamentales. En efecto, durante el segundo gobierno de Alan García Pérez (2006-2011) se firmaron 15 contratos de concesión, con una inversión comprometida de US\$ 2,583 millones, mientras que durante los dos periodos de Alberto Fujimori (1990-2000) solo se suscribieron cinco, que en total ascendían a un monto de inversión comprometido de US\$ 1,073 millones. Si bien en el gobierno de Alejandro Toledo (2001-2006) se firmaron siete contratos de concesión, el monto de inversión comprometida es mayor que el de los otros gobiernos mencionados, US\$ 3,165 millones, pues están incluidos proyectos de gran envergadura, tales como las carreteras IIRSA Norte, IIRSA Sur, tramos 2, 3 y 4, y el terminal de contenedores Muelle Sur, los cuales, en conjunto, significaron una inversión de aproximadamente US\$ 2,858 millones. En suma, a la fecha de cierre de esta investigación (julio del 2012), tenemos un total de veintisiete (27) contratos de concesión en el sector transportes, entre carreteras, aeropuertos, puertos y ferrocarriles.

Partiendo de la premisa de que el contrato de concesión es el instrumento legal mediante el cual se cumplen los acuerdos pactados entre el Estado y los concesionarios privados, se ha observado una tendencia creciente hacia la modificación de los contratos en el transcurso de su ejecución. En efecto, de los 22 contratos de concesión suscritos hasta el 2010 en el sector transportes (incluido el de la carretera Arequipa-Matarani, cuyo plazo de vigencia culminó en el 2007), 18 de ellos (82%) fueron renegociados mediante la suscripción de 69 adendas, de las cuales 57% fueron agregadas a solicitud del concesionario, 26% del concedente y 17% por acuerdo de ambas partes; estas proporciones varían hacia el final del segundo gobierno aprista, ya que, para julio del 2011, de los 27 contratos de concesión mencionados, 19 (70%) habían sido renegociados mediante la suscripción de 76 adendas; el mayor número de ellas (48) corresponde a carreteras, mientras que en infraestructura ferroviaria, aeroportuaria y portuaria se han contabilizado 12, 12 y 4 adendas, respectivamente.

Así pues, con base en la información presentada, observamos que, en promedio, se han suscrito tres adendas por cada contrato de concesión. Cabe mencionar que, al momento de concluir nuestra investigación (julio del 2012), durante el actual gobierno de Ollanta Humala (2011-2016), no se habían firmado nuevos contratos de concesión ni adendas en el sector transportes; sin embargo, al cierre de esta edición, el 30 de enero de 2013 se suscribió el contrato de concesión Panamericana Sur de Ica-Frontera con Chile: tramo vial Dv. Quilca-Dv. Arequipa (Repartición)-Dv. Matarani-Dv. Moquegua-Dv. Ilo-Tacna-La Concordia, el cual no presenta hasta el momento modificaciones contractuales vía adendas.

Por tanto, el objetivo general del presente trabajo es proponer mejoras al diseño inicial de los contratos de concesión en infraestructura de transportes. Para ello, como punto de partida, se identifican y analizan los temas que son objeto de modificación contractual más relevantes y recurrentes en los procesos de renegociación de los contratos de concesión bajo estudio en la presente investigación.

En tal sentido, las propuestas concretas de mejoras podrán ser consideradas por los actores involucrados en el sistema de concesiones en el Perú, específicamente, por los organismos promotores de los procesos de inversión privada en infraestructura de transportes, así como por los postores, tanto a través de sugerencias como del diseño de los proyectos de contratos de concesión.

La estructura del libro consta de cuatro capítulos. En el primero, se describe la metodología que se aplicará y que se considera apropiada para los objetivos trazados; además, se presenta y analiza el marco conceptual de los

contratos de concesión en cuanto contratos administrativos, así como las teorías relacionadas con su renegociación. En el segundo capítulo, se hace una descripción del marco normativo e institucional del sistema de concesiones del Perú, así como de las normas aplicables a la renegociación de los contratos de concesión en el sector transportes.

En el tercer capítulo se efectúa un diagnóstico, se identifican y analizan los temas que se consideran los más relevantes y que con mayor frecuencia son objeto de modificación contractual en los contratos estudiados en esta investigación. Y es que los temas recurrentes en las renegociaciones son de los más diversos, de los cuales destacan, entre otros, aquellos relacionados con el saneamiento de terrenos, bienes de la concesión, financiamiento, causales de resolución de contratos, etc. Ante ello, y con el fin de reducir la suscripción de adendas, cabe preguntarse si existen causas identificables que podrían ser recogidas en los nuevos contratos que suscriba el Estado.

En el cuarto capítulo se formulan propuestas para mejorar el diseño de los contratos de concesión. El objetivo es que estas permitan perfeccionar los documentos contractuales de los proyectos que dan lugar a los futuros procesos de promoción de la inversión privada, específicamente en aquellos temas en los que resulta posible hallar una solución a través del diseño contractual.

Finalmente, se presentan las principales conclusiones del estudio.

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN Y MARCO TEÓRICO SOBRE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

Con la finalidad de proporcionar en este estudio una muestra representativa que denote un valor agregado, tanto práctico como teórico, la investigación desarrolla un análisis profuso de los siguientes ocho contratos de concesión en infraestructura de transportes, así como de sus respectivas adendas:

- a) IIRSA Norte
- b) IIRSA Sur tramo 3
- c) IIRSA Sur tramo 1
- d) Red Vial 5
- e) Red Vial 6
- f) Aeropuerto Internacional Jorge Chávez
- g) Primer Grupo de Aeropuertos de Provincias del Perú
- h) Terminal Portuario de Paita.

En este punto, es necesario destacar que el interés en el diagnóstico y el análisis de los procesos de renegociación de los contratos mencionados obedece a que todos ellos se constituyen en los proyectos más representativos de los diversos subsectores del transporte, tanto por haber sido convocados por el Estado peruano, a partir de la implementación de políticas de promoción de la inversión privada, como por el hecho de que marcan un hito desde su ejecución.

1. Metodología de investigación

Estudio casuístico

En primer lugar, se hará un estudio casuístico de los contratos listados anteriormente. Asimismo, con la finalidad de verificar cuáles son las materias comunes y recurrentes que hayan sido objeto de renegociación, se analizarán cada una de las adendas suscritas posteriormente, sin perjuicio de reconocer la particularidad de cada proyecto (sus condiciones técnicas, legales y financieras).

Por ello, sobre la base de la entrada en vigencia del D.S. 146-2008-EF, Reglamento de la Ley de APP (véase anexo 1), publicado el 9 de diciembre de 2008, consideramos pertinente analizar el número de adendas existentes a la fecha, ya que este dispositivo incluye, en el marco legal de los contratos de concesión, una restricción para la suscripción de aquellas¹. En este contexto, se habían firmado un total de 39 adendas antes de la entrada en vigencia de dicha norma; después, se suscribieron una cantidad similar: 37.

Por otra parte, se observa que el 45% de las adendas fueron suscritas antes de que transcurrieran tres años desde la firma del contrato y, por ende, antes del plazo legal establecido en el artículo 9.º del Reglamento de la Ley de APP, regulado a partir de la vigencia de esta norma, y que se fundamenta en supuestos excepcionales permitidos por ley.

Cabe mencionar que no se tomarán en cuenta para los análisis las cláusulas adicionales contenidas en las adendas; sin embargo, se podrá mencionarlas en caso de que ello se considere necesario para aclarar algún tema.

Método lógico-inductivo

En segundo lugar, para efectos del desarrollo del trabajo se aplicará el método lógico-inductivo, que se caracteriza por las siguientes etapas: a) registro de los hechos, b) análisis y clasificación ordenada de estos, y c) derivación inductiva de una generalización a partir de los hechos. En este sentido, se identificarán aquellos temas que motivan la adenda en, por lo menos, dos de los ocho contratos de concesión que se estudian. Luego, se agruparán y clasificarán las modificacio-

1. De acuerdo con lo establecido en el numeral 9.2 del artículo 9.º del Reglamento de la Ley de APP, no se podrán efectuar adendas a los contratos de concesión durante los primeros tres años contados desde la fecha de su suscripción, salvo en determinados casos excepcionales, tales como: la corrección de errores materiales, requerimientos de los acreedores permitidos vinculados con la etapa de cierre financiero del contrato, entre otros, los cuales serán analizados en el próximo capítulo.

nes en función de los temas sobre los que tienen incidencia —es decir, financiamiento, obras, diseño, entre otros—, con el fin de analizar sus alcances y términos; asimismo, se hará también una clasificación de sus causales.

Este estudio se debe realizar teniendo en consideración una visión temporal de los contratos y de sus adendas, toda vez que el alcance del presente trabajo comprende contratos de concesión suscritos en el periodo 2001-2010; por consiguiente, supone considerar una curva de aprendizaje en el diseño de los contratos. De esta manera, la óptica temporal en los análisis adopta un rol preponderante en la comprensión de los procesos de renegociación para determinar si las entidades estatales competentes vienen corrigiendo —de manera óptima— los problemas que, en otros casos, se solucionan mediante adendas.

En tal sentido, una vez clasificados por temas objeto de renegociación contractual, el análisis de los términos y de los alcances de las adendas será confrontado con los contratos de concesión suscritos recientemente, tal como sucede, por ejemplo, con los contratos de concesión de IIRSA Centro tramo 2 y del Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincias del Perú, los que servirán de parámetros para evaluar si finalmente ha existido o no un aprendizaje en lo que se refiere al diseño de los contratos.

Identificación de los motivos de renegociación

En tercer lugar, se identificarán las razones que llevaron a plantear las modificaciones relevantes y recurrentes, y por las cuales, finalmente, se procedió a la renegociación de los contratos comprendidos en esta investigación. El objetivo es determinar si ellas se deben a la naturaleza forzosamente incompleta del contrato, a errores producidos en el diseño original de este, a contingencias no contempladas y que pudieron preverse, temas de financiamiento, de coyuntura, entre otros. En suma, se pueden especificar las siguientes causales: a) la naturaleza incompleta de los contratos, b) errores de diseño, c) incumplimiento de las obligaciones por parte del Estado, y d) temas de financiamiento, entre otros.

Evaluación de propuestas

En último lugar, se evaluará si resulta posible proponer mejoras con respecto a aquellos temas recurrentes en las adendas, los cuales puedan ser incorporados al diseño inicial de los contratos de concesión. Ello, con el objetivo de reducir el número de procesos de renegociación en estos y, por ende, el promedio de adendas suscritas por cada contrato, más aún teniendo en cuenta los costos que dichas renegociaciones generan al Estado y a la sociedad.

2. Teoría de los contratos de concesión

A continuación, se describen las instituciones jurídicas del derecho administrativo que servirán de base conceptual para el desarrollo del presente trabajo, y que se refieren tanto a la naturaleza de los contratos administrativos como a la teoría de renegociación de los contratos de concesión.

Es importante definir los criterios que han servido para diferenciar los contratos celebrados por la administración pública —conocidos como *contratos administrativos*— de los contratos civiles. Ello permitirá una mejor comprensión del rol del Estado en la renegociación de los contratos de concesión y de la dinámica que esta presenta.

2.1. El contrato administrativo

El contrato estatal puede ser entendido como instrumento de colaboración entre el sector público (que debe satisfacer necesidades colectivas) y el sector privado, el cual, gracias a su especialización y profesionalidad, está en condiciones de solventar los requerimientos que dichas necesidades exigen o que no se pueden alcanzar de manera individual (De Irisarri, 2002: 235).

El empleo del mecanismo contractual por parte de la administración pública representa la evolución de un sistema autoritario a uno que se fundamenta en el acuerdo de voluntades y que lleva a una cultura de la negociación con los particulares, cuyo objetivo es que, posteriormente, estos participen y colaboren en la ejecución de las políticas del Estado. Por lo tanto, existen más compromisos recíprocos y prestaciones equitativas de dichas partes, que actúan como socios para la consecución de los objetivos correspondientes al interés público².

2. En los contratos estatales regidos por el derecho administrativo, el principio rector lo constituye el interés público, el cual se antepone al interés particular y a cualquier otra consideración extralegal que haya sido tomada en cuenta al momento de celebrar el contrato; ello hace que, en esta relación, las partes sean desiguales, ya que el llamado a garantizar y vigilar la protección del interés público de la comunidad es el Estado. En nuestro ordenamiento nacional, resulta de particular importancia lo dispuesto en el artículo III del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, el cual señala lo siguiente: «La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la administración pública sirva a la protección del interés general».

Al respecto, es preciso resaltar la dificultad de conceptualizar el interés público como fundamento de la actuación del Estado. En una labor de jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha ayudado a una mejor comprensión de este concepto jurídico, al señalar lo siguiente en el Expediente 3283-2003-AA/TC, recurso extraordinario interpuesto por Taj Mahal Discoteque, y otra, contra la sentencia de la Primera Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Junín; define el interés público como:

... el conjunto de actividades o bienes, que por criterio de coincidencia, la mayoría de los ciudadanos estima, meritúa o tasa como “algo” necesario, valioso e importante para la coexistencia social.

En otras palabras, todo aquello que, por consenso, se comparte y se considera como útil, valioso y hasta vital para la sociedad, al extremo de obligar al Estado a titularizarlo como uno de los fines que debe perseguir en beneficio de sus miembros. Por tal imperativo, el cuerpo político jamás podrá tener como objetivo la consagración de intereses particulares.

De igual forma, el desarrollo doctrinario sobre la materia ha propiciado mayor claridad para su aplicación en casos concretos. Así, en un intento por definir las características del interés público, Escola (1989) desarrolla, a manera de test, sus aspectos más trascendentes, conforme se detalla en el cuadro 1.1.

Cuadro 1.1. *El interés público en la teoría administrativa*

Las principales características del interés público se pueden describir de la siguiente forma:

1. Contenido concreto (identificable, no abstracto).
 2. Contenido variable (no es único ni uniforme para todas las colectividades, y varía según lugar y tiempo; es, por tanto, un concepto dinámico).
 3. Contenido actual (aspiración mediata o inmediata).
 4. Contenido personal-directo (el provecho y la utilidad inciden directamente en la colectividad).
 5. Contenido relacionado con derechos subjetivos (el Estado actúa protegiendo derechos).
-

Fuente: Escola, 1989: 249-250.
Elaboración propia.

Ahora bien, queda claro que, en los contratos administrativos, tanto el sector público como el sector privado actúan en un régimen de colaboración, preservando cada cual sus objetivos naturales, pues, mientras al privado le interesará priorizar la rentabilidad de sus negocios, el Estado se centrará en preservar el bienestar general.

No obstante ello, dicha relación de colaboración puede convertirse en una de carácter desigual cuando se presentan divergencias entre los objetivos perseguidos por cada una de las partes. Esto implica, en la práctica, que el Estado debe conservar frente al contratista ciertas prerrogativas que le permitan ejercer una capacidad más amplia de decisión y de dirección, a veces de forma consensuada, y, en otras, de forma unilateral (Dromi, 1997: 331).

Es así que una de las particularidades del régimen que caracteriza a la figura del contrato administrativo —calificada incluso como la más singular y extraordinaria— es precisamente el poder que tiene la administración de modificar las condiciones estipuladas, lo que comúnmente se conoce como *ius variandi*. Su esencia radica en la posibilidad, atribuida a la administración pública, de alterar unilateralmente los términos de las obligaciones pactadas —en este caso, con los concesionarios—, adaptando el contrato a las necesidades públicas, debido a que estas se anteponen a los objetivos económicos del inversionista privado, interesada con su ejecución y una correcta inversión privada en el país (Dromi, 1998: 19). Asimismo, como parte de este régimen especial, el Estado cuenta con otras «cláusulas exorbitantes», como las de interpretación y de resolución unilateral del contrato y liquidación.

Esto no quiere decir que los concesionarios se encuentren desprotegidos, puesto que también reciben garantías, las cuales se establecen en los contratos respectivos; podemos mencionar, por ejemplo, los mecanismos de liquidación de la concesión o el restablecimiento del equilibrio económico-financiero, cuando su expectativa de ganancia se ve afectada por causas internas o externas al contrato.

Las «cláusulas exorbitantes» no solo se verifican en la literatura sobre el régimen de los contratos administrativos, sino que, además, tienen una aplicación práctica en nuestra realidad, tal como puede observarse en las cláusulas de los contratos de concesión suscritos en el país desde el inicio de los programas de concesiones en la década de 1990. Para efectos prácticos, presentamos la aplicación del *ius variandi* en el contrato de concesión del tramo Ancón-Huacho-Pativilca de la carretera Panamericana Norte, como parte del cuadro 1.2.

Cuadro 1.2. *Aplicación del ius variandi*

**Contrato de concesión del tramo Ancón-Huacho-Pativilca de la Carretera Panamericana Norte
(15 de enero de 2003)**

14.3 La resolución dejará sin efecto el Contrato por la existencia de una causal sobreviniente a su celebración. La resolución puede operar por (i) decisión unilateral de EL CONCEDENTE de acuerdo con el mecanismo previsto en la cláusula 14.4; (ii) algún incumplimiento imputable a alguna de las Partes de conformidad con las cláusulas 14.6 o 14.7 o (iii) por hecho de Fuerza Mayor de conformidad con la Sección XVIII o (iv) por las causales previstas en la cláusula 14.5, o (v) en los demás casos expresamente previstos en el presente Contrato.

Sin perjuicio de lo dispuesto en la Cláusula 9.7, cualquier advertencia, requerimiento y/o decisión de resolución del Contrato que cursen las Partes deberá ser, simultáneamente, puesta en conocimiento de los Acreedores Permitidos; al efecto de que estos tomen las medidas que juzguen necesarias en protección de sus intereses y/o en provecho de la continuidad y saneamiento de la Concesión.

14.4 En cualquier momento y por razones de oportunidad, mérito o conveniencia al interés público, EL CONCEDENTE podrá resolver el Contrato o caducar la Concesión y recuperar el control de la Concesión, mediante notificación previa y por escrito a la SOCIEDAD CONCESIONARIA por lo menos con seis (6) meses de anticipación. (...)

(Texto de las cláusulas, de acuerdo con las modificaciones acordadas mediante la adenda 1 del contrato)

En suma, en el marco legal peruano se contempla la inclusión de «cláusulas exorbitantes» a favor del Estado, lo cual se ha plasmado en los distintos contratos de concesión suscritos hasta la fecha; sin perjuicio de ello, no obstante, y en salvaguarda de los derechos de los inversionistas privados, existen, el mecanismo del restablecimiento del equilibrio económico-financiero, así como la regulación contractual, que es incluida en el diseño de los contratos, como, por ejemplo, respecto del reconocimiento del pago de compensación a favor del inversionista privado ante un supuesto de caducidad por decisión unilateral del Estado.

2.2. Características de los contratos administrativos: su naturaleza jurídica y debate histórico

De lo expuesto anteriormente, se advierte que los contratos administrativos tienen una naturaleza particular que los diferencia de los contratos que se rigen por el derecho privado. Para Dromi, dicha particularidad del contrato administrativo es resultante de: a) del objeto del contrato, es decir, de las obras y servicios públicos cuya realización y prestación constituyen, precisamente, los fines de la administración; b) de la participación de un órgano estatal o ente no estatal en ejercicio de la función administrativa; y c) de las prerrogativas

especiales de la administración en lo que se refiere a su interpretación, modificación y resolución (Dromi, 1997: 325).

Por ello, a los contratos administrativos hay que diferenciarlos de los contratos en general, de los cuales, como se ha tratado de demostrar, son una especie; sin embargo no solamente constituyen una particularidad de los contratos por su finalidad, sino también por su estructura, pues se trata de acuerdos de voluntad que, en todo caso, implican, a través de una serie de concesiones, una fusión de intereses opuestos a efectos de llegar a una declaración de voluntad común.

La temática del contrato administrativo adolece de un problema central, toda vez que sigue planteándose en torno a dicho tema: hasta qué punto su diseño se independiza de las normas y principios del derecho civil, y en qué medida ha adquirido una forma peculiar y típica del derecho público.

Sobre el particular, en su artículo «Las “cláusulas exorbitantes”», Manuel de la Puente y Lavalle hace referencia al debate sostenido en el pasado por reconocidos juristas, como Duguit, quien afirmaba que no debían oponerse las nociones de contrato de derecho privado y contrato de derecho público, sino que debía hablarse solamente de «contratos»; Jéze, argumentaba, por el contrario, que sí existían diferencias de fondo entre ambas clases de contratos, y que los administrativos quedaban sometidos a un conjunto de reglas especiales (De la Puente y Lavalle, 1999: 7).

Para Jéze (citado por De la Puente y Lavalle, 1999: 7), estas reglas especiales se resumen en que los efectos de los contratos administrativos no son los mismos que los de los contratos civiles, pues quien concluye un contrato administrativo no solamente asume la obligación de no entorpecer el funcionamiento del servicio público, sino también de facilitarlo.

Las breves consideraciones señaladas en las líneas previas permiten comprender de una mejor manera el ámbito en el que se desarrolla la contratación con los órganos de la administración pública, y cómo, aun cuando ello se produce bajo el marco de los principios generales del derecho privado, el rasgo característico de este tipo de contratación reside en el poder del Estado ejercido prioritariamente, a fin de garantizar la función económico-social del contrato, como medio de satisfacción del interés público. José Monedero efectúa una interesante reflexión sobre este tema:

En un sentido amplio se pueden definir los contratos del Estado como aquellos que celebran los órganos de la Administración, en nombre de aquél, para el cumplimiento de los fines competenciales que les incumben. Esta definición, tan comprensiva, caracterizada por las notas subjetivas —la Administración

es parte directa del contrato— y objetivas, —los fines competenciales— tiene como único mérito el implícito reconocimiento de que contrato y Estado no son conceptos reñidos o incompatibles a pesar de la íntima contradicción que aparentemente encierra: el Estado es cúmulo de poderes y facultades; y el contrato, por el contrario, es, según consagra el Derecho común, vínculo obligatorio voluntario que constriñe, limita e impone el deber de cumplimiento. Si el Estado es arquetipo del poder unilateral y el contrato símbolo de libertad e igualdad ¿cómo podrán conciliarse ambas instituciones?

Para muchos administrativistas, que dan por supuesto que “poder y contrato son conceptos incompatibles” la armonización se resuelve acudiendo a la ficción de la doble personalidad pública y privada del Estado o, con expresión jurídica más actual, reconociendo a este, al lado del ejercicio del poder de mando, la capacidad de obrar de acuerdo con el Derecho civil, gracias a la cual puede tener un patrimonio, celebrar contratos y obligarse frente a los particulares. Ahora bien, esta doctrina inspirada en la vieja noción del Fisco ¿no implica hoy solo un artificio jurídico que deja al margen la verdadera problemática? En efecto, si el Estado para celebrar contratos con los particulares tiene que despojarse de su poder y adoptar el papel de una persona jurídica más ¿no encierra esto la paradoja de negar el supremo poder su propio ser y personalidad? El Estado, al contratar, tendría que dejar de ser el Estado; según este punto de vista el conflicto entre ambas instituciones quedaría resuelto a favor del contrato civil clásico dotándolo de exigencias intrínsecas que doblegan el modo de ser del ente público, para seguridad de los individuos.

Pero las ideas han evolucionado y a impulso de la socialización del contrato, por una parte, y de las premisas del Estado de Derecho, por otra, la institución que nos ocupa encuentra hoy una explicación diferente de la tradicional. Lo contractual del Estado constituye una situación jurídica entre Administración y administrados que se perfecciona no en base al mero consentimiento, como el contrato civil, sino por el imperio del Derecho, que es donde se cita y se confunden los dos elementos de su existencia y eficacia (Monedero, 1977: 90-91).

En resumen, podemos concluir que, en el contrato administrativo, el Estado se propone la satisfacción de un interés público relevante, a diferencia de lo que ocurre con aquellos que se rigen por el derecho privado. El derecho administrativo busca que los efectos de los contratos se extiendan a terceros, que pueden hallarse vinculados o no con su objeto; los contratos de derecho civil, en cambio, no producen efectos sobre terceros ajenos al vínculo contractual (Cassagne, 1999: 11).

2.3. Las prerrogativas de la administración pública: las cláusulas exorbitantes

Como se ha señalado en el acápite anterior, en el contrato administrativo, la igualdad de las partes contratantes resulta mediatizada, pues el agente privado se ve limitado por la norma que fija el procedimiento para su selección y queda sujeto a la autorización y aprobación administrativa correspondiente.

Si bien es cierto que en el régimen general de los contratos administrativos —nos referimos a los suscritos en el marco del D.L. 1017, *Decreto legislativo que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado*— los agentes privados no tienen libertad de disentir sobre las condiciones del contrato y solo pueden aceptarlas o rechazarlas, dicha regla no se aplica de forma tan severa cuando se trata de los contratos de concesión. En este último caso, las condiciones y términos contractuales son objeto de revisión y comentarios por parte de los postores del sector privado, ya que los procesos de promoción de la inversión privada se destacan por incluir periodos de consultas y sugerencias, lo que le permite al privado participar de la elaboración de la versión final del contrato.

En materia de concesiones, las prerrogativas de la administración se manifiestan igualmente en la incorporación de las cláusulas exorbitantes del derecho común. Mediante ellas, se otorgan a la administración pública ciertas prerrogativas que subordinan jurídicamente el interés del agente privado; sin perjuicio de ello, su origen es de carácter normativo, pues se encuentran reguladas por el D.S. 059-96-PCM del 27 de diciembre de 1996, que aprobó el *Texto único ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos* (en adelante, *el TUO de concesiones*).

Las cláusulas exorbitantes son aquellas estipulaciones que resultan inusuales en el derecho privado, pero que en la contratación administrativa se ponen en práctica como potestades a favor de la administración pública, sin que sea necesario incorporarlas por escrito en los contratos para que tengan vigencia efectiva. Según señala Fiorini:

... las cláusulas exorbitantes provienen exclusivamente de la ejecutoriedad que caracteriza a la actividad de la función administrativa. No corresponden al contrato sino a la actividad administrativa, por lo que el carácter ejecutorio que ella misma inviste al acto administrativo unilateral se proyecta también en el acto contractual administrativo o contrato administrativo (1968: 66).

Los antecedentes de la aplicación de la cláusula exorbitante en la contratación administrativa se remontan a la jurisprudencia expedida por el Consejo

de Estado de Francia, a mediados del siglo pasado. Según refiere De la Puente y Lavalle (1999: 8), para diferenciar a los contratos administrativos de los contratos de derecho común, el primer criterio aplicado, en 1900, fue el concepto de servicio público. En el caso Terrier, el Consejo de Estado señaló que:

... todo lo que concierne a la organización y funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, generales o locales —ya sea que la Administración actúe por vía de contrato, o que ella proceda por vía de autoridad— constituye una operación administrativa, que es, por su naturaleza, del dominio de la jurisdicción administrativa.

Sin embargo, este criterio fue abandonado luego, y surgió en la doctrina y en la jurisprudencia francesas el criterio de la cláusula exorbitante del derecho privado, en sentido lato, del derecho común. A partir de este criterio, la diferencia entre los contratos administrativos y los de derecho privado estriba en la existencia de cláusulas especiales insertadas en los primeros, y que evidencian un régimen especial de derecho público. Como ejemplos de cláusulas exorbitantes, Marienhoff (1970: 74) señala las siguientes: a) aquella que faculta a la administración pública a rescindir el contrato por sí y ante sí; b) aquella que le otorga facultades a la administración para dar instrucciones a sus contratantes acerca de cómo debe ir cumpliendo el contrato; c) aquella que confiere a la administración poderes de control fuera de lo común, entre otras.

En nuestra legislación nacional también se recurre a este tipo de cláusulas especiales a favor del Estado. La norma principal que regula la materia de concesiones en el Perú es el TUO de Concesiones. El capítulo V de dicho cuerpo normativo, referido al régimen aplicable a las concesiones, regula los aspectos vinculados con las cláusulas exorbitantes con las que cuenta el Estado en este tipo de contratos. Así, el artículo 32.º del TUO de Concesiones dispone:

Artículo 32.- El Estado podrá:

- a) hacer efectivas las penalidades por incumplimiento previsto en el contrato;
- b) declarar temporalmente suspendida la concesión, cuando concurra alguna de las causales establecidas en el Artículo 38.º del presente Texto Único Ordenado;
- c) declarar la caducidad de la concesión, cuando concurra alguna de las causales previstas en el Artículo 39.º del presente Texto Único Ordenado; y,
- d) modificar la concesión cuando ello resulte conveniente de acuerdo al artículo siguiente.

El artículo 32.º del TUO de Concesiones faculta al Estado a modificar el contrato de concesión «cuando ello resulte conveniente», caso en el cual, por

mandato del artículo 33.º de dicha norma, las partes procurarán respetar la naturaleza de la concesión, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas, así como el equilibrio financiero para ambas partes. Como contraparte, el artículo 17.º establece que los contratos de concesión pueden tener cláusulas que estipulen el pago de una indemnización a favor del concesionario, en caso de que el Estado modifique unilateralmente la concesión.

Con respecto a este punto, las cláusulas exorbitantes que contiene la ley peruana son similares a las que contemplan otras legislaciones. Esto se expone en el anexo 2.

2.4. Las concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, y su regulación en la legislación peruana

La concesión se encuadra dentro de las diferentes técnicas de gestión privada de infraestructuras. En efecto, constituye una forma de gestión indirecta en la provisión de bienes o servicios públicos; esto implica, por un lado, la intervención del sector privado, que asume los riesgos económicos de la explotación bajo una lógica empresarial, y, del otro, la intervención del Estado, el cual mantiene y retiene durante la ejecución, la titularidad del servicio. Siguiendo lo mencionado, Sayagues Laso ha definido a la concesión como:

... el acto de derecho público que confiere a una persona (física o jurídica, privada o pública) un derecho o un poder que antes no tenía mediante la transmisión de un derecho o del ejercicio de un poder propio de la Administración (1963: 421).

En el mismo sentido, la Corporación Andina de Fomento (CAF, 2006: 43-44) señala que la concesión es una técnica a través de la cual el Estado delega a un tercero (por cuenta y riesgo de este) la ejecución o gestión de una actividad o servicio de la cual es titular; o bien, habilita a un tercero (también a su «riesgo y ventura») para que utilice bienes de dominio público con el fin de prestar actividades o servicios de carácter libre, bajo el control y la fiscalización del Estado.

Complementando lo anotado, la CAF (2010) señala, asimismo, que existen tres características fundamentales que diferencian a las concesiones de infraestructura de otros tipos de contratos suscritos por las administraciones públicas:

- a) La transferencia de riesgos al sector privado, especialmente de aquellos que surgen en relación con la disponibilidad y la demanda, con

independencia de que se puedan encontrar mitigados por la administración concedente, mediante mecanismos que se incorporen en el respectivo contrato de concesión.

- b) La transferencia de activos por parte del concedente al sector privado, pero sin que esto implique necesariamente una cesión de la titularidad de la propiedad de aquellos, que sigue en manos de la administración concedente. Esta, por lo general, cuenta con derechos, como la posibilidad de rescatar el activo en el momento que considere oportuno.
- c) El establecimiento de un plazo límite, fijo o variable, acordado contractualmente, a partir del cual el derecho a gestionar dichos activos revertirá de nuevo al concedente.

Con respecto a la naturaleza del contrato de concesión, cabe mencionar la importancia de la doctrina francesa en este aspecto, a partir de la jurisprudencia que sentó el Consejo de Estado francés desde 1912 (Sentencia del 31 de julio, *Société des Granits des Vosges*), que caracteriza al contrato de concesión como uno de carácter mixto, entre contractual y reglamentario (Rufián Lizana, 1999: 24).

Extendiéndonos sobre la naturaleza mixta del contrato de concesión, podemos señalar que, en el Perú, ese ha sido el criterio imperante, y así lo demuestra, por ejemplo, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional a raíz de una acción de amparo interpuesta en el 2004 contra la Municipalidad Provincial de Pasco. En él se describe dicha teoría de la siguiente forma:

... un acto de poder público que se refiere al aspecto legal o reglamentario de la concesión y en atención al cual el Estado se desprende de una determinada actividad para entregarla al sector privado, conservando los poderes de vigilancia y control en atención al interés público; y por otro, una faz contractual, que se refiere a los deberes que recíprocamente se fijan las partes y en las que es posible referirse al contrato de concesión administrativa (Expediente 2488-2004-AA/TC Proceso de amparo interpuesto por la Empresa de Transporte Sol del Perú contra la Municipalidad Provincial de Pasco).

Líneas más abajo, agrega que:

... la naturaleza mixta de la concesión a la que nos hemos referido da lugar a que esta figura permita otorgar a los particulares la gestión de un servicio público que típicamente era realizado de modo directo por la administración. De esta forma, la concesión implica una transferencia limitada de facultades de administración de un servicio público, respecto de las cuales el Estado mantiene facultades de imperio.

En el Perú, la concesión es el acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas, nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos por un plazo establecido, que, de acuerdo con nuestro ordenamiento nacional, en ningún caso excederá de 60 años.

Conforme al artículo 2.º del TUO de Concesiones, la concesión es la modalidad bajo la cual se promueve la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. Mediante ella, el Estado otorga a los particulares: a) la gestión y prestación de una actividad considerada como servicio público; y b) el derecho a la construcción, reparación, conservación y explotación de una obra pública de infraestructura, bajo su propia cuenta y riesgo, construida sobre bienes de dominio público, sujeta a un plazo determinado y sometida a un régimen regulatorio, en el que el pago de las tarifas corre a cargo de los usuarios, como retribución por los servicios básicos y complementarios recibidos.

Sobre este último punto, el artículo 13.º del TUO de Concesiones establece que el contrato de concesión constituye título suficiente para que el concesionario haga valer los derechos que se le otorgan frente a terceros, en especial, el derecho de cobrar tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones.

En relación con el marco legal de las concesiones, resulta posible encontrar un resumen de normas aplicables de ámbito nacional, regional y local en el anexo 3, que consideramos oportuno revisar para conocer con mayor detalle esta normativa.

2.5. El modelo de asociación público-privada (APP)

La CAF (2010) califica al concepto de participación público-privada (PPP) de muy controvertido, ya que, dependiendo del país o de la administración, existen interpretaciones diferentes de lo que es una PPP³.

3. A todo ello se une el hecho de que, por haber sido acuñado originalmente en el Reino Unido el término PPP, sean los británicos quienes lo han asumido como propio. Esta situación ha llevado a que, desde muchos foros, se considere que las únicas PPP son aquellas que tienen su origen en el Reino Unido, como si se tratase de un producto con denominación de origen. La realidad, sin embargo, es muy distinta. Países como España, Chile, México y Colombia promueven exitosamente esquemas de participación público-privada desde hace años.

En el caso peruano, el desarrollo legislativo de las asociaciones público-privadas (APP) se materializó en el 2008 con la publicación en el diario oficial *El Peruano* del D.L. 1012, que aprobó la *Ley marco de asociaciones público-privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada* (Ley de APP). Sin embargo, este tema ya se trataba antes en el Perú. Así, tenemos que, en el 2005, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (ProInversión) publicó el documento *Las Asociaciones Público-Privadas en el Perú*, en el cual se establece una suerte de equiparación entre las APP y las concesiones cofinanciadas de provisión de servicios o infraestructura pública⁴.

ProInversión (2005) también señala que, en la legislación nacional, la APP adopta la forma de una concesión, es decir, la de un contrato firmado entre el Estado y una empresa (que a su vez puede estar conformada por un consorcio de empresas) mediante el cual el primero (gobierno nacional, regional o municipal) otorga, por un plazo determinado, la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de servicios públicos. La APP exige, además, la participación financiera del Estado, en la medida en la que la rentabilidad financiera del negocio no es suficiente para utilizar el esquema clásico de concesiones. Esta participación financiera del Estado puede adoptar distintas formas: pagos complementarios a los peajes o tarifas pagadas por los usuarios; establecimiento de peajes «sombra», cesiones en uso de terrenos, equipos; compromisos de compra de lo producido; etcétera.

No se restringe, sin embargo, la posibilidad de implementar una APP únicamente a través de una concesión; de hecho, se reconoce que:

... los contratos de gerencia, en la medida que conciernan la provisión de un servicio público, podrán ser considerados como asociaciones público-privadas, así como privatización de aquellas empresas que posean derechos de concesión sobre infraestructura pública (construido o por construir) o sobre determinados servicios (ya provistos o por proveer) (ProInversión, 2005).

4. El TUO de Concesiones define las diversas modalidades bajo la cual puede ejecutarse la concesión en obras públicas de infraestructura pública y de servicios públicos:

Artículo 14.- La concesión podrá otorgarse bajo cualquiera de las siguientes modalidades:

- a) A título oneroso, imponiendo al concesionario una contribución determinada en dinero o una participación sobre sus beneficios a favor del Estado;
- b) A título gratuito;
- c) Cofinanciada por el Estado, con una entrega inicial durante la etapa de construcción o con entregas en la etapa de la explotación, reintegrables o no; o,
- d) Mixta, cuando concurren más de una de las modalidades antes señaladas.

Hoy en día, el artículo 3.º de la Ley de APP define a estas asociaciones como:

... modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública o proveer servicios públicos.

Más aún, el artículo 1.º del Reglamento de la Ley de APP precisa y reconoce el alcance que pueden tener estas asociaciones:

Artículo 1.- Objeto.

(...)

Las APP pueden comprender bajo su ámbito, de manera enunciativa, la infraestructura de transporte en general, incluyendo redes viales, aeropuertos, puertos y similares, las obras de servicios públicos, como las de telecomunicaciones, de energía y alumbrado, de agua y saneamiento, otras obras de interés social como la infraestructura turística, la infraestructura de tratamiento y procesamiento de desechos, la infraestructura urbana y de recreación, la infraestructura penitenciaria, de salud y de educación, entre otras. Asimismo, puede incluir la prestación de servicios vinculados a la infraestructura antes referida.

Las modalidades de APP incluyen todos aquellos contratos en los que se propicia la participación activa del sector privado, tales como la concesión, asociación en participación, contratos de gerencia, contratos de riesgo compartido, contratos de especialización, *joint ventures*, así como cualquier otra modalidad contractual permitida por ley.

Ahora bien, pese a que el concepto de APP es controvertido, lo que sí parece admitirse de modo general en la literatura internacional es que, para la construcción, el mantenimiento y la explotación de una infraestructura, las APP requieren algo más que una simple colaboración entre el sector público y el sector privado.

La Comisión de las Comunidades Europeas (2004: 3), en su *Libro verde sobre las APP*, establece de modo acertado una serie de características que debe cumplir todo proyecto de APP: a) la relación entre el sector público y el sector privado debe tener una larga duración; b) el sector privado debe participar de algún modo en la financiación; c) el sector privado debe tener un papel fundamental en el mantenimiento y la explotación de la infraestructura; d) la relación debe establecer una adecuada distribución de riesgos entre el sector público y el sector privado.

En el mismo sentido, la CAF señala que las APP se fundamentan en cuatro principios. En primer lugar, en la idea de que existe una serie de bienes y servicios de interés general que, debido a fallos del mercado (como monopolios naturales, bienes públicos o presencia de externalidades), deben ser supervisados por el sector público. En segundo lugar, en que el sector privado puede contribuir en gran medida a lograr una mayor eficiencia y calidad en la asignación de recursos públicos. En tercer lugar, en la necesidad de definir una adecuada distribución de riesgos entre el sector público y el sector privado para que la relación funcione lo mejor posible. Y, en cuarto lugar, en la idea de que la participación del sector privado en todas las fases del ciclo del proyecto (diseño, construcción, financiación, mantenimiento y operación) puede ser beneficiosa para la provisión de bienes y servicios públicos. Los principios anteriores se pueden sintetizar en cuatro términos: regulación, competencia, integración de la gestión y adecuado reparto de riesgos.

Así, pues, la visión europea y la latinoamericana de las APP coinciden en lo que se refiere a la relación de colaboración entre el agente privado y el Estado, y queda claro, además, que van mucho más allá de la mera relación entre el sector público y el privado, en la medida en la que esta implica no solo una relación, sino también una colaboración con la finalidad de lograr un máximo bienestar social.

Por otro lado, el artículo 3.º de la Ley de APP establece que estas asociaciones son modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorporan experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública o proveer servicios públicos.

Como puede advertirse, la visión que se tiene de las APP en el Perú ha evolucionado: actualmente, no se restringe a las concesiones cofinanciadas o a una modalidad donde impere la participación financiera del Estado⁵; por el contrario, se tiene una concepción más amplia de dicha categoría, y se pone

5. El literal a) del artículo 4.º del D.L. 1012 señala que las asociaciones público-privadas se clasifican en cofinanciadas y autosostenibles. En este último caso, cuando satisface las siguientes condiciones:

- i. Demanda mínima o nula garantía financiada por parte del Estado, conforme se establezca en el Reglamento del Decreto Legislativo.
- ii. Las garantías no financieras tengan una probabilidad nula o mínima de demandar el uso de recursos públicos, conforme se establezca en el Reglamento del Decreto Legislativo.

énfasis en la necesidad de que esa relación entre el Estado y el inversionista privado sea justa y eficiente para la sociedad.

3. Teoría de la renegociación de los contratos de concesión

A continuación, se analiza la teoría de la renegociación de los contratos de concesión, para lo cual se recoge la doctrina internacional sobre el tema. Asimismo, se estudiarán las opiniones de diversos especialistas en relación con la naturaleza incompleta de los contratos y el origen de sus causas, y por ende, a los procesos de renegociación.

3.1. Los contratos de concesión y el interés público

Como hemos mencionado en el acápite 2.1 del presente capítulo, el contrato no es una figura exclusiva del derecho privado; escapa, más bien, del marco estricto del derecho civil y puede, a su vez, ser percibido como un negocio jurídico dentro del derecho público. En este sentido, el contrato como tal es una categoría o figura jurídica de la ciencia del derecho y, consecuentemente, se presenta así en las diversas ramas del derecho, sea comercial, civil, laboral, administrativo, entre otros (Dromi, 2001: 19).

En el caso de los contratos de concesión, estos se caracterizan por su naturaleza mixta, tanto civil como administrativa, debido a los elementos esenciales que contempla. Hoy en día se reconoce que las diferencias entre el régimen del contrato administrativo y el de los contratos civiles distan mucho de ser tan radicales como se pretendió inicialmente. En tal sentido, el reconocido jurista García de Enterría señala que:

... las instituciones básicas del Derecho han sido formadas en el Derecho Civil lo que no implica que no sea posible la aplicación de las mismas a otros sectores del ordenamiento ni que esta aplicación tenga que comportar un régimen institucional radicalmente diferente (2006: 733-741).

Consecuentemente, los contratos de concesión comprenden tanto el régimen de cláusulas exorbitantes del derecho administrativo (por ejemplo, la prerrogativa de resolución unilateral del contrato por temas de interés público) como las instituciones básicas provenientes del derecho civil (por ejemplo, la fuerza mayor o el caso fortuito); por esta razón, actualmente, la mayoría de la doctrina considera que los contratos de concesión tienen una naturaleza mixta (Dromi, 2001: 19-23).

El elemento más importante del contrato de concesión es el objeto contractual, pues este se destina a la satisfacción del interés público. Dicho elemento se toma en cuenta durante la elaboración del contrato, a través del desarrollo de un proceso de promoción de la inversión privada —que implica una relación de continua interacción entre el organismo promotor y los postores—, así como durante el periodo de ejecución contractual. En razón de dicha naturaleza, se considera a los contratos de concesión como contratos públicos de tercera generación o contratos de transformación o sustitución, pues implican el reemplazo de la tarea pública del Estado por un sujeto privado, el concesionario⁶.

En forma general, podemos destacar que los contratos de transformación se caracterizan por conllevar, entre otras cosas, un proceso de sustitución de funciones, el reemplazo de sujetos prestadores y una transferencia de prerrogativas del Estado —a través de algunas de sus entidades públicas— al sector privado. En tal sentido, como menciona Dromi, al celebrar este tipo de contratos, el Estado se convierte en un Estado subsidiario, que decide abandonar

6. Roberto Dromi, en su obra *Renegociación y reconversión de contratos públicos*, clasifica y distingue a los contratos administrativos en contratos de primera, segunda y tercera generación, de acuerdo con los siguientes criterios:

... los primeros son de colaboración o de primera generación o de asistencia, por ello en cuanto a su denominación son tipos de contratos de la Administración o con la administración, como acontece con la clásica obra pública, el suministro o el empréstito. Quien contrata con la administración no es un contratista ordinario sino un colaborador que coopera en la ejecución de cometidos públicos, aun actuando en situaciones de subordinación económica-jurídica respecto de las personas públicas comitentes ... la misma incidencia del interés público en el contrato administrativo hace que la Administración y el contratista no sean considerados solo simples partes que negocian, sino también colaboradores que se encuentran, aun cuando persigan propósitos distintos. Este sentido de colaboración o cooperación se dan en grados variables, pero implica un doble orden de consecuencias. Uno a cargo del contratista, a quien se le exige el máximo esfuerzo, diligencia y capacidad técnica. Otro a cargo de la Administración, en cuanto debe concurrir en auxilio de aquél, incluso fuera de los casos previstos en las leyes o en las cláusulas de los contratos. Los contratos de integración o de segunda generación son el instrumento de la economía de los mercados comunes, que se desarrollan en el marco de las comunidades económicas que viabilizan la superación de las barreras nacionales a través de asociaciones interempresariales, consorcios públicos, contratos binacionales, entre otros. Por último, los contratos de transformación de tercera generación son de delegación de gestión y de autorización de cometidos, en los cuales el Estado es sustituido por el contratista en particular. En términos reales se suma el contratista por incorporación, no es el Estado en sí mismo el que actúa, sino que se produce una confusión entre el interés del contratista, del concesionario y el Estado, por el reemplazo o la sustitución que de este último se lleve a cabo (Dromi, 1998: 35-39).

la gestión directa de los servicios públicos, pero que retiene la regulación y control, sin perjuicio de que subsista su responsabilidad subsidiaria (Dromi, 2001: 59).

Al respecto, Ariño (2009: 12) ha destacado la diversidad de realidades que puede comprender un contrato de concesión; sin embargo, el factor común es que contempla la transferencia de derechos sobre bienes o sobre el ejercicio de una actividad que originalmente corresponde ser administrativa.

Cabe señalar que, una vez perfeccionado, el contrato de concesión se transforma en ley para las partes; no obstante ello, las condiciones pactadas por el Estado no pueden significar perjuicio alguno para el interés público; por el contrario, como hemos expresado, el objeto de los contratos de concesión es la satisfacción de aquel mediante el desarrollo de infraestructura y/o servicios públicos. Sobre el particular, Dromi señala lo siguiente:

Los principios de la “autonomía de la voluntad” y de la “igualdad” jurídica de las partes tienen otra forma de manifestarse en el contrato de la Administración. Es el interés público el que prevalece sobre los intereses privados o de los particulares. En consecuencia, la Administración está investida de prerrogativas en cuanto a la interpretación y modificación del contrato, a efectos de mantener siempre vigente y actualizada la prestación pública necesitada (1998: 17).

Aunque el contrato, a partir de su suscripción, se convierte en ley para las partes, estas pueden —expresando válidamente su voluntad y de común acuerdo— modificar los términos de aquel. Por sus implicancias en el bienestar general de la sociedad, en el caso de los contratos de concesión, las modificaciones que se hacen en ellos presentan algunas limitaciones normativas y/o contractuales en lo que se refiere tanto a las causales como a su procedimiento. Todas ellas serán examinadas en el siguiente capítulo.

Como hemos mencionado, si bien es cierto que las partes pueden modificar las condiciones contractuales acordadas originalmente, estas se pactan para ser, en principio, ejecutadas hasta el final del plazo de vigencia del contrato, más aún si los procesos de promoción de la inversión privada duran varios meses hasta la adjudicación del proyecto y existe, por ende, un periodo razonable de interacción en el cual el organismo promotor y los postores discuten las condiciones de las bases y el proyecto de contrato. En tal sentido, podríamos asumir, en principio, que, a la fecha en la que se cierra el contrato de concesión, las partes tuvieron un tiempo prudencial para conocer todas las condiciones contractuales del proyecto.

Sin embargo, luego de examinar los datos sobre los procesos de renegociación de los contratos de concesión presentados en la parte introductoria de este trabajo, llama la atención la incidencia, tanto en la cantidad de adendas como respecto de los plazos entre la fecha de firma de los contratos y la suscripción de adendas. Por ello, analizaremos, a continuación, la literatura especializada que busca explicar las razones que llevan a renegociar los contratos.

3.2. Contratos de concesión como contrato incompleto

Solo en Latinoamérica, la mayoría de concesiones otorgadas desde 1980 al 2000 fueron renegociadas dentro de un lapso promedio de 2.2 años desde su adjudicación; sin perjuicio de ello, el sector transportes presenta un tiempo promedio mayor de 3.1 años, frente al 1.6 en lo que corresponde a agua y saneamiento. En el 61% de los casos, las renegociaciones fueron solicitadas por el concesionario y en el 26%, por el Estado. Estas se producen con menor frecuencia en sectores más competitivos, como por ejemplo, telecomunicaciones (Guasch, 2005: 30-36).

En cuanto a los temas principales que son objeto de renegociación, se pueden mencionar los siguientes: aumentos de tarifas, obligaciones y cronograma de inversión, componentes de costos que han de ser trasladados a las tarifas, ajuste de la retribución pagada por el concesionario al Estado, cambios en la base de capital sobre la cual imputar la tasa de retorno y extensión de los contratos de concesión, entre otros (Guasch, 2005: 35-36).

En opinión de Guasch (2005: 96), la incidencia de los procesos de renegociación de los contratos de concesión tienen como origen la naturaleza incompleta de estos, y aquellos constituyen, por tanto, un mecanismo o herramienta idónea para superar los problemas resultantes de dicha imperfección. No obstante, antes de continuar con el análisis de la literatura especializada, es pertinente definir o delimitar los conceptos de *contrato incompleto* y *contrato completo*.

En la actualidad, no existe una definición clara de *contrato incompleto* dada por ningún autor especializado; en la mayoría de casos, se lo define como aquel que impone una o más restricciones *ad hoc* respecto de un conjunto de contratos posibles en un determinado modelo; en dicha línea, Tirole señala que «For all its importance, there is unfortunately no clear definition of “incomplete contracting” in the literature. While one recognizes one when one sees it, incomplete contracts are not members of a well-circumscribed family» (1999: 743).

No existen elementos o características predeterminadas y plenamente identificables mediante las cuales se pueda definir a los contratos incompletos

y sus límites; por el contrario, como señala Tirole, uno solamente reconoce un contrato incompleto cuando lo tiene delante.

De otro lado, la teoría de la contratación óptima⁷ señala que, si bien las partes no pueden obligarse a no renegociar el contrato en el futuro, este nunca será sujeto a renegociación siempre que se pacten todas las contingencias posibles y se incluya una descripción completa del procedimiento que deberán llevar a cabo las partes (Guasch, 2005: 95); sin embargo, tal y como se explica a través de la teoría planteada por Guasch, las partes no pueden prever *ex ante* todas las posibles circunstancias sobrevinientes que pueden ocurrir después de la suscripción del contrato y afectar la ejecución del mismo.

Consecuentemente, estamos ante un contrato incompleto cuando se inicia un proceso de renegociación debido a que ocurren eventos que no han sido inicialmente previstos y que, por ende, resultan extraordinarios a su desarrollo contractual (Guasch, 2005: 95-103). La imperfección de los contratos que da lugar a su renegociación se presenta, principalmente, a causa de los siguientes factores:

- a) La imposibilidad de las partes o, en todo caso, los altos costos que implica describir de forma detallada en un contrato todas las posibles contingencias que podrían afectar su desarrollo.
- b) También se presentan aquellos supuestos que, si bien pueden ser identificados, son de difícil o imposible verificación por parte de terceros y, consecuentemente, presentan serios problemas para los tribunales de justicia.
- c) Existen contingencias que no pueden preverse, más aún en el caso de los contratos de concesión que contemplan largos plazos de vigencia.
- d) Los agentes presentan límites a su racionalidad, dado que frecuentemente cometen errores y necesitan de un periodo de aprendizaje para alcanzar la contratación óptima, lo que solo es posible a largo plazo. La renegociación es un mecanismo de corrección.

7. En relación con la contratación óptima, Tirole ha expresado que:

The important feature of complete contracting is that the only impediments to perfectly contingent contracting are that the agents may have private information at the date of contracting (adverse selection), receive future information that cannot be directly verified by contract enforcement authorities, that this information may be private information (hidden knowledge) and that agents may take actions that cannot be verified (moral hazard). There is no limitation on the parties' ability to foresee contingencies, to write contracts, and to enforce them (1999: 754).

- e) Otro elemento a tener en cuenta es el cambio de los objetivos gubernamentales. Al respecto, debemos señalar que las metas que el Estado se propone alcanzar mediante su programa de inversiones —que es lo que, finalmente, da lugar a la suscripción de los contratos de concesión—, dependen del gobierno de turno. Ello puede, por tanto, llevar, en algunos casos, a su renegociación, especialmente cuando los objetivos del gobierno presente durante el periodo de ejecución contractual son distintos de los del gobierno que suscribió el contrato.

Tirole y Guasch coinciden en señalar que la mayor parte de la literatura especializada en teoría de contratos incompletos invoca los altos costos de transacción como la principal razón de la imperfección de los contratos de concesión, sin perjuicio de la especificidad de su naturaleza, y cuya renegociación puede implicar factores adicionales como, por ejemplo, el cambio de los objetivos gubernamentales (Tirole, 1999: 741-742; Guasch, 2005: 97).

Los altos costos de transacción tienen su origen, en primer lugar, en la imposibilidad de las partes de prever todas las contingencias que pueden suceder durante la ejecución contractual; por lo tanto, se deduce de ello que existe la posibilidad de que deban afrontar contingencias imprevistas. Al respecto, Tirole expresa lo siguiente:

Unforeseen Contingencies: parties cannot define ex ante the contingencies that may occur (or actions that may be feasible) later on. So, they must content themselves with signing a contract such an authority or ownership relationship that does not explicitly mention those contingencies, or with signing no contract at all (1999: 743).

Por tanto, como señala Tirole, ante el carácter imprevisible de las contingencias, las partes deben tomar una decisión con respecto a la satisfacción de sus intereses: suscribir contratos que no incorporen explícitamente tales contingencias o no suscribir ninguno.

No obstante, incluso en el supuesto de que las partes fuesen realmente capaces de prever todos los eventos que podrían sobrevenir, el número de estos resultaría tan elevado que su descripción y, por ende, la redacción del respectivo contrato terminarían siendo altamente costosos. Y aun cuando esto fuese posible, existe un tercer factor clave que se ha de considerar: los tribunales deben ser capaces de comprender el contrato perfectamente y al detalle, y, luego, de verificar lo acordado contractualmente respecto de las contingencias y las actuaciones de las partes, a efectos de hacer que se cumpla (Tirole, 1999: 744). Si los tribunales no logran entenderlo en su totalidad ni pueden efectuar

la posterior verificación debido a la complejidad del texto, la ejecución del contrato en cuestión generará un costo excesivo.

En la práctica, la eficacia de los contratos completos es limitada en razón de lo siguiente: primero, la imposibilidad de describir todas las contingencias posibles; segundo, el papel que desempeña la renegociación en los contratos, pues esta permite corregir errores; tercero, el rol y la capacidad de los tribunales para hacer cumplir dichos contratos; y cuarto, la asimetría de información entre las partes, entre otros (Tirole, 1999: 761-762; Guasch, 2005: 95-103).

A modo de resumen, resulta preciso citar la opinión de Huamaní y Vargas, quienes comparten la teoría, desarrollada en líneas anteriores, referida a los altos costos de transacción y a la naturaleza incompleta de los contratos de concesión:

... los Contratos de Concesión están sujetos a renegociaciones (Adendas o Actas de Acuerdo) que, según el principio económico de la Teoría de Costos de Transacción desarrolladas por Ronald Coase, Oliver Williamson, entre otros, pueden deberse a la existencia de Contratos Incompletos, que son, a su vez, consecuencia de la racionalidad limitada de los agentes (Williamson, 1985). La racionalidad limitada hace que los agentes no puedan describir o identificar todas las contingencias que podrían afectar al desarrollo del contrato, así como la imposibilidad o el alto costo de incluir en los contratos dichas contingencias (Hart y Moore, 1988). Debe indicarse que renegociaciones por esta causa son instrumentos positivos que sirven para mejorar el diseño del contrato y aumentar el bienestar común (Guasch, 2004) (Huamaní & Vargas, 2011: 93).

3.3. Renegociación de los contratos de concesión

Además de lo señalado en el acápite anterior, en lo que se refiere la renegociación de los contratos de concesión considerados como contratos incompletos, existen algunos factores especiales que se deben tener en cuenta. Guasch, al hacer referencia a un estudio realizado en conjunto con Laffont y Straub sobre el impacto de las restricciones institucionales en los procesos de renegociación, concluye que existen una serie de factores que inciden directamente en dicho fenómeno (Guasch, 2005: 101-103):

- a. Cuanto mayor esté capturado el Estado por parte del sector privado, mayor es la probabilidad de una renegociación.
- b. Cuanto mayor sea la inversión comprometida, mayor es la probabilidad de renegociación.

- c. La existencia del arbitraje como mecanismo de solución de controversias en los contratos de concesión aumenta las probabilidades de iniciar una renegociación.
- d. La existencia de una agencia reguladora disminuye las probabilidades de renegociación.
- e. Las garantías de ingresos mínimos reducen las probabilidades de renegociación.
- f. El otorgamiento de concesiones poco tiempo antes o después de un proceso electoral aumenta la incidencia de renegociaciones.
- g. Una mayor proporción de los riesgos asignados a los operadores privados aumenta la incidencia de renegociaciones.
- h. A medida que el número de concesiones otorgadas aumenta en un país, la incidencia de la renegociación disminuye.
- i. Las crisis macroeconómicas aumentan la incidencia de renegociaciones.

Por ende, en los contratos de concesión, además de su naturaleza de contratos incompletos, existen factores especiales que inciden de manera directa en la mayor o menor probabilidad de iniciar un proceso de renegociación. En dicha línea, resultan relevantes las observaciones sobre la naturaleza incompleta de los contratos de tercera generación —también conocidos como *contratos de transformación*— que hace Dromi, y cuya opinión citamos a continuación:

Evidentemente, al contratar era posible prever que determinadas circunstancias podrían llegar a producirse. En este sentido, muchas de las disposiciones contractuales, en un esfuerzo de prospectiva, pretendieron anticiparse a los acontecimientos, de ahí la minuciosidad de estos contratos. (...)

Pero, la realidad ha demostrado nuevamente ser capaz de superar cualquier previsión, que por los demás no podría anticipar la forma o magnitud de las contingencias, ante el dinamismo de un proceso de cambio estructural.

Estos contratos de transformación se hallan sujetos por su dinamismo a causas exógenas: políticas, económicas y sociales, y la realidad nos demuestra que están sufriendo o debatiéndose, por la transformación de las condiciones oportunamente pactadas, frente a la imposibilidad de su cumplimiento en la forma en la que fueron convenidos (Dromi, 1998: 60-61).

En otras palabras, la realidad supera a cualquier tipo de previsión contractual; por lo tanto, este tipo de contratos administrativos tiende a incluir procesos de renegociación durante el periodo de ejecución contractual, no solo por

su naturaleza incompleta sino también por los factores que inciden de forma directa en las concesiones.

Al respecto, Zevallos (2011a) ha señalado que, en el caso de los contratos de concesión, no se trata solamente de un problema de costos de transacción, sino también de un problema de asimetría de información con la que cuentan las partes, lo que genera una mayor imperfección. Más aún, Zevallos (2011a: 52) destaca la importancia de la información *ex ante* de cara al diseño del contrato.

Sobre el particular, compartimos lo expresado por Guasch:

No siempre una renegociación es indeseable, algunas son pertinentes y constituyen esfuerzos que pueden mejorar el bienestar general. Sin embargo, las que deben evitarse son las renegociaciones oportunistas, tanto en concesiones existentes como futuras. El tema clave es cómo diseñar mejores contratos de concesión y cómo lograr que las partes cumplan con los términos acordados en la concesión, para asegurar una eficiencia del sector a largo plazo y una vigorosa expansión de las redes (2005: 17).

En este punto, cabe precisar que la conducta oportunista referida puede provenir tanto del gobierno como de la empresa privada. Si bien reconocemos la naturaleza incompleta de los contratos de concesión, consideramos que los procesos de renegociación solo deben desarrollarse cuando se justifiquen por eventos sobrevinientes, sean estos extraordinarios o imprevisibles, los cuales pueden estar relacionados con la propia operatividad y ejecución del proyecto, o bien con cambios en la coyuntura económica, en las necesidades de la población, entre otros⁸. A partir de las definiciones dadas por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (DRAE), podemos afirmar que:

8. Al respecto, cabe mencionar que no consideramos dentro del objeto de estudio y análisis de la presente investigación aquellos procesos de renegociación que tuvieron como origen eventos o circunstancias preestablecidas en su diseño como supuestos de renegociación en los contratos de concesión. Ello porque dichos supuestos no reúnen las características de eventos sobrevinientes, extraordinarios y/o imprevisibles; por el contrario, se tratan de situaciones pactadas por las partes y que serán aplicables y vinculantes durante la ejecución contractual (por ejemplo, las cláusulas que establecen la futura negociación de las partes para efectos de acordar la distribución de ingresos por servicios complementarios respecto de actividades no listadas en el contrato de concesión; o, mencionando un caso particular, el procedimiento para que el concesionario presente proyectos para construir ramales ferroviarios dentro del área de influencia establecido en el contrato del Ferrocarril del Centro, debiendo procederse con un documento modificadorio del contrato. Sobre ello, ver la adenda 4. Haciendo alusión a los términos utilizados en este trabajo, dichos eventos supondrían una modificación contractual más que una renegociación propiamente dicha, entendida esta última como la alteración de los aspectos estructurales de la contratación.

- a. Se entiende por *evento sobreviniente* a aquel que sucede o acaece después de otro, en este caso, luego de que se ha firmado el contrato de concesión.
- b. Se considera *evento extraordinario* a aquel que ocurre fuera del orden previsto en el contrato.
- c. Evento imprevisible es aquel respecto del cual no se ha podido establecer medida alguna en el cuerpo del contrato.

Sin menoscabo de lo señalado en las líneas precedentes, consideramos que cualquier limitación legal y/o contractual a la modificación de los contratos de concesión debe establecerse sobre la base de parámetros o criterios de aplicación, mas no de supuestos estrictos de aplicación, como sucede actualmente en la regulación legal contenida en el artículo 9.º del Reglamento de la Ley de APP, mediante el cual se restringe la posibilidad de efectuar adendas a los contratos de APP durante los primeros tres años desde la fecha de suscripción, salvo para casos expresamente tipificados en la referida norma.

Por otro lado, es necesario destacar que los procesos de renegociación no pueden ni deben menoscabar o eliminar los beneficios obtenidos de un proceso de promoción competitivo, toda vez que el desarrollo de este tiene como objetivo adjudicar la buena pro y, por tanto, el derecho de concesión a favor de aquel postor más eficiente.

Para el jurista Roberto Dromi, las contingencias que generan la renegociación de los contratos de concesión pueden ser agrupadas, por un lado, en aquellas circunstancias sobrevinientes que no pudieron ser previstas por las partes al momento de perfeccionar el contrato y, por el otro, en aquellas acerca de las cuales, aun siendo previstas en aquel, el desarrollo de los acontecimientos demostró la insuficiencia de su previsión contractual (Dromi, 1998: 67). Podemos concluir, entonces, que la imprevisión supone la existencia de circunstancias sobrevinientes, extraordinarias o imprevisibles que, en el momento de la firma del contrato, no permiten contemplar los medios necesarios para solucionar sus efectos en el desarrollo contractual (Dromi, 1998: 73).

En suma, la renegociación puede ser positiva, en la medida en la que afronta la naturaleza forzosamente incompleta de los contratos; por tanto, estos deben renegociarse en caso de circunstancias sobrevinientes, extraordinarias o imprevisibles, bajo parámetros o criterios que puedan servir de guía; en caso contrario, como señala Guasch, podría debilitarse el mecanismo competitivo que implican los procesos de promoción de la inversión privada para efectos de la selección del concesionario y, consecuentemente, perjudicar el diseño

integral de la concesión y el interés general público (Guasch, 2005: 53-55). Por consiguiente, el Estado debe garantizar y salvaguardar el interés público a través de la renegociación, sea que haya sido solicitada por el concesionario o por el concedente, pues este es el motor, motivo y finalidad de la actividad administrativa contractual del Estado (Dromi, 1998: 14).

Es justamente sobre la base del principio del interés público y de la naturaleza forzosamente incompleta de los contratos de concesión, que estos no se deben interpretar como pro rescisión, pro rescate o pro revocación, sino que deben entenderse como pro vigencia, pro validez, pro continuidad, en suma, en aplicación del principio de conservación del contrato, de ahí que resultará como primera opción del concedente dar inicio a un proceso de renegociación, antes que a su rescisión. Al respecto, Dromi opina lo siguiente:

El principio de «continuidad» se explica también como «defensa», «conservación» o «permanencia» del contrato. La última «ratio» es la resolución o la rescisión del contrato, porque significa volver a empezar, porque el interés público no se detiene, no se suspende, no se paraliza, ergo, todo continúa (1998: 22).

Como señala el citado jurista, el principio de interpretación «pro continuidad» se debe principalmente a que el interés público debe ser atendido de forma continua; por ende, la resolución o rescisión del contrato puede conllevar mayores perjuicios que su renegociación.

Consecuentemente, el principio del interés público es tanto el motor que da origen al proceso competitivo que se desarrolla para seleccionar al postor más eficiente, como también al mantenimiento y a la vigencia del contrato y, ergo, a su renegociación. Con ello no estamos diciendo que la rescisión o el rescate de los contratos de concesión no sean válidos; por el contrario, forman parte de las potestades exorbitantes que tiene el Estado en calidad de concedente; sin embargo, estas medidas serán válidas una vez que se hayan agotado las instancias de renegociación o, en todo caso, de reconversión (Dromi, 1998: 64). Las diferencias entre la renegociación y la reconversión serán tratadas posteriormente.

3.4. Límites a la renegociación de los contratos de concesión

Sin perjuicio de lo señalado, cabe mencionar que toda renegociación de los contratos de concesión presenta algunos límites reconocidos por la doctrina jurídica y la literatura especializada, los cuales analizaremos a continuación. De manera particular, los límites que establece nuestro ordenamiento jurídico serán estudiados en el siguiente capítulo.

En efecto, en la literatura especializada se destacan principalmente dos límites. Por un lado, respetar la sustancia del contrato y la esencia de su objeto, lo que se conoce como «mutabilidad razonable», y, por el otro, el equilibrio económico-financiero⁹. Ello sin perjuicio de que durante todo el desarrollo del proceso de renegociación se salvaguarde el interés público general.

Dichos límites son reconocidos por la doctrina nacional e internacional y, a su vez, han sido recogidos por la legislación peruana en los artículos 30.º y 33.º del TUO de Concesiones, así como en el artículo 9.º del Reglamento de la Ley de APP. El análisis pertinente del marco legal de la renegociación de los contratos de concesión en nuestro país se hará en el siguiente capítulo.

No obstante, describiremos brevemente, a continuación, los límites de la renegociación desde el punto de vista doctrinario, lo que nos servirá como referencia inicial y como garantía del interés público y del interés del inversionista privado que se aboca al desarrollo de un proyecto de infraestructura o servicio público (Dromi, 2001: 36-39).

- a) *Mutabilidad razonable*: todo proceso de renegociación de un contrato de concesión, sea a iniciativa del concedente, o bien del concesionario, debe respetar la sustancia y esencia del objeto del contrato. En tal sentido, cualquier modificación contractual debe tener presente los términos contractuales pactados inicialmente que contemplan la descripción de las principales actividades o prestaciones a cargo del concesionario (diseño, construcción, operación, mantenimiento, etc.), fundamentalmente aquellos relacionados con el desarrollo de infraestructura o servicio público que son objeto del contrato, sus características, índices de calidad, entre otros.
- b) *Equilibrio económico-financiero*: a la fecha de suscripción de todo contrato de concesión, las partes declaran expresamente que todas y cada una de las prestaciones y obligaciones a cargo de ellas se encuentran en per-

9. En relación con el equilibrio de los contratos de tercera generación, Dromi señala lo siguiente:

La formalización de cualquier contrato supone la resultante de un equilibrio entre las prestaciones a cargo de las partes y las finalidades, expresas o implícitas, que se tienden a cumplir a través de ese acuerdo de voluntades. En una palabra, existe un equilibrio entre lo que pretende obtener una y otra parte del contrato. Ese equilibrio está conformado por una suma de elementos que integran o componen la fórmula que a su vez tiene dos propios. Uno de contenido económico: la intangibilidad y estabilidad del precio, y otro de contenido político: la tangibilidad y actualidad del interés público (1998: 53).

fecto equilibrio, el cual debe mantenerse durante toda la vigencia del contrato. El equilibrio económico-financiero supone la existencia de un equilibrio entre los derechos y las obligaciones que las partes asumen.

En el caso del concesionario, existirá un equilibrio entre las prestaciones a su cargo —principalmente la inversión para brindar servicios de acuerdo con los índices de calidad establecidos contractualmente y/o regulados— y los beneficios obtenidos mediante las tarifas; es decir, existirá un equilibrio entre costo y beneficio previsto contractualmente. En relación con el equilibrio económico-financiero y la fijación de tarifas, Guasch opina lo siguiente:

En primer lugar, la regulación restringe las acciones que puede adoptar un concesionario, siendo la más importante la fijación de las tarifas. En segundo lugar, se espera que las tarifas se fijen de tal forma que permitan al concesionario obtener ganancias razonables. Cuando las empresas no son capaces de obtener los retornos esperados, apuntan lógicamente, a modificar las condiciones del contrato. Esta premisa se encuentra detrás de la denominada cláusula de equilibrio financiero, implícita o explícita en la mayoría de los contratos de concesión de servicios y legislaciones. *Esta cláusula es, en principio, uno de los pilares válidos de cualquier contrato de concesión, ya que los inversores privados deberían poder obtener una tasa de retorno justa sobre sus inversiones* (2005: 56).

El equilibrio económico-financiero de las prestaciones y obligaciones a cargo de las partes se traduce en una fórmula. Dicho equilibrio supone que los ingresos menos los costos deberían generar un adecuado retorno sobre las inversiones y, de acuerdo con Guasch (2005: 56), ello puede ser representado mediante la siguiente ecuación:

$$R = PQ - OyM - T - D = rK_i$$

Donde R : ganancias; P : tarifa o precio; Q : cantidad; OyM : costos de operación y mantenimiento; T : tributos; D : depreciación; r : costo de oportunidad del capital; y K_i : inversión del capital propio en el momento i .

En caso de ruptura del equilibrio económico-financiero, las partes deberán efectuar los ajustes respectivos en el contrato, mediante un proceso de renegociación, a efectos de evitar un enriquecimiento o empobrecimiento indebido o sin causa, o, en todo caso, se deberá proceder a indemnizar a la parte perjudicada. Por tanto, estamos ante un mecanismo dinámico que permite atender a la seguridad jurídica de las partes, pues ante hechos sobrevinientes que acaecen durante la ejecución del contrato, tanto el concedente como el concesionario

gozan de un mecanismo que permite que los derechos y obligaciones retomen su adecuada equivalencia (Dromi, 2001: 231-233).

En resumen, en cualquier caso de renegociación, sea que esta se inicie por solicitud del concedente o a pedido del concesionario, se debe procurar mantener el equilibrio económico-financiero, que servirá como salvaguarda tanto del interés público como del interés particular del inversionista privado.

3.5. Renegociación y reconversión

Resulta pertinente diferenciar la renegociación y la reconversión de un contrato de concesión. En ambos casos, estamos ante mecanismos mediante los cuales se lleva a cabo una alteración de los términos contractuales originalmente contemplados por el concedente y el concesionario; sin embargo, en el campo de la doctrina, la renegociación implica mantener los términos esenciales del contrato, pero modificando, a su vez, sus modalidades, plazo, precio, entre otros. La reconversión, en cambio, conlleva un cambio en el objeto del contrato, es decir, en el fin de la prestación a cargo del concesionario.

Sobre el particular, Dromi ha analizado ambas instituciones e identifica sus diferencias, relacionando cada una con lo que el jurista denomina *ecuación política* (referida al servicio público o infraestructura que es objeto de las prestaciones a cargo del concesionario) y *ecuación económica* (referida al precio que se paga al concesionario por sus prestaciones) del contrato de concesión:

La renegociación es una novación actualizadora de la eficacia contractual, en cambio la reconversión es una novación transformadora de la vigencia contractual, por ello, esta última afecta el elemento objeto del contrato.

Formalmente coinciden ambos sistemas, es decir que la renegociación o la reconversión son operativas cuando se altera cualquiera de las ecuaciones del contrato público: la económica o la política. Sin embargo, en la práctica generalmente se asocia la renegociación al quebranto de la ecuación económica y la reconversión al de la ecuación política. Es decir, en la praxis hay una proximidad entre renegociación con ecuación económica y reconversión con ecuación política, pero ello no implica que esté vedada la solución de reconversión en un caso donde se encuentre alterada la ecuación económica y viceversa (Dromi, 1998: 124).

La reconversión del contrato de concesión está relacionada más estrechamente con las potestades exorbitantes del Estado para la defensa del interés público —razón por la que se suscribe el contrato— y, en tal sentido, es la herramienta de la cual dispone aquel para mantener actualizada la ecuación

política del contrato, aquella que se refiere a las prestaciones relacionadas con el servicio o la infraestructura públicos. En cambio, renegociar implica simplemente reequilibrar los elementos que componen el contrato de concesión y, por ende, se relaciona con su equilibrio económico-financiero, aunque no se limita a este y solo implique ajustes sobre la base misma del contrato.

Al respecto, los lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de contratos de concesión (en adelante, *los Lineamientos*), aprobados mediante Acuerdo 557-154-04-CD-OSITRAN, de fecha 17 de noviembre de 2004, hacen mención expresa a lo que se entiende en el ordenamiento jurídico peruano como *reconversión*, y la definen como:

... cambios estructurales o transformaciones sustanciales en los Contratos de Concesión, por ejemplo: cambios en el objeto del Contrato de concesión, cambio en las prestaciones principales a cargo de las partes y fusiones que afectan la ejecución del objeto del Contrato de Concesión.

En lo que respecta al análisis de las adendas de los contratos de concesión comprendidos en este estudio, no se distinguirá entre renegociación y reconversión. En adelante, se entenderá que toda referencia a la renegociación de contratos incluye cualquier tipo de alteración de los términos contractuales originales, siempre que se derive de circunstancias que no se encuentran contempladas como supuestos de renegociación en el cuerpo mismo del contrato.

MARCO NORMATIVO E INSTITUCIONAL DEL SISTEMA DE CONCESIONES

En este capítulo abordaremos el marco institucional del sistema de concesiones en el Perú, enfocándonos en el sector de infraestructura de transporte, que es el objeto de nuestro estudio por ser el que ha alcanzado el mayor desarrollo en los últimos años. Desde el punto de vista institucional, en el Perú existen organismos especialmente relevantes en los procesos de promoción de la inversión privada, tales como ProInversión, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) y el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositrán); ello no excluye la intervención de otras entidades que tienen una participación trascendente en la estructuración de los proyectos, las cuales serán analizadas con mayor detalle en los siguientes acápite.

El análisis que efectuaremos considera una descripción y una evaluación de las funciones otorgadas mediante ley a los actores involucrados en todas las etapas del proceso de promoción de la inversión privada; continuará con una breve explicación de las actividades identificadas en dicho proceso y que se llevan a cabo hasta lograr el objetivo final: la suscripción del contrato de concesión.

Posteriormente, analizaremos el tema de la renegociación de los contratos de concesión mediante la revisión de su marco legal, con el fin de presentar los principales aspectos relacionados con su modificación, el análisis de estas normas y su interpretación. Finalmente, haremos una crítica al artículo 9.º del Reglamento de la Ley de APP, D.S. 146-2008-EF y a la interpretación que de ella hace Ositrán.

1. El sistema de concesiones en el Perú y los actores involucrados

Se presentan las funciones de cada uno de los actores que intervienen en el sistema de concesiones en infraestructura de transportes contemplados en el

modelo peruano, destacando la interacción de estos en los procesos de promoción de la inversión privada hasta el otorgamiento de la concesión, hecho que se materializa jurídicamente con la suscripción del contrato correspondiente.

1.1. Organismo promotor de la inversión privada

Los organismos promotores de la inversión privada (OPIP) son los encargados de llevar a cabo el proceso de promoción de la inversión privada mediante el cual se otorgará y adjudicará, dentro del marco de sus competencias, el derecho de concesión para la explotación del servicio público.

Nuestro sistema de concesiones se desarrolla bajo tres ámbitos: nacional, regional y local. En el caso del Gobierno Central, los OPIP son ProInversión y los ministerios correspondientes, a través de los comités de inversión. En el caso de los gobiernos regionales y locales, las facultades de las OPIP se ejercen de manera directa a través del órgano de gobierno regional o local designado para tales efectos. En dicho sentido, el numeral 5.4 del artículo 5.º del Reglamento de la Ley de APP establece las competencias de los OPIP por nivel de gobierno, de acuerdo con lo siguiente:

Artículo 5.- Incorporación de los procesos y asignación a los Organismos Promotores de la Inversión Privada-OPIP

(...)

5.4 La Resolución Suprema, el acuerdo del Consejo Directivo de PROINVERSION o el acuerdo de Consejo Regional o Concejo Municipal de incorporación al proceso de promoción de la inversión privada de proyectos de provisión de infraestructura y servicios públicos a través de la modalidad de APP, según corresponda, tendrá en cuenta lo siguiente:

i) Serán asignados a PROINVERSION los proyectos de competencia nacional que cumplan alguna de las siguientes condiciones:

- a. Tener un monto total de inversión superior a 15,000 UIT.
- b. Ser multisectoriales.
- c. Tener alcance geográfico que abarque más de una región.

(...)

ii) Serán asignados a los Comités de Inversión de los Ministerios respectivos, los proyectos de competencia nacional que no se encuentren comprendidos dentro de lo indicado en el literal i) del numeral 5.4.

iii) Serán asignados a los Gobiernos Regionales los proyectos de su competencia y aquellos que tengan alcance geográfico que abarque más de una provincia.

iv) Serán asignados a los Gobiernos Locales los proyectos de su competencia, de acuerdo a lo indicado en el Artículo 6 de la Ley.

Si bien existen organismos promotores según el nivel de gobierno respectivo —sea este nacional, regional o local—, para efectos de la presente investigación enfocaremos nuestro análisis únicamente en un esquema de entrega en concesión a cargo del Gobierno Central o Nacional a través de ProInversión. Al respecto, el artículo 5.º del TUO de Concesiones establece que ProInversión «se encargará de diseñar y conducir el proceso de promoción de la inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, unificando la toma de decisiones a este respecto, como organismo rector máximo».

En suma, dentro de su ámbito de competencia, ProInversión se encarga de la ejecución de las siguientes actividades: a) diseño de los procesos de promoción de la inversión privada, que se efectúa sobre la base de los estudios y de la información brindados por el sector correspondiente para una adecuada estructuración del proyecto de inversión que habrá de ser ejecutado mediante el marco de las APP; y b) la conducción del referido proceso de promoción desde su convocatoria hasta la suscripción del contrato.

1.2. Entidad concedente

Las entidades públicas —a través de las cuales opera el Estado peruano—, como titulares de los servicios y de los bienes públicos, son las que entregan estos en concesión para su aprovechamiento económico. Los ministerios y los gobiernos regionales y locales operan como entidades concedentes y, por tanto, se constituyen en parte de los referidos contratos.

El concedente es quien decide qué proyectos son los adecuados para ejecutar, y luego encarga su incorporación al proceso de promoción de la inversión privada (PPIP); con este fin, lleva a cabo los estudios previos correspondientes de ingeniería y demanda que se permita a ProInversión conducir el PPIP y lograr la mayor concurrencia posible de postores especializados en la naturaleza de la infraestructura y el servicio público que se pretende concesionar¹⁰.

Su labor, sin embargo, no se agota al término del PPIP ni mucho menos con la suscripción del contrato de concesión, puesto que en dicho periodo el concedente se convierte en parte del contrato —como titular del bien o servicio

10. Cabe mencionar que a partir de la publicación del D.S. 106-2011-EF, mediante el cual se modifica el artículo 5.4 del Reglamento de la Ley de APP, ProInversión ha asumido las labores de unidad formuladora, por lo que deberá tramitar la declaratoria de viabilidad y contar con la opinión favorable de la Oficina de Programación e Inversiones (OPI) del ministerio o ministerios del sector o sectores competentes en la materia sobre la cual versa la APP correspondiente.

entregado en concesión a un particular— y, como tal, su labor será fundamental durante todo el tiempo de vigencia del contrato.

1.3. Ministerio de Economía y Finanzas

La participación del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) en el desarrollo de proyectos de concesión se plasma, por un lado, en la aprobación de las garantías que se han de otorgar a favor del concesionario y/o los niveles de cofinanciamiento —que son recogidos en el proyecto de contrato de concesión— y, por otro lado, en los requisitos y procedimientos establecidos en el Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP).

En el primer caso, cualquier tipo de otorgamiento de garantías, sean financieras o no financieras¹¹, se trate de una APP autosostenible o cofinanciada, requerirá la opinión favorable del MEF¹².

En el segundo caso, el SNIP tiene como finalidad optimizar el uso de los recursos públicos destinados a la inversión, para lo cual se establecen principios, procesos, metodologías y normas técnicas relacionados con las diversas fases de los proyectos de inversión; esta intervención se sustenta en tanto exista disposición de fondos públicos, como es el caso específico de las concesiones cofinanciadas¹³. Cabe mencionar que, de acuerdo con lo establecido por el numeral 9.1 del artículo 9.º de la Ley de APP, en el caso de proyectos de

11. De acuerdo con el artículo 10.º de la Ley de APP, se entiende por *garantías financieras*, a aquellos «aseguramientos de carácter incondicional y de ejecución inmediata, cuyo otorgamiento y contratación por el Estado tiene por objeto respaldar las obligaciones del Concesionario, derivadas de préstamos o bonos emitidos para financiar los proyectos o para respaldar obligaciones de pago del Estado», en el caso de proyectos cofinanciados. Por otro lado, se entiende por *garantías no financieras* a aquellos «aseguramientos estipulados en el contrato que se derivan de riesgos propios de un proyecto».

12. Ver artículo 9.º de la Ley de APP.

13. El SNIP es gestionado por el MEF a través de la Dirección General de Programación Multianual del Sector Público, el cual emite las directivas que regulan las fases y etapas del ciclo del proyecto, las funciones y atribuciones de los órganos del SNIP, la programación multianual de la inversión pública. Corresponde a esta dirección efectuar el seguimiento de los proyectos de inversión pública y declarar su viabilidad, especialmente cuando las fuentes de financiación impliquen operaciones de endeudamiento o conlleven el aval o garantía del Estado. La evaluación y aprobación de proyectos se encuentra descentralizada. Actualmente, todo proyecto es evaluado y declarado viable por la Oficina de Programación e Inversiones (OPI) de cada sector, según sus competencias y sin límite de monto. Para mayor detalle, revisar la Directiva General del Sistema Nacional de Inversión Pública, Directiva 001-20011-EF/68.01, aprobada por R. D. 003-20011-EF/68.01 y publicada en el diario oficial *El Peruano* el 9 de abril de 2011

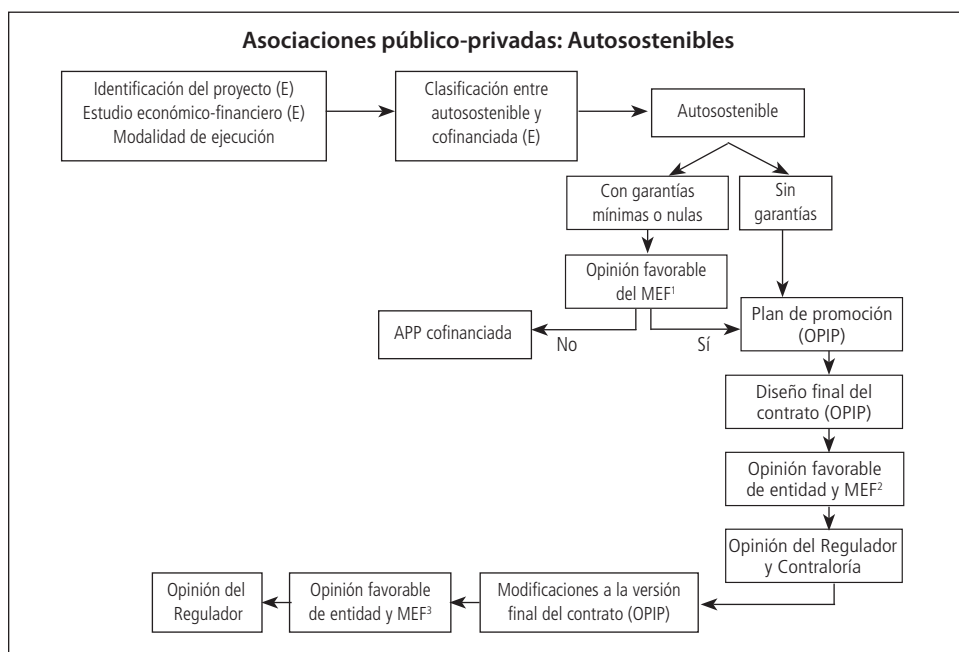


Gráfico 2.1. Etapas del proceso de promoción de las APP autosostenibles

Fuente: Gómez (s.f.).

Notas: ¹ No se especifica la materia de opinión.

² En materia de su competencia.

³ Modificaciones significativas a los parámetros económicos.

inversión autosostenibles (ver gráfico 2.1), estos pasan directamente a la etapa de diseño del proyecto, sin requerir la declaración de viabilidad exigida por el SNIP, y es necesaria únicamente la opinión favorable del MEF, en caso de que el proyecto requiera del otorgamiento de garantías^{14,15,16,17}.

14. En este último supuesto, nos encontramos frente a compromisos contingentes que asume el Estado en los proyectos de APP, entendido esto como «las potenciales obligaciones de pago a cargo del Estado a favor del privado, correspondiente a las garantías que el Estado haya otorgado a fin de mejorar el perfil de riesgo del proyecto e incentivar la participación privada» y las garantías establecidas en el literal a) del artículo 4.º de la Ley de APP, bajo los límites que establece el Reglamento de la Ley de APP.

15. Ver numeral 11.2 del artículo 11.º de la Ley de APP.

16. El artículo 4.º de la Ley de APP establece lo siguiente:

Artículo 4.- Clasificación de Asociación Público-Privada

Las Asociaciones Público-Privadas pueden clasificarse de la siguiente manera:

a. Autosostenible: aquella que satisfaga las siguientes condiciones:

i. Demanda mínima o nula garantía financiada por parte del Estado, conforme se establezca en el Reglamento del presente Decreto Legislativo.

En cambio, cuando se trata de proyectos cofinanciados (ver gráfico 2.2), estos deben cumplir con todos los requisitos y procedimientos establecidos en la Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública, Ley 27793, la Ley del Sistema Nacional de Endeudamiento, cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado mediante D.S. 034-2012-EF y sus modificatorias. Asimismo, el diseño del proyecto, incluyendo el análisis de su modalidad de ejecución, será responsabilidad del respectivo OPIP y deberá contar con la opinión favorable del MEF desde el punto de vista de la responsabilidad fiscal y capacidad presupuestal.

1.4. Organismos reguladores

Conforme a la definición contenida en la Ley Marco de los Organismos Reguladores, Ley 27332 (en adelante, *Ley de Supervisión*), según el artículo 2.º, los reguladores «son organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera». Mediante los organismos reguladores, se crea un equilibrio entre el concedente, que cuida los intereses del Estado, y los inversionistas, que requieren de un tercero independiente, técnico y autónomo que no sea parte en el contrato de concesión y que vele tanto por los intereses del Estado como por los de los propios concesionarios.

ii. Las garantías no financieras tengan una probabilidad nula o mínima de demandar el uso de recursos públicos, conforme se establezca en el Reglamento del presente Decreto Legislativo. [...]

17. El artículo 4.º del Reglamento de la Ley de APP establece lo siguiente:

Artículo 4.- Límites de garantías para la clasificación de Asociaciones Público-Privadas.

Para efectos de lo señalado en el Artículo 4 de la Ley:

4.1 Se considerará que las garantías a que se refiere el numeral i, literal a del artículo 4 de la Ley, son mínimas si no superan el 5% del Costo Total de Inversión, el que no incluye los costos de operación y mantenimiento. La metodología para los cálculos requeridos será publicada por Resolución Ministerial del Ministerio de Economía y Finanzas.

4.2 Se considerará garantías no financieras con probabilidad mínima o nula cuando la probabilidad del uso de recursos públicos no sea mayor al 10%, para cada uno de los primeros 5 años de ejecución del proyecto. La metodología para los cálculos requeridos será publicada por Resolución Ministerial del Ministerio de Economía y Finanzas.

4.3 De excederse los límites indicados en los numerales 4.1 y 4.2 del presente Reglamento se considerará que las garantías tienen probabilidad significativa de demandar recursos públicos. [...]

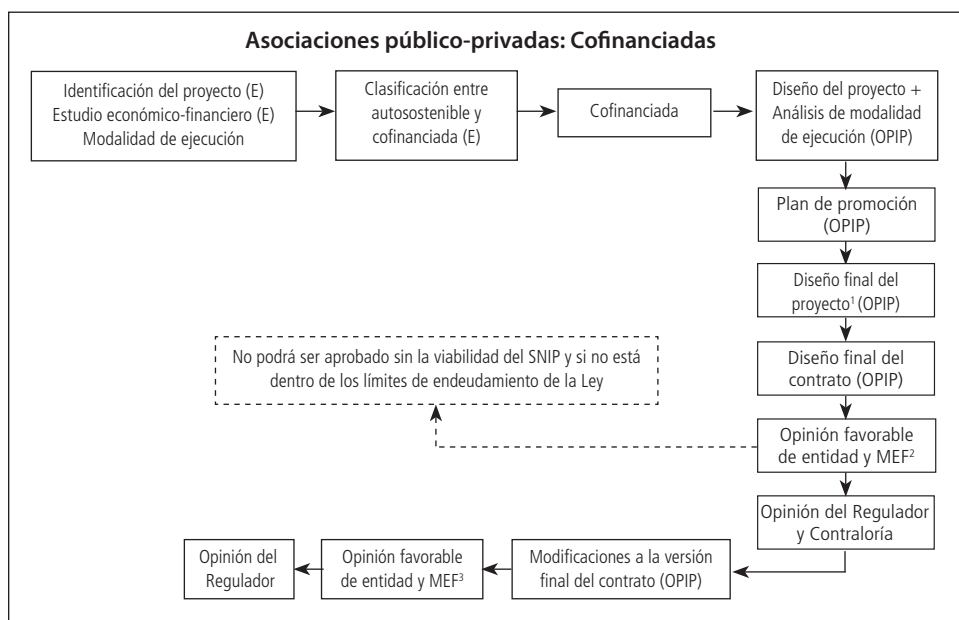


Gráfico 2.2. Etapas del proceso de promoción de las APP cofinanciadas

Fuente: Gómez (s.f.).

Notas: ¹ Desde el punto de vista de responsabilidad fiscal y capacidad presupuestal.

² En materia de su competencia.

³ Modificaciones significativas a los parámetros económicos.

En el caso del sector de infraestructura de transporte, objeto de estudio en este trabajo, el organismo regulador es Ositrán, que se rige por la *Ley de supervisión de la inversión privada en infraestructura de transporte de uso público y promoción de los servicios de transporte aéreo* (Ley 26917 o Ley de Ositrán, promulgada el 22 de enero de 1998 y publicada al día siguiente). Ositrán tiene por objetivo general regular, normar, supervisar, fiscalizar y solucionar las controversias y reclamos de los usuarios dentro del ámbito de su competencia, así como preservar el adecuado comportamiento de los mercados en los que actúan las entidades prestadoras y el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios. Las funciones de Ositrán, entre otras, son las siguientes:

- 1) *Normativa*: referida a la regulación de los procedimientos que tiene a su cargo, los cuales pueden definir los derechos y obligaciones de las entidades prestadoras, las actividades supervisadas y los usuarios.
- 2) *Reguladora*: determina tarifas bajo su ámbito, a través de la elaboración de estudios técnicos, lo que comprende: a) en caso de que no exista

competencia en el mercado, fijar tarifas, peajes y otros cobros similares, y establecer reglas claras y precisas para su correcta aplicación, así como para su revisión y modificación cuando corresponda; b) si existe un contrato de concesión, velar por el cumplimiento de las cláusulas tarifarias y de reajuste tarifario contenidas en el contrato; y c) cuando haya competencia y no existan cláusulas tarifarias, velar por el libre funcionamiento del mercado.

- 3) *Supervisora*: permite verificar que se cumplan las obligaciones legales, contractuales y técnicas de los concesionarios.
- 4) *Fiscalizadora y sancionadora*: que es ejercida de oficio por la Gerencia General o, en segunda instancia, por el Consejo Directivo, ya sea por iniciativa de los órganos de Ositrán o como producto de una denuncia previa.
- 5) *De solución de controversias y reclamos*: resolviendo por vía administrativa cualquier controversia o reclamo entre las entidades prestadoras (excepto aquellas que son competencia de Indecopi).

Asimismo, el inciso f) del numeral 7.1 del artículo 7.º de la Ley de Ositrán y, específicamente, el artículo 37.º del D.S. 044-2006-PCM (en adelante, *el Reglamento de Ositrán*) otorgan al regulador la función específica de emitir opinión previa sobre la renegociación de los contratos de concesión:

Artículo 37.- Opinión Previa y Supervisión de los contratos.

A fin de guardar concordancia entre las funciones sujetas a su competencia y la de supervisar los contratos de concesión correspondientes, el OSITRAN, a través del Consejo Directivo, deberá emitir opinión previa a la celebración de cualquier contrato de concesión referido a la INFRAESTRUCTURA. El referido pronunciamiento incluirá materias referidas 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.

En ese mismo sentido el OSITRAN deberá emitir opinión previa respecto a la renegociación y renovación del plazo de vigencia de los contratos de concesión, la misma que deberá pronunciarse sobre su procedencia y deberá contener un análisis de los efectos de tal medida, sugiriendo los términos de la misma. Para tal efecto el OSITRAN deberá analizar el cumplimiento de las obligaciones de la ENTIDAD PRESTADORA [...].

1.5. El sector privado

El postor adjudicatario (persona natural, persona jurídica o consorcio de empresas) de la buena pro del PPIP deberá constituir una sociedad de propósito especial, bajo cualquiera de las formas societarias que la ley peruana reconozca, que será la que suscribirá el contrato de concesión con el Estado peruano. En tal sentido, esta sociedad asumirá el compromiso de prestar el servicio o de operar la obra pública de infraestructura en los términos previstos en el propio contrato (que integra las disposiciones de las bases del PPIP y las circulares emitidas en el proceso) durante todo el plazo de vigencia de la concesión.

Las bases del proceso establecen determinados requisitos especiales que el concesionario deberá cumplir, tales como vigencia mínima de la sociedad, restricciones a la transferencia de acciones, objeto social único, entre otros. Todos estos requisitos deberán estar incluidos en el estatuto social, y la entrega de dichos estatutos es uno de los requisitos para suscribir el contrato de concesión.

1.6. Contraloría General de la República

Finalmente, debemos mencionar la Contraloría General de la República (CGR), que interviene en el proceso de concesión para ejercer control, ya sea de naturaleza preventiva, previa o posterior.

La Constitución Política del Perú, en su artículo 82.º, señala expresamente que el Sistema Nacional de Control, y específicamente la CGR, como ente rector, tienen atribuciones de supervisión, entre otros, de los actos que realizan las instituciones sujetas a control.

Artículo 82.- La Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control. [...]

La CGR cuenta con su propia ley, la *Ley orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República* (Ley 27785 o Ley de la Contraloría), que desarrolla la atribución constitucional, incluyendo en el artículo 3.º al Gobierno Central y a los gobiernos locales, y que se extiende a las instituciones y empresas pertenecientes a ellos y, por consiguiente, a todas las actividades que realicen, incluyendo los PPIP. En este marco, en el caso específico de

las concesiones, el Sistema Nacional de Control está facultado a ejercer control externo a través de los órganos que lo conforman.

Cabe señalar que la Ley de la Contraloría considera la opción del control previo; en efecto, el artículo 22.º consigna los casos en los que, por excepción, la CGR puede efectuarlo; entre ellos, figuran el literal l), que estipula que son atribuciones de la CGR informar previamente sobre las operaciones, fianzas, avales y otras garantías que otorgue el Estado, e inclusive acerca de los proyectos de contrato que, en cualquier forma, comprometan su crédito o capacidad financieros¹⁸.

Al respecto, el numeral 9.3 del artículo 9.º de la Ley de APP ha previsto que ProInversión deberá requerir el Informe Previo de la CGR sobre la versión final del contrato de APP, el cual podrá versar solo sobre aquellos aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado. Sin perjuicio de ello, la Ley de la Contraloría establece como regla la aplicación del control posterior a todas las operaciones y entidades bajo el ámbito del Sistema Nacional de Control.

2. El proceso de promoción de la inversión privada

Una vez establecidos los principales actores dentro de un PPIP, nos ocuparemos de las actividades necesarias para estructurar una concesión, hasta que se logra la suscripción del contrato de concesión respectivo.

En los siguientes acápite nos referiremos a las etapas del procedimiento licitatorio conducido por la mencionada entidad, las cuales están desarrolladas en el TUO de Concesiones y su reglamento. Posteriormente, en el 2008, se incorporaron nuevas disposiciones a través de la publicación de la Ley de APP y de su respectivo reglamento.

En la experiencia nacional, se ha comprobado que muchas de estas actividades no siguen el orden que a continuación se señala debido a la complejidad de los proyectos así como a la coyuntura de su evaluación; sin perjuicio de ello, en el gráfico 2.3 se presenta un flujograma simplificado las etapas de un PPIP típico.

18. Este informe no tiene carácter vinculante, su naturaleza es solo la de documento técnico, que contiene la opinión acerca de la razonabilidad del sustento presentado para su consideración; no constituye, en sí mismo, una autorización o aprobación.

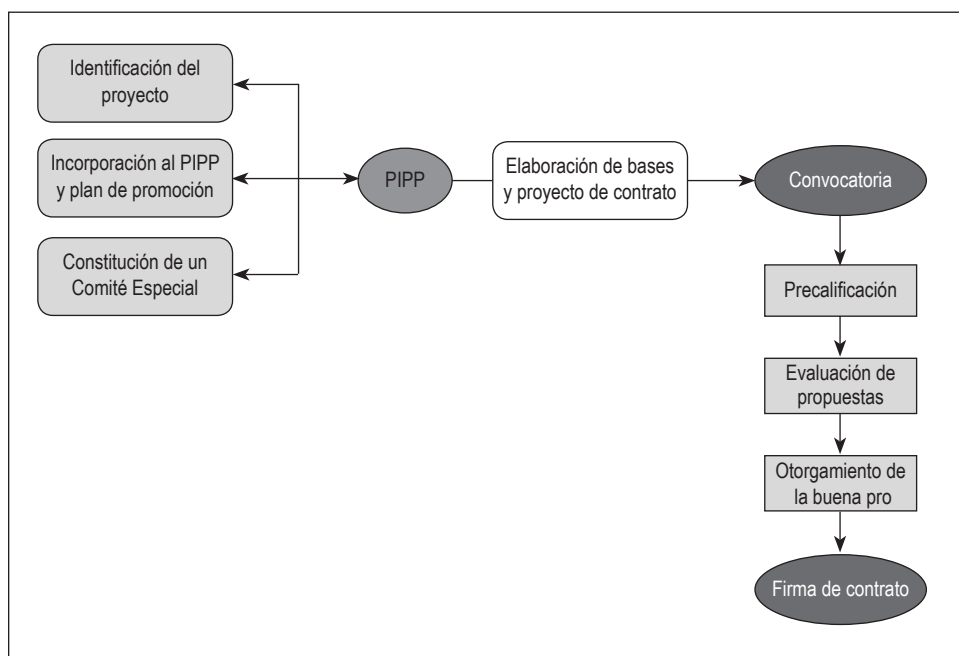


Gráfico 2.3. Flujograma simplificado de PIPP

Elaboración propia.

2.1. Diseño del proceso

ProInversión, en su calidad de entidad promotora, actúa por mandato del sector competente, en función de las políticas definidas y priorizadas por este a través de la R.M. 225-2011-EF/10 del 1 de abril de 2011. En tal sentido, su actuación se formaliza en cada caso a través del mandato expreso del sector para promover la inversión privada en:

... servicios públicos y obras públicas de infraestructura, así como en activos, proyectos y empresas del Estado y demás actividades estatales, que le son asignadas por su relevancia nacional, conforme a las disposiciones para la implementación de la política nacional de promoción de la inversión privada.

2.2. Incorporación al proceso

Como primer paso, para efectos de la incorporación de proyectos de APP al PPIP, se debe elaborar el informe de evaluación correspondiente con el conte-

nido mínimo que impone el Reglamento de la Ley de APP¹⁹ —tarea que corresponde a ProInversión—, además de tramitar su aprobación ante el ministerio del sector o sectores competentes²⁰.

Luego, corresponderá al Comité Especial y al Consejo Directivo de ProInversión, aprobar la incorporación al PPIP y el plan de promoción correspondiente, el cual deberá ser ratificado mediante una Resolución Suprema, así como refrendado por el MEF y el ministerio del sector correspondiente²¹. En el referido dispositivo se establece, asimismo, el Comité Especial de ProInversión facultado para la conducción y el diseño del proceso²².

19. Para todo tipo de proyecto:

- a. Nombre, descripción y objetivo del proyecto.
- b. Importancia y consistencia con las prioridades locales, regionales o nacionales, según corresponda.
- c. Clasificación como proyecto autosostenible o cofinanciado.

Para proyectos autosostenibles:

- d. Diagnóstico sobre la provisión actual, identificando las características de la demanda y la oferta existente en términos de cobertura y calidad.
- e. Descripción preliminar del nivel de servicio a alcanzar.
- f. Inversiones y costos de operación y mantenimiento estimados.
- g. Tarifas.
- h. Evaluación económico-financiera preliminar como APP.
- i. Asignación preliminar de riesgos.
- j. Estimación de las garantías que podrían ser requeridas.
- k. Sustento de la capacidad de pago de la garantía, de ser requerida.
- l. Ventajas de desarrollar el proyecto mediante una APP.
- m. Estimación preliminar de costos de supervisión.

Para proyectos cofinanciados:

- n. Declaración de viabilidad de acuerdo con las normas del Sistema Nacional de Inversión Pública
- o. Información relativa a los literales d, e, f, g, h, i, j, k, del presente numeral que no esté incluida en el Estudio de Preinversión aprobado.
- p. Ventajas de desarrollar el proyecto mediante una APP, incluyendo el caso de proyectos cuyo costo superen las 100,000 UIT del costo total del proyecto y que requieran un cofinanciamiento mayor del 30% de dicho costo. Esta evaluación se efectuará mediante la Metodología que el Ministerio de Economía y Finanzas defina, según lo establecido en el numeral 3.2 del presente Reglamento.

20. Modificación aprobada mediante el D.S. 106-2011-EF, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 17 de junio de 2011.

21. Ver el artículo 5.2 del Reglamento de la Ley de APP.

22. Mediante R. S. 010-2012-EF, publicada el 9 de febrero de 2012, se mantienen designaciones y se nombran nuevos miembros de los Comités Especiales de ProInversión

2.3. Plan de promoción del proceso

Como segundo paso, ProInversión elaborará un documento que establezca los aspectos referenciales del proyecto, al que nuestra legislación denomina «plan de promoción», y que constituye el marco referencial técnico, legal y financiero sobre el cual se licitará o concursará la concesión²³. El plan de promoción es elaborado por el Comité Especial y debe ser aprobado en última instancia por el Consejo Directivo de ProInversión, cuyo acuerdo debe ser ratificado por Resolución Suprema, como se mencionó en los párrafos precedentes.

De acuerdo con el Reglamento del TUO de Concesiones²⁴, el plan de promoción debe contener, como mínimo, la siguiente información: a) diseño general del proceso; b) modalidad de otorgamiento de la concesión (licitación pública especial o concurso de proyectos integrales); c) esquema financiero; d) plazo de la concesión; y e) cronograma del proceso. Para la definición de los literales a), c) y d), se deberán evaluar los aspectos técnicos, financieros y legales aplicables al proyecto, a efectos de determinar un esquema que promueva el desarrollo del mercado, que sea atractivo para el sector privado y que resguarde los intereses del Estado y los usuarios²⁵.

Con respecto a la modalidad de otorgamiento de la concesión, resulta fundamental para ProInversión definir si un proceso se ejecutará a través de un concurso de proyectos integrales o de una licitación pública especial. La elección de una u otra dependerá de que la entidad cuente con los estudios técnicos necesarios para poner en marcha el proyecto o disponga de los recursos suficientes para ejecutarlo. En el primer caso, podrá optar por la licitación pública especial; de lo contrario, podrá desarrollar el proceso a través del concurso de proyectos integrales. En el cuadro 2.1 se pueden apreciar con mayor detalle las características de cada modalidad.

23. De acuerdo con Cornejo (2006: 8), este documento resulta particularmente útil cuando existen muchos actores con diferente participación en la toma de decisiones vinculadas a la concesión.

24. Ver el artículo 11.º del Reglamento.

25. Esta evaluación incluye la revisión de las proyecciones de demanda, la evaluación de las operaciones e instalaciones existentes, la definición de las obras y servicios requeridos, la estimación del monto de inversión y de los costos de operación y mantenimiento, la formulación del modelo financiero para conocer el plazo de concesión requerido y si la concesión será autosostenible o requerirá de un cofinanciamiento del Estado, el estudio de la organización industrial y el marco institucional a efectos de determinar el grado de competencia en el sector y la necesidad consecuente de regulación y la intensidad de esta, el análisis de los riesgos involucrados en el negocio —procurando asignarlos a quien estuviera en mejor capacidad de sobrellevarlos— y la definición del paquete de infraestructura a ser entregado en concesión (Cornejo, 2006: 8-9).

Cuadro 2.1. *Modalidad de los procesos de promoción de la inversión privada*

Procedimiento de oferta pública	
Licitación pública especial	Concurso de proyectos integrales
<p>Cuando el concedente determina previamente la obra o servicio público que ejecutará, contando con los estudios y proyectos requeridos para tal fin.</p> <p style="text-align: center;">Características</p> <p>Las bases establecen cómo se desarrollará la obra y/o servicio. El Estado asume el costo de los estudios necesarios para determinar las características técnicas del proyecto, factor de competencia, montos de cofinanciamiento, etc., contenidos en las bases del proceso. El concesionario se limita a la construcción de la obra o la prestación del servicio, siguiendo los parámetros y criterios establecidos en los estudios definitivos elaborados por el Estado.</p>	<p>Cuando el concedente no cuenta previamente con los estudios y proyectos requeridos para la ejecución de la obra o la prestación del servicio.</p> <p style="text-align: center;">Características</p> <p>Las bases establecen los parámetros mínimos que rigen el concurso. Las propuestas que presenten los postores contendrán las condiciones contractuales, técnicas, económicas y financieras del proyecto. El concesionario puede desarrollar el proyecto de la manera más conveniente en tanto cumpla con los parámetros mínimos determinados en las bases del concurso y con su propuesta técnica.</p>

Fuente: ProInversión, 2010.

2.4. Proceso de selección

a) *Elaboración de bases y convocatoria*

El tercer paso es la convocatoria de postores al concurso, la cual debe realizarse después de haberse aprobado las bases; en estas, la entidad promotora establecerá los requisitos que deben cumplir los postores para acreditar la capacidad técnica, financiera y legal necesarias con vistas a la adecuada ejecución del proyecto.

En dicho documento, asimismo, se define el contenido de las propuestas técnicas y económicas, además de los criterios para evaluarlas, el factor de competencia bajo el cual concursarán los postores, los gastos del proceso que serán reembolsados por el adjudicatario, la retribución al Estado, entre otros.

b) *Elaboración del proyecto de contrato de concesión*

Como cuarto paso, ProInversión elaborará los proyectos de contrato de concesión. Este desarrollará con mayor profundidad los aspectos definidos en las

bases y establecerá, al mismo tiempo, los derechos y las obligaciones entre las partes, los mecanismos y las garantías para la inversión privada, el sistema tarifario, los niveles de servicio, los estudios de ingeniería, el procedimiento de obras o inversiones adicionales, las cláusulas de caducidad de la concesión, etc. Una vez suscrito el contrato, estos aspectos serán condiciones obligatorias entre las partes durante la vigencia de la concesión. Los contratos de concesión deben ser aprobados por el Consejo Directivo de ProInversión, de acuerdo con lo establecido en el artículo 23.º del TUO de Concesiones.

c) Precalificación de postores

Como quinto paso, ProInversión desarrolla el proceso de precalificación de los postores. En esta etapa se evalúa si el postor cumple con los requisitos generales, principalmente de carácter formal: personería jurídica, experiencia en proyectos similares, patrimonio, entre otros.

La principal finalidad de este proceso es identificar a los interesados en este y asegurar su idoneidad, en caso de resultar adjudicatarios. El Comité Especial procede a evaluar la documentación y comunicará a cada postor su condición o no, de postor precalificado; bajo dicha condición, serán los únicos autorizados para presentar sus propuestas técnicas y económicas.

Ahora bien, en esta etapa cabe resaltar la importancia que reviste la interacción del Comité Especial con los postores interesados, con lo que se genera un adecuado interés en el mercado que asegure el éxito de la concesión. A este proceso de retroalimentación, la Unión Europea lo denomina «diálogo competitivo»²⁶. En el caso peruano, este rol es asumido por ProInversión, entidad que, a través de los comités especiales, convoca a reuniones con los postores para exponer las principales características del proyecto, y recoger las consultas y precisiones que surjan, con la potestad de evaluar en cada caso su pertinencia.

Este mecanismo resulta de suma importancia en el proceso, ya que incorpora elementos de juicio que incentivan a los privados a realizar una adecuada evaluación del negocio, lo cual incide, al mismo tiempo, en su decisión de presentar propuestas.

26. Para la Unión Europea, el diálogo competitivo consiste en la invitación que la administración realiza a varios candidatos del sector privado con la finalidad de que planteen sus ideas en una primera fase, para proyectos en los que su comprensión presenta una extrema complejidad. Los candidatos al diálogo competitivo serán seleccionados por la administración adjudicadora, quien, en todo caso, deberá respetar los criterios de transparencia y objetividad en dicho proceso de selección (CAF, 2010: 136).

d) Opinión favorable de las entidades

Como sexto paso, ProInversión remite la última versión del contrato de concesión a las entidades que emitirán opinión en el ámbito de sus competencias y en los plazos previstos por las bases, comentarios que serán puestos en conocimiento de los postores, al término de esta etapa, luego de lo cual emitirá la versión final del contrato, en la que se incluirán las propuestas de aclaración y/o modificación de cláusulas presentadas por los postores y que hubieran sido acogidas por ProInversión.

e) Informe de la Contraloría General de la República

Como séptimo paso, ProInversión solicitará a la CGR un Informe Previo, en caso de que la concesión implique operaciones, fianzas, avales y otras garantías del Estado que, en cualquier forma, comprometan su crédito o capacidad financiera, sea que se trate de negociaciones en el país o en el exterior²⁷. En dichos casos, corresponde al organismo de control evaluar e informar si se han cumplido las normas legales que controlan el correcto uso de los recursos públicos y la capacidad de endeudamiento del Estado.

f) Evaluación de propuestas y adjudicación de la buena pro

Como octavo paso, ProInversión revisará las propuestas técnicas presentadas por los postores, aplicando los criterios contemplados en las bases del proceso, y, luego de ello, determinará qué postor obtuvo el mayor puntaje en la evaluación técnica. Solo respecto de los postores cuyas propuestas técnicas hubieran sido admitidas, se procederá a la apertura de la propuesta económica, acto público que culminará con el otorgamiento de la buena pro. En esta última etapa, previa a la designación del adjudicatario, ProInversión revisará que dichas propuestas cumplan con los criterios previstos en las bases, a efectos de determinar la propuesta ganadora. En caso de empate, se establecen diversas soluciones; para el caso de concesiones viales, por ejemplo, se elabora usualmente un listado de obras de desempate que los postores deberán ofrecer ejecutar dentro del costo ofertado como propuesta económica. De mantenerse el empate en este último caso, se designará al ganador mediante sorteo.

27. Literal I del Artículo 11.º de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control de la Contraloría General de la República (Ley 27785).

2.5. Fecha de cierre

Una vez seleccionado el ganador de la buena pro, este deberá presentar las garantías (carta fianza) que aseguren la correcta ejecución del proyecto y el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la modalidad contractual, así como cumplir todas las demás que se han establecido en las bases; esta etapa es conocida como «fecha de cierre», al término de la cual se procede a suscribir el contrato de concesión.

2.6. Consulta previa a los pueblos indígenas u originarios

El 7 de diciembre de 2011, se aprobó la *Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)* (Ley 29785, en adelante, Ley de Consulta Previa), que otorga a los pueblos indígenas u originarios el derecho a ser consultados previamente sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo.

Por consiguiente, mediante el Reglamento de la Ley de Consulta Previa, aprobado por D.S. 001-2012-MC, se estableció la obligación de efectuar una consulta previa a los pueblos indígenas u originarios en relación con las medidas administrativas, entendiéndose por estas como:

Normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto, o el que autorice a la *Administración la suscripción de los contratos con el mismo fin*, en tanto pueden afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Teniendo en cuenta lo anterior, la aplicación de la consulta previa en los PPIP deberá ser realizada siempre que se produzca una afectación directa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios. Respecto a la realización de la consulta previa, cabe señalar que no se cuenta con experiencia, dada su reciente promulgación.

Sin perjuicio de ello, conforme a lo establecido en la 13.^a disposición complementaria, transitoria y final del Reglamento de la Consulta Previa, en el caso de los PPIP, corresponderá a cada organismo promotor de la inversión privada coordinar con la entidad promotora, la oportunidad en que esta deberá efectuar la consulta previa, la cual debe ser anterior a la aprobación de la medida administrativa correspondiente.

3. Evaluación del marco legal de la renegociación de los contratos de concesión en infraestructura de transportes

Como hemos mencionado en el capítulo 1, la renegociación de un contrato de concesión incluye cualquier tipo de alteración de los términos contractuales originales, siempre que esta se derive de circunstancias no contempladas como supuestos de renegociación en el mismo cuerpo del contrato.

En la realidad, es prácticamente imposible que los encargados del proceso de concesión ensayen todos y cada uno de los supuestos y eventos que podrían presentarse durante los 20, 25 o 30 años para los cuales se elabora el contrato, por lo que se hace también imposible incluirlos en las cláusulas del contrato de concesión. Al respecto, resulta oportuno citar las razones expuestas por Mendiola *et al.* (2011) al referirse al consenso de los investigadores sobre el principal problema asociado con los proyectos de concesión, esto es, la falta de previsión, que finalmente se traduce en renegociaciones recurrentes:

En este sentido, esta incapacidad de prever adecuadamente todas las condiciones futuras que podrían afectar el contrato deriva de que los contratos son instrumentos de largo plazo (con términos fijos de 20 o más años). En periodos tan largos, el tráfico promedio es incierto y el gobierno se ve obligado a renegociar garantizando un ingreso mínimo por peaje al concesionario, gasto que es cubierto con recursos del presupuesto público. Una segunda causa de la desconexión entre la previsión contractual y la ejecución definitiva del proyecto, es la baja calidad de los estudios y diseños de los proyectos de construcción vial. La presencia de estudios incompletos ha sido un problema común en las concesiones viales fallidas de los casos estudiados (Mendiola *et al.*, 2011: 32).

Tal y como se ha señalado en el capítulo anterior, los contratos de concesión tienen una naturaleza forzosamente incompleta, no solo por el largo periodo de ejecución contractual, sino también por la misma dinámica de la ejecución del contrato. En dicha dinámica confluyen, por un lado, el interés público expresado en la ejecución de la obra de infraestructura o servicio públicos a cargo del concesionario y, de otro lado, el interés de este de obtener una rentabilidad adecuada en función de las inversiones que efectuará.

El proceso de renegociación de un contrato comprenderá un análisis y fundamentación de las causas que la motivan, el impacto que generará en los términos originales y los actores que formarán parte de ella. Esto será evaluado en los informes y opiniones del concedente y del organismo regulador, así como de la CGR y del MEF, de ser el caso.

Cabe resaltar que las modificaciones contractuales deberán efectuarse teniendo en consideración las disposiciones previstas dentro del marco legal vigente en materia de concesiones desarrollado en nuestro país. Al respecto, podemos resaltar el TUO de Concesiones y la Ley de APP, con sus respectivos reglamentos, los cuales regulan el procedimiento, causales y parámetros para la renegociación de los contratos de concesión.

Si bien las modificaciones contractuales se realizan por acuerdo de las partes, en este tipo de contratos, tal como se ha analizado en el capítulo 1, se presentan características singulares de servicio público que exigen la participación de otros agentes, con la finalidad de resguardar las condiciones de competencia, así como la eficiencia y que los costos en la provisión de infraestructura y servicios públicos sean los más bajos. Como ejemplo de ello, nuestro marco normativo también contempla la participación de los organismos reguladores.

Precisamente, conforme a la Ley de Supervisión, los organismos reguladores participan en la renegociación de los contratos de concesión, con lo cual ejercen su función supervisora. Esta permite verificar que se hayan cumplido las obligaciones contractuales por parte de las entidades y de las actividades supervisadas.

A continuación, efectuaremos un análisis de la normativa contenida en el TUO de Concesiones, la Ley de APP, sus normas reglamentarias, así como de aquellas que regulan las competencias de Ositrán en relación con los procesos de renegociación de los contratos de concesión.

3.1. TUO de Concesiones y su reglamento

El TUO de Concesiones y su reglamento contienen disposiciones que regulan la renegociación de los contratos. En primer lugar, tenemos el literal d) del artículo 32.º del TUO de Concesiones, que faculta al Estado para modificar la concesión cuando ello resulte conveniente, de acuerdo con el artículo 33.º del TUO de Concesiones²⁸, en el que, a su vez, se ha previsto lo siguiente:

28. El artículo 32.º del TUO de Concesiones establece lo siguiente:

Artículo 32.- El Estado podrá:

- a) hacer efectivas las penalidades por incumplimiento previstas en el contrato;
- b) declarar temporalmente suspendida la concesión, cuando concurra alguna de las causales establecidas en el Artículo 38* del presente Texto Único Ordenado**;
- c) declarar la caducidad de la concesión, cuando concurra alguna de las causales previstas en el Artículo 39*** del presente Texto Único Ordenado**, y
- d) modificar la concesión cuando ello resulte conveniente de acuerdo al artículo siguiente.

Artículo 33.- Cuando resultare conveniente modificar la concesión, las partes procurarán respetar, en lo posible, lo siguiente:

- a) La naturaleza de la concesión;
- b) Las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas; y
- c) El equilibrio financiero para ambas partes.

Del mismo modo, el Reglamento del TUO de Concesiones establece en el literal f) del artículo 30.º lo siguiente:

Artículo 30.- Son atribuciones de los sectores y/u organismos del Estado las siguientes:

[...]

- f) modificar el contrato de concesión cuando ello resulte necesario, previo acuerdo con el concesionario, respetando en lo posible su naturaleza, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio financiero de las prestaciones a cargo de las partes.

Cabe destacar que es posible encontrar algunas diferencias entre lo dispuesto por el TUO de Concesiones y su reglamento. Por un lado, el TUO de Concesiones establece el criterio de lo «conveniente» a efectos de proceder a la modificación del contrato de concesión; mientras que, en el caso del reglamento, se establece el criterio de la «necesidad». Nótese que ambos criterios son sustancialmente distintos, ya que en el caso del primero, si nos remitimos a su definición en el DRAE, es «conveniente» todo aquello «útil, oportuno, provechoso»; mientras que «necesario» es lo que «forzosa o inevitablemente ha de ser o suceder».

Como se aprecia, el TUO de Concesiones y su reglamento contienen criterios ambivalentes; así, en el caso del criterio establecido por el primero, *lo conveniente*²⁹ es aquello que tiene un provecho para ambas partes, mientras que

29. Respecto a la conveniencia, es interesante resaltar el análisis realizado en el Informe 09-07-GRE-GS-GAL-OSITRAN, con respecto a la quinta solicitud de modificación del contrato de concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, que luego de describir los artículos correspondientes al TUO de Concesiones indica: «De lo anteriormente señalado, se desprende que el Estado puede modificar el contrato de concesión, siempre que exista *una conveniencia*, que de acuerdo a la norma reglamentarias del TUO, está definida en términos de *una necesidad* de modificar el contrato de concesión. Dicha debe estar necesariamente asociadas a los supuestos de modificación contractual que establece el contrato de concesión o algunas otras que *no hayan sido previsibles para las partes al momento de celebrar el contrato de concesión*». (Cursivas de los autores) (Numeral 28).

*lo necesario*³⁰ es lo que debe suceder porque resulta inevitable. Sin perjuicio de ello, ambos coinciden en señalar que la modificación del contrato se realizará respetando en lo posible a) la naturaleza de la concesión, b) las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas, y c) el equilibrio financiero de las prestaciones de las partes. En este punto, analizaremos cada uno de los parámetros mencionados, a fin de comprender su real alcance:

- a) *Naturaleza de la concesión*: esto se refiere a las características esenciales del proyecto de infraestructura que determinan su implementación; comprende el objeto, la modalidad y otras características principales como, por ejemplo, el derecho del concesionario a efectuar la construcción, la operación y el mantenimiento de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. Por consiguiente, respetar la naturaleza de la concesión implica, dentro del alcance del análisis, verificar si la modificación del contrato lleva a que se cambien las condiciones establecidas en estos conceptos, como puede ser el carácter de autosostenible a cofinanciada o viceversa^{31, 32}.

30. Nuevamente en el Informe 09-07-GRE-GS-GAL-OSITRAN, con respecto al criterio de lo necesario, se indica lo siguiente: «En consecuencia, si LAP no sustenta técnicamente la existencia de una necesidad con el fin de modificar el contrato de concesión en alguno de los supuestos a que se refiere el numeral 24.7 del contrato de concesión, la solicitud de modificación contractual en cuestión se declarará improcedente, de conformidad con el marco legal y contractual al que se ha hecho referencia» (Numeral 46).

31. Como se ha mencionado en el capítulo 1, el contrato de concesión es una modalidad de asociación público-privada y la Ley de APP clasifica a estas en autosostenibles y cofinanciadas, de acuerdo con el siguiente criterio contenido en su artículo 4.º:

Artículo 4.- Clasificación de Asociación Público-Privada

Las Asociaciones Público-Privadas pueden clasificarse de la siguiente manera:

- a. Autosostenible: aquella que satisfaga las siguientes condiciones:
- i. Demanda mínima o nula garantía financiada por parte del Estado, conforme se establezca en el Reglamento del presente Decreto Legislativo.
 - ii. Las garantías no financieras tengan una probabilidad nula o mínima de demandar el uso de recursos públicos, conforme se establezca en el Reglamento del presente Decreto Legislativo.
- b. Cofinanciada: aquella que requiera del cofinanciamiento o del otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que tengan una probabilidad significativa de demandar el uso de recursos públicos.
32. Mediante el artículo 9.º del Reglamento de la Ley de APP, se permite que la adenda desvirtúe el objeto del proyecto original, es decir, dicho artículo plantea una distinción fundamental con respecto a lo dispuesto en el TULO de Concesiones. Este tema se revisará en la parte correspondiente al análisis del referido artículo.

- b) *Condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas*: son las condiciones de inversión en el proyecto, los términos de ingeniería y los parámetros de calidad. En suma, se trata de aquellas que permitirán la viabilidad de la concesión; en el caso de las condiciones económicas, tenemos, por ejemplo, las obligaciones de construir infraestructura —las cuales implican costos—, el mecanismo de retribución u otras relativas a las garantías otorgadas; mientras que entre las condiciones técnicas se cuentan, por ejemplo, los parámetros de ingeniería que debe tener una infraestructura o los niveles de servicio que debe cumplir el concesionario en la prestación de servicios.
- c) *Equilibrio financiero de las prestaciones de las partes*: cada contrato de concesión regula su propio equilibrio económico. En dicha línea, a la fecha de la suscripción, las partes declaran expresamente que todas y cada una de las prestaciones y obligaciones a cargo de ellas se encuentran en equilibrio, el cual se mantendrá durante toda la vigencia del contrato.

El equilibrio económico-financiero supone la existencia de un equilibrio entre los derechos y las obligaciones que asumen las partes del contrato de concesión. En el caso del concesionario, existirá un equilibrio entre las prestaciones a su cargo —principalmente la inversión para la prestación de servicios, de acuerdo con los índices de calidad establecidos contractualmente y/o regulados— y los beneficios obtenidos mediante las tarifas; es decir, existirá un equilibrio entre costo y beneficio previsto contractualmente. Al respecto, resulta preciso señalar que el numeral 10.3 del artículo 10.º del Reglamento de la Ley de APP delimita el concepto de equilibrio económico-financiero de acuerdo con lo siguiente:

10.3. De incluirse disposiciones sobre equilibrio económico-financiero, estas precisarán que el restablecimiento del mismo será invocado únicamente en caso este se vea significativamente afectado, exclusivamente debido a cambios en las Leyes aplicables, en la medida que dichos cambios tengan directa relación con aspectos económicos financieros vinculados a la variación de ingresos o costos asumidos por el inversionista.

El marco normativo establece que solo se aplicará el mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico-financiero en caso de que este se haya visto afectado por cambios en las leyes aplicables, en la medida en la que dichos cambios incidan directamente en aspectos económico-financieros vinculados con la variación de ingresos o costos del concesionario. Por ende, el

citado dispositivo legal no incluye ningún tipo de causal que sea no imputable al concesionario y afecte el equilibrio económico-financiero del contrato, sino solo aquellos que tienen como origen cambios en las leyes aplicables.

Un ejemplo de ello lo vemos en la modificación de la asignación de los riesgos establecidos en el contrato de concesión original, cuando aquella se debe a una solicitud de modificación contractual de las obligaciones a cargo de las partes, lo que puede generar una alteración del equilibrio económico-financiero, tal y como se señala en el Informe 010-09-GAL-GS-OSITRAN:

Una eventual modificación o reasignación de los riesgos establecidos en el Contrato de Concesión, podría implicar una alteración del equilibrio económico. Para evaluar una eventual modificación en el equilibrio económico de la Concesión, en primer lugar, se deben identificar los riesgos que están asociados a los cambios propuestos en la presente Adenda para compararlos con la estructura o matriz de los riesgos del Contrato de Concesión sin adenda.

Estos parámetros constituyen requisitos de admisibilidad para efectos de la suscripción de una adenda, por lo que su análisis permitirá revisar las modificaciones que se presentan al contrato de concesión y dar inicio a cualquier proceso de renegociación.

3.2. Ley de APP y su Reglamento

Como ya hemos señalado, la concesión es una modalidad de APP que considera la participación del sector privado en la ejecución de obras de infraestructura pública y servicios públicos; por ende, le son aplicables la Ley de APP y su Reglamento³³.

En relación con la renegociación de los contratos, el marco normativo ha incorporado en el 2008, mediante la publicación del Reglamento de la Ley de APP, una nueva regulación sobre la renegociación de los contratos de concesión, que se suma a la ya prevista en el TUO de Concesiones y su reglamento, que datan de 1996.

33. Al respecto, el último párrafo del artículo 1.º del Reglamento de la Ley de APP, D.S. 146-2008-EF, establece expresamente lo siguiente:

Las modalidades de APP incluyen todos aquellos contratos en los que se propicia la participación activa del sector privado, tales como la concesión, asociación en participación, contratos de gerencia, contratos de riesgo compartido, contratos de especialización, *joint venture*, así como cualquier otra modalidad contractual permitida por ley.

Al respecto, nos referimos específicamente al artículo 9.º del Reglamento de la Ley de APP, que regula el procedimiento y las causales de renegociación de los contratos. Esta norma resulta trascendente, ya que contempla la primera disposición legal en nuestro ordenamiento que restringe la suscripción de las adendas por un periodo de tiempo —tres años desde la suscripción del contrato—, salvo en el caso de ciertos supuestos excepcionales expresamente establecidos. A continuación, citaremos textualmente el referido artículo 9.º del Reglamento de la Ley de APP para proceder luego a su análisis³⁴:

Artículo 9.- Procedimiento y causales de renegociación del contrato de Asociación Público-Privada.

9.1. Para tramitar cualquier solicitud de modificación contractual, se requerirá la opinión previa del organismo regulador correspondiente, cuando se trate de proyectos de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos bajo su competencia. Asimismo, se requerirá la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas en caso las modificaciones alteren el cofinanciamiento o las garantías. Las opiniones deberán ser requeridas a las diferentes entidades de manera paralela, entendiéndose por ello que serán solicitadas con un desfase no mayor a dos (2) días hábiles. Las opiniones deberán ser emitidas en un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados desde la recepción de la solicitud de opinión, luego del cual se considerarán favorables. Las entidades a las que hace referencia el presente numeral deberán emitir opiniones únicamente respecto de aquello que se encuentra dentro del ámbito de su competencia.

Si la adenda propuesta desvirtuara el objeto del proyecto original o involucrara un monto adicional que supere el 15% del Costo Total del Proyecto de APP, la Entidad —siempre que la naturaleza del proyecto lo permitiera— evaluará la conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección, como alternativa a negociar una adenda al contrato.

9.2. Durante los primeros tres (3) años contados desde la fecha de su suscripción, los sectores competentes no podrán suscribir adendas a los contratos de APP, salvo que se tratara de: a) la corrección de errores materiales; b) de requerimientos sustentados de los acreedores permitidos vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato; o c) de precisar aspectos operativos para la mejor ejecución del contrato o se sustentara la necesidad de adelantar el programa de inversiones y dicha modificación no implicase un cambio del contrato, de autosostenible a cofinanciado, ni se aumentasen los pagos a cargo del Estado

34. Hasta la fecha de cierre de esta investigación, el artículo 9.º del Reglamento de la Ley de APP ha sido modificado en tres oportunidades. El texto incorporado corresponde a la última modificación realizada con el 17 de junio de 2011, a través del D.S. 106-2011-EF.

previstos en el contrato. En cualquier caso, las partes procurarán respetar en lo posible la naturaleza de la APP, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio financiero para ambas partes.

El artículo 9.º del Reglamento de la Ley de APP consigna dos acápites: el procedimiento de las renegociaciones y la limitación temporal para efectuarlas, así como las causales excepcionales para renegociar los contratos dentro de dicho periodo. Ambos criterios en los procedimientos para la modificación de un contrato serán analizados a continuación.

a) Para tramitar cualquier solicitud de modificación contractual.

El numeral 9.1 del artículo 9.º del Reglamento de la Ley de APP describe el procedimiento para la solicitud de modificación contractual; se inicia con la frase «para tramitar cualquier solicitud de modificación contractual». Esto nos lleva a una primera reflexión: la cita se refiere a «cualquier solicitud»; entonces, nos preguntamos: ¿se aplica a aquellos contratos que hayan sido suscritos antes de la vigencia de la referida norma?

Precisamente, con respecto a la aplicación del Reglamento de la Ley de APP a los contratos suscritos con anterioridad a su vigencia, analizaremos la modificación incorporada por la adenda 3, suscrita el 16 de marzo de 2010 —posterior a la vigencia de la Ley de APP y su reglamento— al contrato de concesión para la construcción y explotación del tramo vial Puente Pucusana-Cerro Azul-Ica de la Carretera Panamericana Sur. Dicha adenda incorporó un supuesto adicional para la modificación del contrato de concesión, estableciendo que se facultaba a las partes a realizar modificaciones, de acuerdo con la Ley de APP, el TUO de Concesiones y sus respectivos reglamentos.

Al respecto, Ositrán, mediante el informe 004-10-GRE-GS-GAL-OSITRAN afirmó lo siguiente:

De acuerdo a lo mencionado, y en ejercicio de la libertad contractual de la cual gozan las Partes, para la modificación del Contrato de Concesión se debe dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en el TUO y su Reglamento, así como las condiciones establecidas en el Artículo 9 del Reglamento de APP, siendo por ello obligación de las Partes sustentar debidamente su solicitud de modificación dentro del marco de las citadas normas (Numeral 16).

Asimismo, en el indicado informe, Ositrán sostiene que:

... la propuesta de incorporación de un acápite en la cláusula 16.1 del Contrato de Concesión de la Red Vial 6, conteniendo una disposición en virtud de la

cual las Partes pueden acordar una modificación al Contrato de Concesión cuando lo consideren, pero siempre dentro del marco que establece la normativa vigente, involucraría reconocer lo que el ordenamiento jurídico prevé, por lo que no se vulneran las normas antes citadas (Numeral 68).

De acuerdo con lo indicado, Ositrán argumentó que la incorporación de la aplicación de la Ley de APP y su reglamento se hacía al amparo de la libertad contractual de las partes y con el fin de adecuar la normativa del TUO de Concesiones, la Ley de APP y su Reglamento. La suscripción de la adenda indicada contempló la incorporación de las disposiciones de la Ley de APP y su reglamento de manera expresa.

Contrariamente a lo sucedido en el caso del contrato de concesión de la Red Vial 6, revisaremos la opinión de Ositrán respecto de la suscripción de la adenda 1 suscrita el 30 de abril de 2010 —posterior a la vigencia de la Ley de APP y su Reglamento— al contrato de concesión del tramo vial Ovalo Chancay-Dv. Variante de Pasamayo-Huaral-Acos del Programa Costa Sierra.

En el informe 027-09-GRE-GS-GAL-OSITRAN, Ositrán recomendó la modificación de la cláusula 19.3 del contrato, referida al procedimiento de modificación, indicando que:

... previamente a la presentación formal de modificación contractual, el procedimiento establecido en la Sección XIX del Contrato de Concesión debe incorporar necesariamente que la opinión previa del Regulador se realice respecto de una propuesta de modificación previamente acordada por las Partes, permitiendo de esta manera al Organismo Regulador evaluar únicamente si la propuesta de modificación respeta las condiciones establecidas en la normativa de la materia y del propio contrato (Numeral 108).

Asimismo, concluye que la modificación propuesta «permitirá mejorar el mecanismo de modificación contractual y por tanto se cumpliría con los supuestos establecidos en el Artículo 9 del Reglamento de la Ley de APP (Numeral 111)».

Finalmente, la recomendación de Ositrán no fue acogida por las partes, las cuales suscribieron la adenda sin incluir ninguna modificación a la cláusula 19.3 del contrato.

Más adelante, discutiremos sobre la oportunidad de la emisión de la opinión y si esta se encuentra regulada en el Reglamento de la Ley de APP; sin embargo, es conveniente destacar que las disposiciones contractuales en relación con el procedimiento resultan aplicables, así como las disposiciones del Reglamento de la Ley de APP, de ser el caso.

b) Se requerirá la opinión previa del organismo regulador correspondiente cuando se trate de proyectos de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos bajo su competencia.

De acuerdo con la Ley de Supervisión, los organismos reguladores son competentes para emitir opinión en relación con las funciones dispuestas en el artículo 3.º de esta ley, previamente desarrolladas en acápite anteriores³⁵. Específicamente, en lo que respecta a la opinión a la modificación de los contratos, el literal f) del artículo 7.º de la Ley de Ositrán establece como una de sus funciones la de emitir opinión técnica sobre la procedencia de la renegociación o revisión de los contratos de concesión; para ello, elaborará el informe técnico correspondiente, que será trasladado al MTC.

Ahora bien, Ositrán sostiene que, de acuerdo con el Reglamento de la Ley de APP, corresponde al concedente solicitar la opinión del regulador para la modificación del contrato; es más, señala que dicha normativa modifica los *Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de contratos de concesión*, aprobados mediante acuerdo 557-154-04-CD-OSITRAN de fecha 17 de noviembre de 2004 (en adelante, *los Lineamientos*), los cuales indican que las solicitudes de modificación al organismo regulador podrán ser presentadas por el concesionario o el concedente³⁶.

Tal como se había mencionado antes, la disposición contenida en el artículo 33.º del TUO de Concesiones establece los requisitos de admisibilidad para la aceptación de la renegociación de los contratos; sin embargo, Ositrán, a partir de la dación de la Ley de APP y su Reglamento, indica que, como requisito para el análisis de la modificación respectiva —independientemente de la parte legitimada que lo solicitó—, deberá verificar que sea el concedente quien realice el requerimiento de opinión a Ositrán³⁷.

35. El artículo 3.º de la Ley de Supervisión destaca los ámbitos de competencia de las funciones de los organismos reguladores: supervisión, regulación, normativa, fiscalizadora y sancionadora, de solución de controversias.

36. Los Lineamientos contemplan que cualquiera de las partes podrá solicitar la opinión a Ositrán respecto de la modificación de los contratos. Precisamente, Ositrán sostiene que el Reglamento de la Ley de APP modificó los Lineamientos antes indicados.

37. Conforme a lo indicado en el literal ii) del numeral 23 del Informe 010-09-GAL-GS-OSITRAN, emitido con respecto a la suscripción de la adenda 2 del contrato de concesión del tramo vial Puente Pucusana-Cerro Azul-Ica (Red Vial 6), se indicó que: «El requerimiento de emisión de opinión del Regulador, deberá ser efectuado por el Concedente [...]. Ahora bien, con la dación del Reglamento de la Ley Marco de APP, se ha establecido que la emisión de opinión del Regulador es fruto de un requerimiento, no de una solicitud [...]».

En este punto, consideramos que el Reglamento de la Ley de APP no establece que la solicitud de opinión del regulador sea efectuada únicamente por el concedente de forma explícita e implícita; lo contrario transgrediría la misión de Ositrán³⁸, pues estaría asumiendo el rol de entidad técnica del concedente, lo cual se opone al rol de *árbitro* en el mercado regulatorio. Asimismo, dicho argumento vulneraría la facultad del concesionario que, en su calidad de parte en el contrato de concesión, solicite la modificación del contrato.

Más aún, conforme al proyecto de *Lineamientos para la emisión de opinión de los proyectos de contratos de concesión y la modificación e interpretación de los contratos suscritos*, aprobado mediante Resolución 039-2011-CD-OSITRAN y publicado con fecha 30 de setiembre de 2011 en el diario oficial *El Peruano*³⁹ (en adelante, *el Proyecto de Lineamientos*), se establece que la opinión que emitirá Ositrán corresponde a aquella que haya sido acordada previamente por el concedente y el concesionario. En dicho supuesto, Ositrán se convertiría en una instancia con derecho a veto con respecto a los acuerdos de las partes; por lo que consideramos que la opinión debe ser formulada por cualquiera de las partes. La opinión de Ositrán restringe el análisis técnico durante la etapa más importante en la negociación de una modificación contractual. En tal sentido, dado que no existe ninguna prohibición legal, opinamos que la estipulación contenida en el Proyecto de Lineamientos no debe ser aprobada.

Ahora bien, con respecto al alcance de la opinión técnica de Ositrán, tanto el artículo 9.º del Reglamento de la Ley de APP como el artículo 37.º del Reglamento de Ositrán disponen que dicha opinión sea emitida antes de la renovación, por lo que estipula la oportunidad en la que dicha opinión deba ser realizada, la cual se halla en línea con nuestra argumentación⁴⁰.

38. El artículo 3.º de la Ley de Ositrán estipula que la misión de esta entidad consiste en regular el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios.

39. Este proyecto modificaría los *Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de contratos de concesión*, aprobados por Acuerdo 557-154-04-CD-OSITRAN de fecha 17 de noviembre de 2004.

40. Los contratos de concesión contemplan que la opinión de Ositrán para efectos de modificación del contrato debe ser previa. Para citar un ejemplo, en la cláusula 19.3 del contrato de concesión del tramo vial Huaral-Acos del Programa Costa Sierra, establece lo siguiente: «Para efectos de lo establecido en los párrafos precedentes, debe tomarse en cuenta que la modificación de cualquiera de los términos establecidos en el presente Contrato requiere de la opinión previa del REGULADOR [...]».

c) Opinión favorable del MEF, en caso de que las modificaciones alteren el cofinanciamiento o las garantías.

La opinión del MEF sobre las modificaciones contractuales es una novedad introducida por la Ley de APP. Al respecto, la norma es completamente clara cuando indica que dicha opinión tendrá lugar, únicamente, cuando las modificaciones alteren el cofinanciamiento o las garantías, es decir, en el caso de contratos de concesión cofinanciados y/o respecto de concesiones autosostenibles que contengan garantías.

A diferencia de la opinión de los organismos reguladores, la opinión del MEF no presenta un antecedente normativo; en este caso, el Reglamento de la Ley de APP exige, asimismo, que la opinión sea favorable, lo que no ocurre en el caso de los organismos reguladores, puesto que la norma no le otorga dicho carácter, por lo que se presume su conformidad por falta de pronunciamiento.

d) Procedimiento y plazo de las opiniones del MEF y del organismo regulador.

De acuerdo con lo previsto en el numeral 9.1 del artículo 9.º del Reglamento de la Ley de APP, las opiniones deberán ser requeridas a las diferentes entidades de manera paralela, entendiéndose por ello que serán solicitadas con un desfase no mayor de dos días hábiles. Cumplido ello, las opiniones deberán ser emitidas en un plazo máximo de diez días hábiles contados desde la recepción de la solicitud de opinión, luego de lo cual, únicamente la opinión del organismo regulador se considerará favorable. En efecto, tal como hemos revisado en el acápite precedente, el MEF debe opinar necesariamente en los temas de su competencia y, en caso de falta de pronunciamiento, su opinión se considerará desfavorable.

En relación con la emisión de opinión de Ositrán sobre las modificaciones a los contratos, dicha entidad se ha pronunciado en sus respectivos informes, haciendo referencia al numeral 171.2 del artículo 171.º de la Ley de Procedimiento Administrativo General (Ley 27444), señalando que, en caso de que la norma no establezca expresamente la naturaleza vinculante o no de los informes ni de los dictámenes de las entidades públicas, se presume que la opinión tiene carácter no vinculante⁴¹.

41. Cada uno de los informes de Ositrán sostienen el carácter no vinculante de las opiniones sobre la modificación de los contratos, en virtud de lo indicado en el artículo 171.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo General (Ley 27444). Para citar algunos ejemplos, podemos indicar el numeral 27 del Informe 014-09-GRE-GS-GAL-OSITRAN

De otro lado, el organismo regulador tiene la capacidad de declarar improcedente las solicitudes de renegociación o revisión⁴², afirmación que resulta consistente con lo indicado en el literal d) del artículo 12.º de la Ley de Ositrán, que establece como función principal del Consejo Directivo, entre otras, la de declarar la improcedencia de las solicitudes de renegociación o revisión.

Nos preguntamos si la facultad del Consejo Directivo es contraria a la afirmación según la cual se establece que la opinión del organismo regulador no es vinculante. Entonces, ¿por qué no se han registrado casos de improcedencia declarados por el Consejo Directivo de Ositrán en el marco de sus facultades? En la práctica, la facultad del Consejo Directivo de declarar la improcedencia carece de eficacia, en tanto que no se ha verificado casos en los cuales Ositrán haya aplicado dicha atribución, más aún si considera que sus opiniones tienen carácter no vinculante.

e) Si la adenda propuesta desvirtuara el objeto del proyecto original o involucrara un monto adicional que supere el 15% del costo total del proyecto de APP, la entidad —siempre que la naturaleza del proyecto lo permitiera— evaluará la conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección, como alternativa a negociar una adenda al contrato.

El Reglamento de la Ley de APP establece una novedad en el marco de la suscripción de las adendas al hacer referencia a los supuestos en los cuales se desvirtúe el objeto del proyecto original o, en su caso, se incremente en 15% del costo total del proyecto y, señalando expresamente la posibilidad de que la entidad pueda negociar una adenda en dichos casos⁴³.

(adenda 1 al contrato de concesión del tramo empalme 1B-Buenos Aires-Canchaque, el numeral 26 del Informe 027-09-GRE-GS-GAL-OSITRAN (adenda 1 al contrato de concesión del tramo vial Huaral-Acos), entre otros.

42. Como hemos mencionado en el capítulo 1, el presente estudio no distingue entre renegociación y reconversión. Toda mención a la renegociación deberá entenderse que incluye también a la reconversión de acuerdo con las definiciones contempladas en los Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de contratos de concesión aprobados mediante Acuerdo 557-154-04-CD-OSITRAN de fecha 17 de noviembre de 2004.
43. De acuerdo con el numeral 3.4 del artículo 3.º del Reglamento de la Ley de APP, la definición de costo total del proyecto es «el Costo Total de Inversión más los costos estimados de operación y mantenimiento de un proyecto o de un conjunto de proyectos con características similares, expresados en valor presente, de los primeros diez (10) años del proyecto o de su vida útil, el que resulte menor. La tasa de descuento a ser utilizada para el cálculo del valor presente será aquella definida en el Metodología del Comparador Público-Privada».

Recordemos que las disposiciones del TUO de Concesiones y de su Reglamento establecen que las modificaciones contractuales deben, en lo posible, respetar la naturaleza de la concesión, las condiciones técnicas y económicas, así como el equilibrio financiero para ambas partes. En tal sentido, la disposición contenida en la Ley de APP propone un parámetro adicional o evaluación previa de dichas condiciones, con el fin de determinar si la adenda propuesta desvirtúa el objeto de la concesión o aumenta el 15% del costo total del proyecto.

Ante este supuesto, se deberá evaluar si resulta conveniente la realización de un nuevo concurso o la suscripción de una adenda⁴⁴. Tengamos en cuenta que la realización de un nuevo concurso puede llevar a la terminación del contrato de concesión, por lo que nos encontramos ante un supuesto de notables consecuencias⁴⁵. En tal sentido, consideramos que, para su aplicación, los hechos que conduzcan a ello deberán ser de tal magnitud, así como de carácter imprevisible, que desvirtúen el objeto de la concesión. Ahora bien, esta norma —al igual que lo dispuesto en el TUO de Concesiones— indica que dicha modificación debe respetar la naturaleza del proyecto; por ello, consideramos que la posibilidad de aceptar una modificación que desvirtúe el objeto del proyecto, bajo dicha condición, resultaría de difícil aplicación.

Cabe indicar que, si bien la norma no precisa si el incremento del 15% del costo total del proyecto es aplicable a una concesión autosostenible o cofi-

El numeral 3.3 del artículo 3.º también define *costo de inversión* como «el valor presente de los flujos de inversión estimado en la identificación del proyecto o en el último estudio de preinversión, según corresponda. El Costo Total de Inversión no incluye los costos de operación y mantenimiento. La tasa de descuento a ser utilizada para el cálculo del valor presente será aquella definida en el Metodología del Comparador Público-Privado».

44. El primer antecedente por el cual se evalúa la suscripción de una adenda o la realización de un nuevo concurso se verifica en lo dispuesto en el artículo 3.º de la Ley 29309, por el cual se indicó que «El Ministerio de Transportes y Comunicaciones, dentro del plazo de noventa (90) días a partir de la promulgación de la presente Ley, evalúa y determina la modalidad bajo la cual se continuarán y culminarán las obras de los Tramos 2, 3 y 4 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil-IIRSA Sur, luego de haberse agotado el cien por ciento (100%) de los respectivos Pagos Anuales por Obras (PAO), según los contratos vigentes, pudiendo optar por la modalidad de licitación pública o por la continuación de las obras por el concesionario».
45. La disposición de la norma, faculta a la entidad a establecer si en dicho caso corresponde la suscripción de una adenda o la realización de un nuevo concurso. Si la entidad optara por la realización de un nuevo concurso, se debería aplicar la cláusula de terminación de contrato. Es decir, nos encontramos ante la aplicación de la cláusula exorbitante, según lo descrito en el capítulo 1.

nanciada, podemos establecer distinciones con respecto a algunos supuestos derivados de la naturaleza de la concesión.

- *Concesión autosostenible*: en este caso, si el incremento del costo total del proyecto se origina como parte de los riesgos propios de su ejecución, esta norma no resulta aplicable, y ese mayor costo deberá ser asumido por el concesionario. Por el contrario, si se trata de un incremento que se debe a un requerimiento por parte del concedente, corresponderá la evaluación respectiva a fin de establecer un mecanismo que compense dicha inversión, a favor del concesionario; ello incluirá una evaluación respecto de si dicho aumento implica un cambio de modalidad de autosostenible a cofinanciada.
- *Concesión cofinanciada*: dado que la asignación de los riesgos en este tipo de concesión son más bien compartidos, se deberá evaluar la magnitud del incremento del costo, o del mecanismo de compensación, cuando se trate de un caso que se halle fuera del control razonable del concesionario, a fin de evaluar si corresponde una adenda o, por el contrario, la realización de un nuevo concurso.

f) Causales de renegociación de los contratos dentro de los primeros tres años.

Luego de haber analizado el numeral 9.1 del artículo 9.º del Reglamento de la Ley de APP, evaluaremos el numeral 9.2, que comprende dos temas principales: por un lado, la prohibición de proceder a la renegociación del contrato de concesión dentro de los primeros tres años y, por otro, una serie de supuestos excepcionales a dicha prohibición temporal.

En la actualidad, el numeral 9.2 del artículo 9.º del Reglamento de la Ley de APP contiene los siguientes supuestos excepcionales para la prohibición de suscribir adendas en los primeros tres años del contrato de concesión: 1) la corrección de errores materiales; 2) por requerimientos sustentados de los acreedores permitidos vinculados con la etapa de cierre financiero del contrato; o 3) con la finalidad de precisar aspectos operativos para la mejor ejecución del contrato o en caso de que se sustentara la necesidad de adelantar el programa de inversiones y dicha modificación no implicase un cambio del contrato, de autosostenible a cofinanciado, ni se aumentasen los pagos previstos a cargo del Estado.

En todo el tiempo que tiene de vigencia, el mencionado artículo ha sido modificado hasta en dos oportunidades. En el cuadro 2.2 se comparan y detallan las modificaciones efectuadas.

Cuadro 2.2. Comparación de las modificaciones al numeral 9.2 del artículo 9.º del Reglamento de la Ley de APP

Modificaciones del artículo 9.º del Reglamento del D.L. 1012	Reglamento del D.L. 1012	D.S. 144-2009-EF	D.S. 106-2011-EF
Errores materiales	Errores materiales	La corrección de errores materiales	La corrección de errores materiales
Acreeedores permitidos	Requerimientos de los acreedores permitidos vinculados con la etapa de cierre financiero del Contrato de APP	Requerimientos de los acreedores permitidos vinculados con la etapa de cierre financiero del Contrato	Requerimientos de los acreedores permitidos vinculados con la etapa de cierre financiero del Contrato
Aspectos operativos		Precisar aspectos operativos para la mejor ejecución del Contrato de Concesión	Precisar aspectos operativos para la mejor ejecución del Contrato de Concesión
Adelanto del Programa de Inversiones		Sustentar la necesidad de adelantar el Programa de Inversiones con cargo a la retribución prevista en el contrato a favor del Estado	Sustentar la necesidad de adelantar el Programa de Inversiones
Cambio de modalidad		Que la modificación no implique un cambio de ser un contrato autosostenible a cofinanciado	Que la modificación no implique un cambio de ser un contrato autosostenible a cofinanciado
Pagos a cargo del Estado		No represente aumento a los pagos a cargo del Estado previstos en el Contrato	No represente aumento a los pagos a cargo del Estado previstos en el Contrato

Elaboración propia.

La restricción de suscribir adendas durante el plazo de los tres primeros años desde la firma del respectivo contrato de concesión fue una introducción del Reglamento de la Ley de APP. Esta ley no introdujo ninguna disposición respecto de la suscripción de adendas a los contratos de concesión, por lo que, el numeral 9.2 del artículo 9.º del Reglamento excede las disposiciones otorgadas por ley.

Ahora bien, tal como se ha descrito en el capítulo 1, la mayor incidencia en la renegociación de los contratos de concesión se produce en los primeros tres años de la concesión, toda vez que el 45% de adendas de los contratos del sector transportes han sido suscritas en dicho periodo.

En función de la entrada en vigencia del Reglamento de la Ley de APP, se ha configurado el gráfico 2.4, en el que se establece una restricción a la suscrip-

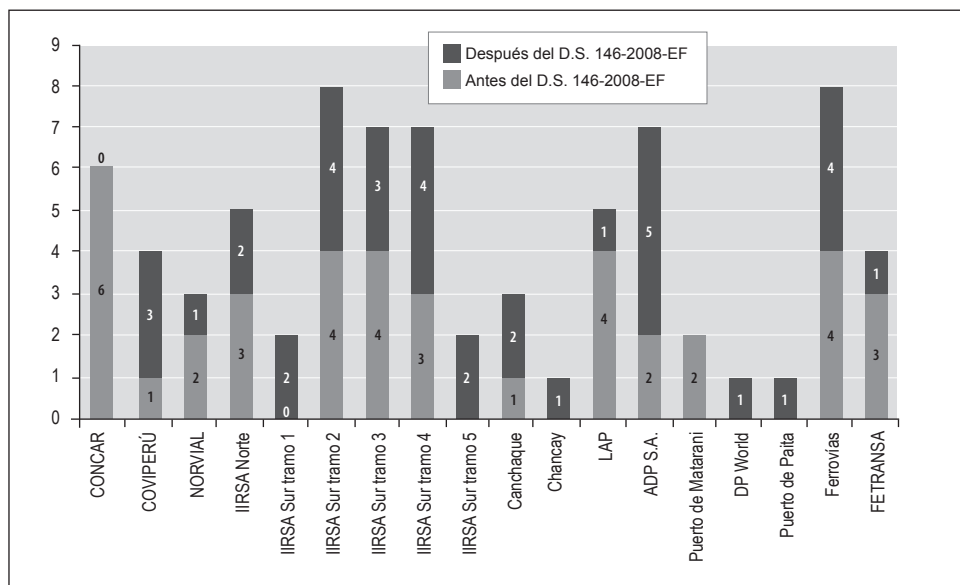


Gráfico 2.4. Adendas suscritas antes y después del D.S. 146-2008-EF

Fuente: Ositrán.

Elaboración propia.

ción de adendas durante los primeros tres años contados desde la fecha de su suscripción, salvo en determinados casos excepcionales.

Como puede verse en el gráfico 2.4, antes de la entrada en vigencia del numeral 9.2 del artículo 9.º del Reglamento de la Ley de APP, se habían suscrito en total 39 adendas; después, se suscribieron 37.

En este aspecto, la referida norma no alcanza, pues, su objetivo de restringir y/o reducir la suscripción de adendas. Ello se debe principalmente a que durante dicho periodo inicial de los contratos de concesión se realiza el cierre financiero, el diseño de los estudios, la construcción de las obras (incluyendo el tema de las obras adicionales, complementarias y/o nuevas) y el cumplimiento de las inversiones comprometidas en algunos casos. Como se indicará más adelante, esta cláusula ha sido modificada hasta en dos oportunidades. Esto nos indica la necesidad de los operadores a efectos de flexibilizar el artículo para enmarcar mayores supuestos para la suscripción de adendas durante este plazo.

De otro lado, conviene preguntarnos si el artículo 9.º del Reglamento de la Ley de APP no se contraponen con lo dispuesto en el TULO de Concesiones. Al respecto, se debe indicar que el TULO de Concesiones contemplaba la facultad de modificar el contrato siempre y cuando se respetaran tres condiciones o

parámetros mínimos. Esta norma no contemplaba ninguna prohibición de suscripción de adendas ni estableció requisitos tales como la opinión de otras entidades. En tal sentido, nos encontramos propiamente ante una restricción reglamentaria que se contrapone a lo establecido en una norma con rango de ley.

Por lo antes indicado, consideramos que la disposición contenida en el artículo 9.º del Reglamento de la Ley de APP es contraria a las facultades reglamentarias, en tanto incluye disposiciones que no se encuentran contempladas por la ley; más aún, no cumple el objetivo de reducir la suscripción de adendas durante el periodo inicial de los contratos de concesión y es, además, contrario a la naturaleza incompleta de estos, cuya renegociación es un proceso natural. Por ende, creemos que la aproximación normativa de los procesos de renegociación del Reglamento de la Ley de APP es inapropiada, en tanto que restringe durante los primeros tres años la suscripción de adendas, salvo supuestos excepcionales; por el contrario, la regulación normativa debe estar dirigida a establecer parámetros o condiciones mínimas para la suscripción de adendas, como se encuentra contemplado en el TUO de Concesiones.

De otro lado, el numeral 9.2 del artículo 9.º del Reglamento de la Ley de APP se contrapone con las disposiciones contenidas en el TUO de Concesiones, norma que tiene rango de ley; contraviene, por lo tanto, el principio de legalidad y de jerarquía normativa contenido en el artículo 51.º de la Constitución, máxime teniendo en cuenta que la Ley de APP no contiene ninguna remisión reglamentaria en relación con el tema de suscripción de adendas⁴⁶.

3.3. Procedimiento de Ositrán

Como ya hemos indicado, Ositrán está facultado para emitir opiniones con respecto a las modificaciones contractuales que se hagan a los contratos de concesión de infraestructura de transporte bajo su competencia. Ello forma parte de su facultad de supervisión⁴⁷, dado que, a través de dicho mecanismo,

46. El artículo 51.º de la Constitución establece lo siguiente: «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado».

47. De acuerdo al artículo 32.º del Reglamento de Ositrán, con respecto a la definición de *función supervisora* se señala que «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 estas brinden servicios adecuados a los USUARIOS. Asimismo, la función supervisora permite verificar el cumplimiento de cualquier mandato o Resolución emitida por el propio OSITRAN o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de dicha entidad o actividad supervisadas».

podrá verificar y cautelar el cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes, a fin de cumplir el objetivo de brindar un adecuado servicio a los usuarios.

Para el ejercicio de sus funciones, Ositrán aprobó los Lineamientos, cuyo objetivo es establecer los principios que deben aplicarse para los casos de interpretación de contratos, así como en la preparación de opiniones técnicas de dicho organismo con relación a las solicitudes de modificación y reconversión de contratos de concesión.

a) Respecto a la opinión técnica para la modificación de contratos.

Los Lineamientos distinguen entre modificación y reconversión de contratos. En el primer caso, los Lineamientos hacen, a su vez, una distinción entre modificaciones sustanciales y no sustanciales; la modificación será sustancial si esta es «generada por la ocurrencia de eventos no imputables al concesionario o imputables al Concedente que han alterado significativamente la ecuación económica del contrato»; por el contrario, será una modificación no sustancial aquella que tiene como objeto «corregir errores materiales o situaciones no vinculadas a interpretaciones generales de contenidos del Contrato de Concesión, que no comprometen el equilibrio de la ecuación económico-financiera del mismo».

Por otro lado, en lo que se refiere a la reconversión, esta se define como aquella que involucra:

... cambios estructurales o transformaciones sustanciales en los Contratos de Concesión, por ejemplo: cambios en el objeto del Contrato de Concesión, cambio en las prestaciones principales a cargo de las partes y fusiones que afectan la ejecución del objeto del Contrato de Concesión.

Asimismo, se destacan en el documento en mención los principios que regirán la interpretación, tales como equilibrio, no discriminación, beneficio-coste, transparencia y bienestar de los usuarios.

b) Principales factores que pueden propiciar las modificaciones sustanciales.

Se consideran como tales a los siguientes:

- 1) La ruptura del equilibrio económico por razones no previsibles y no atribuibles al concesionario, debidamente fundamentadas.

- 2) Se acredita que se mantiene el interés público que sustenta la concesión por el Estado.
- 3) Facilitar a la sociedad concesionaria la obtención del endeudamiento garantizado permitido.
- 4) Cambios tecnológicos o nuevas circunstancias que se produzcan durante la vigencia de la concesión.
- 5) La acreditación de permisibilidad expresa de modificación está establecida en el propio contrato de concesión.
- 6) Cambios en la naturaleza de la normatividad aplicable.
- 7) Hechos o actos del Estado.

Consideramos poco práctica la distinción entre modificación y reconversión, toda vez que muchos de los supuestos indicados pueden corresponder a cambios estructurales o transformaciones sustanciales. Probablemente, esta acotación ya fue evaluada por el organismo regulador, puesto que en el Proyecto de Lineamientos se ha verificado la eliminación de la figura de la reconversión. Sin perjuicio de ello, como se ha mencionado en el capítulo 1, cualquier referencia en el presente estudio a la renegociación de los contratos de concesión incluye los supuestos de reconversión contenidos en los Lineamientos, salvo mención expresa de lo contrario.

3.4. Proyecto de modificación de los Lineamientos de Ositrán

Pese a que aún no se ha aprobado el Proyecto de Lineamientos⁴⁸, resulta pertinente analizar sus aspectos más relevantes, ya que contienen los últimos criterios implementados por el regulador en materia de modificación de contratos, en concordancia con lo dispuesto en la Ley de APP y el Reglamento de la Ley de APP. Precisamente, respecto de la modificación de contratos indicada en el numeral 5) del Proyecto de Lineamientos, se distinguen dos tipos de modificaciones de los contratos: sustanciales y no sustanciales, tal como se verifica actualmente en las disposiciones de los Lineamientos vigentes.

El Proyecto de Lineamientos define una modificación sustancial como aquella «generada por la ocurrencia de eventos que afectan significativamente

48. Hasta la fecha, este proyecto no ha sido aprobado, por lo que se mantienen vigentes los *Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de contratos de concesión* aprobados mediante Acuerdo 557-154-04-CD-OSITRAN de fecha 17 de noviembre de 2004.

el equilibrio económico del contrato». Por otro lado, define una modificación no sustancial como aquella que tiene por objeto «corregir errores materiales o situaciones no vinculadas a interpretaciones generales de contenidos del Contrato de Concesión, que no comprometen el equilibrio económico-financiero del mismo».

En este caso, Ositrán opinará con respecto al acuerdo adoptado por el concesionario y el concedente. Sin perjuicio de ello, Ositrán tendrá la facultad de opinar negativamente acerca de aquellas modificaciones que se propongan alterar los resultados del proceso de promoción mediante el cual el concesionario obtuvo la buena pro de la concesión, tales como el factor de competencia, que se constituye en la variable determinante para la selección del concesionario.

Finalmente, el Proyecto de Lineamientos describe los criterios frecuentes que son objeto de adendas: a) adelanto de inversiones, b) extensión el plazo de la concesión, c) cambios en las condiciones del mercado o por innovaciones tecnológicas, d) originadas por la obtención de la estructuración financiera, e) operatividad del contrato y corrección de errores, y f) cambios en la naturaleza de la normatividad aplicable.

Como ya se indicó, el Proyecto de Lineamientos ha suprimido la distinción entre modificación y reconversión, la cual resultaba poco práctica; sin embargo, se verifica un cambio en los criterios frecuentes objeto de adendas, ya que, por ejemplo, no se estipula la ruptura de equilibrio económico como un criterio frecuente, entre otros. No obstante ello, el principio del equilibrio económico-financiero se encuentra contenido en el artículo 33.º del TUO de Concesiones y en el numeral 9.2 del artículo 9.º del Reglamento de la Ley de APP.

DIAGNÓSTICO, IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES

En el presente capítulo identificaremos los temas que han sido objeto de modificaciones contractuales y que, mediante adenda, han sido incorporados en más de uno de los contratos de concesión, que son el objeto de esta investigación. Para ello, analizaremos las condiciones o términos de dichas modificaciones, así como las causales o razones que dieron lugar a los procesos de renegociación. Nuestro interés surge de la lectura de las cifras obtenidas hasta julio del 2011: en ellas se observa que, de los 27 contratos de concesión suscritos en el sector transportes, 19 (70%) habían sido renegociados mediante un total de 76 adendas; por ello, hemos analizado ocho de los contratos de concesión más representativos del sector.

El objetivo principal del presente capítulo es analizar los alcances de las modificaciones que de forma recurrente han sido objeto de renegociación y, consecuentemente, los términos finales de aquellas que han sido incorporadas a los contratos, así como sus causas, es decir, si fueron consecuencia de hechos previsibles durante el diseño del contrato, de un incumplimiento del concedente, de errores en la asignación de competencias entre el concedente y el regulador, de hechos sobrevinientes e imprevisibles o de un evento de fuerza mayor o caso fortuito.

Dicho análisis tendrá en cuenta la aplicación de un criterio de temporalidad, es decir, se considerará la fecha en que se suscribieron los contratos de concesión que presentan los mismos temas que son objeto de un proceso de renegociación. Ello se debe a que este trabajo tiene como alcance el análisis y diagnóstico de los procesos de renegociación de contratos de concesión suscritos desde el 2001 —como el contrato de concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez— hasta el 2009 —tal es el caso del contrato de concesión del Terminal Portuario de Paita—; posteriormente, en el siguiente capítulo, plantaremos mejoras en el diseño original de los contratos de concesión, que sugerimos introducir para reducir los procesos de renegociación.

1. Algunas cifras y conceptos

Se considera necesario presentar algunos datos y cifras para comprender la importancia de los contratos de concesión, así como la dimensión de los procesos de renegociación.

En primer lugar, la información recogida en el cuadro 3.1 muestra los resultados actualizados de la brecha de infraestructura en el Perú como consecuencia del cambio del modelo económico del Estado peruano, de un papel intervencionista a un rol promotor de la economía de mercado.

Cuadro 3.1. *Brecha de infraestructura e inversión comprometida (en millones de dólares)*

Tipo	Brecha al 2008 (I)	Inversión ejecutada a diciembre del 2011 (II)	Brecha a diciembre del 2011 (III)	Compromisos de inversión pendiente (IV)	Porcentaje de brecha a cubrir con inversión pendiente (V) = (IV)100/(III)
Carreteras	7,375	2,585	4,790	982	21%
Aeropuertos	571	322	249	841	338%
Puertos	3,600	386	3,214	1,467	46%
Vías férreas	2,415	105	2,310	127	6%
Total	13,961	3,398	10,563	3,417	32%

Fuente y elaboración: Zevallos, 2011b: 39.

El cuadro 3.1 actualiza las cifras de la brecha de infraestructura calculada en el 2008 (columna I) con la inversión ejecutada hasta diciembre del 2011 (columna II), mostrando como resultado una brecha actualizada de aproximadamente US\$ 10,563 millones (columna III). De otro lado, considerando la inversión pendiente de ejecución contemplada en los contratos de concesión suscritos hasta la fecha, del orden de US\$ 3,418 millones (columna IV), resulta posible cubrir el 32% de la brecha restante (US\$ 10,563 millones).

Si bien ello sería factible en condiciones estáticas, cabe reconocer también que las necesidades de infraestructura y, por tanto, la brecha, pueden incrementarse en el tiempo. De hecho, diversos factores, como pueden ser el crecimiento de la economía, la diversificación de la producción, el crecimiento de la población, entre otros, significan mayores requerimientos de inversión en infraestructura.

El cambio de modelo económico por parte del Estado significó, en definitiva, la adopción de una serie de medidas y acciones como, por ejemplo, una mayor participación de la inversión privada en campos que van más allá de las actividades productivas, incursionando en la provisión de servicios públicos —antes solo bajo administración estatal— especialmente en infraestructura de

transportes, a través del marco legal de las concesiones en infraestructura y servicios públicos, y, posteriormente, mediante las APP.

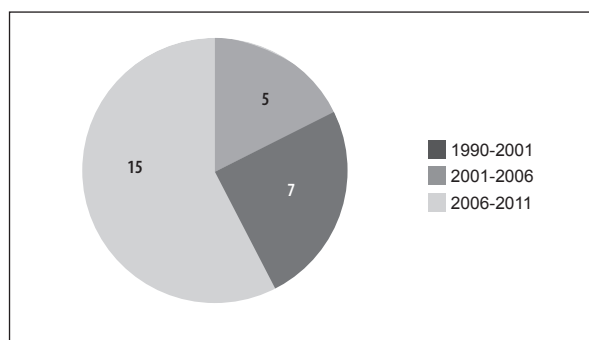


Gráfico 3.1. Contratos de concesión suscritos por periodo de gobierno desde 1990

Fuente: Ositrán.

El gráfico 3.1 toma en cuenta los periodos de gobierno desde 1990 a la fecha, en los cuales fueron suscritos los contratos de concesión. Estos suman 27 en los subsectores carreteras, aeropuertos, puertos y ferrocarriles. Al respecto, durante el gobierno de Fujimori se firmaron cinco contratos de concesión con un monto de inversión comprometido de US\$ 1,073 millones, mientras que en el de Toledo se suscribieron siete, con una inversión comprometida de US\$ 3,165 millones; en el segundo gobierno de García, el total fue de quince, aunque con una inversión comprometida de US\$ 2,583 millones.

Gran parte de estos contratos de concesión, sin embargo, han sido renegociados, con lo que se generó una natural preocupación en conocer las razones de ello, así como los efectos sobre las obligaciones, tanto del concedente como del concesionario, y respecto de los montos de inversión y plazos de ejecución de los proyectos.

De estas adendas, el 12% fueron suscritas antes de transcurrido un año desde la firma del contrato de concesión, mientras que el 45% de ellas, antes de los tres años y, por ende, antes de que hubiese transcurrido el plazo legal contenido en el artículo 9.º del Reglamento de la Ley de APP, fundamentándose en supuestos excepcionales permitidos por ley; ello se aprecia en el gráfico 3.2.

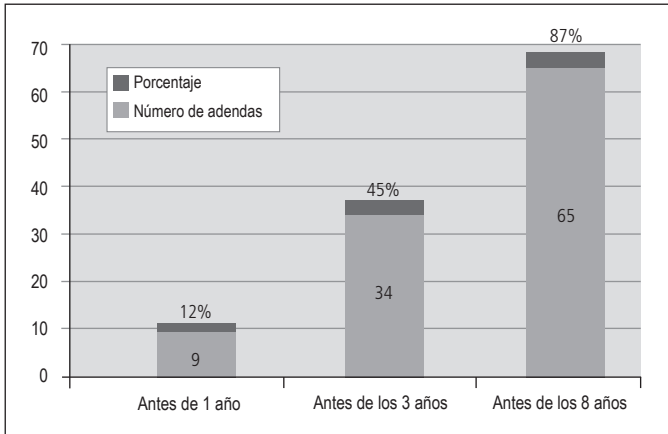


Gráfico 3.2. Plazo entre la suscripción del contrato de concesión y adendas

Fuente: Ositrán.

Elaboración propia.

2. Contratos de concesión y adendas

Partiendo de la premisa de que el contrato de concesión es el instrumento legal mediante el cual se cumplen los acuerdos pactados entre el Estado y los concesionarios, se ha observado una tendencia a suscribir adendas para modificar el texto original de los contratos de concesión, sea para incorporar temas nuevos a la dinámica contractual o temas imprevisibles a la fecha de diseño de los contratos, para suplir vacíos del texto contractual o para esclarecer cláusulas de este, entre otros.

Haciendo una revisión inicial del total de adendas suscritas durante los últimos gobiernos, se ha podido obtener los resultados consignados en el gráfico 3.3, en el que se puede notar que el mayor número de adendas —44 de un total de 76— se presentaron en el último periodo de gobierno, es decir, entre los años 2006 y 2011.

Con respecto a la identificación de los temas más recurrentes, el gráfico 3.4 muestra que estos son de lo más variados; destacan los referidos a saneamiento de terrenos, bienes de la concesión, financiamiento, obras, entre otros.

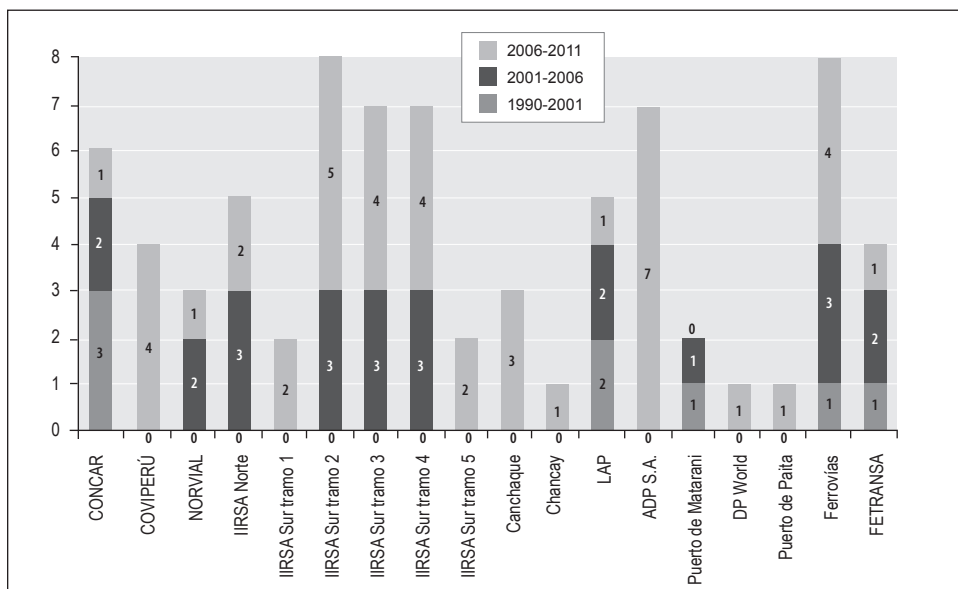


Gráfico 3.3. Número de adendas por contrato por periodo de gobierno

Fuente y elaboración: Zevallos, 2011a: 60.

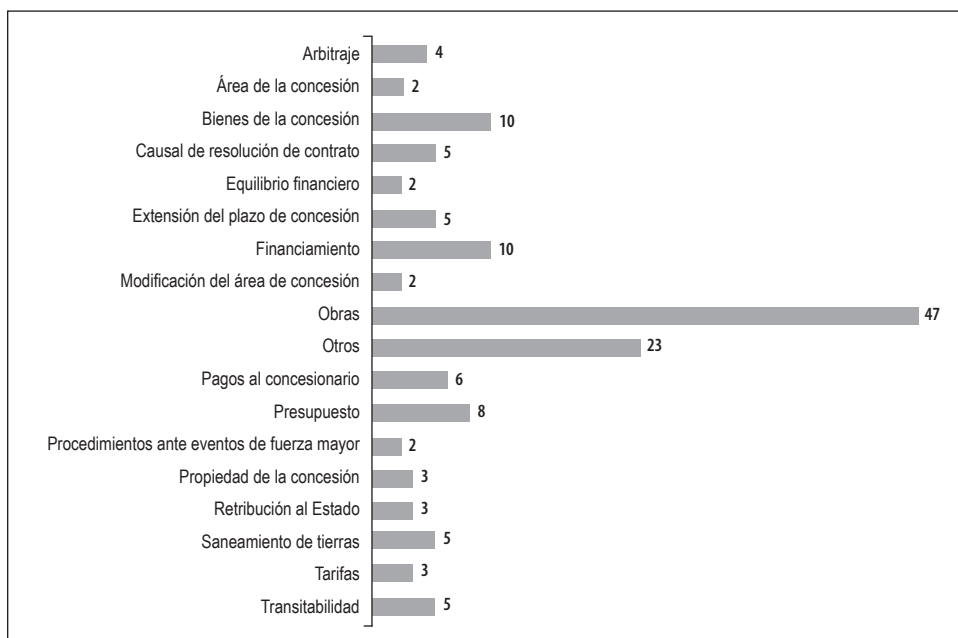


Gráfico 3.4. Número de adendas según los temas recurrentes objeto de adenda

Fuente y elaboración: Zevallos, 2011a: 61.

Pero, según expusimos previamente al inicio del capítulo 1, el análisis se limita a las adendas suscritas en solo ocho contratos de concesión representativos (en adelante, *los contratos de concesión*), los cuales suman 33 adendas y, por ende, con un promedio de cuatro adendas por contrato⁴⁹. En el cuadro 3.2 se detallan las adendas de los contratos de concesión que son objeto de análisis.

3. Modificaciones recurrentes

En general, los contratos de concesión presentan desde su suscripción distintas etapas de ejecución contractual, entre las cuales podemos mencionar: 1) etapa de cierre financiero, en la que el concesionario acreditará la operación de cierre financiero con uno de los agentes considerados como acreedores permitidos en el contrato de concesión, a fin de contar con los fondos necesarios para la ejecución del proyecto⁵⁰; 2) etapa de diseño o estudios, cuyo objetivo será la elaboración de los estudios definitivos del proyecto para su aprobación por el concedente, con la opinión previa del regulador⁵¹; esta etapa incluye también la obtención de las licencias y/o autorizaciones correspondientes; 3) etapa de obras, durante la cual el concesionario se encarga de la ejecución de la obra; y 4) etapa de operación o explotación, en la que el concesionario presta servicios a los usuarios y mantiene la infraestructura. En tal sentido, procederemos a identificar y analizar las modificaciones recurrentes que se han presentado en los contratos de concesión bajo alcance de la presente investigación, las cuales serán presentadas de forma ordenada en función de la etapa de ejecución contractual.

3.1. Acreedores permitidos

A continuación, identificaremos y analizaremos las modificaciones recurrentes en los contratos de concesión en relación con la definición de *acreedores*

49. Cabe mencionar que, en general, en el sector transportes, el promedio de adendas por cada contrato es de tres; en tal sentido, en el caso de los ocho contratos de concesión comprendidos en esta investigación, es superior al promedio de todo el sector.

50. Es posible también, aunque en pocos casos, que el concesionario obtenga recursos de acreedores que no necesariamente soliciten el otorgamiento de las garantías contempladas en el contrato de concesión.

51. Cabe señalar que la etapa de estudios y obras es generalmente realizada por subtramos o subetapas en función de cada proyecto, lo que a su vez tiene incidencia en la explotación de la concesión.

Cuadro 3.2. Alcance del estudio: ocho contratos de concesión y sus 33 adendas

Concesión	Tipo	Contrato	Número de adendas	Adenda 1	Adenda 2	Adenda 3	Adenda 4	Adenda 5	Adenda 6	Adenda 7
IIRSA Norte (IIRSA Norte S.A.)	Cofinanciada	2005	5	28-12-2005	23-2-2006	26-7-2006	6-5-2009	3-5-2011		
Red Vial 5 (NORVIAL S.A.)	Autosostenible	2003	3	8-11-2004	31-5-2005	13-6-2008				
Red Vial 6 (COVIPERÚ S.A.)	Autosostenible	2004	4	28-8-2007	8-4-2009	16-3-2010	15-6-2011			
IIRSA Sur tramo 3 (IIRSA Sur T3)	Cofinanciada	2005	7	24-2-2006	16-6-2006	26-7-2006	16-7-2007	21-7-2009	16-6-2010	26-11-2010
IIRSA Sur tramo 1 (SURVIAL S.A.)	Cofinanciada	2007	1	22-10-2010						
Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (LAP S.A.)	Autosostenible	2001	5	6-4-2001	25-7-2001	30-9-2002	30-6-2003	25-7-2011		
Primer Grupo de Aeropuertos de Provincias del Perú (ADP S.A.)	Cofinanciada	2006	7	5-2-2008	6-3-2008	17-9-2008	24-11-2008	23-12-2009	20-12-2010	30-3-2011
Terminal Portuario de Paíta (TPE S.A.)	Autosostenible	2009	1	10-12-2010						

Elaboración propia.

permitidos, su procedimiento de aprobación ante el concedente y sus derechos establecidos en el contrato de concesión (en adelante, *el régimen de acreedores permitidos*).

Al respecto, hemos identificado que se han realizado procesos de renegociación en relación con el régimen de acreedores permitidos en los contratos de concesión de la Red Vial 5, del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincias del Perú, IIRSA Sur tramo 3 y de IIRSA Norte. En tal sentido, cinco de los ocho contratos que se hallan dentro del alcance de este trabajo han sido objeto de de renegociación en relación con el régimen de acreedores permitidos, lo que representa el 63% de recurrencia. En todos los casos, las adendas se amparan en la necesidad de finalizar la operación de financiamiento de los proyectos.

a) Definición de acreedores permitidos

Analizando las modificaciones realizadas en los contratos de concesión, podemos señalar que las modificaciones han tenido como objetivo:

1. Eliminar la referencia a entidad de crédito de exportación.
2. Modificar los requisitos de las entidades financieras nacionales a efectos de que sean consideradas como acreedores permitidos; ya no se exige una clasificación de riesgo no menor que «A» y solo se requiere la aprobación por parte del concedente.
3. Incorporar el supuesto de cualquier persona natural o jurídica que adquiriera valores mobiliarios emitidos por la sociedad concesionaria directa o indirectamente en oferta pública.
4. Incorporar a los patrimonios fideicometidos o sociedades titulizadoras.
5. Expresar que existe la incompatibilidad entre la calidad de socio o empresa vinculada y la calidad de acreedor permitido.
6. Mencionar que cualquier tipo de definición de acreedor permitido debe estar relacionada con el endeudamiento garantizado permitido.
7. El procedimiento de autorización del endeudamiento garantizado permitido en función del tipo de acreedor permitido.

Para mayor detalle sobre los cambios efectuados mediante adenda al texto original de los contratos, revisar el anexo 4.

En general, las modificaciones recurrentes a la definición de *acreedores permitidos* surgen de la necesidad de ampliar los supuestos contemplados en el

diseño inicial, a efectos de incluir otras posibilidades de financiamiento de los proyectos, como puede serlo a través de operaciones en el mercado de capitales (principalmente, el internacional), ya sea con titulización de activos o sin ella, así como reducir los requisitos de clasificación de las entidades financieras nacionales; sin embargo, en este último caso de reducción de clasificación de las entidades financieras nacionales, consideramos pertinente que se realice siempre una evaluación de impacto económico respecto de los beneficios tanto para el Estado como para el inversionista.

De otro lado, hemos podido identificar que las modificaciones contienen la incorporación de limitaciones respecto del accionista de la sociedad concesionaria, a efectos de que sea considerado acreedor permitido; en algunos casos, dicha limitación comprende a las empresas vinculadas. Asimismo, se incluye la necesidad de relacionar expresamente la calidad de acreedor permitido con el endeudamiento garantizado permitido, esto último debido a que no necesariamente en todos los casos —aunque son minoría— los acreedores dispuestos a desembolsar un crédito (como en una operación de tipo bancario) solicitan el otorgamiento de las garantías contempladas en el contrato (como suelen serlo los ingresos de la concesión, las acciones o el derecho de la concesión).

En suma, a efectos de finalizar la operación de financiamiento, se han generado dichas modificaciones con el objeto de contemplar las distintas vías de financiamiento que se pueden obtener y, por otro lado, con la finalidad de restringir el acceso al régimen de acreedores permitidos a los accionistas o empresas vinculadas de la sociedad concesionaria.

En este sentido, consideramos que dichas modificaciones deberían ser contempladas desde el diseño original del contrato, toda vez que se trata de modificaciones completamente previsibles. Por ende, la cláusula de definición de acreedores permitidos debería ser uniformizada en los términos señalados en las líneas previas —cuya propuesta para mejorarla incluimos en el capítulo 4— a efectos de brindar mayor certeza y seguridad a los inversionistas privados, con lo cual se reducen los costos de posteriores procesos de renegociación, más aún tratándose de mejoras previsibles y que pueden ser incorporadas desde el diseño inicial de los contratos.

b) Régimen de acreedores permitidos

Como hemos mencionado, la importancia de la figura del acreedor permitido no solo radica en la etapa de acreditación del cierre financiero, sino también en relación con los derechos que estos detentan durante la vigencia del contrato de concesión, como por ejemplo, el derecho de subsanación en caso de

incumplimiento grave por parte de la sociedad concesionaria, las garantías que pueden ser constituidas a su favor, entre otros.

A raíz del análisis de los contratos de concesión efectuado bajo el alcance de la presente investigación, se ha identificado que estos derechos han sido objeto de modificaciones contractuales recurrentes, sea para incorporarlos al cuerpo del contrato y/o con el fin de introducir cambios en ellos, los cuales se resumen a continuación:

1. Se incorpora el derecho de subsanación de los acreedores permitidos y la obligación del concedente de notificar a estos en caso de que se detecte algún incumplimiento del concesionario que dé lugar a la resolución del contrato. El derecho de subsanación de los acreedores permitidos se otorga, sea bajo supuestos específicos de incumplimiento del concesionario o, en general, para cualquier caso de incumplimiento del concesionario.
2. Se excluye, como parte de los ingresos que pueden ser otorgados en garantía por parte de los concesionarios a los acreedores permitidos, a aquellos devenidos del pago por avance de obra.
3. Se permite la concurrencia de garantías, así como la sustitución de las que hubiese otorgado el concesionario, previa aprobación del concedente.
4. Se contempla el procedimiento de autorización de constitución y ejecución extrajudicial de garantía sobre el derecho de concesión.

Para mayor detalle de los cambios efectuados al texto original de los contratos de concesión mediante adendas, revisar el anexo 5. Cabe resaltar, sin embargo, que, en el caso de sustitución de garantías, a efectos de analizar los beneficios para el Estado y para el inversionista privado, deberá realizarse una evaluación del impacto económico.

Sobre el derecho de subsanación, cabe mencionar que este ha sido objeto de modificación en los contratos de concesión de la Red Vial 5 y del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez; sin embargo, resulta preciso destacar que dicho derecho ha sido incorporado ya a la versión original del contrato de concesión de la Red Vial 6. Todos los casos antes mencionados comprenden proyectos autosostenibles; sin embargo, el mismo derecho de subsanación de los acreedores permitidos no ha sido reconocido en el caso de proyectos cofinanciados, como los distintos tramos viales de IIRSA, incluyendo el contrato de concesión de IIRSA Centro tramo 2.

Adicionalmente, cabe mencionar algunas modificaciones contractuales que se han identificado en relación con el régimen de modificación del contrato, que si bien no tienen relación directa con modificaciones al régimen de acreedores permitidos, resulta pertinente mencionarlas por su incidencia. Tanto en el caso del contrato de concesión de la IIRSA Sur tramo 3 como de la IIRSA Norte, se ha contemplado, mediante la suscripción de las adendas 3, respectivamente, que no solo los acreedores permitidos deban otorgar su conformidad a toda modificación de enmienda, adición o modificación del contrato, sino también «la conformidad de las instituciones que financien la Concesión, según corresponda, en el caso de ser aplicable, en tanto las materias objeto de modificación del Contrato tengan incidencia en el desempeño económico-financiero de la Concesión»⁵². En otras palabras, se requiere la conformidad de otras instituciones que no necesariamente se encuentren consideradas dentro de la definición de *acreedor permitido*.

Solo en el caso del contrato de concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, mediante la adenda 4, se modificó la cláusula 24.7, incorporando la necesidad de contar con la opinión de los acreedores permitidos, en tanto se mantenga cualquier endeudamiento garantizado permitido.

3.2. Financiamiento

En las siguientes líneas, identificaremos y analizaremos las modificaciones recurrentes a los contratos de concesión en relación con el financiamiento del proyecto, es decir, modificaciones derivadas generalmente de solicitudes de los acreedores permitidos y del concesionario para lograr la bancabilidad del proyecto.

Al respecto, hemos podido identificar que se han efectuado procesos de renegociación en relación con el financiamiento en los contratos de concesión de IIRSA Sur tramo 3, de la IIRSA Norte, del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincias del Perú y del Terminal Portuario de Paita. En tal sentido, cuatro de los ocho contratos comprendidos dentro de la presente investigación han sido renegociados, lo que representa el 50% de recurrencia.

52. En ambos casos, se modificó la sección XVII, sobre el régimen de modificación del contrato.

Certificado de Reconocimiento de Derechos sobre el PAO (CRPAO)

Muchas de las modificaciones analizadas han tenido como objetivo principal la introducción del certificado de reconocimiento de derechos sobre el PAO (CRPAO) como mecanismo de financiamiento de los concesionarios, así como las definiciones introducidas en los contratos relacionados con el certificado de avance de obra (CAO), hito, el fideicomiso de administración de pagos y el PAOCAO, estos últimos conceptos enlazados en la dinámica contractual con el CRPAO. Al respecto, podemos señalar que se ha identificado la introducción de las siguientes modificaciones en el texto contractual de los contratos de IIRSA Sur tramo 3 y de IIRSA Norte (ver anexo 6):

- a) Se establece expresamente la naturaleza incondicional e irrevocable de los CRPAO y, por ende, que cualquier evento que genere la suspensión, fuerza mayor, cesión de posición contractual del concesionario, ajuste del PAO, falla o defecto de las obras, caducidad, no limita ni restringe el derecho de los titulares de los CRPAO de recibir las sumas reconocidas en los mencionados certificados.
- b) Tratamiento de obligaciones *pari passu* para todas las obligaciones de dar suma de dinero contenida en los CRPAO, independientemente de la fecha de emisión, o si cuenta o no con una garantía específica respaldada por el concedente.
- c) Carácter libremente transferible de los CRPAO, sin que sea necesarias la aprobación, opinión y/o autorización del concedente.
- d) Se introduce que los pagos correspondientes a los CRPAO serán efectuados ininterrumpidamente, siendo estos una obligación directa, general, incondicional e irrevocable del concedente. El derecho de cobro del PAOCAO representado en cada CRPAO no será condicionado a la aceptación de las obras.
- e) Se especifica que cualquier forma de restablecimiento del equilibrio económico-financiero no limitará, bajo ningún concepto, el derecho de los titulares de los CRPAO de recibir las sumas reconocidas en dichos títulos.
- f) Se determina explícitamente que el derecho del concedente de hacerse cobro de las sumas que hubiere honrado en su calidad de garante debido al incumplimiento del contrato por parte del concesionario no limitará ni perjudicará bajo concepto alguno el derecho de los titulares de los CRPAO.

Al respecto, en el literal j) de la cláusula 8.23 del contrato de concesión de la IIRSA Sur tramo 3⁵³, modificado mediante la adenda 3, se indica que las modificaciones incorporadas expresan la naturaleza incondicional e irrevocable del CRPAO que resultaron necesarios ser introducidos en el diseño original del contrato.

En consecuencia, la naturaleza incondicional e irrevocable de la obligación de pagar plasmada en los CRPAO prevalecerá, incluso en caso de caducidad, terminación o resolución del contrato, lo cual, a su vez, se reitera en la modificación de la cláusula 14.1, efectuada mediante la adenda 3 al contrato de la IIRSA Sur tramo 3. Asimismo, el CRPAO mantendrá su naturaleza incondicional e irrevocable, aun frente a la imposibilidad o impracticabilidad en el uso de las obras, de conformidad con la modificación efectuada en el punto 3 del anexo XI⁵⁴, sobre financiamiento de los hitos de avance de obra y derechos que genera la emisión de los CAO.

Las modificaciones al texto contractual original citadas anteriormente también fueron incorporadas al contrato de concesión de la IIRSA Norte mediante la suscripción de su adenda 3. Cabe señalar que la incorporación del

53. «j) Sin perjuicio de cualquier otra disposición contenida en el Contrato, las partes declaran que una vez emitidos los CRPAO, los pagos correspondientes serán efectuados ininterrumpidamente en las fechas que se indiquen, siendo una obligación directa, general, incondicional e irrevocable del CONCEDENTE realizar tales pagos.

El derecho de cobro del PAO CAO representado en cada CRPAO no será condicionado a la aceptación de las Obras. Por tanto, las obligaciones del CONCEDENTE no se verán afectadas o invalidadas por circunstancia alguna, incluyendo pero no limitado a la destrucción total o parcial de las Obras por eventos de fuerza mayor o caso fortuito, el cambio de control o del controlador del CONCESIONARIO, la caducidad de la Concesión, la resolución o terminación del Contrato de Concesión, cualquier incumplimiento o modificación del contrato de Concesión, cualquier acción o inacción del CONCESIONARIO, cualquier ajuste del PAO y, en general cualquier evento. Asimismo, el CONCEDENTE no podrá oponer excepciones, compensaciones, obligaciones, excepción de incumplimiento, reconveniones o cualquier otra defensa o derecho, derivada o no del Contrato de Concesión, que tiendan o tenga por objeto retrasar, retener, reducir o impedir los pagos de PAO CAO, representado en los CRPAO o del IGV correspondiente». (Lo que está en cursivas corresponde a las modificaciones introducidas por la adenda 3 en el contrato de concesión).

54. «Las partes declaran que una vez emitidos los CRPAO, los desembolsos futuros correspondientes a dichos CRPAO y el IGV respectivo, serán efectuados a través del fideicomiso a que se refiere la cláusula 18.2 del Contrato, ininterrumpidamente en las fechas correspondientes, siendo una obligación incondicional e irrevocable del Concedente realizar tales pagos. Por tanto, dicha obligación no se verá afectada o invalidada por ninguna circunstancia, incluyendo pero no limitándose al fracaso, imposibilidad o impracticabilidad en el uso de las Obras por cualquier razón, incluyendo pero no limitándose a la destrucción total o parcial de las Obras por eventos de Fuerza Mayor; el cambio de control o controlador del CONCESIONARIO y en general cualquier evento...».

PAO y CRPAO se circunscribió a las concesiones bajo la modalidad de cofinanciamiento.

De otro lado, cabe señalar que se han identificado otras modificaciones generales relacionadas con el financiamiento de los proyectos dentro del alcance de la investigación, no solo en los contratos comentados en los párrafos anteriores, sino también en el caso del contrato de concesión del Primer Grupo de Aeropuertos y la Red Vial 5, que en conjunto incluyen: el ajuste por incremento de tasa en la emisión del CRPAO, las fuentes de pago del PAO y PAMO, la incorporación del fideicomiso de administración de pagos distintos al PAO, la modificación de los esquemas de pago de cofinanciamiento, el procedimiento para la determinación del PAO, precisiones a la garantía tarifaria, entre otros (ver anexo 7).

En suma, se trata de modificaciones de diversa naturaleza que están relacionadas con el financiamiento de cada proyecto, siendo razonable que, a efectos de cerrar las operaciones necesarias, se proceda a la firma de adendas; esto sucede, por ejemplo, con la incorporación de un instrumento como el CRPAO en un contrato de concesión. El uso del CRPAO, sin embargo, ha tenido últimamente poca receptividad por parte del MEF, ya que su emisión significa un incremento de la deuda pública (lo cual se considera que tiene un efecto sobre el riesgo crediticio del país y, por tanto, en el riesgo-país).

No obstante, existen otros temas que pueden ser previsibles, como, por ejemplo, la oportunidad de cobro de la tarifa —usualmente expresada en dólares— en caso de que el concedente no cumpla con entregar y/o liberar los terrenos para la ejecución de las obras, requisito que suele ser considerado para la aplicación de la tarifa o incluso de los ajustes que esta puede sufrir por concepto de inflación o de variación del tipo de cambio, como ocurrió en el caso de la Red Vial 5 —proyecto autosostenible—, la cual resulta una precisión que podría tenerse en cuenta desde el diseño inicial del contrato^{55, 56}.

55. No obstante, el cierre financiero normalmente requiere la modificación o introducción de cláusulas al texto contractual, de ahí que el artículo 9.º del D.S. 146-2008-EF, Reglamento del D.L. 1012, considere como una excepción a la prohibición de suscribir adendas durante los primeros tres años del contrato, los requerimientos que puedan hacer los acreedores permitidos.

56. Asimismo, dependiendo del tipo o de las características de cada proyecto, resulta posible utilizar otros mecanismos de compensación como, por ejemplo, el aumento del plazo del contrato, la reducción de los montos de inversión, de las garantías, de los niveles de servicios, entre otros. En todo caso, los contratos podrían incluir un listado de posibles mecanismos de compensación; sin embargo, la elección del mecanismo a utilizar en cada caso concreto dependerá del acuerdo de las partes.

De otro lado, es pertinente destacar el caso del contrato de concesión del Terminal Portuario de Paita, en el cual, mediante la adenda 1 suscrita con fecha 10 de diciembre de 2010 —poco más de un año después de la firma del contrato de concesión— se incorporaron una serie de garantías en respaldo de la ejecución de obras adicionales, a fin de sustituir la obligación de entregar una carta fianza por el 100% de las inversiones adicionales, debido a que ello afectaba la bancabilidad del proyecto⁵⁷.

Todas las modificaciones incorporadas en dicha adenda facilitaron el financiamiento de las obras obligatorias de la primera etapa del contrato de concesión y obedecieron a los requerimientos formulados por The Bank of Nova Scotia, institución que calificó como acreedor permitido, conforme al contrato de concesión.

3.3. Saneamiento de terrenos

El saneamiento de los terrenos afectados en el área de la concesión es otro de los temas recurrentes en las adendas; está presente en los contratos de la Red Vial 5, de la Red Vial 6, de la IIRSA Sur tramo 3 y del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, y representa el 50% de recurrencia en los contratos analizados en este trabajo. El problema lo constituye fundamentalmente la demora en la entrega de terrenos por parte del concedente, con lo cual se retrasa el inicio de las obras por parte del concesionario.

Un mayor detalle sobre este punto se puede apreciar en el anexo 8, por lo que es conveniente identificar los siguientes temas centrales:

- a) En primer lugar, se incorpora la obligación del concedente de entregar los bienes libres de cargas, gravámenes, ocupantes o cualquier tipo de afectación. Consideramos que se trata de una obligación intrínseca, por cuanto los bienes dados en concesión se encuentran generalmente con-

57. Las modificaciones incorporadas mediante adenda 1 fueron las siguientes: (i) un fideicomiso de inversiones adicionales que contempla un aporte progresivo en efectivo con un monto acumulado de US\$ 123.39 millones en el año 19 de la concesión, monto que equivale a los US\$ 100.8 millones actualizados; (ii) un contrato de fianza mancomunada a ser otorgado por los accionistas del concesionario por el 75% del monto de las inversiones adicionales, en una proporción equivalente a su participación en la sociedad concesionaria. Asimismo, se incorpora como *covenant* la obligación de los accionistas de mantener un patrimonio neto total no menor de dos veces el monto de la inversión adicional; (iii) incorporar una carta fianza por US\$ 25 millones (25% del monto de las inversiones adicionales ofertadas por el concesionario); (iv) la obligación de aportar anualmente US\$ 163,569 a la cuenta «Fondo Social Terminal Portuario de Paita».

siderados dentro del capítulo correspondiente al régimen de bienes de la concesión. Algunos contratos —generalmente los suscritos al inicio del proceso de privatización (como es el caso del contrato de concesión de la Red Vial 5)— no incluían, sin embargo, expresamente esta obligación del concedente.

- b) En segundo lugar, se incorpora la responsabilidad del concedente por todos los hechos que hayan ocurrido antes de la toma de posesión por parte del concesionario y que pudieran afectar la situación en la que se entreguen los bienes. Esta precisión también resulta necesaria en el caso de los contratos de concesión en los que no se hubiera consignado que el concedente es responsable por tales hechos, considerándose como una obligación el saneamiento de los bienes de parte del concedente.
- c) Modificación de los plazos de entrega de los terrenos. Al respecto, se consignaron plazos apegados a la realidad —dos o más años— o, en algunos casos, se dispuso su entrega por tramos.
- d) El concedente, a través del regulador, podrá evaluar si el concesionario puede ejecutar inversiones sin que hayan sido entregados la totalidad de los predios correspondientes a cada subtramo. Esta es una solución incluida en algunas adendas, y a la que muchas veces se debe recurrir para evitar mayores retrasos en el desarrollo de las obras. Conforme a lo indicado en el anexo 8, en lo correspondiente a las modificaciones en el contrato de concesión de la Red Vial 6, se identifican distintos temas no previstos en el diseño inicial. Es posible, sin embargo, notar que los compromisos asumidos por el concedente en el contrato de concesión original no tuvieron como respaldo datos ajustados a la realidad que permitan, a su vez, contar con plazos certeros para la culminación del saneamiento físico legal de los bienes.
- e) Se permite que el concesionario presente el plan de compensación, reasentamiento involuntario y adquisición de predios para la liberación del área de concesión y derecho de vía, así como un presupuesto total y un cronograma de ejecución, para someterlo a la aprobación del concedente. Esta solución se aplicó en el contrato de concesión de IIRSA Sur tramo 3, en el cual, mediante la adenda 5, suscrita casi cuatro años después de la firma del contrato, se incluye la cláusula 5.44 sobre la liberación

de las áreas necesarias para la ejecución de obras, a fin de incorporar al concesionario en la ejecución de las actividades necesarias para la liberación de los terrenos. En dicha línea, mediante la incorporación de la cláusula 5.44 del mencionado contrato, se permite que el concesionario presente el plan de compensación, reasentamiento involuntario y adquisición de predios para la liberación del área de concesión y derecho de vía, así como un presupuesto total y un cronograma de ejecución; una vez aprobados, el concesionario se encargará de la ejecución de las actividades a su cargo, de acuerdo con el contrato de concesión; sin embargo, en caso de que el concedente no aprobara los presupuestos y/o expedientes o de que el concesionario comunique que no logró la liberación del área de la concesión pese a sus mejores esfuerzos, el concedente asumirá la ejecución de las actividades previstas para ello. Por consiguiente, podemos concluir que, si bien originalmente el riesgo de la entrega de los terrenos del área de concesión recaía en el concedente, mediante la adenda 5 se comparten ciertas obligaciones; sin embargo, la responsabilidad última sigue correspondiendo al concedente. Esta solución podría parecer adecuada para poner término a los problemas de trámite y burocracia que debe enfrentar el concedente, pero también asigna un riesgo adicional en el concesionario.

- f) Se delimita el área de la concesión, sincerando sus linderos y superficies. Tal es el caso del contrato de concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, en el cual, mediante la adenda 5, se acuerda excluir un área ocupada por un asentamiento humano destinado a la ampliación del aeropuerto y la obligación del Estado de entregarlo. Con dicha adenda, asimismo, se precisó el área del terreno que conformará el área de la concesión y se sinceraron sus límites y áreas.

Como se puede apreciar, las causas de la demora en el saneamiento y entrega de terrenos por parte del concedente son muchas, y se origina generalmente en la determinación de plazos poco prudentes asumidos por el concedente para la entrega de los terrenos, los cuales no tienen un sustento fáctico en estudios técnicos rigurosos que permitan establecer fechas seguras de entrega, ni mucho menos toman en cuenta el tiempo que tardan los trámites burocráticos e interinstitucionales que se deben realizar para expropiar los terrenos⁵⁸.

58. La presencia de una serie de trabas y demoras en el procedimiento del concedente para la entrega de los terrenos al concesionario, se puede apreciar por ejemplo, en la conce-

A pesar de la situación reiterada en los casos previos, observamos en el último contrato de concesión de infraestructura de transporte, IIRSA Centro tramo 2, suscrito el 27 de setiembre de 2010, que se fija la entrega de los subtramos para el primer trimestre del 2013 (Cláusula 5.11). No tenemos mayores alcances sobre cómo consideró el concedente dicho plazo o si se sustenta en estimaciones reales; no obstante, se establece luego en la cláusula 5.12 que las obras referidas en la cláusula 6.1 (con excepción de la puesta a punto) no podrán iniciarse en la medida en la que el concedente no hubiera cumplido con entregar las áreas de terreno correspondientes para el inicio de los trabajos dentro de los plazos establecidos en la cláusula 5.11.

Asimismo, en el mismo contrato de concesión, en la cláusula 5.12 se establece que, en caso de que no se haga entrega del área de terreno comprendida en el área de concesión o derecho de vía dentro de los plazos señalados en la cláusula 5.11, y que tal atraso no permita al concesionario iniciar o continuar con las obras y presentarlas para su aceptación en el plazo máximo de ejecución previsto en la cláusula 6.1, el concedente deberá otorgar una ampliación de este en las condiciones fijadas en las cláusulas de 6.12 a 6.14.

3.4. Obras

Conforme se ha señalado en el acápite 2 de este capítulo, los contratos de concesión presentan distintas etapas de ejecución contractual a partir de la fecha de firma. En la etapa de ejecución de obras, en particular, el concesionario se encarga de la ejecución (construcción) de la obra bajo determinados estándares técnicos previamente aprobados por el Estado.

Resulta oportuno indicar que el riesgo de construcción está presente en todo proyecto en el cual se contemple la ejecución de un programa de obras. Dependiendo del monto que represente el presupuesto de inversión en relación con el flujo de caja esperado, la importancia de este factor de riesgo puede ser significativa para determinar la viabilidad de un proyecto. En ese sentido, los proyectos de infraestructura suelen tener un alto grado de sensibilidad con

sión de la Red Vial 6, en la que, según el contrato, se debieron entregar los predios de la primera etapa hasta el 2007; sin embargo, hasta el 2008 solo se había hecho entrega efectiva del 65.8% del tramo 3, 63.8% del tramo 4 y 23.5% del tramo 5. Asimismo, el inicio de la construcción de las obras de la Red Vial 5 demoró dos años más de lo estipulado en el contrato original.

respecto al riesgo de construcción debido a su naturaleza, que implica una alta demanda en cuanto a inversión de capital.

Este riesgo, asociado específicamente con la etapa de construcción, resulta particular, dado que suele ser monitoreado en distintos momentos: a) antes del inicio de obras, por ejemplo, a través de la evaluación de los estudios de ingeniería, la experiencia del constructor, su situación financiera, etc.; b) durante la etapa de ejecución; y c) en los meses posteriores a la culminación de las obras, con el objetivo de comprobar la correcta construcción de la infraestructura y el cumplimiento de los estándares exigidos en estos procesos.

Es probable que se presenten desviaciones entre la etapa de planificación de una obra y la fase de ejecución. Por lo general, las principales desviaciones son: a) proyectos inconclusos o con alcances menores que los establecidos, b) estándares de servicio distintos de los exigidos, c) retrasos en los plazos de ejecución programados, y d) sobrecostos con respecto a los montos presupuestados.

En el presente acápite, procederemos a identificar y analizar las modificaciones recurrentes a los contratos de concesión en relación con la modificación del programa de ejecución de obras, la incorporación de obras adicionales, complementarias y/o nuevas, el mecanismo de valorización de las obras adicionales y de entrega parcial de obras, principalmente, establecidos en el contrato de concesión (en adelante, *el régimen de obras*).

Al respecto, hemos podido identificar procesos de renegociación en relación con el régimen de obras en los contratos de concesión de la Red Vial 5, de la Red Vial 6, del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincias de la República del Perú, de IIRSA Sur tramo 3, de IIRSA Sur tramo 1 y de IIRSA Norte. En tal sentido, siete de los ocho contratos de concesión han sido objeto de renegociación con respecto al régimen de obras, lo que representa el 88% de recurrencia.

Asimismo, de la evaluación realizada a las adendas que son materia de la presente investigación, hemos podido recopilar datos de la inversión proyectada referencial de estos proyectos y confrontarla con la acumulada a la fecha. En el cuadro 3.3 se presenta la data comparativa, la cual ha sido utilizada y considerada hasta abril del 2011, de acuerdo con la información publicada por Ositrán.

De la información consignada en el cuadro 3.3, podemos apreciar los niveles de inversión comprometida en los ocho contratos de concesión analizados en este trabajo, los cuales se han incrementado significativamente en muchos casos, especialmente en las concesiones cofinanciadas. La información que hemos podido recabar, y que presentamos en el cuadro 3.4, es uno de los ejemplos más saltantes y cuestionados, pues se refiere a los tramos 2, 3 y 4 de la Carre-

Cuadro 3.3. Comparativo entre inversión comprometida e inversión acumulada según adendas a los contratos de concesión

Concesión	Tipo	Contrato	Sistema de contratación (obras)	Número de adendas	Plazo de la concesión (en años)	Inversión comprometida (en millones de US\$)	Inversión acumulada a abril de 2011 (en millones de US\$)
IIRSA Norte (IIRSA Norte S.A.)	Cofinanciada	2005	Precios unitarios	5	25	354	315
Red Vial 5 (NORVIAL S.A.)	Autosostenible	2003	Suma alzada	3	25	75	33
Red Vial 6 (COVIPERÚ S.A.)	Autosostenible	2004	Suma alzada	4	30	232	87
IIRSA Sur tramo 3 (IIRSA Sur T3)	Cofinanciada	2005	Precios unitarios	7	25	508	502
IIRSA Sur tramo 1 (SURVIAL S.A.)	Cofinanciada	2007	Precios unitarios	1	25	138	134
Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (LAP S.A.)	Autosostenible	2001	Precios unitarios	5	30	1,062	259
Primer Grupo de Aeropuertos de Provincias del Perú (ADP S.A.)	Cofinanciada	2006	Precios unitarios	7	25	54	43
Terminal Portuario de Paíta (TPE S.A.)	Autosostenible	2009	Suma alzada	1	30	227	0

Fuente: Ositrán.

Elaboración propia

Cuadro 3.4. Variaciones entre inversión referencial y proyecto de ingeniería de detalle

Concesión	Tipo	Contrato	Sistema de contratación (obras)	Número de adendas	Plazo de la concesión (en años)	Inversión referencial (en millones de US\$)	PID (en millones de US\$)	Diferencia porcentual
IIRSA Sur tramo 2	Cofinanciada	2005	Precios unitarios	8	25	263	628	139%
IIRSA Sur tramo 3	Cofinanciada	2005	Precios unitarios	7	25	382	508	53%
IIRSA Sur tramo 4	Cofinanciada	2005	Precios unitarios	7	25	215	459	113%
Total				22		810	1,595	97%

Fuente: Ositrán.

Elaboración propia.

tera Interoceánica Sur, pues si bien solo hemos analizado uno de ellos —el tramo 3—, se muestra una variación total de 97% del proyecto de ingeniería de detalle (PID) respecto del contrato original, debido básicamente a estudios deficientes o incompletos.

3.4.1. *Modificación del cronograma de ejecución de obras*

Por el tipo y el alcance de las obras a realizar, los proyectos de construcción presentan cronogramas de ejecución muy variados. En general, las obras con mayor plazo están más expuestas a sobrecostos por variaciones de precios, debido a que los efectos de la inflación difícilmente pueden ser controlados en periodos muy largos. Asimismo, las obras que requieren ejecutarse en periodos muy cortos requieren de un mayor grado de organización, siendo posible que en las obligaciones a cargo del Estado para el cumplimiento efectivo del cronograma de ejecución de obras, se generen «cuellos de botella» que deriven en procesos de renegociación, con el subsecuente resarcimiento al privado, como consecuencia, por ejemplo, de la obligación del concedente de entregar los terrenos plenamente saneados.

En el presente acápite, identificaremos las modificaciones de los contratos de concesión que inciden en la versión original en cuanto a la definición del cronograma de ejecución de obras, considerando tanto los supuestos de adelanto del inicio de obra, así como la postergación de dicha etapa.

En primer lugar, y con relación a las razones de la modificación, tras la revisión efectuada, se aprecia que los contratos de concesión de carreteras presentan modificaciones en el cronograma de ejecución de obras establecido originalmente; estas obedecen a diversos factores. En el caso de la Red Vial 5 y la Red Vial 6, fue el retraso del Estado en la entrega de los terrenos que supone *ex ante* inconvenientes en el procedimiento de expropiación, necesario para garantizar la ejecución de las obras en el área de la concesión dentro de los plazos dispuestos contractualmente.

Por su parte, en el caso del contrato de la IIRSA Norte, nos encontramos ante un supuesto distinto, pues se trata del adelanto de parte de las obras de la segunda etapa a solicitud del Estado, con la finalidad de enfrentar el problema que se generaría con los usuarios de la carretera⁵⁹.

59. Tal como se indica en el Informe 003-2006-GRE-GAL-OSITRAN, la razón por la cual se buscaría adelantar las obras era «evitar el malestar que se generaría por el incremento en los peajes en relación con lo que actualmente se viene cobrando (situación que se generaría al momento en que el Concesionario inicie la explotación de la infraestructura) sin que tal incremento vaya acompañado por obras que lo justifiquen ante la población».

Ahora bien, ambos aspectos tienen efectos disímiles. Por un lado, el retraso en la adquisición de terrenos en un plazo específico es un costo que, a largo plazo, es asumido por el Estado y que viene aparejado, por tanto, de modificaciones al régimen económico. El concesionario se verá impedido de cumplir (o cumplirá parcialmente), en desmedro de los usuarios (costo social), las obligaciones contractuales que garanticen la prestación del servicio público a su cargo.

Por otro lado, el adelanto de obras tiene los siguientes efectos importantes: a) que los usuarios de la infraestructura puedan utilizar las obras con anticipación a lo previsto (variación de la rentabilidad social del proyecto); b) que el Estado peruano deba afrontar también anticipadamente sus obligaciones económicas (pago del PAO para el caso de la IIRSA Norte); y c) variaciones en el valor presente neto de la inversión y de los ingresos a percibir por el concesionario (pago del PAO para el caso de la IIRSA Norte).

Las adendas aprobadas para la Red Vial 5 (2004) y la Red Vial 6 (2009) se originan en el establecimiento de plazos reducidos para la ejecución de las obras, las cuales, en la práctica, requieren —como ya hemos advertido— un grado de organización mayor; ello genera, además, altas probabilidades de trabas, con los subsecuentes sobrecostos o retrasos para el concesionario, máxime teniendo en cuenta que la obligación de entregar los terrenos saneados corresponde al concedente.

Cabe señalar que, conforme se desprende del acápite 3.3 de este capítulo, este aspecto resulta de reiterado incumplimiento por parte del Estado, por lo que es indispensable que ProInversión, en coordinación con el MTC, prevea adecuadamente la contingencia en futuros contratos de concesión.

Por su parte, en el caso de la IIRSA Norte, el adelanto de obras a solicitud del Estado genera, además, la modificación del régimen económico y la reducción del plazo para la segunda etapa.

Ahora bien, del análisis de las modificaciones incorporadas en los contratos de concesión, podemos concluir que constituyen materia de modificación:

- a) Ampliación del plazo para el inicio de las obras del proyecto.
- b) La posibilidad de que el privado ejecute determinadas obras, a pesar de no haber recibido el 80% de los predios.
- c) La incorporación de un nuevo supuesto de inicio de obras; en tal sentido, se dispone de un plazo desde la fecha de celebración del adelanto de inversiones para el cumplimiento de la ejecución de las obras.
- d) La modificación del programa de ejecución de obras para contemplar aquellas obras de construcción que son materia de adelanto.

- e) La modificación del régimen económico relativo al pago anual por obras (PAO).

Para mayor detalle de los cambios efectuados mediante adenda a los contratos de concesión de la Red Vial 5, IIRSA Norte y Red Vial 6, revisar el anexo 9.

De manera general, podemos mencionar que las modificaciones recurrentes al cronograma de ejecución de obras surgen a efectos de adecuar los plazos establecidos en el diseño original del contrato que resultan muy ajustados, conforme lo evidencia la práctica.

Podemos mencionar, por tanto, que las modificaciones estudiadas surgen de la necesidad de flexibilizar los plazos que atañen al MTC para el cumplimiento de sus obligaciones en lo que se refiere al saneamiento de los terrenos, en tanto que su verificación determina el inicio de la ejecución de obras.

Sin perjuicio de lo expuesto, debemos señalar que, en el diseño del contrato de la IIRSA Centro tramo 2 (el último que suscribió el Estado en cuanto a carreteras), ProInversión ha previsto de manera general que el concesionario podrá solicitar la modificación de los plazos parciales contenidos en el programa de ejecución de obras (cláusula 6.12). Estas solicitudes deben ser presentadas ante el MTC, con copia a Ositrán, de modo que ambas entidades se pronuncien. El silencio del MTC se debe interpretar como una denegatoria.

Como hemos indicado, las modificaciones de los plazos que sean aprobadas por las partes podrán generar la reformulación del programa de ejecución de obras. En este caso, la solicitud del concesionario procedería ante supuestos no imputables o por hechos atribuibles al concedente, pues, como regla, el concesionario debe cumplir con el plazo, de modo tal que las obras se inicien a tiempo. De lo contrario —como, por ejemplo, en el contrato de la IIRSA Centro tramo 2—, se penaliza al concesionario por cada día de retraso⁶⁰.

Sin embargo, nos preguntamos qué sucede si el retraso se produce a causa de un incumplimiento del Estado. Este —tal como se evidencia en la práctica— no es penalizado con la misma rigurosidad que se le impone al inversionista privado. Queda claro que el Estado debe asumir el costo económico si la causa del retraso se debe a una demora atribuible a él. Dichas circunstancias

60. En efecto, la cláusula 6.8 del contrato establece que, de producirse un retraso, por causa imputable al concesionario, «dará lugar, sin necesidad de requerimiento previo, a la aplicación de una penalidad equivalente a tres por diez mil (3/10,000) del respectivo presupuesto aprobado en el Estudio Definitivo de Ingeniería por cada día de atraso, hasta por un máximo equivalente al cinco (5%) de la suma de los presupuestos contenidos en cada uno de los Estudios Definitivos de Ingeniería. En caso se supere el porcentaje indicado, será causal de caducidad».

tendrían que generar un espacio de mayor flexibilidad en el contrato, con soluciones óptimas para atenuar los riesgos de incumplimiento, temas que serán tratados en el siguiente capítulo.

3.4.2. Ejecución de obras complementarias y/o nuevas

Se ha verificado en el presente análisis que, vía renegociación, se incluyen cláusulas en los contratos de concesión que establecen precisiones a las definiciones de obras complementarias, nuevas y adicionales, con el propósito de hacer viable el procedimiento de ejecución de dichas obras durante la concesión.

Tal es el caso de la Red Vial 5 y la Red Vial 6, contratos en los cuales las partes acuerdan, mediante la suscripción de una adenda, el procedimiento a seguir en caso de que se determine la necesidad de realizar obras nuevas.

Del análisis realizado, podemos concluir que constituyen temas de modificación los que se detallan a continuación:

- a) Se establece que la ejecución de obras nuevas será efectuada por el concesionario, siempre que exista acuerdo sobre aspectos técnicos y de presupuesto entre las partes, previa opinión de Ositrán.
- b) Se señala que las partes deberán acordar los montos y la forma de pago a la sociedad concesionaria (en efectivo, con cargo a la retribución, etcétera).
- c) Se dispone que el monto de las obras nuevas no podrá superar el 15% de la inversión proyectada referencial (sin IGV).
- d) Se establece que el concesionario deberá elaborar el expediente técnico correspondiente, que deberá tener la aprobación del MTC y la opinión de Ositrán. Se dispone un plazo de veinte (20) días para la opinión del MTC y veinte (20) para la opinión de Ositrán.
- e) Se establece que, en caso de desacuerdo entre las partes sobre montos y forma de pago, deberá convocarse a un proceso de selección para encargar a un tercero los estudios y las obras correspondientes, en el cual podrá participar el concesionario. En caso de que las obras sean adjudicadas a un tercero, el contratista se compromete a no dañar las obras a cargo del concesionario ya existentes.
- f) Se establece que el concesionario presente una garantía de fiel cumplimiento de construcción de obras (10% del monto acordado como costo de ejecución de la obra nueva). Se emite dicha carta fianza a favor del regulador.

- g) Si las obras nuevas son adjudicadas a un tercero (contratista), este deberá entregar una carta fianza, por el monto que establezca el concesionario, en calidad de garantía de resarcimiento por el eventual daño causado. Esta deberá ser emitida a favor del regulador.
- h) En caso de que el contratista cause daño a las obras, el concesionario deberá remitir un informe al regulador, el cual tendrá 15 días para pronunciarse.
- i) Se dispone que la conservación de las obras por parte del concesionario procede una vez que este acepta e incorpora las obras, previa suscripción del acta de entrega de bienes.
- j) Se deberá determinar la forma de compensar al concesionario por los costos de mantenimiento de las obras.
- k) Se establece que el concedente podrá determinar la necesidad de ejecutar obras nuevas hasta dos años antes del término de la concesión.

En tal sentido, mediante estas adendas se establecen determinadas reglas en los contratos como, por ejemplo, la compensación al concesionario, los plazos para la ejecución de las nuevas obras, el límite para el desarrollo de estas, el procedimiento a seguir en caso de desacuerdo entre el concedente y el concesionario para ejecutar la obra, el régimen de conservación de los bienes, las garantías a favor del Estado por parte del concesionario o del contratista, según corresponda, entre otros aspectos que no hayan estado contemplados en la versión original de los contratos.

De la identificación efectuada a las modificaciones de los contratos de concesión que tienen incidencia en la versión original con respecto a la ejecución de obras complementarias y/o nuevas, cuyo detalle se puede apreciar en el anexo 9, mediante adenda se establece el procedimiento a seguir por las partes para la ejecución de obras nuevas, situación no prevista en el diseño original del contrato. Si bien su previsión resulta una cuestión lógica dentro de una fase constructiva de largo plazo, bajo una óptica de temporalidad debe tomarse en cuenta que el contrato de concesión de la Red Vial 5 fue suscrito en el 2003, es decir durante la *primera generación* de contratos suscritos por el Estado peruano como parte de una política de promoción de la inversión privada en el país.

Esta disposición tampoco fue recogida por ProInversión dos años después en el diseño del contrato de la Red Vial 6 suscrito en el 2005. No obstante, debe

precisarse que, durante el diseño de este contrato no se había aprobado aún una adenda que regule el procedimiento para la ejecución de obras nuevas, adicionales y/o complementarias, así como sus incidencias en la dinámica del contrato. Todos estos aspectos fueron aprobados posteriormente, en el 2007 y en el 2010 para la Red Vial 6, y en el 2008, para la Red Vial 5.

Esta disposición, incorporada mediante la adenda 3 de la Red Vial 5 (en el 2008), resulta similar a la dispuesta en la adenda 1 de la Red Vial 6 (aprobada en el 2007 y precisada en el 2010), con algunas distinciones mínimas. Como principales diferencias, tenemos que en la Red Vial 5 se precisó que el concesionario deberá —además de aprobar e incorporar las nuevas obras— suscribir el acta de entrega de bienes, a efectos de proceder a la conservación de las nuevas obras, durante el plazo de vigencia de la concesión. Por su parte, en el caso de la Red Vial 6, se precisa que el concesionario podrá participar en el proceso de selección bajo el marco de contrataciones del Estado.

La omisión de este procedimiento obedece a un error de diseño por parte de ProInversión, pero que resulta atribuible a la inexperiencia del Estado en materia de concesiones, por tratarse de los primeros contratos de este tipo que suscribió. La modificación, por tanto, sirvió para mejorar el diseño ante el vacío detectado por las partes durante la ejecución contractual, a efectos de incorporar nuevas inversiones.

Al respecto, si observamos los contratos de concesión del sector transportes suscritos en fechas más recientes, como el del IIRSA Centro tramo 2 (27 de setiembre de 2010), encontraremos que ya se incluye el régimen de obras adicionales, el supuesto de obras adicionales ejecutadas por el concesionario por mutuo acuerdo, obras adicionales ejecutadas directamente por el concedente y las cláusulas que garantizan la conservación de dichas obras. Por ello, podemos concluir que la entidad promotora ha recogido adecuadamente la experiencia de los cambios incorporados vía renegociación. En general, somos de la opinión de que todos los contratos de concesión del sector transportes deben incluir estas cláusulas gatilladas o condicionadas, ante supuestos que pueden producirse en el futuro, lo que será materia de una propuesta de mejora en el capítulo 4.

3.4.3. Ajustes al programa de ejecución de obras

Se ha verificado que, vía renegociación, se han incluido cláusulas en los contratos de concesión estableciendo precisiones al programa de ejecución de obras; ello se debe a que, con posteridad a la presentación del expediente técnico,

los proyectos de ingeniería de detalle (PID) no coincidían con lo que se había aprobado en el referido expediente⁶¹.

En este acápite, resulta relevante mencionar la importancia de los estudios de ingeniería como factor crítico del riesgo constructivo. Estos estudios son la base para la proyección de los flujos de inversión que requerirá la obra; en la medida en la que se cuente con estudios detallados realizados por empresas de amplia experiencia en proyectos similares, se podrá reducir la posibilidad de errores en el diseño o en los presupuestos⁶².

Luego de identificar las modificaciones de los contratos de concesión que tienen incidencia en la versión original respecto al programa de ejecución de obras, podemos apreciar que, tanto en el caso del contrato de concesión de la IIRSA Norte como en el de la IIRSA Sur tramo 3, la adenda 3 fue aprobada el mismo día (26 de julio de 2006)⁶³; esto, porque en ambos proyectos se constató que, con posterioridad a la presentación del expediente técnico, los PID no coincidían con lo previamente aprobado en el proyecto referencial.

En el caso de la IIRSA Sur tramo 3, por ejemplo, se constató que las obras tenían mayores metrados en las partidas que los consignados en el expediente técnico y, adicionalmente, era necesario incorporar subpartidas que no habían sido previstas en este.

En ambos contratos se estableció que el programa de ejecución de obras sería ajustado en función del PID aprobado.

Para el caso de la IIRSA Norte, ese ajuste se produjo en función de metrados y rubros del PID. En el caso de la IIRSA Sur tramo 3, además de ello, se tomaron en cuenta las soluciones técnicas aprobadas, obras adicionales y obras accesorias; es decir, existe una mayor regulación para este último contrato.

En síntesis, del análisis realizado a las modificaciones incorporadas en los contratos de concesión IIRSA Norte e IIRSA Sur tramo 3, podemos concluir que constituyen temas de modificación los que se detallan a continuación:

-
61. Las incongruencias se basaban en variaciones en metrados y costos unitarios, por ejemplo, que generaban una segunda etapa de ajustes y de valorización que tenían por efecto la modificación de las condiciones de otorgamiento de la concesión.
 62. Resulta importante diferenciar el riesgo de sobrecostos en obras bajo el régimen de suma alzada y de precios unitarios. En un sistema de licitación a suma alzada, el contratista oferta ejecutar por un monto fijo; en dicho sistema existe una prelación de documentos: planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y finalmente el presupuesto aprobado. Por otro lado, en el sistema de licitación a precios unitarios, el contratista ofrece precios unitarios de cada partida; asimismo, no hay prelación (no mandan los planos)
 63. Cabe mencionar que ambos proyectos corresponden al mismo inversionista privado.

- a) Se detalla la regulación del programa de ejecución de obras.
- b) El programa de ejecución de obras deberá sujetarse a los metrados y precios unitarios del proyecto referencial; sin perjuicio de ello, dicho documento será ajustado en función del PID aprobado.
- c) Se establece que el concesionario deberá presentar un programa de ejecución de obras ajustado en un plazo de 30 días a partir de la fecha en la que el concedente haya aprobado el PID de cada etapa de construcción o por tramos⁶⁴. En los casos de las obras adicionales y de las obras accesorias, estas darán lugar a un programa de ejecución de obras ajustado, en la medida en la que el mecanismo de pago sea mediante el ajuste al PAO.
- d) Se adapta el procedimiento para evaluar el avance de obra. Para efectos de la valorización de cada hito de este, ya no se tomarán en cuenta solo los costos unitarios y metrados del proyecto referencial, sino también los ajustes derivados del PID, las soluciones técnicas, las obras adicionales y accesorias aprobadas.
- e) Se detalla el mecanismo de reconocimiento y compensación de las diferencias en metrados del expediente técnico.
- f) Se precisa que la diferencia de metrados tiene como base aquellos contemplados en el expediente técnico presentado por el postor durante el concurso de proyectos integrales y no en el proyecto referencial.
- g) Se precisa la regulación contractual para el incremento de prestaciones a cargo del concesionario porque el PID mostraba que las obras tenían mayor dimensión en metrados que aquella reflejada en el expediente técnico.

Para mayor detalle de los cambios efectuados mediante adenda a los contratos de concesión de la Red Vial 5, IIRSA Norte y Red Vial 6, revisar el anexo 9.

De otro lado, en ambos proyectos se incorpora el modelo de certificado de avance de obra (CAO); es decir, por cada hito concluido, el regulador deberá entregar un CAO al concesionario, según dicho modelo. Este CAO debe indi-

64. El concesionario ajustará el programa sobre la base de los siguientes conceptos: metrados y partidas del proyecto de ingeniería de detalle aprobado (aplicable al Contrato IIRSA Norte e IIRSA Sur tramo 3), las soluciones técnicas aprobadas (aplicable al contrato IIRSA Sur tramo 3), las obras adicionales (aplicable al contrato IIRSA Sur tramo 3) y las obras accesorias (aplicable al contrato IIRSA Sur tramo 3).

car el valor del avance de obra, calculado como una proporción del valor total de la obra establecida en el contrato de concesión.

De acuerdo con lo expuesto, se propone que el proceso de licitación se lleve a cabo sobre la base de estudios referenciales confiables a nivel técnico. Esta recomendación será formulada con mayor detalle en el próximo capítulo.

3.4.4. Obras adicionales

Se ha verificado en el presente análisis que, mediante la renegociación, se han incluido en los contratos de concesión cláusulas que establecen el incremento del presupuesto para la ejecución de obras adicionales no previstas en el diseño original. Tal es el caso de los contratos correspondientes a la IIRSA Sur tramo 3, IIRSA Norte, Terminal Portuario de Paita y el Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú.

De la identificación realizada de las modificaciones de los contratos de concesión que inciden en la versión original con respecto al impacto de las obras adicionales en el presupuesto de la concesión (ver anexo 9), se puede apreciar que, en el caso de la IIRSA Sur tramo 3, el monto de la inversión de las obras adicionales era, en el 2005, de US\$ 10 millones por cada etapa del proyecto; cuatro años después, dicho concepto ascendía a US\$ 30 millones por etapa. El incremento de este monto fue, por lo tanto, de US\$ 20 millones más que el aprobado originalmente. Podemos observar, además, que, para una obra nueva específica, el monto presupuestado es de US\$ 25 millones, aproximadamente, que se suma a los US\$ 20 millones antes citados, y tiene por objetivo atender al encargo del concedente para ejecutar una obra adicional: «Culminación del Puente Presidente Guillermo Billinghurst»; es decir, un incremento total de aproximadamente US\$ 45 millones por encima de lo previsto en la versión original del contrato.

Resulta importante destacar, a modo de ejemplo, la modificación del presupuesto de las obras adicionales durante el periodo de concesión de la IIRSA Sur tramo 3, ya que bajo dicho contexto fue promulgada, el 30 de diciembre de 2008, la Ley 29309⁶⁵, que dispone en su artículo 1.º la ejecución de las obras adicionales que no hubieran sido cubiertas por el 100% de los respectivos PAO. Para tal efecto, el artículo 3.º autoriza al MTC a evaluar y aprobar en el plazo de 90 días la modalidad bajo la cual se continuarán y culminarán las obras, luego de haberse agotado el 100% de los respectivos PAO, pudiendo optar por

65. *Ley que declara de necesidad pública y de preferente interés nacional la continuación de la ejecución del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil, IIRSA Sur.*

una licitación pública o por la continuación de las obras a cargo del concesionario. De acuerdo con dicha evaluación y, conforme lo que se evidenciaba en la práctica, el MTC optó por esta última alternativa.

Ahora bien, la determinación del monto de inversión de un proyecto tiene como punto de partida una serie de estudios técnicos referenciales que sirven de base para el cumplimiento de los compromisos que forman parte del contrato. Dada la complejidad de los ajustes a la inversión en el caso de la IIRSA Sur tramo 3, los referidos estudios resultarían, en la actualidad, cuestionados por el nivel de confiabilidad y de detalle de información según el tipo de servicio que se ofrece.

En muchas ocasiones, los estudios técnicos que permiten estimar los montos de inversión necesarios y los parámetros asociados a la calidad del servicio no llegan a efectuarse de forma definitiva, sino más bien referencial (basándose en un estudio de prefactibilidad o factibilidad). Ello ha ocasionado que en varias concesiones (en particular, en las cofinanciadas) hayan diferencias sustanciales entre los resultados obtenidos entre ambos tipos de estudio, lo que daba lugar al ajuste de los montos de inversión inicialmente proyectados (Zevallos, 2011a: 55).

En la práctica, tenemos que las inversiones adicionales asociadas con las diferencias entre los proyectos definitivos y los iniciales han sobrepasado en gran medida el estimado máximo contemplado originalmente. Esta situación ha obligado a renegociar los contratos para asegurar la continuidad de las obras. Como ejemplo, podemos referirnos a las concesiones IIRSA Sur, tramos 2, 3 y 4, cuyos presupuestos referenciales eran de US\$ 253, US\$ 350 y US\$ 235 millones, respectivamente, mientras que los proyectos definitivos arrojaron inversiones de US\$ 602, US\$ 508 y US\$ 459 millones, respectivamente; es decir, 92% sobre la inversión proyectada referencial (Zevallos, 2011a: 55).

De otro lado, en los contratos de IIRSA Norte e IIRSA Sur tramo 3, también se evidenció un incremento en el monto de inversión de las obras adicionales. En este caso, el aumento fue de US\$ 53.5 millones, que resulta significativo con respecto al monto originalmente previsto en el contrato de concesión. No obstante, dicho aumento tuvo por objetivo viabilizar la ejecución de los estudios y las obras necesarias para el desarrollo de una nueva infraestructura vial, específicamente, la obra de acceso terrestre al Nuevo Terminal Portuario de Yurimaguas⁶⁶.

66. Esta infraestructura fue excluida de la concesión del puerto de Yurimaguas e incorporada a la concesión vial de la carretera IIRSA Norte como obra adicional, en coordinación con la Autoridad Portuaria Nacional (APN), por ser concordante con los objetivos y

En tal sentido, la incorporación de la obra de acceso terrestre como obra adicional —tal como se menciona en el párrafo anterior para el caso de la IIRSA Norte— no era evidente al momento de la suscripción del contrato. Debido a ese suceso, imprevisible entonces, tampoco pudo ser establecido el monto adicional al cual ascendería su ejecución, siendo que excedía significativamente el monto aprobado por adicionales en el contrato (US\$ 10 millones por cada etapa).

Por su parte, en el marco de la concesión del Terminal Portuario de Paita, debe resaltarse que en el apéndice 2 del anexo 9 del referido contrato, sobre inversión adicional, se establece un listado de obras que pueden ser ejecutadas por el concesionario bajo dicho concepto, ello en vinculación con lo indicado en su propuesta económica. En efecto, el referido anexo señala que «El CONCESIONARIO, de acuerdo con el monto de su Propuesta Económica, invertirá en la ejecución de las Obras IA que se indican en el presente Anexo, de acuerdo a la prioridad y oportunidad que este defina».

Sobre el particular, si bien el contrato encargaba al concesionario la definición de la obra seleccionada, así como la prioridad y la oportunidad de su ejecución, posteriormente se hizo necesario aprobar la adenda 1, que establecía tanto la oportunidad como el monto mínimo de la inversión adicional involucrada en cada fase.

De acuerdo con la modificación aprobada, no se limita al concesionario a ejecutar obras por montos mayores o plazos menores, siempre que se agote el total de inversión adicional considerada en su propuesta económica.

Tal como se evidencia, lo dispuesto en el anexo 9 del contrato de concesión resultaba insuficiente; por esta razón, y mediante adenda, las partes regularon determinadas reglas para la ejecución de las obras adicionales.

En el caso particular del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú, no se aumentó el monto extra para obras adicionales, como en los casos anteriores. Lo que se hizo en este proyecto fue incorporar el procedimiento para el pago de las obras adicionales, y se distinguía entre aquellas obras cuyo costo era inferior al 15% de los montos contratados y aquellas que superaban dicho porcentaje.

En síntesis, a partir del análisis de los contratos de concesión IIRSA Sur tramo 3, IIRSA Norte, Terminal Portuario de Paita y el Primer Grupo de

metas de esta concesión. Debido a ello, resultaba coherente el requerimiento de aumento del marco presupuestal para el periodo 2010-2030 de las obras adicionales a ser incorporadas en la concesión.

Aeropuertos de Provincia de la República del Perú, podemos concluir que constituyen temas de modificación los que detallamos a continuación:

- a) Se señala que el concedente puede solicitar al concesionario la ejecución de obras adicionales.
- b) Se dispone el incremento del monto establecido originalmente en el contrato para la ejecución de obras adicionales en la concesión.
- c) Se incorpora precisión en el procedimiento para el pago de las obras adicionales.
- d) Se precisa oportunidad e importe de las obras adicionales.

Para mayor detalle de los cambios efectuados, revisar el anexo 9.

Ahora bien, en lo que se refiere al incremento del monto de inversión adicional aprobado para el caso de la IIRSA Sur tramo 3 e IIRSA Norte, revisando los contratos de concesión del sector transportes suscritos más recientemente —como es el caso del de la IIRSA Centro tramo 2, de fecha 27 de setiembre de 2010—, verificamos que ya no se establece un monto preciso por concepto de inversión agregado de todas las obras adicionales (por ejemplo, US\$ 10 millones, como se ha recogido de la muestra), sino que se indica un porcentaje. En efecto, en el caso de la IIRSA Centro se señala que:

... el monto de inversión agregado de todas las obras adicionales que se acuerden no podrá superar el 15% del presupuesto aprobado de los Estudios Definitivos de Ingeniería e Impacto Ambiental incluido el IGV. El porcentaje indicado incluye los costos por estudios y por supervisión (Cláusula 6.29).

Dicha medida permite una mayor flexibilidad y evita efectuar modificaciones en caso de que se sobrepase un monto fijo ya definido.

De acuerdo con Mendiola *et al.* (2011: 76), la solución ante el problema medular de definición de los montos de inversión es mejorar los estudios referenciales de los proyectos. No obstante ello, cabe señalar que dichos estudios deberían tener carácter referencial, pues consideramos que el riesgo del diseño debe ser asumido por el concesionario, más aún cuando se utilice el sistema de precios unitarios. De ser este el caso, solo podrían ser actualizados por inflación, y cualquier variación de metrados deberá estar sujeto a topes máximos, sin perjuicio de que se apliquen las limitaciones del marco normativo, como es el caso del tope del 15% del costo total del proyecto que establece el Reglamento de la Ley de APP. Sin dichos límites, el sistema de precios unitarios puede generar incentivos perversos en el inversionista privado. La mitigación de tales incrementos en los costos serán tratados posteriormente en el capítulo 4.

3.4.5. Mecanismo de pago de valorización de obras adicionales

Se ha verificado en el presente análisis que, vía renegociación, se han incluido cláusulas en los contratos de concesión que precisan el mecanismo de pago de valorización de obras adicionales no previstas en el diseño original, cuyo origen está en la inclusión de obras nuevas a la concesión, tal como ya lo hemos estudiado. Así, tenemos el caso del contrato de la IIRSA Sur tramo 1 e IIRSA Norte.

Del análisis realizado a las modificaciones incorporadas en los contratos de concesión IIRSA Sur tramo 3 e IIRSA Norte, podemos concluir que constituyen temas de modificación los siguientes:

- a) Se modifica el anexo referido al mecanismo de control y certificación de avance de obras, señalando que cada hito representa el 10% del avance.
- b) Se incorpora el mecanismo para la valorización de obras adicionales y accesorias. Este pago será mensual y respetará los plazos establecidos en el contrato para la emisión de un CAO.

De la identificación de las modificaciones contenidas en el anexo 9, se aprecia que la inclusión de las obras nuevas requiere que se establezca, desde el diseño del contrato, el mecanismo del pago de la valorización de las mismas.

Como recordamos del acápite precedente, en el caso de la IIRSA Norte, el incremento del presupuesto se debía a un suceso imprevisible al momento de la suscripción (encargo de la obra adicional, obra de acceso terrestre); debido a ello, tampoco pudo establecerse el monto al cual ascendería su ejecución. No obstante, resulta necesario fijar en los nuevos contratos, dada su naturaleza temporal, el procedimiento para requerir obras adicionales, así como su mecanismo de valorización. Ante la omisión, debió aprobarse en la IIRSA Norte la adenda 5; y en la IIRSA Sur tramo 1, la adenda 1.

3.4.6. Incorporación del mecanismo de entrega parcial de obras

Se ha verificado en el presente análisis que, vía renegociación, se han incluido en los contratos de concesión cláusulas que establecen el mecanismo de entrega parcial de obras, no previsto en el diseño original. Así, tenemos, el caso de los contratos de la IIRSA Sur tramo 1 y de la IIRSA Sur tramo 5; no obstante, este último no resulta materia de alcance de este trabajo, por lo que nos enfocaremos en la modificación del primero.

Del análisis realizado al contrato de concesión de la IIRSA Sur tramo 1, debemos mencionar los siguientes temas de modificación:

- a) Se incorpora la posibilidad de acreditar la aceptación parcial de las obras de construcción.
- b) Se podrá acreditar la ejecución de las obras de construcción con el cumplimiento del 98% de las obras, debido a un evento de fuerza mayor o causa justificada no imputable al concesionario. Respecto al porcentaje de obras no ejecutadas (2%), conforme al proyecto de ingeniería de detalle, las partes deberán ponerse de acuerdo; para ello deberán suscribir un acta.
- c) Se señala que, al día siguiente de emitido el CAO con el cual se alcanza el 98% de las obras, el concesionario solicite la aprobación parcial de las obras.
- d) Al tratarse de eventos de fuerza mayor, no será de aplicación ninguna penalidad contractual y/o sanción administrativa.

Luego de revisar la modificación detallada en el anexo 9, consideramos que el mecanismo de entrega parcial de obras podría ser previsto en los nuevos contratos ante la posibilidad de hechos posteriores (como los que se presentan en la liberación de terrenos), eventos catastróficos o movilizaciones sociales que se puedan generar durante el periodo de vigencia de la concesión. Esta consideración, sin duda, debe ser evaluada en términos de riesgos e incentivos. No resulta deseable tener una obra inconclusa respecto de lo originalmente proyectado. Aunque también es cierto que, en tanto no se pueda contar con elementos suficientes, como estudios técnicos y socioambientales adecuados, puede existir la posibilidad que se presenten problemas en esos aspectos.

Siendo eventos de fuerza mayor, es pertinente establecer que no serán aplicables penalidades contractuales y/o sanciones administrativas; la no culminación de las obras de construcción, ni la prórroga del plazo para la ejecución de las obras restantes podrá tampoco ser interpretada como un incumplimiento del concesionario.

La omisión de una cláusula de este tipo en un contrato de largo plazo es atribuible a un error de diseño de este, pues se trata de una regulación contractual que debe ser incorporada al texto desde el inicio. Pero recalamos que su consideración debe ser evaluada adecuadamente para determinar la conveniencia o no de su incorporación, de tal forma que se cumpla el objetivo del proyecto.

3.5. Mantenimiento de emergencia y periódico

Para el análisis de este tema, hemos identificado las modificaciones realizadas mediante adendas a los contratos de concesión que están relacionadas con las labores de mantenimiento periódico y de emergencia que deben ser ejecutadas por el concesionario (se pueden apreciar en el anexo 10); se han presentado en los contratos de concesión de IIRSA Norte, IIRSA Sur tramo 1 y tramo 3, es decir, con un 38% de recurrencia.

Como se puede apreciar de las modificaciones anotadas, estas se encuentran en los contratos de concesión cofinanciados, básicamente en los contratos de las IIRSA Sur y Norte, y se hace necesario considerar las que se detallan a continuación:

- a) En la adenda 7 al contrato de concesión de IIRSA Sur tramo 3, se modifica la definición de *mantenimiento de emergencia* contenida en la cláusula 1.6 del contrato, y se establece expresamente que las labores de mantenimiento de emergencia están destinadas a recuperar los niveles de servicio de la vía, ya que antes se hacía referencia a recuperar «la funcionalidad o integralidad del área de concesión». Asimismo, se excluye de la definición a la estabilización de taludes y al control de la erosión de estos, ya que no se tratan de labores relacionadas con el mantenimiento de emergencia⁶⁷.

Ambas precisiones van dirigidas a definir los alcances del mantenimiento de emergencia como obligación del concesionario, definición

67. Bajo estas consideraciones, según el MTC (2006) se definen el mantenimiento rutinario y el mantenimiento periódico de la siguiente manera:

- *Mantenimiento rutinario*: es el conjunto de actividades que se ejecutan permanentemente a lo largo del camino y que se realizan diariamente en los diferentes tramos de la vía. Tiene como finalidad principal la preservación de todos los elementos del camino con la mínima cantidad de alteraciones o de daños y, en lo posible, conservando las condiciones que tenía después de la construcción o la rehabilitación. Debe ser de carácter preventivo y se incluyen en este mantenimiento las actividades de limpieza de las obras de drenaje, el corte de la vegetación y las reparaciones de los defectos puntuales de la plataforma, entre otras.
- *Mantenimiento periódico*: es el conjunto de actividades que se ejecutan en periodos, en general, de más de un año y que tienen el propósito de evitar la aparición o el agravamiento de defectos mayores, de preservar las características superficiales, de conservar la integridad estructural de la vía y de corregir algunos defectos puntuales mayores. Ejemplos de este mantenimiento son la reconformación de la plataforma existente y las reparaciones de los diferentes elementos físicos del camino.

que debe contener todos los elementos objetivos que le permitan al concedente y al regulador controlar de manera eficiente el cumplimiento de las obligaciones del concesionario a lo largo de todo el plazo de la concesión⁶⁸.

En estos casos, al tratarse de una carretera concesionada, el concesionario deberá actuar de inmediato para restablecer la transitabilidad, de acuerdo con el Procedimiento para el Manejo de Emergencias Viales y las condiciones definidas contractualmente.

En este sentido, teniendo en claro los alcances del mantenimiento de emergencia que debe brindar el concesionario en toda la infraestructura entregada en concesión, se podrá realizar una labor de control más eficiente por parte del concedente y del regulador, con el objetivo final de que las vías se encuentren permanentemente en buen estado para los usuarios finales.

- b) Se precisa los alcances de la obligación del concesionario de ejecutar el mantenimiento periódico en la vía, considerando que estas labores deben llevarse a cabo una vez las obras hayan sido concluidas y aceptadas por el concedente.

Tal es el caso de la adenda 7 al contrato de concesión de IIRSA Sur tramo 3, suscrita el 26 de noviembre de 2010, en la cual se modifican los términos originalmente considerados en el contrato de concesión con respecto al mantenimiento periódico. En efecto, en el contrato de concesión se preveía que las obras que se ejecuten debían ser diseñadas y construidas para un periodo de diez años y, a partir del décimo, contado desde la recepción de la totalidad de las obras, se evaluaría la posibilidad de ejecutar un mantenimiento periódico; sin embargo, con la suscripción de la adenda 7 se modifica la cláusula 8.24.B, con lo cual se introduce la obligación del concesionario de iniciar el programa de mantenimiento periódico, una vez concluidas y aceptadas todas las

68. Cabe mencionar que en las actividades de mantenimiento periódico de los elementos físicos del camino se incluyen algunos aspectos operativos excepcionales como es la *atención de las emergencias viales*. Esto ocurre porque en los caminos pueden presentarse emergencias, ocasionadas por fenómenos naturales, tales como periodos de lluvias o de sequías prolongados; deslizamientos, inundaciones y otros similares, los cuales pueden producir daños graves en los elementos de la vía o de su entorno. También pueden presentarse daños por intervención humana a causa de accidentes, vandalismo, bloqueos o movimientos sociales y otras acciones que afecten los elementos físicos de la vía.

obras por parte del concedente. Sin perjuicio de ello, se precisa que, para efectuar esta tarea, el concesionario deberá solicitar autorización al concedente, con copia al regulador.

De igual manera, en el caso del contrato de concesión de IIRSA Sur tramo 1, se establece, mediante adenda 1 suscrita con fecha 22 de octubre de 2010, como supuesto adicional para el inicio del programa de mantenimiento periódico, la aceptación parcial de las obras de construcción y no únicamente la aceptación de todas las obras de construcción, como originalmente establecía el contrato. En este caso, como lo indicamos en el párrafo anterior, se busca que el concesionario se encargue de las labores de conservación vial a lo largo de todo el tramo concesionado, desde el momento en que este se encuentre operativo para los usuarios finales.

En ambos casos, mediante la suscripción de las respectivas adendas, se precisa que, efectivamente, se encuentran dentro de las obligaciones del concesionario el mantenimiento periódico del tramo, una vez concluida la etapa de construcción de obras, de acuerdo con lo que establezcan los índices de serviciabilidad.

- c) Se precisa que es el concedente quien aprueba el presupuesto y el calendario para las labores de mantenimiento periódico.

Esta precisión, si bien resulta previsible, no se encontraba claramente definida en el contrato de concesión de IIRSA Norte, por lo que este tema se precisó mediante adenda. En efecto, en la adenda 1, suscrita con fecha 28 de diciembre de 2005, seis meses después de suscrito el contrato de concesión, se determinó que sea el concedente quien apruebe el presupuesto y el calendario para las labores de mantenimiento periódico. Dicha precisión resultaba necesaria por cuanto, tratándose de una concesión cofinanciada, es el concedente quien debe asumir los pagos al concesionario, de ahí que se haga necesario que sea el concedente quien apruebe el presupuesto, así como el calendario de las actividades de mantenimiento periódico durante la concesión.

Hasta ahora tenemos en claro que la «solución» a este tema pasa por definir claramente los alcances de los trabajos de mantenimiento trasladados como obligación del concesionario, por lo que, si revisamos el texto del último contrato de concesión de infraestructura de transporte —IIRSA Centro tramo 2—, podemos apreciar que, en las definiciones

(cláusula 1.8) se considera como *conservación vial periódica* al conjunto de actividades programables cada cierto periodo que se realizan en las vías para recuperar sus condiciones de servicio (numeral 1.8.27), mientras que en el numeral 1.8.35 se define *emergencia vial* como aquel daño imprevisto que experimenta la vía por causas de las fuerzas de la naturaleza o de la intervención humana, y que obstaculiza o impide la circulación de los usuarios de la vía. Ambas definiciones recogen los alcances de las actividades que debe realizar el concesionario en el marco del contrato de concesión.

Asimismo, en lo referido a la forma y oportunidad en que se realizará la conservación vial, estas se encuentran previstas en el anexo 1 del contrato de concesión, en el que se establecen las obligaciones contractuales complementarias para la ejecución de las tareas de conservación y para el control de la prestación de los servicios brindados por el concesionario. En el anexo 1 se establecen parámetros objetivos para evaluar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, lo cual resulta favorable para determinar el alcance de estas.

3.6. Fuerza mayor

En este acápite se analizarán las modificaciones hechas mediante adenda a la cláusula de fuerza mayor en los contratos de concesión, cuyos eventos, calificados como tales, pueden generar, en algunos casos, la aplicación del régimen de suspensión o la resolución del contrato.

Del análisis de los ocho contratos de concesión que conforman la muestra, tenemos que en tres de ellos se han incluido modificaciones a la cláusula de fuerza mayor: de la Red Vial 5, del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez y de la IIRSA Norte, es decir presenta una recurrencia del 38%.

La cláusula de fuerza mayor regula los supuestos que configuran esta causal, su forma de aplicación, el procedimiento y las condiciones bajo las cuales corresponde la suspensión de las obligaciones a cargo de las partes o la resolución del contrato; por lo tanto, resulta muy importante establecer los supuestos que permiten invocar dicha causal ante el incumplimiento de las obligaciones, aminorando el riesgo para el inversionista y sus acreedores.

Sin perjuicio de aplicar la definición general de *evento de fuerza mayor*, en cada contrato de concesión se verifica mayoritariamente la calificación de *fuerza mayor* para los siguientes casos: a) guerra externa, invasión, conflicto, bloqueo, actos de terrorismo o guerra civil; b) descubrimientos de restos arqueológicos; y c) cualquier paro o huelga de trabajadores.

Las modificaciones, básicamente, incorporan supuestos no contemplados o previstos en el contrato original. Por ejemplo, en el caso del contrato del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, se realizaron precisiones con respecto a los supuestos aplicables a la cláusula de fuerza mayor; en el caso de la Red Vial 5, se incorporó una precisión sobre la exigibilidad de pago del PAMO ante la invocación de una cláusula de fuerza mayor.

De la revisión efectuada, tenemos que las modificaciones a la cláusula de fuerza mayor no son similares entre sí, por lo que describiremos cada una de ellas en el anexo 11.

En el contrato de concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, por ejemplo, se precisó que la aplicación de la causa de fuerza mayor no solo ocurría ante el hallazgo de restos arqueológicos e históricos, sino en todas aquellas dispuestas en la cláusula 18.3⁶⁹. Asimismo, se precisó que, en caso de terminación del contrato por causa de fuerza mayor, se deberá seguir el procedimiento de ejecución de este, lo cual no estaba indicado en el contrato original.

De otro lado, el contrato original estipulaba que la interrupción del servicio por causa de fuerza mayor superior a doce meses otorgaba a cualquiera de las partes la facultad de resolver el contrato de concesión. Luego, mediante la adenda 4 se estableció que la facultad de las partes para resolver el contrato podría ser no ejercida en caso de que se hubiese iniciado el servicio y las partes así lo hubiesen acordado.

En el caso del contrato de concesión de la Red Vial 5, la modificación de la cláusula de fuerza mayor fue más relevante, ya que en el contrato original no estaba ni siquiera contemplada. Por esta razón, la adenda se suscribió con el objetivo de subsanar un error de diseño del contrato, con lo cual se disminuían los riesgos en el contrato de concesión.

En el contrato de concesión de IIRSA Norte, se estableció que el pago del PAMO mantenía su exigibilidad ante un supuesto de fuerza mayor respecto de las labores de mantenimiento realizadas y pendientes de pago. Por lo tanto, mediante la adenda 3 se precisó la aplicación del pago del PAMO durante la situación de fuerza mayor, con el fin de indicar que este no se interrumpiría bajo dicha circunstancia.

69. Los supuestos se encontrarían en los siguientes eventos: descubrimientos fósiles, restos arqueológicos, yacimientos minerales, recursos naturales u otro objeto de valor, de conformidad con las leyes aplicables.

De otro lado, la indicación de que el pago del PAMO se realizaría incluso ante un caso de fuerza mayor aparece ya contemplada en los contratos de concesión de IIRSA Sur tramos 2, 3 y 4, suscritos posteriormente, y todos cofinanciados. Esto llevó a la solicitud de modificación por parte del concesionario de otros contratos para precisar el pago del PAMO ante dicha eventualidad.

4. Resolución contractual

Las cláusulas de resolución, de terminación de contrato o de caducidad de la concesión son unas de las que presentan un alto índice de modificaciones contractuales, con un porcentaje de 62.5% respecto a nuestro muestreo de contratos.

La terminación del contrato se regula en los contratos de concesión, a fin de indicar las causales de incumplimiento para cualquiera de las partes del contrato, los plazos de subsanación ante los incumplimientos, así como el procedimiento de resolución, incluyendo la transferencia de los bienes de la concesión y la liquidación.

A modo de resumen, podemos señalar que la resolución de los contratos de concesión se puede originar en los siguientes supuestos: a) por incumplimiento del concesionario, b) por incumplimiento del concedente, c) por término del plazo, d) por mutuo acuerdo, e) por resolución unilateral por parte del concedente, y f) por un evento de fuerza mayor. El procedimiento de liquidación establecerá el proceso por el cual se seleccione al nuevo concesionario, estableciéndose la asignación de las responsabilidades relativas a los pagos pendientes y el orden de prioridad de pagos respecto de los acreedores permitidos.

Consecuentemente, al igual que las cláusulas relativas a los acreedores permitidos y el financiamiento, la cláusula de resolución contractual resulta relevante para el financiamiento del concesionario, con lo cual forma parte de las solicitudes de los acreedores permitidos, ya que estos requieren de cláusulas de resolución contractual que les permitan garantizar el pago de sus acreencias ante cualquier evento que puede generar el término o resolución del contrato.

Las modificaciones contractuales a esta cláusula se han presentado por causa de financiamiento y a solicitud de los acreedores permitidos⁷⁰, centrán-

70. Conforme a lo indicado en el Informe 006-03-GRE-OSITRAN, «La cuarta solicitud de modificación presentada por LAP ha sido motivada por requerimientos efectuados por

dose en la disminución o flexibilización de las causales de resolución contractual. También se han verificado modificaciones a la cláusula indemnizatoria derivados de la solicitud de los acreedores permitidos.

De otro lado, se puede verificar una modificación en mérito a la evaluación de la cláusula bajo una óptica de temporalidad, a través de los sucesivos contratos de concesión suscritos. Tal es el caso del contrato de concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, en el cual resulta más clara la intervención de los acreedores permitidos en la cláusula de resolución contractual.

De la información revisada, tenemos que el contrato más antiguo es la concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (ver anexo 12), en la que se precisan distintas causales de incumplimiento relativas al concedente; ello obedece a una serie de características propias de esta concesión. En efecto, esta se otorgó sobre una infraestructura existente y con un negocio en marcha; la operación del aeropuerto fue otorgada en concesión al inversionista; en cuanto a los servicios de aeronavegación, estos continuaban a cargo de Corpac, empresa estatal.

Ahora bien, citando un ejemplo de obligación del concedente, cabe mencionar la cláusula 5.28 del contrato de concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez; en ella se establece la obligación del concedente de entregar los terrenos correspondientes a la construcción de una segunda pista dentro del plazo de treinta días; su incumplimiento puede llevar a la terminación de la concesión. Esta modificación estableció, de una manera más clara, la causal de terminación del contrato, precisando que el plazo no se cuenta a partir de la solicitud por parte del concesionario, sino más bien desde la fecha de suscripción del contrato.

De otro lado, respecto al caso del contrato de concesión de IIRSA Norte, se incorporó la causal de incumplimiento por parte del concesionario, por la prohibición de la transferencia de la cesión de posición contractual, indicándose que no resulta aplicable para la transferencia de los CRPAO.

los Potenciales Acreedores Permitidos de LAP, OPIC y KfW, tanto a la empresa concesionaria como al Concedente, con relación a las condiciones para la obtención del financiamiento necesario para la ejecución de las Mejoras. [...] En tal sentido, las principales modificaciones solicitadas se centran entre otras, en: Establecer que en caso de terminación del contrato por el concedente o por el concesionario, OPIC recuperará el saldo de la deuda por el financiamiento de las mejoras en el aeropuerto».

4.1. Pago a favor del concesionario por terminación unilateral del concedente

Este es otro de los temas recurrentes en las adendas. Se pueden encontrar modificaciones en los contratos de concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, de la IIRSA Norte, de la IIRSA Sur tramo 3, en relación con el reconocimiento del pago a favor del concesionario derivado de la resolución unilateral por parte del concedente, que representan el 37.5% de recurrencia en los contratos objeto de estudio. Las modificaciones identificadas son las siguientes:

- a) Aeropuerto Internacional Jorge Chávez: se modifica el monto que ha de pagar el concedente y se establece que comprende el valor presente del flujo de caja libre más el valor contable de las mejoras iniciadas y no culminadas, descontando los montos desembolsados pendientes de amortización, intereses y comisiones que corresponden a los acreedores permitidos.
- b) IIRSA Norte e IIRSA tramo 3: se modifica la cláusula 14.8 del contrato, relativa al monto que se debe pagar por la terminación unilateral del contrato por parte del concedente por razones de interés público. Dicha cantidad será equivalente a los PAO correspondientes, y se distingue si la resolución se efectúa en el momento en que se inicia la construcción de las obras o a la terminación luego de que estas se han culminado.

En el caso del contrato IIRSA Norte e IIRSA Sur tramo 3, se establecieron pagos determinados, según el momento de la construcción de la obra en que se produzca la resolución del contrato; es decir, un porcentaje en la etapa inicial, en un determinado avance de las obras (60%), o si ocurría al término de estas. Se verifica en tales casos que exista homogeneidad entre los contratos de carreteras cofinanciadas.

Cabe indicar que el diseño inicial respecto al monto en caso de terminación por decisión unilateral del concedente en el caso de los contratos de concesión de IIRSA Norte e IIRSA Sur tramo 3 correspondía a la suma que resultase de aplicar el proceso de liquidación establecido para los casos de terminación del contrato por incumplimiento del concedente.

Ahora bien, luego de una revisión del contrato de concesión de IIRSA Centro, se verifica que difieren entre sí los términos en los cuales se establece el reconocimiento de pago del concedente al concesionario por resolución unilateral. En este contrato se puede verificar que el concedente reconoce como

compensación los gastos generales en que incurra el concesionario hasta la fecha en que surta efecto la resolución del contrato, los que deben ser acreditados y reconocidos por Ositrán, siempre sujeto al incumplimiento de determinadas obligaciones por el concedente.

4.2. Resolución y financiamiento

Otra de las causas de modificación del régimen de resolución contractual es la incorporación de nuevas figuras de financiamiento en los respectivos contratos de concesión, tales como los CRPAO y el fideicomiso de inversiones adicionales. Cada uno de estos supuestos requiere la incorporación de cambios en el régimen de resolución contractual, según se explica a continuación:

- a) Aplicación de los CRPAO: en estos casos, se ha identificado la incorporación de la definición de CRPAO en los contratos de concesión IIRSA Norte, IIRSA Sur tramos 2, 3 y 4, así como en el contrato de concesión del Primer Grupo de Aeropuertos; sin embargo, la incorporación de cambios respecto del CRPAO que tiene incidencia en el régimen de resolución contractual solo se ha establecido en los contratos relativos a los proyectos de las IIRSA, mientras que en el contrato de concesión del Primer Grupo de Aeropuertos no se identificaron modificaciones a la cláusula de resolución contractual.

En estos supuestos, se estableció que, ante la resolución del contrato, los derechos de los titulares del CRPAO se reconocen, aun cuando la actividad del concesionario cese.

- b) Aplicación del fideicomiso de inversiones adicionales: tratándose de contratos autosostenibles, en el caso del contrato de concesión del Terminal Portuario de Paita, mediante la suscripción de la adenda 1 se incorporó la obligación de constituir un fideicomiso de inversiones adicionales, con lo que se ocasionaron modificaciones también en la cláusula de resolución contractual, señalando como causal de incumplimiento del concesionario, el incumplimiento del depósito de los importes en el fideicomiso de inversiones adicionales, así como el incumplimiento de la obligación de presentar al concedente los estados financieros auditados de los accionistas originales otorgantes de los contratos de fianzas.

Asimismo, se incluyeron modificaciones en relación con la liquidación del contrato derivado de dichos incumplimientos, las cuales se han centrado mayoritariamente en la forma de pago de los acreedores permitidos. Precisamente, en estos casos, las modificaciones realizadas habían sido solicitadas por los acreedores permitidos, quienes requieren cláusulas claras respecto a los pagos que se realizarán en caso de terminación del contrato.

Esto se puede verificar claramente en la modificación del contrato de concesión de la Red Vial 5; en este se indica el plazo en el cual se realizará el concurso para la selección de un nuevo concesionario —derivado de la resolución por incumplimiento— y el plazo en el cual el concedente pagará a los acreedores permitidos los montos pendientes por endeudamiento garantizado permitido. Por último se indica que, si el concedente no efectúa el pago a los acreedores permitidos, mantendrá las garantías que se ostenta respecto de los bienes.

4.3. Procedimiento de liquidación

En este acápite se desarrollan las modificaciones realizadas en las cláusulas que desarrollan el procedimiento que se debe seguir con respecto a la operatividad de la concesión al término de esta. Las causas de modificaciones se encuentran relacionadas con solicitudes formuladas por acreedores permitidos; sin embargo, se debe indicar que esta cláusula ha sido objeto de evolución.

En el contrato de concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez se establecía que la etapa de procedimiento de ejecución y liquidación de la concesión correspondía a una cesión de posición contractual forzada por parte del concesionario, como consecuencia de la resolución del contrato. Dicha figura jurídica fue modificada mediante la adenda 4; es necesario indicar, sin embargo, que ello fue solicitado por Ositrán como parte de las mejoras al diseño inicial contractual, a fin de indicar que se convocará a un concurso público para seleccionar al nuevo concesionario.

Las principales modificaciones identificadas son:

- a) Se establece un plazo máximo para llevar a cabo el nuevo concurso que conduzca a la sustitución del concesionario.
- b) Se establece que, si no se ha procedido a pagar a los acreedores permitidos, permanecerá vigente la hipoteca constituida sobre el derecho de concesión.
- c) Se modifica el esquema de prelación de pagos que se realiza luego de efectuarse el concurso del procedimiento de liquidación.

- d) Se modifica el factor de competencia para la elección del nuevo concesionario. Asimismo, se precisa que la nueva sociedad concesionaria no deberá asumir los derechos y obligaciones a los pagos del CRPAO.
- e) Se incorpora regulación específica sobre la liquidación del contrato como consecuencia de su resolución por incumplimiento del concedente con respecto a las labores de transitabilidad ejecutadas con anterioridad a la fecha de vigencia de obligaciones.

Es conveniente indicar la necesidad de establecer en el procedimiento de ejecución las disposiciones necesarias para asegurar al acreedor permitido el pago de sus acreencias luego de la terminación del contrato.

5. Solución de controversias

La cláusula de solución de controversias establece tanto el mecanismo como el procedimiento a seguir para la solución de controversias derivadas del contrato. Es preciso indicar que, en todos los contratos de concesión, las partes renuncian al fuero judicial peruano y se someten al arbitraje como mecanismo de solución de controversias, lo cual exige la Ley de APP. Las principales modificaciones contractuales sobre el régimen de solución de controversias son las siguientes:

- a) Se procede a regular el procedimiento de solución de controversias, diferenciando entre las controversias técnicas, por montos inferiores o iguales a US\$ 5 millones, y las no técnicas, por montos superiores. Asimismo, se modifica la cláusula 15.12 relativa al trato directo, eliminando la mención al régimen tarifario, como supuesto objeto a la cláusula de solución de controversias.
- b) Se modifica el plazo para la emisión del laudo arbitral, el cual será establecido por el tribunal.
- c) Se modifica el centro ante el que se tramitará el arbitraje, estableciendo que el Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima conocerá los arbitrajes de derecho.

Cabe destacar que, en el caso del contrato de concesión de la Red Vial 5, se incorporó recientemente, mediante adenda, la diferencia del procedimiento de solución de controversias en función de si estas calificaban como técnicas y no

técnicas, lo que es posible encontrar en cada uno de los contratos de concesión que fueron suscritos posteriormente a este.

Hasta este punto de la investigación, hemos presentado la evaluación realizada a las adendas suscritas en los ocho contratos de concesión de infraestructura de transportes materia de análisis en este trabajo. Por ello, en el cuadro 3.5 se resumen los temas más recurrentes de modificaciones identificados en esos contratos.

Cuadro 3.5. Resumen de los temas recurrentes en las adendas a los ocho contratos de concesión

Tema de la adenda / Contrato de concesión	Porcentaje
Definición de acreedores permitidos	62.5
Derecho de subsanación de los acreedores permitidos	25.0
Garantías permitidas a favor de acreedores permitidos	50.0
Certificado de reconocimiento de derechos sobre el PAO (CRPAO)	25.0
Modificaciones generales al régimen financiero	50.0
Socio estratégico	25.0
Saneamiento de terrenos	50.0
Modificación del cronograma de ejecución de obras	37.5
Definición de obras complementarias y/o nuevas	25.0
Procedimiento de ejecución de obras complementarias y/o nuevas	25.0
Ajustes al programa de ejecución de obras	25.0
Incremento de presupuesto para la ejecución de obras adicionales	50.0
Mecanismos de pago de valorización de obras adicionales	25.0
Incorporación del mecanismo de entrega parcial de obras	12.5
Presupuesto de obras	12.5
Mantenimiento de emergencia y periódicamente	37.5
Fuerza mayor	37.5
Resolución/pago a favor del concesionario por resolución unilateral del concedente	37.5
Entidad competente para la resolución contractual	25.0
Incorporación de nuevas figuras de financiamiento	37.5
Procedimiento de liquidación	50.0
Solución de controversias	50.0

Elaboración propia.

PROPUESTA DE MEJORAS A LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

En el capítulo anterior hemos identificado y analizado aquellos temas recurrentes que han motivado la renegociación de los contratos de concesión, estableciendo en cada caso si dichas modificaciones pudieron ser previstas en el diseño original de los contratos estudiados en este trabajo.

En tal sentido, se presentarán en este capítulo propuestas de mejoras que recomendamos que sean introducidas ya en el diseño original de los contratos, a efectos de reducir el promedio de adendas suscritas, y evitar, de esta manera, situaciones que puedan generar incentivos perversos durante la etapa del proceso de selección del concesionario, pues podría ocurrir que se presenten inversionistas mucho más adversos al riesgo que se adjudicarían la buena pro de la concesión presentando propuestas económicas agresivas, ante la alta probabilidad de iniciar un proceso de renegociación del contrato de concesión, incluso durante los primeros tres años del proyecto.

Por consiguiente, luego de analizar los procesos de renegociación de los contratos de concesión suscritos desde el 2001, hemos podido observar que existen lecciones aprendidas que deberían ser introducidas desde el diseño original de los contratos por parte de los organismos promotores de la inversión privada.

1. Contrato versus adenda

Como hemos señalado en el capítulo 1, compartimos la opinión de Guasch (2005) con respecto a la naturaleza incompleta de los contratos de concesión, lo que se debe principalmente a los altos costos de transacción derivados de la racionalidad limitada de los agentes y, por ende, consideramos que la renegociación de los contratos es un proceso natural. En otras palabras, las partes

no pueden prever *ex ante* todas las posibles circunstancias sobrevinientes que podrían ocurrir después y afectar la ejecución del contrato, más aún cuando se trata de contratos de concesión que comprenden largos plazos de vigencia; sin embargo, incluso en el caso de que las partes fuesen capaces de prever dichos eventos sobrevinientes y extraordinarios, estos serían tan numerosos que su descripción y redacción contractual serían altamente costosas.

Por lo tanto, en un escenario óptimo, dichos procesos solo deben desarrollarse cuando se encuentren justificados por eventos sobrevinientes, pudiendo ser estos extraordinarios o imprevisibles, como, por ejemplo, eventos relacionados con la propia operatividad y ejecución del proyecto, cambios relacionados con la coyuntura económica, cambios en las necesidades de la población, entre otros.

No obstante, a raíz del análisis de los contratos de concesión comprendidos en esta investigación, se ha podido verificar que la presencia de eventos sobrevinientes, extraordinarios o imprevisibles no ha sido la única causal de suscripción de adendas de los contratos de concesión, toda vez que se ha encontrado que existen temas recurrentes que son objeto de adendas y, por consiguiente, que pueden ser a la fecha incorporados al texto de los contratos de concesión desde su diseño inicial. Justamente, dichos temas recurrentes serán objeto de propuestas de mejoras más adelante.

En el capítulo 3 se han identificado y analizado los términos mediante los cuales los mencionados temas se han incorporado a los contratos de concesión mediante la suscripción de adendas y sus causales. A partir de la identificación de los temas recurrentes que han sido objeto de renegociación, hemos procedido a plantear las mejoras que se exponen a continuación, las cuales son de diversa naturaleza e implican, por ejemplo: a) la incorporación de cláusulas uniformes, en el caso de la definición de *acreedores permitidos* y su régimen; b) la incorporación de obligaciones condicionadas o cláusulas gatillo, cuyo cumplimiento sería exigible ante el acaecimiento de ciertos hechos, como en el caso de la entrega parcial de obras; y/o c) la recomendación de contar con ciertos factores críticos para la convocatoria de los procesos de promoción de la inversión privada, entre otros.

Al respecto, es necesario indicar que las propuestas de mejoras que se plantean en este capítulo tienen como objetivo, reducir o minimizar el número de adendas que se suscriben hoy en día en el sector transportes de nuestro país, teniendo en cuenta que, a la fecha, el 45% de las adendas estudiadas fueron suscritas dentro de los primeros tres años desde la firma del contrato y que, en promedio, se suscriben tres adendas por cada contrato de concesión. Más aún, cabe reiterar que, tal y como se ha analizado en el capítulo 3, existen

temas recurrentes que son objeto de adenda y que pueden ser previstos desde el diseño inicial de los contratos y que, en consecuencia, no se originan en la naturaleza incompleta de los contratos de concesión, tal como lo sostiene la literatura sobre la materia.

2. Propuestas de mejoras

En vista de obtener y considerar las propuestas que deberían ser evaluadas por los organismos estatales en materia de transportes, a efectos de optimizar la dinámica de ejecución contractual de los contratos de concesión, se ha consultado a una serie de expertos en el sector, tanto funcionarios públicos como especialistas del sector privado, respecto de la viabilidad de dichas propuestas, así como su opinión general en la materia.

La gama de expertos consultados fue variada. Así, entrevistamos a un abogado con experiencia en concesiones de infraestructura y de servicios públicos, y exasesor de ProInversión; a un gerente de administración y finanzas de una concesionaria vial; a un abogado especialista en transacciones de infraestructura de transporte y exfuncionario de Ositrán y del MTC; y a un asesor financiero de ProInversión y exfuncionario de Ositrán.

2.1. Acreedores permitidos y su régimen

En relación con la definición de *acreedores permitidos*, se recomienda que todos los textos de los contratos de concesión incluyan una definición uniforme actualizada, de acuerdo con las nuevas operaciones de financiamiento, a través de emisión de valores mobiliarios; asimismo, una lista de carácter taxativo de aquellos supuestos que se consideran para identificar a los acreedores permitidos. En cualquier caso, esta figura debe estar relacionada con el endeudamiento garantizado permitido, y dicha exigencia ha de señalarse expresamente en el texto de los contratos.

Adicionalmente, la definición de *acreedor permitido* debería contemplar una lista de incompatibilidades con la calidad de tal, como, por ejemplo, que no puedan detentarla los socios de la sociedad concesionaria y/o cualquier empresa vinculada a esta. Ello es relevante en la medida en la que el acreedor permitido tiene todo un conjunto de derechos reconocidos en el contrato de concesión como, por ejemplo, el derecho de subsanación, garantías y aquellos contenidos durante el procedimiento de liquidación como consecuencia de la resolución del contrato, los cuales detallaremos más adelante.

Sobre el particular, resulta preciso señalar que tales derechos son incompatibles con el riesgo que asumen los socios de la sociedad concesionaria —constituida especialmente y exclusivamente para la ejecución de cada proyecto— y, por el contrario, en caso de que concurran la condición de acreedor permitido y socio de la sociedad concesionaria, podrían generarse incentivos perversos, lo que permitiría la manipulación del cierre financiero, del monto de endeudamiento garantizado permitido, la resolución y la liquidación del contrato, entre otros.

Cabe mencionar que en uno de los primeros proyectos de concesiones, el contrato de concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, se incluyó la posibilidad de que la calidad de acreedor permitido recaiga en los accionistas; sin embargo, se estableció que estos no tienen la calidad *pari passu* de la que gozan el resto de acreedores permitidos, sino que se encuentran en segundo orden. No obstante ello, consideramos que lo más conveniente es que se separe por completo las calidades de acreedor permitido y concesionario.

Ello se ha contemplado en los contratos de concesión del sector transportes suscritos recientemente, como es el caso del contrato de concesión de la IIRSA Centro tramo 2, de fecha 27 de setiembre de 2010, en el que ya se incluye la prohibición de que los acreedores permitidos tengan algún tipo de vinculación con el concesionario, de acuerdo con las definiciones de *vinculación* previstas en la resolución de Conasev 090-2005-EF-94.10.

Por consiguiente, consideramos que ProInversión debería contar con una definición uniforme de acreedores permitidos. Se recomienda la siguiente:

Acreedores Permitidos

Podrán ser: (i) cualquier institución multilateral de crédito de la cual el Estado de la República del Perú sea miembro, (ii) cualquier institución o cualquier agencia gubernamental de cualquier país con el cual el Estado de la República del Perú mantenga relaciones diplomáticas, (iii) cualquier institución financiera aprobada por el Estado de la República del Perú y designada como Banco Extranjero de Primera Categoría en la Circular N.º 021-2012-BCRP, emitida por el Banco Central de Reserva del Perú, o cualquier otra circular que la modifique, y adicionalmente las que las sustituyan, en el extremo en que incorporen nuevas instituciones, (iv) cualquier otra institución financiera internacional aprobada por el CONCEDENTE que tenga una clasificación de riesgo no menor a "A", evaluada por una entidad de reconocido prestigio, (v) cualquier institución financiera nacional aprobada por el CONCEDENTE, clasificada como institución con una calificación de riesgo no menor a "A" por una empresa clasificadora de riesgo nacional debidamente autorizada, (vi) todos los inversionistas institucionales nacionales o internacionales que adquiera-

ran directa o indirectamente cualquier tipo de valor mobiliario emitido por el CONCESIONARIO, o a través de cualquier patrimonio fideicometido o sociedad tituladora constituidos en el Perú o en el extranjero o, (vii) cualquier persona natural o jurídica que adquiera directa o indirectamente cualquier tipo de valor mobiliario o instrumento de deuda en el mercado de valores, local o internacional, emitido por el Concesionario mediante oferta pública o privada.

En el caso del numeral (viii) anterior, los adquirentes de los valores mobiliarios o instrumentos de deuda emitidos por el CONCESIONARIO podrán tener a un representante, el que podrá ser el encargado de presentar la Declaración del Acreedor Permitido. Dicho representante (o su agente) podrá ser el titular de las garantías del Endeudamiento Garantizado Permitido, actuando en beneficio de los adquirentes de dichos valores o instrumentos.

En ninguna circunstancia se permitirá que los accionistas o socios del CONCESIONARIO sean Acreedores Permitidos, ni que estos tengan algún tipo de relación de vinculación con el Concesionario, de acuerdo a las definiciones de vinculación previstas en la Resolución de CONASEV 090-2005-EF-94.10.

Solo serán Acreedores Permitidos aquellos que hayan otorgado Endeudamiento Garantizado Permitido.

En los casos de los literales (i) al (v), para ser considerado Acreedor Permitido deberá tener tal condición a la fecha de suscripción de su respectivo contrato de financiamiento.

En relación con la propuesta de uniformizar la definición de acreedores permitidos, uno de los expertos consultados ha destacado que resulta más conveniente contar con una definición clara y precisa en el diseño inicial de los contratos, ya que realizar una solicitud para incluir a un acreedor permitido luego del cierre financiero es un trámite bastante engorroso y toma mucho tiempo para su aprobación, al no estar regulado el plazo del concedente para su aprobación.

Por otro lado, otro de los expertos entrevistados considera relevante que se establezca expresamente la imposibilidad de que los socios o empresas vinculadas al concesionario detenten la calidad de acreedor permitido; señala, sin embargo, —desde la perspectiva de los concesionarios— que, si lo que se desea es evitar que los socios o empresas vinculadas tengan los mismos resguardos o garantías que los acreedores permitidos, se podrían establecer determinados requisitos en el contrato.

De otro lado, cabe mencionar que se identificaron modificaciones recurrentes en relación con el régimen de los acreedores permitidos, es decir, con respecto a los derechos que les son reconocidos a estos en los contratos de

concesión, específicamente, en lo que se refiere al de subsanación en caso de incumplimiento de obligaciones del concesionario, a efectos de iniciar el procedimiento de liquidación y resolución del contrato y, asimismo, respecto del derecho a opinar, a fin de modificar el contrato de concesión.

Sobre el derecho de subsanación, cabe mencionar que este ha sido objeto de modificación en los contratos de concesión de la Red Vial 5 y del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez; sin embargo, es preciso destacar que el mencionado derecho fue incorporado ya a la versión original del contrato de concesión de la Red Vial 6. Todos los casos antes mencionados comprenden proyectos autosostenibles; en el caso de proyectos cofinanciados —los distintos tramos viales de IIRSA e IIRSA Centro— este derecho de subsanación de los acreedores permitidos no ha sido reconocido.

Al respecto, consideramos que resulta razonable incluir, en cualquier tipo de proyecto, la obligación del concedente de notificar la detección del incumplimiento de obligaciones del concesionario a los acreedores permitidos, así como brindar a estos un plazo de subsanación; esta prerrogativa es importante, considerando que se trata de actores de gran relevancia para la ejecución e implementación de los proyectos, más aún en el caso de los cofinanciados. En tal sentido, los derechos de los acreedores permitidos deben ser incluidos en el diseño original de los contratos de concesión, tanto en el caso de proyectos autosostenibles como cofinanciados⁷¹.

En cuanto a establecer en los contratos la obligación de notificar la detección de un supuesto de incumplimiento que pueda llevar a la caducidad del contrato, uno de los expertos consultados ha señalado que ello resulta recomendable, toda vez que en la negociación entre el concesionario y los acreedores permitidos, estos últimos suelen requerir este tipo de salvaguardas.

Sobre el derecho a opinar ante modificaciones del contrato, si bien hemos determinado que solo en el caso del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez se ha incorporado la necesidad de contar con la opinión de los acreedores permitidos frente a una modificación del texto contractual y que ello ya estaba contemplado originalmente en el texto de los contratos de la IIRSA Sur tramo 3 y de la IIRSA Norte, es necesario destacar que, en general, el diseño de los

71. Cabe mencionar que la propuesta de mejora presentada con respecto al derecho de subsanación de los acreedores permitidos se refiere a los supuestos de resolución por incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario; sin perjuicio de ello, consideramos que en el caso de término del contrato por mutuo acuerdo, se deberá presentar el mecanismo de liquidación de la concesión ante los acreedores permitidos para su consulta previa.

contratos de concesión no sigue la misma directriz pues, por ejemplo, no se ha identificado que ello esté contemplado, ni originalmente ni mediante adenda, en los contratos de concesión de la Red Vial 6 y de la IIRSA Sur tramo 1.

En relación con los derechos de subsanación y de opinión antes planteados, uno de los expertos entrevistados destacó que la propuesta presentada parte de la premisa de que la mayor cantidad de fondos en proyectos de concesión no la aportan los concesionarios sino los acreedores permitidos, por lo que una política de promoción de inversiones mediante concesiones, para ser exitosa, debe atender a sus requerimientos. Además, señaló que los bancos y demás instituciones podrían requerir adicionalmente que se introduzcan cláusulas orientadas al control de riesgos en la medida en la que aparezcan más regulaciones en el mercado. Ante esto, se requerirá mayor flexibilidad en la posibilidad de introducir cláusulas que otorguen protección a los acreedores permitidos.

Asimismo, tanto en el caso del contrato de concesión de la IIRSA Sur tramo 3 como IIRSA Norte, se ha contemplado mediante la suscripción de la adenda 3, respectivamente, que no solo los acreedores permitidos deban otorgar su conformidad a toda modificación de enmienda, adición o modificación del contrato, sino que estas también han de contar con «la conformidad de las instituciones que financien la Concesión, según corresponda, en el caso de ser aplicable, en tanto las materias objeto de modificación del Contrato tengan incidencia en el desempeño económico-financiero de la Concesión»⁷². En otras palabras, se requiere la conformidad de otras instituciones que no necesariamente calcen con la definición de *acreedor permitido*.

Al respecto, proponemos que el derecho a opinión, en caso de modificaciones, solo se restrinja a aquellas modificaciones que inciden sobre los derechos otorgados a favor de los acreedores permitidos y/o al régimen económico-financiero de los contratos, mas no debería encontrarse contemplado para todo tipo de institución que financie al concesionario en el proyecto.

En general, uno de los expertos ha destacado la necesidad de contar con una cláusula uniforme que contenga la definición de *acreedores permitidos* y, asimismo, expresó que efectivamente se requiere restringir únicamente a los acreedores permitidos el derecho de opinión en caso de modificaciones al texto contractual.

72. En ambos casos, se modificó la sección XVII sobre el régimen de modificación del contrato.

2.2. Saneamiento de terrenos

Como se ha podido apreciar en el acápite 3.3 del capítulo 3, existe una serie de trabas y demoras en el procedimiento del concedente para cumplir con su obligación contractual frente al concesionario, lo que ocasiona la tardanza en la entrega de terrenos por parte de este y el consiguiente retraso en el inicio de las obras por parte del concesionario; sin embargo, este no es un problema exclusivo del Perú; en países vecinos, como Chile, el Estado asume una serie de riesgos respecto de los bienes afectados a sus concesiones, tanto un riesgo de valor —ya que el precio final de los terrenos es definido por los tribunales a través de procedimientos contenciosos, cuando no existe acuerdo con los propietarios— como un riesgo de plazo, en términos de la disponibilidad de los terrenos para la realización de la obra en los tiempos proyectados⁷³.

Un ejemplo en nuestro país es la concesión de la Red Vial 6; según el contrato, se debieron entregar los predios de la primera etapa hasta el 2007; sin embargo, hasta el 2008 solo se habían entregado de manera efectiva correspondiente el 65.8% del tramo 3, 63.8% del tramo 4 y 23.5% del tramo 5 de dicha concesión. Asimismo, el inicio de la construcción de las obras de la Red Vial 5 demoró dos años adicionales a lo estipulado en el contrato original e, incluso, en la adenda 1.

No obstante lo antes descrito, en el último contrato de concesión de infraestructura de transporte, IIRSA Centro tramo 2, se establecieron plazos para la entrega de los subtramos para el primer trimestre del 2013 (cláusula 5.11). No tenemos mayores alcances sobre cómo consideró el concedente dicho plazo

73. En el caso de Chile, Rufián Lizana (2002) desarrolla el análisis de los riesgos relacionados con la entrega de terrenos por parte del concedente, sobre lo cual refiere que, en el caso del riesgo de expropiación, puesto que los caminos públicos deben estar situados en terrenos fiscales, se requiere la realización de un número importante de expropiaciones que contiene un doble riesgo: en primer lugar, uno de valor, dado que el precio final de los terrenos es definido por los tribunales a través de procedimientos contenciosos, cuando no existe acuerdo con los propietarios; en segundo lugar, un riesgo de plazo, en términos de la disponibilidad de los terrenos para la realización de la obra en los tiempos proyectados. En los contratos viales, el Estado asume completamente el riesgo del plazo, sin perjuicio de exigir al concesionario la preparación de la documentación legal y planimétrica necesaria para iniciar las expropiaciones. En cuanto al riesgo de valor, la solución más utilizada en proyectos viales consiste en exigir al concesionario un pago por concepto de expropiaciones, a todo evento, y las diferencias que se produzcan las asume el Estado. De esta manera, el licitante asume como valor de expropiaciones el valor declarado en las bases de licitación, y con ello se elimina la incertidumbre que, por este concepto, pueda surgir a causa de eventuales modificaciones en el costeo.

o si se sustenta en estimaciones reales. De otro lado, se indicó que las obras referidas en la cláusula 6.1 (con excepción de la puesta a punto) no podrán iniciarse en la medida en la que el concedente no hubiera cumplido con entregar las áreas de terreno correspondientes para el inicio de los trabajos en los plazos establecidos en la cláusula 5.11.

Asimismo, en el propio contrato de concesión, la cláusula 5.12 establece que, en caso de que no se entregue el área de terreno comprendida en el área de concesión o derecho de vía dentro de los plazos señalados en la cláusula 5.11, y que tal atraso no permita al concesionario iniciar o continuar con las obras y presentarlas para su aceptación en el plazo máximo de ejecución previsto en la cláusula 6.1, el concedente deberá otorgar una ampliación de plazo en las condiciones fijadas en las cláusulas 6.12 a 6.14.

Como puede apreciarse, a pesar de las experiencias de las adendas a los contratos de concesión suscritas hasta el momento, el concedente mantiene su posición de establecer plazos de entrega de terrenos concluyentes.

Algunas soluciones a este tema ya están previstas en las adendas suscritas hasta la fecha, pasando por trasladar al concesionario la gestión y trámite de saneamiento de los terrenos, o realizando estudios previos de saneamiento de tierras antes de adjudicar la concesión o, eventualmente, y como solución *ex post*, que el concedente, a través del regulador, pueda evaluar si aún no habiendo sido entregados la totalidad de los predios correspondientes a cada subtramo, el concesionario puede ejecutar las inversiones, y los derechos de vía se regularizarían en el menor tiempo posible.

Del análisis realizado, consideramos que las soluciones que deberían estudiarse para ser incorporadas en los futuros contratos de concesión de infraestructura, son:

a) En primer lugar, la solución óptima sería que, antes de iniciar el PPIP, el concedente cuente con la plena disponibilidad de los terrenos que se verán afectados por la concesión.

Esta solución también permitiría que el diseño definitivo del proyecto mantenga dicha condición —de definitivo—, por cuanto se tendrá la certeza de contar con la totalidad de los terrenos sobre los cuales se llevará a cabo, y se evitarán modificaciones del trazo original de la vía producidos por el saneamiento de terrenos en la etapa de ejecución del contrato. Esta condición resolvería una serie de eventuales consecuencias, desde el atraso en la ejecución de las inversiones a cargo de los concesionarios hasta el incremento de los costos para el Estado, tanto por los conflictos sociales que podrían producirse a causa de las

liberaciones de terrenos como por los posibles pagos que tendrían que realizar a los concesionarios que lo demanden por afectación a su rentabilidad.

Lamentablemente, son muchos los factores que llevan a que el Estado decida iniciar un PPIP sin contar con la disponibilidad de los terrenos, más aún, teniendo en consideración que se retrasaría la convocatoria de los procesos de promoción de la inversión privada; sin embargo, se recomienda que, a efectos de disminuir el incumplimiento de los plazos del concedente, se obtenga la disponibilidad de la totalidad de terrenos o, al menos el 70% de estos con anterioridad al inicio del proceso de promoción, porcentaje que se encuentre reflejado en los cronogramas de ejecución de obras previstos en el contrato de concesión. La disponibilidad del 30% de terrenos restantes podría concretarse durante la ejecución del contrato, hasta lograr la entrega del 100% de los terrenos disponibles al concesionario.

b) En segundo lugar, consideramos que, en caso de que no sea posible contar con la total disponibilidad de los terrenos antes del inicio del proceso de promoción, dicha disponibilidad se alcance durante el desarrollo del proceso y hasta antes de la fecha de otorgamiento de la buena pro o, incluso, antes de la fecha de cierre.

Sin embargo, ello podría traer retrasos en la ejecución de la política del Estado respecto de los PPIP, por lo que se recomienda que se cuente con, al menos, el 70% de disponibilidad de los terrenos para la fecha de cierre.

Cualquiera de las dos alternativas antes mencionadas debería ir de la mano con la entrega a los postores de la documentación que acredite la situación real de los terrenos al momento del aviso de convocatoria y que los avances en los trámites sean comunicados a los postores durante todo el proceso, hasta contar con el total de los terrenos liberados.

Para que esta solución resulte más atractiva para el inversionista, podría ir acompañada de un compromiso del Estado, en el sentido de que, a la fecha de cierre, habrá entregado el 100% de los terrenos liberados, siempre partiendo del supuesto de que se cuenta con cronogramas reales de avance de los trabajos de liberación de los predios. En caso de demora del concedente en la entrega de terrenos, el plazo de la concesión se ampliaría automáticamente por el plazo correspondiente hasta la entrega del 100% de los terrenos al concesionario.

En relación con las alternativas previamente planteadas, uno de los especialistas concuerda con que la obra debería iniciarse cuando los terrenos se encuentren completamente saneados. De esta manera, se reducirían los costos para el Estado, puesto que: a) no se tendrá que reconocer ningún tipo de resar-

cimiento en el caso de que no entregue a tiempo los terrenos; b) la ejecución de las obras no se detendría, lo que acarrearía perjuicio para el concesionario y los usuarios de la infraestructura y; c) finalmente, se enviarían señales al mercado que muestran que el concedente es fiable, lo cual redundaría en la reducción de los costos de financiamiento del proyecto.

Por otra parte, otro de los expertos entrevistados considera que exigir la completa disponibilidad de los terrenos para la convocatoria y/o para la fecha de cierre podría retrasar la convocatoria de los procesos. Asimismo, destacó que los principales problemas sobre el saneamiento de terrenos son la demora del aparato burocrático para dar inicio a los procesos de expropiación y los montos que son reconocidos como consecuencia de las tasaciones de los inmuebles.

Sobre el particular, otro experto consultado señaló que no puede decirse de antemano cuál es el porcentaje adecuado de disponibilidad de terrenos para la fecha de cierre, pues esto dependerá de las características de cada proyecto. En dicha línea, concluyó que la problemática debe enfrentarse proyecto por proyecto; sin embargo, lo importante es contar con instituciones lo suficientemente capacitadas para idear respuestas a cada problema específico. Finalmente, mencionó que las penalidades por incumplimiento de las obligaciones del Estado son un mecanismo que funciona como incentivo poderoso para obligar al Estado a establecer plazos realistas y para asignar recursos a la entrega de los terrenos.

Como hemos ya mencionado, el Estado debe contar con un mínimo de disponibilidad de terrenos liberados a efectos de dar inicio a la convocatoria de los procesos y, en todo caso, para efectos de la fecha de cierre, se deberá contar con la respectiva ley autoritativa de expropiación del proyecto correspondiente, lo cual fue también mencionado por otro experto.

Asimismo, esta solución puede ser viable considerando algunas de las modificaciones a la norma de expropiaciones previstas en el proyecto de ley que facilita la expropiación de bienes inmuebles para obras de infraestructura y declara de necesidad pública la adquisición o expropiación de inmuebles afectados para la ejecución de obras de infraestructura, del cual nos ocupamos líneas abajo.

c) Una tercera propuesta viable sería la constitución de un fideicomiso de administración, creado exclusivamente para la adquisición de predios y para obtener la libre disponibilidad de ellos (fondo de liberación).

Los aportes a dicho fondo serían de cargo del concesionario, estableciendo como una obligación de este a la fecha de cierre, la entrega del monto previsto

en las bases para este fondo; por esta razón, dicho monto debería ser internalizado por los postores en la propuesta económica que, sobre la base de los terrenos pendientes de liberar, se presente durante la etapa del concurso. Esta propuesta considera una asignación compartida del riesgo del saneamiento y liberación de terrenos entre el concesionario y el concedente, toda vez que el concesionario solo asumirá el riesgo de adquisición de los terrenos hasta el monto que haya sido contemplado en su propuesta económica. Por consiguiente, el exceso será asumido por el concedente, vía el mecanismo de expropiaciones.

El fideicomiso deberá ser constituido por el concesionario, y estará destinado única y exclusivamente a las adquisiciones y expropiaciones. Dicho fondo de liberación tendrá como fideicomisarios a los propietarios con los cuales se celebre los contratos de compraventa producto del trato de directo con el concesionario. El monto a reconocer por la adquisición de los terrenos estará sujeto a un perito experto en valuaciones de terrenos que sería elegido por el concedente, dentro de una terna propuesta por el concesionario. Adicionalmente, el concedente tendrá la calidad de fideicomisario por el excedente del monto que no haya sido utilizado para la adquisición de los terrenos.

Sobre la valuación que será reconocida a los propietarios de áreas afectadas por la ejecución de obras públicas viales, esta se encuentra regulada por la Ley que Facilita la Ejecución de Obras Públicas Viales⁷⁴ (Ley 27628). Mediante esta norma, aprobada en enero del 2002, se creó una instancia previa a la adquisición por expropiación, privilegiando la compraventa del área afectada al valor de tasación comercial actualizado sugerido por el Consejo Nacional de Tasaciones (Conata) hasta un porcentaje adicional del 10% y bajo la modalidad de trato directo; en caso de negativa al trato directo, se procede a la expropiación bajo el régimen de la Ley 27117 y con el reconocimiento adicional del 5% del valor comercial actualizado. Por ello, a efectos de viabilizar nuestra propuesta de un fideicomiso de administración, esta norma debería ser modificada en el sentido de que, tratándose de bienes afectados dentro de una concesión, la tasación comercial sea realizada por el perito experto en valuaciones contratado por el concedente, de la terna propuesta por el concesionario.

El fondo de este fideicomiso será utilizado para atender los gastos necesarios para la afectación, saneamiento físico-legal y adquisición de los predios comprendidos en el derecho de vía, incluyendo los gastos notariales y regis-

74. De acuerdo con el artículo 4.º de la Ley 27628, para los casos de concesión de infraestructura vial, se faculta al concesionario a efectuar el trato directo para la adquisición de los inmuebles afectados por el derecho de vía.

trales, el impuesto de alcabala, la retribución del perito, los gastos de administración del fideicomiso, comisiones del fiduciario, etcétera.

Esta solución ya ha sido recogida en parte en el caso del contrato de concesión de la Red Vial 6; en la cláusula 3.3, literal j)⁷⁵ se ha previsto la obligación

75. De acuerdo con la cláusula 3.3, literal j) del contrato de concesión de la Red Vial 6, suscrito el 20 de setiembre de 2005, tenemos:

j) La SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá abonar a favor del CONCEDENTE, un monto de Cinco Millones de Dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 5'000,000.00) en contraprestación por el Derecho de Concesión que adquiere en virtud del presente Contrato. Este monto, previa deducción del 2% a favor del FONCEPRI, de conformidad con lo señalado en el Literal a) del Artículo 1 del D.S. 021-98-PCM, será depositado en un fondo de fideicomiso creado exclusivamente para la adquisición y expropiación de predios y para obtener la libre disponibilidad de predios según lo señalado en los párrafos subsiguientes.

El 60% del monto antes señalado, será entregado por la SOCIEDAD CONCESIONARIA en la fecha de suscripción del presente Contrato, mediante un cheque de gerencia bancaria, a favor del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y el restante 40%, deberá ser abonado de manera paulatina contra los requerimientos del CONCEDENTE, los que serán formulados con una anticipación no menor de sesenta (60) Días Calendario, según los avances en la adquisición de los predios. Dicho requerimiento deberá contener las instrucciones de pago que imparta el CONCEDENTE.

En caso que la SOCIEDAD CONCESIONARIA no cumpla con los pagos requeridos en los plazos indicados, se ejecutará la Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato.

El CONCEDENTE deberá haber constituido a la Fecha de Cierre, un fondo de fideicomiso destinado exclusivamente a las actividades de adquisición y expropiación de predios, según lo dispuesto en el acápite siguiente, en el cual depositará en su calidad de Fideicomitente los importes de dinero antes referidos. Este fideicomiso se destinará exclusivamente a:

(i) Durante el desarrollo de las adquisiciones y expropiaciones, y hasta que estas culminen, el fondo tendrá como Fideicomitente y Fideicomisario al Ministerio de Transportes y Comunicaciones quien actuará mediante la dependencia y el representante de este que se designe mediante resolución ministerial, y los fondos serán utilizados para atender los gastos necesarios para la afectación, saneamiento físico-legal y adquisición de los predios comprendidos en el Derecho de Vía, incluyendo los gastos notariales y registrales, el impuesto de alcabala, los gastos judiciales en caso de expropiación, etc. En general, los gastos que se generen relacionados con la adquisición y/o expropiación de los predios serán pagados con cargo al Fideicomiso.

En esta etapa, corresponderá al CONCEDENTE dar las órdenes de pago correspondientes a la entidad fiduciaria.

En caso la SOCIEDAD CONCESIONARIA, deba incurrir en gastos para contar con la libre disponibilidad de las áreas del Derecho de Vía ocupadas por poseedores del mismo, dicho monto será descontado de aquel que deba entregarse al CONCEDENTE, siempre que dichos gastos cuenten con la aprobación del CONCEDENTE.

(ii) Luego de realizadas las adquisiciones y/o expropiaciones y en la medida que aún existan fondos remanentes en el fideicomiso, estos serán utilizadas para la aplicación de la Garantía Tarifaria, de acuerdo a las instrucciones que oportunamente imparta el REGULADOR.

del concesionario, a la fecha de cierre, de abonar a favor del concedente la suma de US\$ 5 millones en contraprestación por el derecho de concesión adquirido en virtud del contrato de concesión. Se indica que, de dicho monto, se debe realizar la deducción del 2% a favor del Fondo de Promoción de la Inversión Privada en las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos (Foncepri), y el saldo se ha de depositar en un fondo de fideicomiso creado exclusivamente para la adquisición y expropiación de predios y para obtener la libre disponibilidad de predios.

En dicho sentido, consideramos que estas precisiones deberían ser contempladas desde el diseño original del contrato, toda vez que se tratan de modificaciones completamente previsibles.

En relación con la propuesta del fideicomiso, uno de los especialistas consultados considera que resulta atractiva para solucionar el problema sobre el saneamiento de terrenos; sin embargo, señala que su estructuración en el contrato deberá ser clara en cuanto al procedimiento de desembolsos, permisos y autorizaciones, la evaluación del perito y todos los costos involucrados, etcétera.

En este supuesto, concordamos con Huamaní y Vargas (2011) en que el concesionario debería ser el encargado de la adquisición de terrenos, cuya inversión debería ser internalizada en su propuesta económica en el momento de la licitación, pues esto facilitaría la transacción de los predios, además de los trámites burocráticos; sin embargo, ello debería ir de la mano de la flexibilización del marco normativo en relación con los montos a reconocer mediante tasaciones. Ello se debe a que muchas veces el Estado se basa en precios o tasaciones legales de los terrenos que no necesariamente son consistentes con las expectativas de ingreso de los afectados (Huamaní & Vargas, 2011: 104).

d) Finalmente, se propone una modificación del marco legal aplicable a la liberación y el saneamiento de los terrenos, a través de la cual disminuirían los plazos burocráticos, reduciéndolos y/o eliminando etapas, para pasar directamente al proceso de expropiación, en caso de no llegar a un trato directo.

Esta modificación se hace necesaria para mejorar los plazos involucrados en este tipo de procesos, pues la ley vigente en materia de expropiación de bienes a favor del Estado para la ejecución de obras públicas es la Ley 29171, que establece medidas para agilizar el procedimiento de expropiación de los inmuebles afectados por la ejecución de obras públicas de infraestructura de gran envergadura.

Desde que dicha norma entró en vigencia, los resultados, lamentablemente, no han sido los mejores. Los numerosos actores involucrados en el proce-

dimiento lo complejizan; pero, ¿es realmente un tema de rápida solución? ¿O estamos ante un problema de difícil salida?

Para ello, analicemos los problemas que el concedente debe enfrentar en el aspecto operativo; veamos lo que pasa en el MTC cuando asume la calidad de concedente. En este caso, el saneamiento físico-legal de los terrenos está a cargo del Plan de Compensación y Reasentamiento Involuntario y Adquisición de Predios (Pacri), cuya función es la de ejecutar todas las acciones necesarias para liberar los terrenos afectados a la construcción de carreteras y vías entregadas en concesión a privados.

Los resultados que se muestran en el *Informe de gestión junio 2011*, publicado en el sitio web de Provías Nacional, indican que durante el 2010 la ejecución por estos conceptos ha sido de S/. 22.79 millones, orientados a los tramos 1, 2, 3, 4 y 5 de IIRSA Sur, Nuevo Mocupe-Cayaltí, Buenos Aires-Canchaque, Huaral-Acos, liberación de interferencias IIRSA Sur, liberación del área de concesión y adquisición del derecho de vía de la Red Vial 4, Pacri autopista El Sol en Trujillo, Pacri IIRSA Norte y Pacri Red Vial 6.

En la práctica, existen distintos problemas operativos y conflictos entre normas y políticas, entre procedimientos y limitaciones presupuestarias, entre interferencias de servicios públicos y decisiones administrativas. Estos temas no favorecen la ejecución adecuada de la expropiación por parte del concedente.

Por ello, con la intención de solucionar esta situación, se encuentra en el Congreso de la República un proyecto de ley que busca facilitar la expropiación de bienes inmuebles afectados para obras de infraestructura y declara de necesidad pública su adquisición o expropiación. Con esta norma se busca establecer medidas para facilitar el procedimiento de adquisición, expropiación y posesión de bienes inmuebles que requiere la ejecución de obras de infraestructura declaradas de necesidad pública e interés nacional y/o de gran envergadura por Ley expedida por el Congreso de la República. Dentro de los temas relevantes a considerar en dicho proyecto de ley tenemos los siguientes:

- 1) Se establece como sujeto activo al Gobierno Central, los gobiernos regionales o locales, según corresponda.
- 2) Se establecen dos etapas para la expropiación: a) trato directo y b) proceso de expropiación por vía arbitral o judicial, según corresponda.
- 3) El valor de la tasación para adquirir inmuebles afectados es fijado por la Dirección Nacional de Construcción del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS), tomando en cuenta lo siguiente:

- El valor comercial del terreno y las mejoras que corresponden.
 - Una indemnización por el perjuicio causado que incluya, en caso de que corresponda, el daño emergente y lucro cesante.
- 4) Se establece expresamente que, para los casos de concesión o de cualquier otra modalidad de asociación público-privada sobre obras de infraestructura, el inversionista privado podrá efectuar la implementación, gestión y culminación del procedimiento de adquisición por trato directo de los bienes inmuebles afectados para la ejecución de las obras de infraestructura. En dicho caso, el inversionista privado se obliga a obtener la propiedad del inmueble, a favor del sujeto activo, mediante adquisición vía trato directo.
 - 5) Siempre que el contrato suscrito con el inversionista privado no establezca algo en contrario, el sujeto activo efectúa el reembolso a favor del inversionista. Este comprende únicamente el valor de adquisición del inmueble, con el límite del monto previsto en la ley, así como los gastos en los que se haya incurrido, los cuales deberán estar debidamente sustentados y no podrán superar el límite establecido por el sujeto activo en convenio previo con el inversionista privado para cada caso.
 - 6) Una vez que el inversionista privado informe sobre el agotamiento de las gestiones para adquirir el inmueble por trato directo, el sujeto activo inicia el proceso de expropiación por vía arbitral o judicial. Para tales efectos, el inversionista privado presenta un informe sustentado al sujeto activo incluyendo los documentos que acrediten el agotamiento del trato directo.
 - 7) Concluida la etapa de trato directo sin que el sujeto pasivo haya aceptado la oferta de adquisición, esta última se considerará rechazada y se dará inicio a la etapa de expropiación en la vía arbitral, a elección del sujeto activo de la expropiación.
 - 8) Los terrenos y/o edificaciones de propiedad del Estado, incluyendo las empresas del Estado, requeridos para la ejecución de obras de infraestructura en proyectos de necesidad pública e interés nacional y/o de gran envergadura, declarados por ley, serán transferidos automáticamente por la entidad titular de ellos al sector al cual pertenece el proyecto, en la oportunidad en que este lo señale y a título gratuito, por el solo mérito del decreto supremo del sector correspondiente.

- 9) La entidad estatal ocupante de los terrenos y/o edificaciones requeridos para la ejecución de obras de infraestructura, tendrá un plazo de 30 días hábiles para desalojar y entregar la posesión de los citados bienes, a favor del sector al cual pertenece el proyecto. Dicho plazo podrá ser prorrogado por acuerdo expreso entre las partes.
- 10) El sujeto activo o, de ser el caso, ProInversión, en lo posible durante la formulación del proyecto, deberá contar con un plan de saneamiento físico y legal de los predios a expropiarse, que comprende la elaboración del correspondiente diagnóstico y de la estrategia de saneamiento físico y legal de los bienes inmuebles materia de expropiación.

Sobre la propuesta de cambio normativo, uno de los expertos señala que, en su experiencia, el trato directo entre concesionario y propietarios de terrenos resulta sumamente complicado, de lo que resulta una mayor carga para el concesionario; en lo que sí está de acuerdo es en que el dinero requerido para la compra de los terrenos sea solventado por el concesionario, pero manteniendo el concedente la responsabilidad de los trámites.

Todas las propuestas analizadas son viables, pero deben ir necesariamente acompañadas de un cambio normativo que genere, a su vez, procedimientos expeditivos que le permitan al concedente hacer entrega oportuna de los terrenos al concesionario, evitándose retrasos innecesarios en los plazos de entrega de estos y, como consecuencia, la demora del concesionario en la ejecución de las obras, en perjuicio de los usuarios de la vía⁷⁶.

76. A la fecha de cierre de edición de esta investigación, el Proyecto de Ley para agilizar los trámites expropiatorios ha sido materializado en el diario oficial *El Peruano* el día 22 de mayo de 2013, a partir de la publicación de la Ley 30025, *Ley que facilita la adquisición, expropiación y posesión de bienes inmuebles para obras de infraestructura y declara de necesidad pública la adquisición o expropiación de bienes inmuebles afectados para la ejecución de diversas obras de infraestructura*. Esta norma de reciente data e incorpora en nuestra legislación los aspectos citados en los numerales del 1) al 10) precedentes.

La quinta disposición complementaria final declara de necesidad pública la ejecución de las obras de infraestructura de interés nacional y de gran envergadura (vial, aeroportuaria, ferroviaria, portuaria, turística, pasos de frontera e infraestructura diversa), y se listan un total de sesenta y nueve (69) proyectos concesionados o por concesionar, en los cuales se encuentra expedita la autorización de expropiación, entre ellos:

- a. Autopista del Sol
- b. IIRSA Norte
- c. Interoceánica, tramos 1, 2, 3, 4 y 5
- d. IIRSA Centro, tramo 2
- e. Red Vial 5

2.3. Obras

En relación con el régimen de obras, del análisis efectuado en el acápite 3.4 del capítulo 3, se han detectado distintos aspectos materia de modificación en los contratos de concesión que son parte del alcance de la presente investigación, y que resultan relevantes para la ejecución óptima de los proyectos con distintos grados de riesgo constructivo. Así, se han identificado los siguientes temas que son pasibles de mejoras y sobre los cuales formulamos las recomendaciones respectivas: a) modificación del cronograma de ejecución de obras; b) ajustes al programa de ejecución de obras; c) incremento de presupuesto para obras adicionales; d) pago de valorización de obras adicionales; y e) mecanismo de entrega parcial de obras.

a) Con respecto a la modificación del cronograma de ejecución de obras: recomendamos que los plazos establecidos para la ejecución del programa completo de obras sean más prudentes; con ello se busca atenuar el riesgo de probables modificaciones, tomando en consideración las características de cada proyecto

-
- f. Red Vial 6
 - g. Línea Amarilla (actual Parque Rímac)
 - h. Vía Expresa Sur
 - i. Vías Nuevas de Lima
 - j. Líneas 1 y 2 del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima
 - k. Terminal Portuario de Paita
 - l. Terminal Portuario de San Martín

Bajo este contexto, y a efectos de implementar el trato directo y el proceso de expropiación vía arbitral o judicial, es necesario reforzar previamente las normas que permiten establecer el valor de tasación de los inmuebles afectados por la ejecución de obras de infraestructura. Actualmente, esta labor se encuentra bajo competencia del MVCS a través de la Dirección Nacional de Construcción.

Sin perjuicio de la existencia de un marco legal para la tasación, resulta imperativo establecer un procedimiento simplificado que atienda los casos que son priorizados por el Estado en razón de la necesidad pública, seguridad nacional, interés nacional y/o de gran envergadura declarados por ley.

Es así que al cierre de edición de esta investigación, queda pendiente la emisión de una directiva por parte del MVCS que establezca de manera expeditiva el valor de tasación para la ejecución de obras de infraestructura. Este procedimiento deberá aprobarse por resolución ministerial, conforme lo establece la Única Disposición Transitoria, a los cuarenta y cinco (45) días hábiles contados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 30025 en cuestión. Desde ya, será sumamente valioso analizar las implicancias que a futuro conllevará la aplicación de esta ley y el grado de éxito que le impondrá a los proyectos de infraestructura de transporte en el país.

en particular y los plazos para el saneamiento de terrenos. Para lograrlo, será necesario disponer de estudios técnicos, información detallada y plazos reales por parte del MTC, como ente titular de la infraestructura. Dicha información incluye el detalle del estado de los bienes, adquisición de predios, problemas sociales (agremiaciones, usuarios, propietarios de predios que tendrán que ser expropiados, poblaciones de la zona de influencia o algún tipo de organización que se oponga a la realización del proyecto que podrían generar demoras o sobrecostos por el periodo no presupuestado). En muchos casos, estos grupos han solicitado al concesionario la realización de determinadas obras adicionales y/o complementarias a las estrictamente exigidas en los contratos de concesión, que resulta un aspecto crítico para la convocatoria de un proceso de promoción de la inversión privada.

La propuesta, en ese sentido, sería la de incorporar en futuros contratos plazos razonables para la ejecución de las obras en función de su tipo y al alcance de estas, evitando, en lo posible, señalar fechas definidas, tal como han sido consideradas en la adenda 2 de la Red Vial ⁶⁷⁷, esto último aprobado ya no en la etapa de diseño propiamente (cuyo responsable es ProInversión), sino en la etapa de ejecución contractual (cuyos responsables son el MTC y Ositrán).

Un tema que se deriva de lo antes expuesto es el caso de la adquisición de predios, que ya ha sido materia de análisis en el acápite correspondiente al saneamiento de terrenos. En este apartado resta mencionar que, si bien este factor no está asociado directamente con aspectos de ingeniería, diseño, aprovisionamiento o construcción, resulta estrechamente vinculado con la ejecución de aquellas obras viales cuyo trazo requiera la adquisición de áreas de propiedad de terceros. Este factor se refiere a la necesidad de adquirir o expropiar predios ubicados en la zona de influencia del proyecto dentro de un plazo específico con el objetivo de permitir la normal ejecución de la obra en los plazos acordados. Asimismo, debido a que el precio que deberá pagarse a cada propietario durante el proceso de obtención de los predios está sujeto a diversos factores, este puede afectar significativamente los tiempos comprometidos del proyecto.

A la fecha, los contratos de concesión estipulan, de manera uniforme, que el incumplimiento del plazo máximo previsto para la adquisición de terrenos se configura en un incumplimiento grave por parte del concedente, con lo cual faculta a su contraparte a caducar la concesión. No obstante, se evidencia en

77. Modificación del cronograma de ejecución de obras de la primera etapa. Se precisan tres fechas para la culminación de determinadas obras: hasta el 20 de setiembre de 2009, 31 de enero de 2010 y 31 de diciembre de 2010.

la práctica que esta medida gravosa para el Estado no atenúa ni mitiga la contingencia, ni tampoco se constituye en una medida deseable para la sociedad y usuarios del servicio en general.

Las recomendaciones propuestas sobre saneamiento de terrenos se encuentran descritas en el acápite anterior, y su cumplimiento —en el orden de prelación analizado— resulta relevante para no dilatar el cronograma de ejecución de obras. Dichas opciones requieren, además, contar con profesionales técnicos capacitados en distintas ramas, por ejemplo, arqueólogos para los permisos del Instituto Nacional de Cultura (INC) —recientemente transformado en Ministerio de Cultura—, sociólogos y antropólogos para los trabajos de sensibilización social, así como de abogados especializados en saneamiento físico-legal de predios, entre otros.

En función de lo ya expuesto, se recomienda considerar en los contratos de concesión plazos más holgados para el inicio de la ejecución de obras del proyecto correspondiente. En segundo lugar y, dados los retrasos del Estado para la entrega de los bienes de la concesión, es importante que desde el diseño de los contratos se contemple la posibilidad de ejecución parcial de las obras por parte del concesionario, definiendo contractualmente un porcentaje mínimo de terrenos con los cuales deberá contar el concesionario para tomar posesión de ellos e iniciar la construcción; dicho porcentaje deberá proceder cuando sea técnicamente factible y habrá de ser previamente sustentado por el Estado, a fin de no perjudicar a su contraparte⁷⁸. En tercer lugar, debería diseñarse el contrato concibiendo la posibilidad del adelanto de inversiones, lo cual debería reflejarse en una cláusula general en el régimen económico de la concesión, ya que una medida de este tipo llevará a que el Estado afronte de manera anticipada sus obligaciones económicas y, asimismo, a que se definan las variaciones en la inversión y en los ingresos del concesionario.

b) Con respecto a los ajustes al programa de ejecución de obras: en la etapa de promoción de la inversión privada, recomendamos solicitar al MTC información sobre la situación actual de las infraestructuras existentes; asimismo, la realización de estudios completos de ingeniería durante el proceso de licitación,

78. La adenda 2 de la Red Vial 6 establece que el concesionario deberá cumplir con las obras de construcción del subtramo 3, en la medida en que haya recibido del concedente el 100% de los predios. No obstante, en la misma adenda se señala para otro tipo de obras (obras de la primera etapa) que «a pesar que la Sociedad Concesionaria no haya recibido el 80% de los predios, a la fecha es técnicamente viable la ejecución de determinadas obras previstas en el Contrato de Concesión».

de acuerdo con los niveles que sean exigidos por el SNIP, en el caso de concesiones cofinanciadas. En este punto, recordemos que la evidencia práctica del problema surge debido a la diferencia de costos iniciales versus costos reales de la construcción de la infraestructura; sin embargo, en este punto, cabe hacer una precisión.

En relación con lo antes indicado, y a modo de diagnóstico, Mendiola *et al.* mencionan lo siguiente:

En la etapa de operación de las concesiones viales otorgadas en el Perú hubo varios problemas que ocasionaron demoras en la construcción de la infraestructura. En algunos contratos de concesión vial se aceptaron reajustes por metrado. Por ejemplo, la adenda 4 de las concesiones de los tramos 2, 3 y 4 de la IIRSA Sur aclaraba que, si existiese variación en el metrado derivada de la diferencia con el expediente técnico, el concedente podrá evaluar en forma integral las obras ejecutadas y el proyecto de ingeniería al detalle respecto de las obras pendientes de ejecución, riesgo que asume el Estado.

Además, las concesiones viales incluyeron la realización de estudios de baja exigencia (estudios incompletos), lo que originó variaciones entre los contratos suscritos y los Proyectos de Ingeniería de Detalle (PID). Como ejemplo, la concesión vial de la IIRSA Sur tramos 2, 3 y 4 ha presentado en promedio una variación de 97% del PID respecto del contrato original (2011: 71).

Al respecto, consideramos que, si bien es recomendable asignar en muchos casos el riesgo de diseño al concesionario y que, a su vez, resulta posible utilizar conjuntamente el sistema de precios unitarios, ello debe tener ciertos límites. Por un lado, los precios unitarios solamente podrían ser actualizados por inflación y, por otro lado, solo se permitiría el aumento de metrados hasta un tope máximo del 15% del costo total del proyecto. En opinión de uno de los expertos, resulta posible utilizar tanto el sistema de sumaalzada como el sistema de precios unitarios; sin embargo, comparte que resulta preciso determinar y establecer límites en caso de que se utilice el sistema de precios unitarios en los proyectos de concesión. En relación con este mismo tema, otro experto señaló que dicho sistema solo se justifica ante la existencia de riesgos constructivos —una falla geológica, por ejemplo— que no puedan ser asignados al concesionario.

De acuerdo con lo expuesto, se recomienda que el proceso de licitación se lleve a cabo sobre la base de estudios referenciales confiables en el aspecto técnico. Ahora bien, incluso en ese escenario, los presupuestos formulados por los distintos postores pueden diferir entre sí, siendo que el presupuesto elaborado por el concesionario, pueda estar afecto a un determinado grado de

volatilidad entre la versión que se elabore para la presentación de ofertas y la que finalmente se apruebe para la ejecución de la obra. Tomando en consideración que los casos citados en nuestro análisis (IIRSA Norte e IIRSA Sur tramo 3) presentan una alta complejidad de la obra, se evidencia que este factor genera una elevada volatilidad también, debiendo el Estado resguardar el nivel de los estudios y la experiencia de la empresa gestora.

La propuesta, en ese sentido, es la de contar con estudios referenciales actualizados y confiables en el aspecto técnico que cumplan con las exigencias propias de un estudio de preinversión a en cuanto a perfil y factibilidad (que contenga un análisis serio y confiable respecto a los rubros de demanda, ingeniería, estudios de impacto ambiental y evaluación económica financiera) —conforme dispone la normativa del SNIP⁷⁹— con la finalidad de evitar la sobrevaloración de las obras. Sobre el particular, uno de los especialistas consultados ha destacado que la mayoría de problemas que debe enfrentar el concesionario en la etapa de ejecución de obras se generan por la existencia de estudios desfasados, toda vez que desde que se comienza a preparar el proyecto hasta que se otorga en concesión muchas veces pueden transcurrir cuatro o cinco años, por lo que el desfase de los estudios resulta significativo. Por ello, concuerda con que los estudios deben ser actualizados y, por ende, debería establecerse que la información técnica y situación actual de las infraestructuras existentes por parte del MTC tenga una antigüedad no mayor de un año y medio para efectos de la convocatoria del proceso de promoción.

Esta propuesta se complementa, adicionalmente, con la posibilidad de considerar —desde que se diseña la licitación— las soluciones técnicas alternativas propuestas por el concesionario sobre la base del expediente referencial del concurso. Bajo ese contexto, se generaría el expediente técnico del concesionario con las mejoras correspondientes que, para ser válido, deberá contar con la aprobación del Estado, a través del MTC como órgano técnico competente.

Entonces, disponiendo de estudios confiables, actualizados y con un grado adecuado de detalle y, adicionalmente, incorporando la posibilidad de contemplar soluciones técnicas alternativas propuestas, podríamos disminuir el impacto de los ajustes al programa de ejecución de obras, problemas que se han identificado en los contratos de la IIRSA Norte e IIRSA Sur tramo 3.

79. Directiva General del SNIP aprobada por R. D. 003-2011-EF-/68.01 y publicada en el diario oficial *El Peruano* el 9 de abril de 2011.

c) Con respecto al incremento de presupuesto para obras adicionales: hemos identificado en el acápite 3.4.4 del capítulo 3 que, a partir de los casos de incremento sustanciales que se dieron en los casos de la IIRSA Sur tramo 3 e IIRSA Norte, en los contratos suscritos recientemente —IIRSA Centro tramo 2—, se verifica que ya no se establece un monto por concepto de inversión agregado de todas las obras adicionales (por ejemplo, US\$ 10 millones, como se ha recogido de la muestra), sino que se establece un porcentaje.

En efecto, en el caso de la IIRSA Centro, se señala que:

... el monto de inversión agregado de todas las obras adicionales que se acuerden no podrá superar el 15% del presupuesto aprobado de los Estudios Definitivos de Ingeniería e Impacto Ambiental incluido el IGV. El porcentaje indicado incluye los costos por estudios y por supervisión (Cláusula 6.29).

Dicha medida permite una mayor flexibilidad y evita efectuar modificaciones, en caso de que se sobrepase un monto fijo ya definido. Finalmente, se recomienda incorporar desde el diseño de los contratos de concesión una cláusula en el régimen financiero que establezca el procedimiento para el pago de las obras adicionales, así como precisar la oportunidad e importes en los que se ejecutarán dichas obras.

d) Con respecto al pago de valorización de obras adicionales: evidenciamos —tal como se constata del punto precedente— que la inclusión de obras nuevas requiere también que se establezca, desde el diseño del contrato, el mecanismo de pago de valorización de dichas obras. Como recordamos, en el caso de la IIRSA Norte, el incremento del presupuesto se debía a un suceso imprevisible al momento de la suscripción (encargo de la obra adicional, obra de acceso terrestre), de la cual, debido a su imprevisión, tampoco pudo establecerse el monto al cual ascendería su ejecución.

Si bien estamos frente a un supuesto de hecho sobreviniente, recomendamos que sobre la base de la experiencia en proyectos de este tipo por parte del Estado, este supuesto sea incluido en los nuevos contratos. Sin perjuicio de ello, las obras adicionales presentan también como tope máximo el 15% del costo total del proyecto en cumplimiento del marco legal aplicable. De acuerdo con nuestro diagnóstico, y ante la omisión registrada, debió aprobarse la adenda 5 para el caso de la IIRSA Norte y la adenda 1 en la IIRSA Sur tramo 1.

e) Con respecto al mecanismo de entrega parcial de obras: recomendamos, debido a la experiencia en la ejecución de contratos de concesión por el Estado, que el procedimiento de entrega parcial de obras se encuentre previsto en los nuevos

contratos ante la posibilidad de hechos posteriores (como los que se presentan en la liberación de terrenos), movilizaciones sociales o catástrofes que se puedan producir durante el periodo de vigencia de la concesión.

Debido a que se trata de eventos de fuerza mayor, es pertinente establecer que no será de aplicación ninguna penalidad contractual y/o sanción administrativa; tampoco se podrá interpretar como incumplimientos del concesionario la no culminación de las obras de construcción ni la prórroga del plazo para la ejecución de las obras restantes.

2.4. Resolución contractual

Una de las cláusulas con mayor incidencia de modificaciones es la de resolución contractual o caducidad de la concesión. La caducidad de la concesión constituye uno de los temas sensibles para el financiamiento de las concesiones, siendo objeto de modificación a solicitud de los acreedores permitidos.

Dentro de las principales causales de modificación tenemos: a) el añadido de nuevas causales de resolución como consecuencia de la incorporación de nuevas figuras de financiamiento; b) modificaciones en el monto del concedente al concesionario por resolución unilateral del contrato; c) modificaciones en las causales de incumplimiento; y d) modificaciones en el procedimiento de liquidación.

Como parte de las mejoras que se han realizado en los contratos de concesión, se puede verificar que el pago que efectúa el concedente al concesionario por la terminación del contrato por decisión unilateral del primero ha sido una modificación frecuente. Es importante destacar que, en ninguno de los casos analizados, se ha verificado la existencia de montos y/o criterios equivalentes. Si tenemos en cuenta que cada contrato de concesión tiene sus particularidades y es difícil determinar montos equivalentes para cada uno de ellos, sí consideramos necesario plantear criterios equivalentes. Es posible también diferenciar estos criterios entre los contratos de concesión suscritos bajo la modalidad autosostenible, de aquellos cofinanciados.

Bajo este supuesto, en los contratos de concesión IIRSA Norte e IIRSA Sur tramo 3 se ha identificado un criterio similar para el caso en que se debe determinar el monto, según la etapa de ejecución del contrato, el avance de la obra o de la terminación de la misma; sin embargo, existe una diferencia entre ambos, ya que en el contrato de concesión de IIRSA Norte, cuando la terminación del contrato se ejecuta luego de culminadas las obras, el pago resulta en una cantidad determinada y no en un porcentaje del PAO, mientras que en el caso de IIRSA Centro, los montos a pagar se sujetan a los estipulados en la cláusula

correspondiente a los incumplimientos de las obligaciones del concedente, es decir, no corresponde a un monto determinado por la terminación unilateral del concedente.

En este sentido, no se verifica una adecuada correspondencia con respecto al monto de la indemnización del concedente al concesionario en este contrato, lo cual no refleja la experiencia que en este aspecto se recoge luego de la revisión de las modificaciones a los contratos de IIRSA Norte e IIRSA Sur tramo 3, que requiere la estipulación clara de los montos que el concedente pagará al concesionario.

En suma, se propone que en el diseño inicial de los contratos de concesión, los montos a reconocer a favor del concesionario, se encuentran bien diferenciados respecto de la causal específica que dio origen a la caducidad, es decir, si la caducidad se deriva de la decisión unilateral del concedente o del incumplimiento de las obligaciones a su cargo. Dicha propuesta es considerada como adecuada por uno de los expertos consultados, pues analiza que, en caso de incumplimiento por parte del concedente, se debe reconocer que se ha originado un daño adicional al concesionario.

Además, dichos montos a pagar deben encontrarse en plena correspondencia con los avances de obra, distinguiéndose entre las distintas etapas de ejecución del contrato, como al inicio de la construcción de obras, durante la construcción y a la terminación de estas.

2.5. Procedimiento de liquidación

La cláusula de resolución contractual o caducidad del contrato contempla el procedimiento de liquidación. Si bien como fórmula homogénea mantiene el uso de la intervención y la realización de un concurso para la selección de un nuevo concesionario, esta cláusula ha sido objeto de modificaciones en los sucesivos contratos de concesión suscritos, buscando la simplificación de la regulación del procedimiento de liquidación.

Por ejemplo, en el contrato de concesión de IIRSA Centro, se regula únicamente la actuación de un interventor designado por el regulador, sin indicarse plazos para que se efectúe la intervención, o si se realizará un concurso, cuál será su factor de competencia, o el orden de prelación de la liquidación de la concesión.

Consideramos que esta simplificación en la cláusula de procedimiento de liquidación no resulta válida. Las modificaciones descritas en el capítulo anterior nos permiten identificar la necesidad de contar con un procedimiento claro respecto a la forma de liquidación del contrato, así como a la forma en la que

los acreedores permitidos velarán por sus acreencias y los distintos derechos respecto de las garantías que se hayan constituido para tal efecto.

A continuación, presentamos una propuesta de lineamientos que consideramos que debería ser tomada en cuenta de manera uniforme en la elaboración de la cláusula del procedimiento de liquidación en relación con la sustitución del concesionario e intervención de la concesión:

- a) Se debe incluir expresamente que el concesionario se obliga a celebrar un contrato de cesión de posición contractual con quien sea seleccionado como nuevo concesionario del proyecto.
- b) El regulador seleccionará al interventor de la concesión, el cual instruirá al concesionario, durante toda la etapa de intervención hasta que se produzca la cesión de posición contractual a favor del nuevo concesionario.
- c) Declarada la intervención, el concesionario se obliga a transferir todos los derechos, bienes e ingresos derivados de la concesión a un fideicomiso de administración (fideicomiso de rescate), el cual se encargará de la administración de los flujos de la concesión y del pago del endeudamiento garantizado permitido hasta que se produzca la cesión.
- d) Se debe establecer un plazo máximo de un año para la realización del nuevo concurso que permita la selección del nuevo concesionario, contado desde la declaración de intervención de la concesión. Cabe señalar que no podrán participar como postores en dicho proceso de selección, la sociedad concesionaria, sus socios principales ni empresas vinculadas a ambos.
- e) El factor de competencia será aquel que presente la mejor oferta económica respecto del aprovechamiento económico de los bienes de la concesión, descontando los montos que sean adeudados a los acreedores permitidos.
- f) El nuevo concesionario asume, de manera incondicional, todos los derechos y obligaciones del anterior, sin perjuicio de las modificaciones que devengan, derivadas de su oferta económica. En tal sentido, en el mismo acto de firma del contrato de cesión de posición contractual, el concedente y el nuevo concesionario deberán suscribir la respectiva adenda, a efectos de adaptar el texto contractual en lo que sea necesario, en función de la oferta económica presentada.

- g) El nuevo concesionario solo será responsable por el cumplimiento de obligaciones y por los bienes de la concesión a partir de la fecha del contrato de cesión y de entrega de los bienes; el cedente se mantiene como responsable por hechos anteriores.

Al respecto, uno de los expertos consultados considera que resulta más sencillo que el concedente proceda directamente con un nuevo proceso de promoción de la inversión privada para seleccionar al nuevo concesionario.

Por otra parte, otro especialista indica que es preferible proceder a la caducidad del contrato y no promover su continuidad, con lo cual se establecería un cronograma de pagos consensuado entre el concedente y los acreedores permitidos; no obstante, reconoce que es posible que puedan producirse inconvenientes para con los acreedores permitidos en caso de que la caducidad se produzca antes de finalizada la obra en el caso de proyectos *greenfields* y, por ende, no existan flujos contra los cuales se pueda hacer cargo del pago de la deuda por parte del concedente.

Finalmente, otro de los expertos señala que, como consecuencia de la caducidad, el proyecto solo será atractivo para nuevos postores en la medida en que este se encuentre completamente saneado.

CONCLUSIONES GENERALES

De la investigación desarrollada se extraen las siguientes ocho conclusiones principales, las cuales abordan los objetivos y temas tratados sobre la renegociación de contratos de concesión en infraestructura del sector transportes.

1. La renegociación de los contratos de concesión es un proceso natural que deviene de su naturaleza forzosamente incompleta. Dentro de las razones por las cuales se la considera como tal, se pueden mencionar los altos costos de transacción, la racionalidad limitada de los agentes y, a su vez, por la propia naturaleza de los proyectos que comprenden dichos contratos, los cuales implican largos periodos de ejecución contractual, entre otros.
2. Hasta el cierre de la presente investigación, se tiene que se han suscrito 27 contratos de concesión en el sector transportes; 19 de ellos (70%) han sido renegociados mediante la suscripción de un total de 76 adendas; con respecto a estas, el 45% han sido suscritas antes de cumplirse el plazo de tres años de firmado el contrato. En promedio, ha habido tres adendas por cada contrato de concesión del sector carreteras⁸⁰.
3. En la actualidad, la renegociación de los contratos de concesión se encuentra normada por el TUO de Concesiones y el Reglamento de la Ley de APP. Ambos dispositivos legales difieren en su forma de aproximación respecto de la regulación de los procesos de renegociación. El

80. A la fecha de cierre de edición de este trabajo, aún no se había aprobado la adenda 5 del contrato de concesión de la Red Vial 6.

TUO de Concesiones contiene únicamente parámetros a aplicar de cara a la renegociación de los contratos, esto es, su naturaleza, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico-financiero; con la entrada en vigencia de la Ley de APP en el 2008, se ha establecido por primera vez una restricción a la suscripción de adendas durante los primeros tres años, contados desde la firma del contrato, salvo supuestos excepcionales permitidos por ley.

4. Consideramos que el numeral 9.2 del artículo 9.º del Reglamento de la Ley de APP puede ser derogado y, en tal sentido, los procesos de renegociación deberían quedar restringidos únicamente a los parámetros establecidos en el TUO de Concesiones. Adicionalmente, resulta discutible la legalidad de dicho artículo, teniendo en consideración a que fue aprobado por decreto supremo, mientras que el TUO de Concesiones es una norma con rango de ley.
5. En relación con el procedimiento para encausar la modificación a los contratos, consideramos incorrecta la posición de Ositrán cuando afirma que, de acuerdo con el Reglamento de la Ley de APP, la solicitud de opinión del regulador debe ser hecha únicamente por el concedente, y que esta se emita luego del acuerdo entre partes. Ello se encontraría en contradicción con la estipulación que dispone que dicha opinión deba ser previa, así como otorgaría el carácter de parte a Ositrán, en tanto tendría la facultad para cuestionar la suscripción de la adenda que las partes acordaron.
6. De la muestra conformada por los ocho contratos de concesión estudiados en esta investigación, se ha podido identificar que existen temas recurrentes que son objeto de suscripción de adendas en distintos proyectos; con mayor frecuencia, se presentan cuestiones relacionadas con obras, financiamiento, saneamiento de tierras, entre otros. Hoy en día, consideramos que los procesos de renegociación han dejado lecciones aprendidas acerca de dichos temas recurrentes, sobre la base de los cuales, en algunos casos, es posible establecer propuestas de mejoras en el diseño inicial de los contratos de concesión.
7. Las propuestas de mejoras se encuentran dirigidas principalmente a la uniformización de la definición de *acreedores permitidos*, la incorporación de cláusulas gatillo para el caso de la entrega parcial de obras,

adelanto de inversiones y obras adicionales, la identificación y recomendación de factores críticos a efectos de la convocatoria a un proceso de promoción de la inversión privada y la subsecuente suscripción del contrato, así como de alternativas de estructuras de solución ante los problemas de saneamiento de predios para la ejecución de las obras y ante la caducidad del contrato.

8. Consideramos recomendable que, a efectos de que continuamente se recojan las lecciones que puedan devenir de cualquier proceso de renegociación de los contratos, los organismos promotores de la inversión privada contemplen dentro de su estructura orgánica un área específica que cumpla con dicha función, para lo cual podrían incluso contratar a expertos independientes.

BIBLIOGRAFÍA

- Ariño, G. (2009). Contrato de obra, concesión de obra, concesión de servicio público: ¿son técnicas intercambiables? *Revista de Derecho Administrativo*, 4(7).
- CAF (Corporación Andina de Fomento). (2006). *Financiamiento privado de infraestructuras. Estudio de alternativas y experiencias en materia de proyectos de participación público-privada para América del Sur*. Sector Transporte. Recuperado de http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/fid_financiamiento_privado_de_infraestructuras.pdf
- CAF (Corporación Andina de Fomento). (2010). *Infraestructura pública y participación privada. Conceptos y experiencias en América y España*. Recuperado de <http://www.caf.com/attach/19/default/LibroinfraestructuraFINAL.pdf>
- Cassagne, J. C. (1999). *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Artes Gráficas Candil.
- Comisión de las Comunidades Europeas. (2004). *Libro verde: sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*. Recuperado de http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2004/com2004_0327es01.pdf
- Cornejo, R. (2006). Inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos: una mirada desde el sector público. *Themis. Revista de Derecho*, 52.
- De Irisarri, A. J. (2002). *Misión de contratación: hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública*. Tomo I. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación/Giro.
- De la Puente y Lavalle, M. (1999). Las «cláusulas exorbitantes». *Themis. Revista de Derecho*, 39.

- D'Medina Lora, E. (2007). Institucionalidad PPP en el Perú: antecedentes, evolución y prospectiva. *Revista de Economía y Derecho*, 4(15). Sociedad de Economía y Derecho UPC.
- Dromi, R. (1997). *Derecho administrativo*. 6.^a ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Dromi, R. (1998). *Renegociación y reconversión de los contratos públicos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Dromi, R. (2001). *Las ecuaciones de los contratos públicos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Escola, H. J. (1989). *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma.
- Fiorini, B. A. (1968). *Manual de derecho administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley.
- García de Enterría, E. (2004). *Curso de derecho administrativo*. Tomo I. 12.^a ed. Madrid: Civitas.
- García de Enterría, E. & Fernández, T. R. (2006). *Curso de derecho administrativo*. Tomo I. Lima-Bogotá: Palestra-Temis.
- Gómez, M. A. (s.f.). *Marco conceptual e institucional de las asociaciones público-privadas en el Perú*. Lima: MEF.
- Guasch, J. L. (2004). *Granting and renegotiating infrastructure concessions: Doing it right*. Washington D.C.: The World Bank.
- Guasch, J. L. (2005). *Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien*. Madrid: The World Bank.
- Huamaní, S. & Vargas, T. (2011). Renegociaciones no eficientes a partir del diseño del contrato y la licitación en las concesiones en transporte. *Revista de Regulación en Infraestructura de Transporte*, 7, 89-120.
- Marienhoff, M. (1970). *Tratado de derecho administrativo*. Tomo III-A. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Mendiola, A., Alvarado, F., Chocano, Z., Cotrado, A., García, L. & Aguirre, C. (2011). *Factores críticos de éxito en concesiones viales en el Perú*. Serie Gerencia para el Desarrollo N.º 25. Lima: ESAN Ediciones.
- Monedero, J. I. (1977). *Doctrina del contrato del Estado*. Estudios de Hacienda Pública. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Montenegro Castro, M. (1994). *Derecho administrativo IV: doctrina y legislación vigente aplicada al servidor público y privado*. Lima: Imprego.

- MTC (Ministerio de Transportes y Comunicaciones). (2006). *Manual técnico de mantenimiento rutinario para la red vial departamental no pavimentada*. Dirección General de Caminos y Ferrocarriles de Provías Departamental. Recuperado de http://www.mtc.gob.pe/portal/transportes/caminos_ferro/manual/Manuales%20Mantenimiento%20ProviasDep-Caminos/Manual%20Mantenimiento%20Rutinario.pdf
- ProInversión. (2005). *Las asociaciones público-privadas en el Perú*. Documento de trabajo N.º 4.
- ProInversión. (2010). *Guía de promoción de inversiones descentralizada*. 3.ª ed. Lima: USAID Perú, Pro Descentralización.
- Rufián Lizana, D. (1999). *Manual de concesiones de obras públicas*. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica.
- Rufián Lizana, D. (2002). *Políticas de concesión vial: análisis de las experiencias de Chile, Colombia y Perú*. Santiago de Chile: Naciones Unidas, Cepal, Ilpes.
- Santamaría Pastor, J. A. (2004). *Principios de derecho administrativo general*. Tomo II. 1.ª ed. Madrid: Iustel.
- Sayagues Laso, E. (1963). *Tratado de derecho administrativo*. Tomo I. Montevideo.
- Tirole, J. (1999, July). Incomplete contracts: Where do we stand? *Econometrica*, 67(4), 741-781.
- Zevallos, J. C. (2011a). *Concesiones en el Perú: lecciones aprendidas. Apuntes para mejorar el modelo de concesión de infraestructura de transporte de uso público*. Lima: Fondo Editorial de la USMP.
- Zevallos, J. C. (2011b). Algunas reflexiones sobre el futuro de la regulación de infraestructura de transporte en el Perú. *Revista de Regulación en Infraestructura de Transporte*, 7, 13-44.

Normas

- Acuerdo 557-154-04-CD-OSITRAN, mediante el cual se aprueban los lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de contratos de concesión.
- Constitución Política del Perú de 1993.
- D.L. 662, que aprobó el Régimen de Estabilidad Jurídica a la Inversión Extranjera.
- D.L. 757, Ley Marco de Crecimiento de la Inversión Privada.

D.L. 1012, Decreto legislativo que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada. Reglamento aprobado por D.S. 146-2008-EF.

D.S. 059-96-PCM, Texto único ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. Reglamento aprobado por D.S. 060-96-PCM.

Decreto de Urgencia 054-2001, mediante el cual se norma el apoyo a las municipalidades, sociedades de beneficencia y demás entidades del Estado, en materia de promoción de la inversión privada.

Ley 26917, Ley de supervisión de la inversión privada en infraestructura de transporte de uso público y promoción de los servicios de transporte aéreo. Reglamento aprobado mediante D.S. 044-2006-PCM.

Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización.

Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

Ley 28059, Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada. Reglamento aprobado por D.S. 015-2004-PCM.

Ley 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Reglamento aprobado por D.S. 001-2012-MC.

Contratos, adendas e informes

Contrato de concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, con sus respectivas adendas y los informes emitidos por Ositrán por cada una de las adendas firmadas.

Contrato de concesión de IIRSA Norte, con sus respectivas adendas y los informes emitidos por Ositrán por cada una de las adendas firmadas.

Contrato de concesión de IIRSA Sur tramo 1, con sus respectivas adendas y los informes emitidos por Ositrán por cada una de las adendas firmadas.

Contrato de concesión de IIRSA Sur tramo 3, con sus respectivas adendas y los informes emitidos por Ositrán por cada una de las adendas firmadas.

Contrato de concesión de Red Vial 5, con sus respectivas adendas y los informes emitidos por Ositrán por cada una de las adendas firmadas.

Contrato de concesión de Red Vial 6, con sus respectivas adendas y los informes emitidos por Ositrán por cada una de las adendas firmadas.

Contrato de concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincias del Perú, con sus respectivas adendas y los informes emitidos por Ositrán por cada una de las adendas firmadas.

Contrato de concesión del Terminal Portuario de Paita, con sus respectivas adendas y los informes emitidos por Ositrán por cada una de las adendas firmadas.

ANEXOS

1. Concesiones vigentes en el Perú hasta junio del 2012
2. Cláusulas exorbitantes en otras legislaciones
3. Marco legal sobre concesiones en el Perú
4. Definición de *acreedores permitidos* y el endeudamiento garantizado permitido
5. Régimen de acreedores permitidos
6. Certificado de reconocimiento de derechos sobre el PAO (CRPAO)
7. Modificaciones generales en relación con el financiamiento
8. Saneamiento de terrenos
9. Obras
10. Mantenimiento de emergencia y periódico
11. Fuerza mayor
12. Resolución contractual

Anexo 1. Concesiones vigentes en el Perú hasta junio del 2012

N.º Contrato	Periodo gubernamental	Concesionario	Duración (en años)	Modalidad	Inversión comprometida (en millones de US\$)	
Carreteras					3,567.5	
1	2003	A. Toledo	NORVIAL S.A. (Red Vial 5: Ancón-Huacho-Pativilca)	25	Autosostenible	75.0
2	2005	A. Toledo	COVIPERÚ S.A. (Red Vial 6: Puente Pucusana-Cerro Azul-Ica)	30	Autosostenible	231.9
3	2005	A. Toledo	IIRSA Norte S.A. (Eje multimodal Amazonas Norte-Paita-Yurimaguas)	25	Cofinanciada	417.6
4	2005	A. Toledo	Interoceánica Sur tramo 2 (Interoceánica Sur T2)	25	Cofinanciada	628.2
5	2005	A. Toledo	Interoceánica Sur tramo 3 (Interoceánica Sur T3)	25	Cofinanciada	591.7
6	2005	A. Toledo	Intersur Concesiones S.A. (IIRSA Sur T4)	25	Cofinanciada	513.5
7	2007	A. García	Concesión Canchaque S.A. (Empalme 1-B-Buenos Aires-Canchaque)	15	Cofinanciada	36.7
8	2007	A. García	SURVIAL S.A. (Interoceánica Sur T1)	25	Cofinanciada	135.9
9	2007	A. García	COVISUR S.A. (IIRSA Sur T5)	25	Cofinanciada	185.1
10	2009	A. García	Autopista del Norte S.A.C. (Red Vial 4)	25	Autosostenible	286.2
11	2009	A. García	Consortio Concesión Chancay-Acos S.A. (Chancay-Pasamayo-Huaral)	15	Cofinanciada	41.9
12	2009	A. García	OBRAINSA Concesión del Valle del Zaña S.A. (Mocupe-Cayaltí-Oyotún)	15	Cofinanciada	23.8
13	2009	A. García	COVISOL S.A. (Tramo Trujillo-Sullana)	25	Cofinanciada	300.0
14	2010	A. García	DEVIANDES S.A. (IIRSA Centro TS2)	25	Cofinanciada	100.0



N.º Contrato	Periodo gubernamental	Concesionario	Duración (en años)	Modalidad	Inversión comprometida (en millones de US\$)	
Aeropuertos					1,163.0	
1	2001	V. Paniagua	LAP S.A. (Aeropuerto Internacional Jorge Chávez)	30	Autosostenible	1,061.7
2	2006	A. García	ADP S.A. (Primer Grupo de Aeropuertos de Provincias del Perú)	25	Cofinanciada	53.5
3	2011	A. García	Aeropuertos Andinos del Perú S.A. (Segundo grupo de aeropuertos)	25	Cofinanciada	47.8
Puertos					1,852.6	
1	1999	A. Fujimori	TISUR S.A. (Terminal portuario de Matarani)	30	Autosostenible	6.0
2	2006	A. Toledo	DP World Callao S.A. (Terminal de contenedores del Muelle Sur)	30	Autosostenible	706.9
3	2009	A. García	TPE S.A. (Terminal portuario de Paita)	30	Autosostenible	227.0
4	2011	A. García	Transportadora Callao S.A. (Terminal de embarque de concentrado de minerales)	20	Autosostenible	120.3
5	2011	A. García	APM Terminals Callao S.A. (Terminal Muelle Norte-Callao)	30	Autosostenible	748.7
6	2011	A. García	COPAM S.A. (Terminal portuario de Yurimaguas)	30	Cofinanciada	43.7
Ferrocarriles*					232.8	
1	1999	A. Fujimori	Ferrovías Central Andina S.A. (Ferrocarril del Centro)	40	Autosostenible	FRA II (2)
2	1999	A. Fujimori	FETRANSA (Ferrocarril del Sur y Sur Oriente)	35	Autosostenible	FRA II (2)
3	2011	A. García	GYM Ferrovías S.A. (Tren Eléctrico-Línea 1)	30	Cofinanciada	232.8

* Contratos vigentes en ferrocarriles no exigen compromisos de inversión, pero sí estándares de calidad FRAII.

Anexo 2. Cláusulas exorbitantes en otras legislaciones

Legislación española:

El Real Decreto Legislativo 2/2000, del 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, dispone en su artículo 59.1 lo siguiente:

Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, **modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de esta.**

Legislación colombiana:

La legislación colombiana incorpora prerrogativas específicas a cargo del Estado con la finalidad de hacer cumplir el objeto de los contratos administrativos celebrados con los particulares. La Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, establece en su artículo 14.º que el Estado cuenta con los poderes de dirección, control y vigilancia de la ejecución de los contratos, así como de determinar una serie de cláusulas exorbitantes referidas a su interpretación y modificación unilaterales, al sometimiento a las leyes nacionales y a la caducidad en los contratos. Dicha norma dispone textualmente lo siguiente:

Artículo 14.- De los medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. - Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1º Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse el reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial. [...]

2º Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de determinación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. [...]

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

En el caso de la terminación unilateral de los contratos, la ley colombiana también tiene una disposición específica al respecto. Así, el artículo 17.º de la Ley 80 establece:

Artículo 17.- De la Terminación Unilateral.- La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

- 1º Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.
- 2º Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.
- 3º Por interdicción judicial de declaración de quiebra del contratista.
- 4º Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato [...]

La particularidad de esta disposición es que regula un conjunto de supuestos objetivos que dan lugar a la terminación unilateral de los contratos administrativos (exigencias propias del servicio público, muerte o incapacidad física permanente del contratista y situaciones de quiebra, cesación de pagos o embargos que lo afecten), pero también contempla la posibilidad de declarar la terminación unilateral del contrato cuando «la situación de orden público lo imponga». Aunque la ley colombiana no hace referencia en este punto al concepto de «interés público», sí lo hace respecto de una categoría jurídica de contenido difuso, como lo es el «orden público».

Anexo 3. Marco legal sobre concesiones en el Perú

- i. La Constitución Política del Perú, cuyos artículos 58.º y 73.º se citan a continuación:

Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Artículo 73.- Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.

- ii. D.L. 757: Ley Marco de Crecimiento de la Inversión Privada.
D.L. 662: Aprueba Régimen de Estabilidad Jurídica a la Inversión Extranjera.
- iii. D.S. 059-96-PCM: *Texto único ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos*; y su reglamento, aprobado por D.S. 060-96-PCM (en adelante, *TUO de Concesiones y Reglamento del TUO de Concesiones*, respectivamente).
- iv. D.L. 1012: *Decreto legislativo que aprueba la ley marco de asociaciones público-privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada*, y su reglamento, aprobado por D.S. 146-2008-EF (en adelante, *Ley de APP y Reglamento de la Ley de APP*, respectivamente).
- v. Decreto de Urgencia 054-2001: *Apoyo a las municipalidades, sociedades de beneficencia y demás entidades del Estado, en materia de promoción de la inversión privada*.
- vi. Ley 28059: Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada; y su reglamento, aprobado por D.S. 015-2004-PCM.
- vii. Ley 27783: Ley de Bases de la Descentralización. A continuación, se citan sus artículos 35.º, inciso d) y 37.º, inciso d).

Artículo 35.- Competencias exclusivas de los Gobiernos Regionales

[...]

- d) Promover y ejecutar las inversiones públicas de ámbito regional en proyectos de infraestructura vial, energética, de comunicaciones y de servicios básicos de ámbito regional, con estrategias de sostenibilidad, competitividad, oportunidades de inversión privada, dinamizar mercados y rentabilizar actividades [...].

Artículo 37.- Bienes y rentas regionales

[...]

- d) Los derechos económicos que generen por las privatizaciones y concesiones que otorguen, y aquellos que perciban del gobierno nacional por el mismo concepto.

- viii. Ley 27867: Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. En las siguientes líneas se cita su artículo 34.º:

Artículo 34.- Promoción de la inversión privada en proyectos y servicios.- Los gobiernos regionales crearán mecanismos para promover la inversión privada nacional y extranjera dirigidos a lograr el crecimiento económico regional conforme a ley. En el marco de sus competencias, otorgan concesiones y celebran cualquier otra modalidad, siempre que se contribuya al desarrollo sostenible local y regional, se asegure una mayor eficiencia social y se garantice el cumplimiento de las normas legales establecidas.

Las concesiones y otras modalidades contractuales se sujetan a las condiciones estipuladas en los respectivos contratos celebrados y suscritos conforme a Ley. Para cumplir con las funciones establecidas en los párrafos precedentes los Gobiernos Regionales están facultados para solicitar asesoría técnica y financiera especializada.

[...]

- ix. La Ley 27972: Ley Orgánica de Municipalidades. Se cita a continuación su artículo 33.º:

Artículo 33.- Otorgamiento de Concesión

Los gobiernos locales pueden otorgar concesiones a personas jurídicas nacionales o extranjeras para la ejecución y explotación de obras de infraestructura o de servicios públicos, conforme a ley.

[...] Las municipalidades pueden celebrar convenios de asesoría y de apoyo para el financiamiento con las instituciones nacionales de promoción de la inversión, conforme a ley.

Anexo 4. Definición de *acreedores permitidos* y el endeudamiento garantizado permitido

CONTRATO	MODIFICACIÓN
Aeropuerto Internacional Jorge Chávez	<p>Mediante adenda 2, de fecha 25 de julio de 2001, se modifica la definición de <i>acreedor permitido</i>, contenida en la cláusula 1.1. Se elimina la referencia a la entidad de crédito de exportación de cualquier país y se establece que puede tener la calidad de acreedor permitido cualquier institución financiera o cualquier agencia gubernamental.</p> <p>Mediante la adenda 4, del 30 de junio de 2003, se incorpora la obligación de que el endeudamiento garantizado permitido sea autorizado con la opinión técnica previa de Ositrán. Asimismo, se indica que el concesionario entregue la información vinculada a la obtención de aquel al concedente y a Ositrán, estableciéndose un procedimiento para la emisión de dichos pronunciamientos.</p>
Red Vial 5	<p>Mediante la adenda 1, del 8 de noviembre de 2004, se modifica la definición original de <i>acreedor permitido</i> contenida en la cláusula 1.5 del contrato, de acuerdo con lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> i. Se elimina la referencia a entidad de crédito de exportación ii. Ya no se exige para las instituciones financieras nacionales la clasificación de riesgo no menor a «A» y se establece que para ellas solo se requiere aprobación del concedente, sin perjuicio de ello se mantiene la clasificación no menor que «A» para las instituciones financieras internacionales y, iii. Se establece expresamente que un socio de la sociedad de propósito exclusivo no puede tener la calidad de acreedor permitido. <p>En la mencionada adenda, se modifica el procedimiento de aprobación de endeudamiento permitido; existen dos tipos de procedimientos, y en función del tipo de acreedor permitido, se requerirá solo informar o, de lo contrario, una aprobación del concedente. En caso de que transcurra el plazo para emitir su pronunciamiento, se aplica el silencio contractual positivo.</p>



CONTRATO	MODIFICACIÓN
IIRSA Sur tramo 3	<p>Mediante la adenda 3, de fecha 26 de julio de 2006, se modifica la definición de <i>acreedor permitido</i>, de acuerdo con lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> i. Se elimina la referencia a personas naturales o jurídicas que adquieran cualquier tipo de valor mobiliario emitido por el concesionario mediante oferta pública. ii. Se elimina la necesidad de calificación no menor que «A» para las instituciones financieras nacionales y se establece que solo se requiere aprobación del concedente. iii. Se incorpora la posibilidad de otorgar la calidad de acreedor permitido a los patrimonios fideicomitidos o sociedades tituladoras. iv. Se relaciona expresamente la calidad de acreedor permitido con el endeudamiento garantizado permitido.
IIRSA Norte	<p>Mediante adenda 3, de fecha 26 de julio de 2006, se modifica la definición de <i>acreedor permitido</i>:</p> <ol style="list-style-type: none"> i. Se precisa que podrán tener la calidad de acreedor permitido los inversionistas institucionales nacionales o internacionales que adquieran directa o indirectamente cualquier tipo de valor mobiliario emitido por el concesionario. ii. Se incorpora la posibilidad de calidad de acreedor permitido a los patrimonios fideicomitidos o sociedades tituladoras, constituidos en el Perú o en extranjero. iii. Se menciona expresamente que solo tendrán la calidad de acreedores permitidos en relación con el endeudamiento garantizado permitido.
Primer Grupo de Aeropuertos de Provincias de la República del Perú	<p>Mediante adenda 3, de fecha 17 de setiembre de 2008, se modifica la definición de <i>acreedor permitido</i>, contenida en la cláusula 1.1., adicionando más supuestos posibles de calificar como tal, los cuales detallamos a continuación:</p> <ol style="list-style-type: none"> i. Cualquier persona natural o jurídica —excepto el concesionario, sus accionistas o empresas vinculadas— que adquiera directa o indirectamente cualquier tipo de valor mobiliario emitido por el marco de un proceso de titulación de activos. ii. Se incluye la posibilidad de que los patrimonios fideicomitidos o las sociedades tituladoras tengan la calidad de acreedor permitido.

Anexo 5. Régimen de acreedores permitidos

CONTRATO	MODIFICACIÓN
DERECHO DE SUBSANACIÓN	
Red Vial 5	<p>Mediante la adenda 1 se incorporan las cláusulas 9.7.1 y 9.7.2 del contrato sobre el derecho de subsanación de los acreedores permitidos, en caso de incumplimiento de las obligaciones por parte del concesionario. Para el concedente deviene en imposible exigir la resolución del contrato si antes no se ha otorgado la oportunidad de subsanar el incumplimiento a los acreedores permitidos.</p> <p>Adicionalmente, mediante la adenda 1 se introduce en la cláusula 14.9 que, para efectos de la resolución o caducidad del contrato, se requiere previamente notificar y otorgar el plazo de subsanación correspondiente a los acreedores permitidos.</p>
Aeropuerto Internacional Jorge Chávez	<p>Mediante adenda 4, se modificó la cláusula 15.2.1, a fin de establecer la facultad para subsanar por parte del acreedor permitido ante ciertos supuestos de incumplimiento por parte del concesionario como, por ejemplo, el pago de la retribución al concedente, la calidad de insolvencia, embargos o sentencias; adicionalmente, se establece la obligación del regulador de notificar a los acreedores permitidos ante cualquier evento que implique una causal de incumplimiento de las obligaciones del concesionario.</p>
GARANTÍAS PERMITIDAS A FAVOR DE ACREEDORES PERMITIDOS	
IIRSA Sur tramo 3	<p>Mediante la adenda 3 se modifica el literal b) de la cláusula 9.6 del contrato; se excluyen como potencial garantía a favor de los acreedores permitidos los ingresos que perciba el concesionario por concepto de PAO.</p>
IIRSA Norte	<p>Mediante la adenda 3 se modifica el literal b) de la cláusula 9.6 del contrato; se excluyen como potencial garantía a favor de los acreedores permitidos los ingresos que perciba el concesionario por concepto de PAO.</p>
Aeropuerto Internacional Jorge Chávez	<p>Mediante adenda 2 se modifican las cláusulas 21.1 y 21.3 del contrato, en relación con las garantías permitidas. El objetivo es flexibilizar el otorgamiento de las garantías, y se permite la concurrencia de garantías de la concesión. Asimismo, se incluye la facultad del concesionario, previa autorización, para poder sustituir la garantía o garantías que hubiere constituido.</p>
Red Vial 5	<p>Mediante la adenda 1 se modifica la cláusula 9.6 del contrato, se incorporan las cláusulas 9.6.1 y 9.6.2, y se declara que el concesionario tiene derecho a otorgar en garantía su derecho de concesión, estableciéndose el procedimiento de autorización de constitución y ejecución extrajudicial.</p>

Anexo 6. Certificado de reconocimiento de derechos sobre el PAO (CRPAO)

CONTRATO	MODIFICACIÓN
IIRSA Sur tramo 3	<p>Mediante la adenda 3 se incorporan definiciones y regulaciones, así como modificaciones al contrato, para asegurar la bancabilidad del proyecto. La más importante de todas es la incorporación de las definiciones de certificado de avance de obra (CAO), certificado de reconocimiento de derechos sobre el PAO (CRPAO), hito, fideicomiso de administración de pagos y PAOCAO.</p> <p>En general, el objetivo central de la adenda 3 es incorporar el mecanismo del CRPAO y su regulación en el contrato. En tal sentido, se incorpora al texto del contrato lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> • El aporte del PAO de cargo del concedente será efectuado directamente por este a los titulares de los CRPAO, no necesariamente al concesionario. • Se establece expresamente en distintas secciones del contrato la naturaleza incondicional e irrevocable de los CRPAO y, por ende, que cualquier evento que genere la suspensión, fuerza mayor, cesión de posición contractual del concesionario, ajuste del PAO, falla o defecto de las obras no limita ni restringe el derecho de los titulares de los CRPAO de recibir las sumas reconocidas en los mencionados certificados. • El concedente no tendrá derecho a hacer retención, deducción o compensación alguna respecto del monto contenido en cada CRPAO, aun cuando, a la fecha de pago de cada CRPAO, el concesionario le adeude alguna suma de dinero. • Tratamiento de obligaciones <i>pari passu</i> para todas las obligaciones de dar suma de dinero contenida en los CRPAO independientemente de la fecha de emisión o si cuenta o no con una garantía específica respaldada por el concedente. • Mediante la modificación de la cláusula 9.6, introducida por la adenda 3, el concedente declara expresamente que los CRPAO son libremente transferibles, sin que sea necesario la aprobación, opinión y/o autorización del concedente. • Mediante la adenda 3 se ha incorporado el modelo de certificado de reconocimiento de derechos sobre el PAO (CRPAO) como anexo XIII al contrato, el cual contiene la descripción de las condiciones de la obligación de dar suma de dinero plasmada en el referido certificado, desde los intereses moratorios, la aceleración del pago, libre transferibilidad, entre otras características enunciadas en los párrafos previos. Asimismo, cabe señalar que, de acuerdo con el punto 17 del referido modelo del certificado, en caso de que exista discrepancia o conflicto entre las disposiciones del contrato y las del certificado, prevalece lo dispuesto en el certificado.



CONTRATO	MODIFICACIÓN
IIRSA Norte	<p>Mediante la adenda 3 al contrato de concesión se incorporan definiciones y regulaciones, así como modificaciones al contrato, para asegurar la bancabilidad del proyecto. También se añaden las definiciones de certificado de avance de obra (CAO), certificado de correcta ejecución, certificado de reconocimiento de derechos sobre el PAO (CRPAO), hito, PAOCAO, programa de ejecución de obras y de titulares de los CRPAO.</p> <p>En general, el objetivo central de la adenda 3 es incorporar en el contrato el mecanismo del CRPAO y su regulación. En tal sentido, se añade al texto del contrato lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> • El aporte del PAO de cargo del concedente será efectuado directamente por el concedente a los titulares de los CRPAO, no necesariamente al concesionario. • Se estableció que, sin perjuicio de cualquier otra disposición contemplada en el contrato, los pagos correspondientes a los CRPAO serán efectuados ininterrumpidamente en las fechas que se indiquen, siendo estos pagos una obligación directa, general, incondicional e irrevocable del concedente. El derecho de cobro del PAOCAO representado en cada CRPAO no será condicionado a la aceptación de las obras (cláusula 8.23). • Se establece expresamente que la suspensión de las obligaciones del contrato no limitará bajo concepto alguno el derecho de los titulares de los CRPAO de recibir las sumas reconocidas en dichos certificados conforme a los términos previstos en ellos (cláusulas 4.2 y 8.23). • Se especifica que los ajustes del PAO realizados se mantendrán para los periodos posteriores a los ajustes. En caso de que se produjera la terminación del contrato sin que se hubiesen culminados las obras, el monto del PAO correspondiente a las obras culminadas y no consideradas previamente en algún CAO será ajustado a la fecha de terminación (cláusula 8.23). • Se especificó que los montos correspondientes a la totalidad del PAO estarán contemplados en la Ley de Presupuesto General, independientemente del monto correspondiente a los CRPAO emitidos con anterioridad a la formulación de dicho presupuesto. • Tratamiento de obligaciones pari passu para todas las obligaciones de dar suma de dinero contenida en los CRPAO, independientemente de la fecha de emisión o si cuenta o no con una garantía específica respaldada por el concedente (cláusula 8.23). • Mediante la modificación realizada a la cláusula 9.6 mediante la adenda 3 el concedente declara expresamente que los CRPAO son libremente transferibles, sin que sean necesarias la aprobación, opinión y/o autorización del concedente.



CONTRATO	MODIFICACIÓN
IIRSA Norte	<ul style="list-style-type: none"> • Mediante adenda 3, cláusula 8.28, se especificó que cualquier forma de restablecimiento del equilibrio económico-financiero no limitará bajo concepto alguno el derecho de los titulares de los CRPAO de recibir las sumas reconocidas en dichos títulos. • Mediante adenda 3, cláusula 8.33, se estableció que si el concedente estuviera obligado a deducir o retener cualquier tributo de los ingresos del concesionario, el primero deberá pagar dichos montos adicionales de forma tal que la cantidad neta recibida por el concesionario, después de la deducción, sea igual al monto respectivo del ingreso. Se exceptúan los casos en los que los titulares de los CRPAO sean los responsables por el pago de impuestos o derechos. • Mediante la adenda 3 se ha incorporado el modelo de certificado de reconocimiento de derechos sobre el PAO (CRPAO) como anexo XIII al contrato, el cual contiene la descripción de las condiciones de la obligación de dar suma de dinero plasmada en el referido certificado desde los intereses moratorios, la aceleración del pago, libre transferibilidad, entre otras características enunciadas en los párrafos previos. Asimismo, cabe señalar que, de acuerdo con el punto 17 del modelo de certificado, en caso de que exista discrepancia o conflicto entre las disposiciones del contrato y el certificado, prevalece lo dispuesto en el certificado. • Mediante adenda 3, se determinó explícitamente que el derecho del concedente de hacerse cobro de las sumas que hubiere honrado en su calidad de garante debido al incumplimiento del contrato no limitará ni perjudicará bajo concepto alguno el derecho de los titulares de los CRPAO de recibir las sumas conocidas en dichos certificados, conforme a los términos previstos en ellos.

Anexo 7. Modificaciones generales en relación con el financiamiento

CONTRATO	MODIFICACIÓN
	PAO y PAMO
IIRSA Sur tramo 3	<p>Mediante la adenda 3, se ha modificado la cláusula 8.24.A), literal d.2, en el sentido de que la recaudación de los peajes trimestrales ya no servirá como fondo para el pago del PAO y PAMO, sino solo de este último.</p> <p>Asimismo, la citada adenda modifica la regulación del ajuste del PAO a efectos de retribuir al concesionario por el diferencial que resulte en el pago del servicio de la deuda como consecuencia del incremento de la tasa (de conformidad con la cláusula 8.35 del contrato, el valor del PAO ha sido calculado con una tasa de interés o descuento para el financiamiento a largo plazo equivalente al 7% efectivo anual). Las diferencias principales que introducen la referida adenda a la cláusula 8.35 son las siguientes: i) el ajuste se realiza con cada emisión del CRPAO, ya no una vez al año y ii) el ajuste por incremento de tasa tiene como tope la tasa máxima de retribución; en la versión original del contrato, este no contemplaba un tope máximo.</p> <p>Fideicomiso de administración de pagos PAO</p> <p>Mediante la modificación introducida en la cláusula 18.2 del contrato, a través de la suscripción de la adenda 3, se ha incorporado la posibilidad de constituir más de un fideicomiso de administración y no necesariamente uno solo; asimismo, se ha introducido la regulación contractual en relación con los gastos del fideicomiso, los cuales quedan a cargo del concesionario.</p> <p>Fideicomiso de administración de pagos distintos del PAO</p> <p>Mediante la adenda 3 se ha incluido la obligación del concesionario de constituir un fideicomiso local para la administración de todos aquellos pagos distintos del PAO, incluyendo el PAMO, la recaudación del peaje, el monto de las penalidades y el costo de transitabilidad, entre otros. Al igual que en el caso del fideicomiso de administración de pagos PAO, los gastos que genere el fideicomiso son de cargo del concesionario.</p>



CONTRATO	MODIFICACIÓN
IIRSA Norte	<p>Mediante la adenda 3 se modifica la cláusula 8.24. A), literal d.2, en el sentido de que la recaudación de los peajes trimestrales ya no servirá como fondo para el pago del PAO y PAMO, sino solo del PAMO.</p> <p>Asimismo, mediante la adenda 3 se modifica la cláusula 8.35 del contrato, estableciéndose que la tasa Libor promedio de los últimos 180 días debe ser mayor de 0.0645 para que el concedente pueda solicitar un ajuste por variaciones en tasas de interés. En la versión original, no era mayor de 0.0542.</p> <p>Fideicomiso de administración de pagos del PAO</p> <p>A través de la modificación introducida en la cláusula 18.3 del contrato, mediante la adenda 3, se da al concesionario la opción de constituir más de un fideicomiso de administración, a efectos de canalizar los PAO.</p> <p>Fideicomiso de administración de pagos distintos del PAO</p> <p>Asimismo, mediante la modificación introducida en la cláusula 18.5 del contrato, se ha incorporado la obligación del concesionario de constituir un fideicomiso local para la administración de todos los pagos distintos del PAO, incluyendo, pero sin limitarse al PAMO, recaudación de peaje y los pagos al supervisor. El contrato de fideicomiso deberá contar con la aprobación previa del concedente, previa opinión del regulador.</p>
Primer Grupo de Aeropuertos de Provincias de la República del Perú	<p>Mediante la adenda 3, se modifica la definición de <i>pago por avance de obras</i>, incluyendo la posibilidad de que el concesionario pueda optar por dólares o soles, según la moneda que se utilice en la estructuración financiera.</p> <p>Mediante la adenda 5, se modifica el anexo del esquema de pago del cofinanciamiento con respecto a cada una de las obras que se establecen en el contrato.</p> <p>Mediante la adenda 6, se modifica la definición de <i>CAO, CRPAO e hito</i>.</p> <p>Asimismo, se establece el procedimiento para la determinación del PAO y el correspondiente al procedimiento del CRPAO.</p>
Red Vial 5	<p>Mediante la adenda 1 se modifica la cláusula 9.9 del contrato de concesión en relación con la garantía tarifaria. Al respecto, se establece que, en caso de que no sea posible aumentar la tarifa, esta será compensada con la retribución a favor del concedente o con los montos transferidos al fondo vial.</p>

Anexo 8. Saneamiento de terrenos

CONTRATO	MODIFICACIÓN
Red Vial 5	<p>Mediante la adenda 1, de fecha 8 de noviembre de 2004, se incorpora la obligación del concedente de entregar los bienes libres de cargas, gravámenes y sin ocupantes; asimismo se establece la responsabilidad del concedente por hechos ocurridos antes de la toma de posesión, en la cláusula 5.1 del contrato.</p> <p>Asimismo, se modifica la cláusula 5.2 en relación con el plazo de entrega de los terrenos para la primera y la segunda etapa. Inicialmente, se contemplaba que los terrenos correspondientes a la primera etapa debían ser entregados en el plazo de 180 días calendario desde la suscripción del contrato; la adenda extiende dicho plazo a dos años desde la suscripción del contrato.</p> <p>En lo que se refiere a las obras de la segunda etapa, originalmente el contrato contemplaba el plazo de 240 días desde su suscripción para que el concedente entregue los terrenos correspondientes a dicha etapa; dicho plazo fue modificado a 120 días calendario, contados desde la entrega de los predios correspondientes a la primera etapa.</p> <p>De otro lado, se especifica que la entrega de bienes se entiende por secciones de la primera etapa y se elimina la referencia a la cláusula 8.17. c) reajuste de tarifa por cualquier supuesto que retrase o impida la culminación de las obras.</p>
Red Vial 6	<p>Mediante adenda 2, de fecha 8 de abril de 2009, se modifica la cláusula 5.2, párrafos, 6.º, 7.º y 8.º sobre toma de posesión de bienes. En tal sentido, los predios urbanos o rurales afectados necesarios para que el concesionario inicie los trabajos comprendidos dentro de la primera etapa de construcción deberán ser entregados por el concedente, de acuerdo con lo siguiente:</p> <p>a) Predios del subtramo 3: el 80% de los predios en términos del área total que constituye el derecho de vía serán entregados por el concedente en un plazo máximo que vencerá el 30 de mayo de 2009. El 20% restante deberá ser entregado a más tardar el 30 de setiembre del mismo año. Subtramo 3: el comprendido entre los km 1+600 y 20+301 (Cerro Calaveira-Pampa Clarita).</p> <p>b) Predios del subtramo 4: el 80% de los predios en términos del área total que constituye el derecho de vía que corresponde al subtramo 4 serán entregados por el concedente en un plazo máximo que vencerá el 30 de junio de 2009. El 20% restante deberá ser entregado a más tardar el día 30 de octubre del mismo año. Subtramo 4: el comprendido entre las progresivas 20+301 y 53+386 (Pampa Clarita-Intercambio Chíncha Alta).</p>



CONTRATO	MODIFICACIÓN
Red Vial 6	<p>Asimismo, se indica que el concedente, a través del regulador, podrá evaluar si aún no habiendo sido entregados la totalidad de los predios correspondientes a cada subtramo, el concesionario puede ejecutar las inversiones, y los derechos de vía se regularizarían en el menor plazo posible. Este mecanismo para establecer si los predios faltantes son indispensables para el inicio de la ejecución de obras será aplicable a los cronogramas de ejecución contemplados en los numerales 3 y 4 del anexo II del contrato de concesión.</p> <p>Del mismo modo, se indica que el plazo para la ejecución de las obras de la primera etapa previstas en el anexo II se comenzará a computar desde el momento en el que el concedente entregue de manera efectiva al concesionario el ochenta por ciento (80%) de los predios antes mencionados, en términos del área total que constituye el derecho de vía. Para las obras del subtramo 4, el plazo se iniciará cuando el concesionario haya recibido del concedente predios en términos del área total que constituye el derecho de vía, que representan el 80% de dicho subtramo.</p> <p>El concesionario tendrá derecho a ejecutar las obras correspondientes en los predios efectivamente entregados en los subtramos 3 y 4, correspondientes a la primera etapa, aun cuando no haya llegado a recibir el porcentaje mínimo de ellos, y sin que su eventual decisión de ejecutar obras suponga el inicio del cómputo del plazo para su realización.</p> <p>En caso de que el concedente no complete la entrega del 20% restante de los predios de los subtramos 3 y 4 conforme a lo indicado en los literales a) y b) precedentes, se entenderá que los plazos de ejecución de las obras correspondientes a cada subtramo se amplían automáticamente por el tiempo equivalente a dicho retraso.</p>
HIRSA Sur tramo 3	<p>Mediante la adenda 5, de fecha 21 de julio de 2009, se incluye la cláusula 5.44 sobre la liberación de las áreas necesarias para la ejecución de obras. Originalmente, de conformidad con las cláusulas 5.2, 5.5 y 5.6 del contrato, el concedente tenía la obligación de poner a disposición del concesionario las áreas de terreno que correspondan al área de la concesión a más tardar a los ciento veinte días calendario desde la fecha de suscripción del contrato; sin embargo, debido a la demora por parte del concedente en entregar el 100% de los terrenos necesarios para la ejecución de las obras, se incorpora al concesionario en la ejecución de las actividades necesarias para la liberación de los terrenos.</p> <p>En dicha línea, mediante la incorporación de la cláusula 5.44 se permite que el concesionario presente el plan de compensación, reasentamiento involuntario y adquisición de predios para la liberación del área de concesión y derecho de vía, así como un presupuesto total y un cronograma de ejecución. Una vez aprobados dichos documentos, el concesionario se encarga de la ejecución de las actividades; sin embargo, en caso de que el concedente no aprobara los presupuestos y/o expedientes o de que el concesionario comunique no haber logrado la liberación del área de la concesión, pese a sus mejores esfuerzos, el concedente asumirá la ejecución de las actividades previstas para ello.</p>

CONTRATO	MODIFICACIÓN
IIRSA Sur tramo 3	<p>Por consiguiente, podemos concluir que, si bien originalmente el riesgo de la entrega de los terrenos del área de concesión recaía en el concedente, mediante la adenda 5, dicho riesgo es compartido por el concesionario y el concedente.</p>
Aeropuerto Internacional Jorge Chávez	<p>Mediante la adenda 3, suscrita el 30 de setiembre de 2002, se modifica el plazo que tiene el concedente para entregar el área para la ampliación del terreno de 4 a 5 años. Además, se establece que el concedente se encuentra facultado a redistribuir los recursos provenientes de los ingresos generados por la concesión.</p> <p>Mediante la adenda 4, suscrita el 30 de junio de 2003, se modifica el plazo para la entrega del área por parte del concedente al concesionario, con lo cual se amplía a ocho años contados a partir de la fecha de cierre.</p> <p>Mediante la adenda 5, suscrita el 25 de julio de 2011, se acuerda excluir un área ocupada por un asentamiento humano destinada a la ampliación del aeropuerto y la obligación del Estado de entregarlo. Por esta razón, se modificó el anexo 11, «Entrega de terrenos para la ampliación del aeropuerto».</p> <p>Asimismo, se incorpora el área del terreno que conformará el área de la concesión y se sinceran los linderos y áreas de la concesión.</p>

Anexo 9. Obras

CONTRATO	MODIFICACIÓN
MODIFICACIÓN DE CRONOGRAMA DE EJECUCIÓN DE OBRAS	
Red Vial 5	<p>Mediante la adenda 1, de fecha 8 de noviembre de 2004, se modifica el plazo para el inicio de las obras de la primera y de la segunda etapa.</p> <p>Se establece que la primera etapa se iniciará a más tardar a los dos años contados desde la suscripción del contrato; originalmente, dicho plazo era de ciento ochenta (180) días calendario.</p> <p>De otro lado, se establece que la segunda etapa se efectuará a más tardar al inicio del año once, contado desde la puesta en servicio de la totalidad de las obras de primera etapa. Originalmente, el inicio de las obras debía producirse en el año doce de la concesión.</p>
IIRSA Norte	<p>Mediante adenda 2, de fecha 23 de febrero de 2006, se retiró de la lista de obras de la segunda etapa la rehabilitación, mejoramiento y estabilización de los tramos Dv. Olmos-Piura y Piura-Paita, y fueron incorporados a la lista de obras que debían ser completadas durante la primera etapa.</p> <p>Asimismo, en el anexo XI. 1, mediante la adenda 2, se modificaron las condiciones para que se establezca la fecha de vigencia de obligaciones, según las nuevas obras contenidas en la primera etapa; para incluirlas, se ajustó el programa de ejecución de las obras. En función de ello, fue necesario modificar el régimen económico referido al procedimiento para el pago anual por obra (PAO), establecido en el contrato (modificación de la distribución de pagos del PAO a 80% para obras de la primera etapa, y 20% para las obras de la segunda etapa).</p> <p>Finalmente, y a consecuencia de los cambios descritos, mediante la adenda 3, de fecha 23 de julio de 2006, se redujo el plazo para la ejecución de la obra de la segunda etapa de 48 meses a 24.</p>
Red Vial 6	<p>Mediante la adenda 2, del 8 de abril de 2009, se modifica el alcance de las obras que deberán ser ejecutadas por el concesionario en la primera y en la segunda etapa del cronograma de obras; se mantiene el monto de inversión referencial para cada etapa (se incorpora la relación de obras a ser ejecutadas).</p> <p>Asimismo, se modifica el cronograma de ejecución de obras de la primera etapa añadiendo un nuevo párrafo que establece fechas definidas para su cumplimiento, debido al retraso del Estado para la entrega oportuna de bienes: «A pesar que la SOCIEDAD CONCESIONARIA no haya recibido el 80% de los predios, a la fecha, es técnicamente viable la ejecución de determinadas obras previstas en el Contrato de Concesión». Se precisan tres fechas para la culminación de determinadas obras (hasta el 20 de setiembre de 2009, el 31 de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2010). Con respecto al caso específico del subtramo 3, se indica que solo será posible cumplir en la medida en la que la sociedad concesionaria haya recibido del concedente el 100% de los predios.</p>

CONTRATO	MODIFICACIÓN
Red Vial 6	De otro lado, mediante adenda 4, de fecha 15 de junio de 2011, se incorpora un nuevo supuesto de inicio de obra. En tal sentido, se establece que, en caso de que se acuerde el adelanto de la ejecución de las obras correspondientes del módulo A de la segunda etapa —correspondiente al subtramo 4—, las obras deberán culminarse como máximo dentro de los noventa (90) días posteriores a la fecha de celebración del acuerdo de adelanto de inversiones.
DEFINICIÓN DE OBRAS COMPLEMENTARIAS, OBRAS NUEVAS Y ADICIONALES	
Red Vial 6	<p>Mediante la adenda 1, de fecha 28 de agosto de 2007, se precisa la definición de obras complementarias contenida en la cláusula 1.5, indicando que son aquellas obras cuya ejecución es obligatoria para la SOCIEDAD CONCESIONARIA a su costo, por tratarse de obras inherentes a la explotación de la concesión incluidas en los estudios técnicos y en el contrato de concesión; estas últimas no aparecían en la definición original.</p> <p>Asimismo, se especifica la definición de obras nuevas, indicando que son aquellas que no se encuentran contempladas en los estudios técnicos, y que puede decidir el concedente, con opinión favorable del regulador. Se elimina la referencia a que se trataba de obras que no eran indispensables para el cumplimiento del objeto de la concesión.</p>
IIRSA Sur tramo 3	Mediante adenda 5, de fecha 30 de julio de 2009, se incluye dentro de la definición de obras adicionales a las vías urbanas y puentes, entre otros, siempre que dichas obras se encuentren vinculadas a la concesión y exista acuerdo entre las partes.
PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE OBRAS COMPLEMENTARIAS Y OBRAS NUEVAS	
Red Vial 6	Mediante adenda 1, de fecha 28 de agosto de 2007, se precisan los alcances de la cláusula 6.20, indicando que, si durante la vigencia de la concesión, el concedente determinara la necesidad de realizar obras nuevas, estas serán ejecutadas por la sociedad concesionaria. Las partes acordarán los montos y la forma de pago a la SOCIEDAD CONCESIONARIA, ya sea, entre otras, en efectivo, en sustitución, como compensación de las inversiones originalmente previstas para la reubicación de las unidades de peaje de Jahuay e Ica, o con cargo a la retribución, por los costos de la ejecución y del mantenimiento de las obras nuevas, así como por la elaboración de los estudios. En este caso, la SOCIEDAD CONCESIONARIA elaborará el expediente técnico correspondiente, el cual será puesto en conocimiento del concedente para su aprobación, previa opinión del REGULADOR; sin embargo, en caso de que el CONCEDENTE lo creyera oportuno, podrá entregar a la SOCIEDAD CONCESIONARIA y al REGULADOR el expediente técnico de las obras nuevas, a fin de que estos expresen su opinión.



CONTRATO	MODIFICACIÓN
PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE OBRAS COMPLEMENTARIAS Y OBRAS NUEVAS	
Red Vial 6	<p>Cuando no exista mutuo acuerdo entre la SOCIEDAD CONCESIONARIA y el CONCEDENTE en cuanto a los montos y la forma de pago a la SOCIEDAD CONCESIONARIA para las obras nuevas, el CONCEDENTE convocará a un procedimiento administrativo de selección para contratar su ejecución, de conformidad con la normatividad vigente en materia de obras públicas. En dicho procedimiento, podrá participar la SOCIEDAD CONCESIONARIA.</p> <p>De otro lado, mediante adenda 3, de fecha 16 de marzo de 2010, se modifica nuevamente la cláusula 6.20 descrita en el párrafo anterior para precisar con mayor detalle el rol de las partes en ese escenario. En tal sentido, se indica que, si durante la vigencia de la concesión, el concedente determinara la necesidad de realizar obras nuevas, podrá autorizar su ejecución con previa opinión del regulador. La intervención del regulador no se encontraba prevista en la adenda 1, la cual consideraba únicamente la solicitud del concedente.</p> <p>Asimismo, se establece un nuevo supuesto para la ejecución directa de obras nuevas por parte de la sociedad concesionaria, como lo constituye el mutuo acuerdo entre las partes.</p> <p>Al igual que en el caso de la adenda 1, las partes deberán acordar los montos y la forma de pago a la sociedad concesionaria por los costos de la ejecución de la obra nueva, así como la elaboración de los estudios correspondientes. A diferencia de la adenda 1, se establecen los plazos para la opinión del concedente (20 días) y del regulador (20 días) para la aprobación del expediente técnico correspondiente.</p> <p>Se incorpora, mediante la adenda 3, la precisión de que el monto de todas las obras nuevas que se acuerden no podrá superar en su conjunto el 15% de la inversión proyectada referencial estimada para todas las etapas constructivas, sin incluir el IGV.</p> <p>Se incorpora, asimismo, que, a efectos de garantizar todas y cada una de las obligaciones relacionadas con la correcta ejecución y entrega de las obras nuevas—incluyendo el pago de penalidades y demás sanciones—, la sociedad concesionaria deberá entregar una garantía de fiel cumplimiento de construcción de obras equivalente al 10% del monto acordado como costo de ejecución de la obra nueva. Se precisa que la garantía deberá ser emitida por una entidad autorizada y sujeta al ámbito de la SBS y deberá estar vigente hasta la conformidad de la obra por parte del concedente.</p> <p>Se precisa que la garantía podrá ser ejecutada por el regulador y que el concedente podrá determinar la necesidad de ejecutar obras nuevas hasta 2 años antes del término de la concesión.</p>



CONTRATO	MODIFICACIÓN
PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE OBRAS COMPLEMENTARIAS Y OBRAS NUEVAS	
Red Vial 6	<p>Se modifica también, mediante la adenda 3, la cláusula 6.21, manteniéndose el supuesto de falta de acuerdo entre las partes para la ejecución de obras nuevas; en tal caso, corresponderá convocar a un procedimiento administrativo de selección, de conformidad con la normativa de contrataciones aplicable. No obstante, se incorpora el compromiso del contratista a no dañar las obras existentes a cargo de la sociedad concesionaria, para lo cual entregará al concedente una carta fianza bancaria por el monto que este establezca, en garantía del resarcimiento por el eventual daño causado a las obras existentes.</p> <p>Se precisa que esta garantía deberá ser emitida a favor del regulador, que deberá estar vigente hasta la conformidad de la obra por parte del concedente.</p> <p>Se precisa que, para efectos de ejecutar la carta fianza, en caso de que el contratista cause daños a las obras a cargo de la sociedad concesionaria ya existentes, esta última deberá remitir un informe debidamente fundamentado al regulador, quien tendrá un plazo de 15 días para emitir su pronunciamiento, luego del cual procederá la ejecución de la carta fianza si se constatan los hechos que ocasionaron el daño.</p> <p>Finalmente, se precisa que la conservación de las obras nuevas correrá a cargo de la sociedad concesionaria, una vez aceptadas por esta última e incorporada a la concesión. Para ello, las partes acordarán la forma de compensar a la sociedad concesionaria por los costos de mantenimiento de las obras nuevas.</p>
Red Vial 5	<p>Mediante la adenda 3, de fecha 13 de junio de 2008, se incorpora la cláusula 6.12 A, que establece la posibilidad que el concedente encargue directamente al concesionario la ejecución de obras complementarias y/o nuevas, y que no se tenga que recurrir a un proceso de selección bajo el régimen de la Ley de Contrataciones del Estado, D.L. 1017, pero siempre y cuando haya un acuerdo entre el concedente y el concesionario sobre los aspectos técnicos y presupuestos. En caso de que no exista un acuerdo entre las partes, el concedente encargará los estudios y las obras a un tercero, y queda a cargo del concesionario la conservación de aquellas, previa suscripción del acta de entrega de bienes.</p>



CONTRATO	MODIFICACIÓN
AJUSTES AL PROGRAMA DE EJECUCIÓN DE OBRAS	
IIRSA Norte	<p>Mediante adenda 1, del 28 de diciembre de 2005, se especificó que, para el caso de las obras de la segunda etapa previstas en el programa de ejecución de obras, los hitos serán oportunamente aprobados por el concedente, previa opinión del regulador.</p> <p>Mediante la adenda 3, de fecha de julio de 2006, se especificó que, sin perjuicio del programa de ejecución de obras, el concesionario deberá presentar un programa de ejecución de obras ajustado en un plazo de 30 días a partir de que el concedente haya aprobado el proyecto de ingeniería de detalle de cada etapa de construcción o por tramos. Para ello, el concesionario ajustará el programa sobre la base de los metrados y rubros del proyecto de ingeniería de detalle aprobado, considerando los precios unitarios establecidos en el contrato.</p> <p>Se incluye el modelo de certificado de avance de obra.</p>
IIRSA Sur tramo 3	<p>Mediante la adenda 3, de fecha 26 de julio de 2006, se detalla la regulación del programa de ejecución de obras. Se establece expresamente que este debe sujetarse a los metrados y precios unitarios del proyecto referencial; sin perjuicio de ello, dicho documento será ajustado en función del proyecto de ingeniería de detalle aprobado, las soluciones técnicas aprobadas, las obras adicionales y las obras accesorias. En el caso de las obras adicionales y accesorias, estas darán lugar a un programa de ejecución de obras ajustado, en la medida en la que el mecanismo de pago sea mediante el ajuste al PAO.</p> <p>Para ser consistentes con el cambio anterior, se adapta el «procedimiento para evaluar el avance de obra». Para efecto de la valorización de cada hito de avance de obra, ya no solo se toman en cuenta los costos unitarios y metrados del proyecto referencial, sino también los ajustes derivados del proyecto de ingeniería de detalle, las soluciones técnicas, las obras adicionales y accesorias aprobadas.</p> <p>Se incluye el modelo de certificado de avance de obra.</p> <p>Mediante la adenda 4, de fecha 16 de julio de 2007, se modifica el mecanismo de reconocimiento y compensación de diferencias en metrados del expediente técnico. La principal diferencia se encuentra relacionada con el ajuste de las subpartidas sustituidas por las obras alternativas. De esta manera, el expediente técnico está compuesto por los metrados de las subpartidas del proyecto referencial menos los metrados de las subpartidas sustituidas por las obras alternativas, más las obras alternativas cuyos metrados son a suma alzada.</p> <p>Se precisa que la diferencia de metrados tiene como base aquellos contemplados en el expediente técnico presentado por el postor durante el concurso de proyectos integrales y no sobre el proyecto referencial, así como la referencia a las subpartidas presupuestales.</p>



CONTRATO	MODIFICACIÓN
AJUSTES AL PROGRAMA DE EJECUCIÓN DE OBRAS	
IIRSA Sur tramo 3	<p>De otro lado, se incorpora el fondo de soluciones técnicas, que tiene por objetivo atenuar los costos de las soluciones técnicas propuestas por el concedente que excedan el respectivo proyecto de ingeniería aprobado.</p> <p>Mediante la adenda 5, de fecha 21 de julio de 2009, las partes definieron la regulación contractual necesaria para el incremento de prestaciones a cargo del concesionario; ello se debió a que los proyectos de ingeniería de detalle revelaron que las obras tenían una mayor dimensión en metrados que aquella reflejada en el expediente técnico.</p> <p>Se incorpora asimismo, el concepto de PAO contractual como pago anual por obras a favor del concesionario, relacionado con la inversión máxima vinculada, identificándose con la multiplicación de los metrados contemplados en el expediente técnico por los precios unitarios reales contemplados en los proyectos de ingeniería de detalle, más gastos generales y utilidad. La inversión relacionada con el PAO no estará sujeta a variaciones por incrementos o disminuciones netos de metrados en la ejecución de obra, salvo cuando se refiera a un ajuste del PAO contractual (obras que se encuentren por encima de la inversión máxima vinculada).</p> <p>Se incorporó el proceso de liquidación del PAO contractual, así como el régimen contractual de las obras que superan la inversión máxima vinculada, incluyendo obras alternativas, adicionales y accesorias.</p>
INCREMENTO DE PRESUPUESTO PARA EJECUCIÓN DE OBRAS ADICIONALES	
IIRSA Sur tramo 3	<p>Mediante adenda 5, de fecha 21 de julio de 2009, se modifica el monto de la inversión de las obras adicionales. Originalmente, no podían superar la suma de US\$ 10 millones por cada etapa, sin incluir IGV. En la adenda se dispuso que el monto de inversión acumulado de todas las obras adicionales no puede exceder de US\$ 30 millones; sin embargo, no se precisa si dicho monto incluye o no IGV. Dicha omisión es subsanada mediante la adenda 6, en la que se señala que no incluye IGV.</p> <p>Asimismo, si bien originalmente el concedente se iba a encargar de las obras del puente Billinghurst, mediante adenda se establece que el concedente puede solicitar al concesionario la ejecución de dichas obras en calidad de obras adicionales.</p> <p>Mediante adenda 6, de fecha 15 de junio de 2010, se establece que durante el periodo final resulta posible ejecutar obras adicionales y accesorias, las cuales no se encuentran comprendidas dentro del presupuesto de las obras del periodo final.</p> <p>Asimismo, se modifica el presupuesto de obras adicionales aprobado mediante adenda 5. Se establece que el presupuesto de US\$ 30 millones, sin incluir IGV, no comprende el presupuesto para la obra de culminación del puente Billinghurst, cuya ejecución asciende a US\$ 25'701,151.75, sin IGV.</p>



CONTRATO	MODIFICACIÓN
INCREMENTO DE PRESUPUESTO PARA EJECUCIÓN DE OBRAS ADICIONALES	
Primer Grupo de Aeropuertos de Provincias de la República del Perú	Mediante adenda 5, de fecha 23 de diciembre de 2009, se incorpora el procedimiento de obras adicionales, indicándose procedimientos distintos para obras adicionales inferiores al 15% de los montos contratados y las obras adicionales que superan dicho porcentaje.
Terminal Portuario de Paita	<p>Mediante la adenda 1, de fecha 10 de diciembre de 2010, se precisa que las obras adicionales se ejecutarán en la oportunidad e importes que se señala a continuación:</p> <p>Año de concesión Monto de inversión adicional Año 5: US\$ 5'000,000.00 Año 10: US\$ 10'000,000.00 Año 15: US\$ 10'000,000.00 Año 20: El saldo de la inversión adicional no ejecutada</p> <p>El concesionario deberá estar en condiciones de ejecutar la inversión adicional por un importe no menor del señalado para cada oportunidad; por esta razón, el expediente técnico correspondiente deberá estar aprobado para esa fecha. De superar el importe mínimo antes señalado, las inversiones adicionales se imputarán a las obras que deban ejecutarse en la siguiente oportunidad.</p> <p>Al vigésimo año de la concesión, el concesionario deberá ejecutar obras por un importe equivalente al saldo de la inversión no ejecutada. No obstante, el concesionario podrá solicitar al concedente que dicha ejecución de obras sea en forma total o parcial. El concedente deberá definir la programación de la ejecución del saldo de las obras de inversión adicional, previa opinión del regulador.</p> <p>Finalmente, se precisa que no se limita al concesionario a ejecutar obras adicionales por montos mayores o plazos menores, hasta que cumpla con la ejecución total de la inversión adicional considerada en su propuesta económica actualizada por la tasa de actualización de IA.</p>
IIRSA Norte	Mediante adenda 5, de fecha 3 de mayo de 2011, se modifica el monto de inversión de las obras adicionales. Originalmente, el contrato de concesión contemplaba que las obras adicionales no podían superar los US\$ 10 millones por cada etapa, sin incluir IGV. La adenda establece que el monto de inversión acumulado de todas las obras adicionales no puede superar los US\$ 53.5 millones, sin incluir el IGV.
MECANISMO DE PAGO DE VALORIZACIÓN DE OBRAS ADICIONALES	
IIRSA Sur tramo 1	Mediante adenda 1, de fecha 22 de octubre de 2010, se modifica el anexo referido al mecanismo de control y certificación de avance de obra; se señala que cada hito constructivo deberá representar como mínimo el diez (10%) del avance de las obras, y no como decía originalmente el contrato, que en especial el último hito constructivo debería representar como mínimo el diez (10%) de avance de las obras. Esta última frase fue retirada del contrato.

CONTRATO	MODIFICACIÓN
MECANISMO DE PAGO DE VALORIZACIÓN DE OBRAS ADICIONALES	
IIRSA Sur tramo 1	Asimismo, en la referida cláusula, se incorpora que, en caso de que se concluya al menos el 98% de las obras, los hitos constructivos subsiguientes podrán contener valores menores del 10% antes citado, y serán como máximo 2 hitos siguiendo el procedimiento detallado en el contrato.
IIRSA Norte	Mediante adenda 5, de fecha 3 de mayo de 2011, se incorpora el mecanismo para la valorización de las obras adicionales y obras accesorias. Al respecto, se precisa que el referido pago será mensual y serán respetados los plazos establecidos en el contrato para la emisión de un CAO.
INCORPORACIÓN DEL MECANISMO DE ENTREGA PARCIAL DE OBRAS	
IIRSA Sur tramo 1	<p>Mediante adenda 1, de fecha 22 de octubre de 2010, se modifica el contrato y se incorpora la posibilidad de acreditar la aceptación parcial de las obras de construcción. Originalmente, se debía acreditar la ejecución de las obras con la culminación del último hito constructivo; el cambio implica que también se podrá acreditar con la ejecución del 98% de las obras de construcción (entrega parcial de obras), debido a un evento de fuerza mayor o causa justificada que no resulte imputable al concesionario. Dada esta última situación, se establece en la adenda que no será de aplicación ninguna penalidad contractual y/o sanción administrativa, ni tampoco podrá ser interpretada como un incumplimiento del concesionario la no culminación de las obras de construcción, ni la prórroga del plazo para la ejecución de las obras restantes.</p> <p>Asimismo, se establece que, con respecto al porcentaje de las obras no ejecutadas (2%), conforme al proyecto de ingeniería de detalle, el concesionario y el concedente deberán ponerse de acuerdo para lo cual deberán suscribir un acta.</p> <p>Finalmente, se establece que al día siguiente de emitido el CAO con el cual se alcanza el 98% de las obras, el concesionario deberá solicitar la aprobación parcial de estas.</p>
PRESUPUESTO DE OBRAS	
Aeropuerto Internacional Jorge Chávez	La adenda 3, de fecha 30 de setiembre de 2002, establece la obligación del concesionario de sustentar los montos derivados de la construcción ante Ositrán, para lo cual deberá presentar las cantidades de la obra y el desagregado de precios unitarios correspondiente para su respectiva revisión y aprobación.

Anexo 10. Mantenimiento de emergencia y periódico

CONTRATO	MODIFICACIÓN
IIRSA Sur tramo 3	<p>Mantenimiento de emergencia</p> <p>Mediante la adenda 7, de fecha 26 de noviembre de 2010, se modifica la definición de mantenimiento de emergencia contenida en la cláusula 1.6 del contrato. En tal sentido, se establece expresamente que las labores de mantenimiento de emergencia están destinadas a recuperar los niveles de servicio de la vía, ya que antes se hacía referencia a recuperar «la funcionalidad o integralidad del área de concesión». De otro lado, se excluye de la definición a la estabilización de taludes y al control de la erosión de estos, por cuanto no se trata de labores relacionadas con el mantenimiento de emergencia.</p> <p>Mantenimiento periódico</p> <p>Originalmente, el contrato de concesión preveía que, a partir del décimo año, contado a partir de la recepción de la totalidad de las obras, se evaluaría la posibilidad de ejecutar un mantenimiento periódico; sin embargo, a partir de la suscripción de la adenda 7, de fecha 26 de noviembre de 2010, se modifica la cláusula 8.24.B, y se introduce la obligación del concesionario de dar inicio al programa de mantenimiento periódico, una vez concluidas y aceptadas todas las obras por parte del concedente.</p>
IIRSA Norte	<p>Mantenimiento periódico</p> <p>Mediante adenda 1, de fecha 28 de diciembre de 2005, se especificó en la cláusula 8.24 B. d) referida al mecanismo de compensación por actividades de mantenimiento periódico, que el regulador contará con un plazo máximo de 30 días a partir de recibido el informe técnico de mantenimiento (ITM) para emitir su opinión y que, a partir de entonces, el concesionario contará con 30 días para pronunciarse al respecto.</p> <p>Asimismo, se determinó también que es el concedente el que debe aprobar el presupuesto y el calendario para las labores de mantenimiento periódico.</p>
IIRSA Sur tramo 1	<p>Mantenimiento periódico</p> <p>Mediante adenda 1, de fecha 22 de octubre de 2010, se modifica la cláusula 9.11 del contrato, referida al mecanismo de compensación por actividades de mantenimiento periódico, a fin de establecer como supuesto adicional para el inicio del programa de mantenimiento periódico la aceptación parcial de las obras de construcción y no únicamente la aceptación de todas ellas, como decía originalmente el contrato.</p> <p>De acuerdo con ello, se incorpora como causal para dar inicio al programa para el mantenimiento periódico, lo resaltado a continuación:</p> <p>A partir de la fecha de concluidas y aceptadas por el CONCEDENTE todas las Obras de Construcción definidas para este Tramo, o en caso se haya procedido con la aceptación parcial de las Obras de Construcción, el CONCESIONARIO, con la opinión favorable del Regulador, comunicará al CONCEDENTE la necesidad de dar inicio al programa para el Mantenimiento Periódico [...].</p>

Anexo 11. Fuerza mayor

CONTRATO	MODIFICACIÓN
Red Vial 5	<p>Mediante adenda 1 de fecha 28 de agosto de 2007, se modificó la cláusula 14.3 del contrato, a fin de introducir como causal de resolución la ocurrencia de un evento de fuerza mayor o caso fortuito.</p> <p>Con la indicada adenda, se modificó la cláusula 14.5, a efectos de hacer referencia expresa a la aplicación del régimen de liquidación por inexecución de obligaciones o incumplimiento parcial, tardío o defectuoso; dicha situación debe devenir de supuestos distintos de la fuerza mayor o del caso fortuito. La relevancia de la distinción se debe principalmente a que los regímenes de liquidación son diferentes.</p>
Aeropuerto Internacional Jorge Chávez	<p>Mediante adenda 1, de fecha 6 de abril de 2001, se modificó la cláusula 15.2.8 relativa al incumplimiento del contrato por el concesionario. Se incorpora un supuesto de excepción para la aplicación de la causal de incumplimiento a consecuencia del cierre del aeropuerto. Se establece, asimismo, que no se aplica cuando, además de evento de fuerza mayor o acto del concedente, sea un hecho de responsabilidad de quien presta los servicios de aeronavegación.</p> <p>Mediante adenda 2, de fecha 25 de julio de 2001, se modifica el literal c) de la cláusula 15.5, y se establece que el concesionario podrá terminar la concesión cuando el concedente no entregue todas las áreas descritas en el anexo 11 (bienes sujetos a expropiación para la ampliación de la pista) en el plazo máximo de 12 años. Anteriormente, la cláusula establecía que el concedente, habiendo culminado la adquisición de los bienes por un plazo de 30 días no hubiese entregado los bienes.</p> <p>Mediante adenda 4, del 30 de junio de 2003, se modifica la cláusula 15.2.1 del contrato, según la cual no existe subsanación con respecto a la falta de vigencia de cualquiera de las pólizas de seguro y el incumplimiento de la renovación de las garantías de fiel cumplimiento del contrato.</p> <p>La mencionada adenda incorpora como causal la terminación por incumplimiento de las obligaciones del concedente las siguientes: no vulnerar el derecho del concesionario a celebrar cualquier contrato con terceros con relación al aeropuerto (último párrafo 2.4), de no construir un nuevo aeropuerto dentro de los 150 km de la ubicación del aeropuerto (último párrafo del 2.5), cumplimiento de la vigencia de la concesión (3.1), prórroga de la concesión (3.2), explotación de la concesión (9.2.3), el concedente no constituirá gravámenes o garantías (9.2.4), el concesionario no tiene responsabilidad de operaciones y actividades anteriores a la fecha de cierre (12.4).</p> <p>Mediante la adenda 4, se indica como causal de terminación la no entrega de todas las áreas en un plazo máximo de doce (12 años) contados a partir de la fecha de cierre.</p>



CONTRATO	MODIFICACIÓN
IIRSA Norte	<p>Mediante adenda 3, de fecha 21 de julio de 2006, se modificó la cláusula 14.4. Con ello, se precisó que la transferencia de los derechos del concesionario, así como la cesión de su posición contractual sin autorización previa y por escrito del concedente —salvo para la transferencia de los CRPAO—, constituyen una causal de incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario.</p> <p>Fueron eliminados los literales relacionados con los pagos que el concedente debía hacer al concesionario si el término anticipado del contrato ocurriera durante la construcción de las obras de la primera etapa, durante las de la segunda etapa o una vez recibida la conformidad del concedente respecto de la totalidad de las obras.</p>

Anexo 12. Resolución contractual

CONTRATO	MODIFICACIÓN
INDEMNIZACIÓN DEL CONCESIONARIO AL CONCEDENTE	
IIRSA Norte	De otro lado, la modificación de la cláusula 14.8 del contrato mediante la adenda 3 contempla que, en caso de terminación unilateral del contrato por parte del concedente, este debe pagar a favor del concesionario el monto equivalente a dos PAO si ello ocurre antes del cumplimiento del 60% del avance acumulado total de obras; el doble del capital mínimo de trabajo para el inicio de la construcción de obras, si la terminación se produce con posterioridad; y, finalmente, en caso de que la terminación se produzca después de culminadas las obras, un monto equivalente a US\$ 8'000, 000.00 (ocho millones de dólares).
IIRSA Sur tramo 3	Mediante adenda 3, de fecha 26 de julio de 2006, se modifica la cláusula 14.8 del contrato. Se contempla que, en caso de terminación unilateral del contrato por parte del concedente, este debe pagar al concesionario el monto equivalente a dos PAO si ello ocurre antes del cumplimiento del 60% de las obras; el 50% del valor del PAO si la terminación se produce con posterioridad; y, finalmente, en caso de que la terminación se produzca durante la etapa de explotación, un monto equivalente al doble del valor del PAMO.
Aeropuerto Internacional Jorge Chávez	<p>La adenda 4, de fecha 30 de junio de 2003, modificó la cláusula 15.6 del contrato. En caso de que se aplique la causal de resolución de contrato por parte del concedente, este deberá pagar el monto de los desembolsos, amortización, intereses, comisiones vencidos relativos al endeudamiento garantizado permitido.</p> <p>Además, se precisó que son aquellos derechos o contratos que hayan sido aprobados por el concedente. Se modifica la parte que dispone que sea el concedente quien efectúe todos los pagos correspondientes al endeudamiento garantizado permitido y las obligaciones por beneficios laborales de los trabajadores, dado que, en caso de que no se complete, el concedente seguirá el procedimiento de licitación, siendo el nuevo concesionario quien pague este concepto.</p>
ENTIDAD COMPETENTE PARA LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL	
Red Vial 5	Mediante la adenda 1, de fecha 8 de noviembre de 2004, se precisó en la cláusula 6.19 del contrato que, en caso de incumplimiento de la subsanación de observaciones detectadas para la recepción de obras, no corresponde al supervisor resolver el contrato, sino que dicha facultad pertenece siempre al concedente.



CONTRATO	MODIFICACIÓN
ENTIDAD COMPETENTE PARA LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL	
Red Vial 5	La adenda 1 introduce en la cláusula 14.6 del contrato plazos distintos para la subsanación del incumplimiento de obligaciones; estos se definen en función de la parte infractora, si esta es el concedente o el concesionario. Dicha modificación otorga 90 días calendario para el concesionario y 150 al concedente como plazo para la subsanación del incumplimiento de obligaciones. Asimismo, se precisa que los supuestos de incumplimiento grave establecidos en la cláusula 14.7 del contrato son aplicables únicamente al concesionario.
IIRSA Norte	Mediante adenda 3, en la cláusula 14.9 se reemplazó la frase «salir unilateralmente del Contrato» por «resolver unilateralmente el Contrato». Asimismo, se especificó que si el concesionario decidiera resolver unilateralmente el contrato, el concedente seguirá el procedimiento establecido en el último párrafo de la cláusula 14.10 sobre los efectos de la caducidad de la concesión.
INCORPORACIÓN DE NUEVAS FIGURAS DE FINANCIAMIENTO	
IIRSA Sur tramo 3	Mediante la adenda 3, de fecha 26 de julio de 2006, se establece que, como consecuencia de la incorporación del CRPAO al contrato, en la sección XIV, se han introducido cambios en las causales de resolución y liquidación del contrato. En dicho sentido, se modifica el literal a) de la cláusula 14.6, relacionada con el incumplimiento del pago de los CRPAO por el concedente y se incluye el literal e), relacionado con la emisión y entrega del CAO y/o de los CRPAO.
IIRSA Norte	Como consecuencia de la incorporación del CRPAO al contrato mediante la adenda 3, en la sección XIV (cláusula 14.6), se han introducido cambios en las causales de resolución y liquidación del contrato. En tal sentido, se modifica el literal a) de la cláusula 14.6, ahora relacionada con el incumplimiento del pago del concedente de los CRPAO o del IGV y se incluye el literal e), relacionado con la emisión y entrega del CAO y/o de los CRPAO.
Terminal Portuario de Paita	Mediante adenda 1, se incorporan como causales de resolución del contrato por incumplimiento del concesionario (cláusula 15.1.3) los literales: O) El incumplimiento del concesionario en depositar en el fideicomiso de inversiones adicionales, en forma total y oportuna, los importes señalados en la tabla acumulativa, de acuerdo con lo señalado en las cláusulas 9.6 y 9.7. P) Incumplimiento del concesionario en presentar al concedente anualmente los estados financieros auditados de los accionistas originales otorgantes de los contratos de fianzas, lo cual deberá realizarse dentro de los primeros cuatro meses de cada año de concesión, a fin de acreditar un patrimonio neto total de cada uno de ellos, que no podrá ser menor de dos veces el monto señalado en los respectivos contratos de fianza.



CONTRATO	MODIFICACIÓN
ENTIDAD COMPETENTE PARA LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL	
Terminal Portuario de Paita	<p>Asimismo, se agrega en la cláusula 15.17 que, a partir de la constitución del fideicomiso de inversiones adicionales, si la resolución del contrato o la caducidad de la concesión se produce por los supuestos de incumplimiento del concesionario establecidos en la cláusula 15.1.3, el concedente ejecutará, además de la garantía de fiel cumplimiento del contrato de concesión, la garantía de fiel cumplimiento de inversiones adicionales y, a su vez, la entidad fiduciaria del fideicomiso de inversiones adicionales entregará al concedente el importe total de los recursos que se encuentren depositados, luego de aplicar el mecanismo de liquidación previsto en el contrato de fideicomiso, de conformidad con los términos establecidos en el anexo 23 del contrato.</p>
PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN	
Red Vial 5	<p>Mediante la adenda 1, del 8 de noviembre de 2004, se incorpora un numeral adicional al literal b) de la cláusula 14.15 del contrato, relacionada con el procedimiento de ejecución por caducidad. Al respecto, se establece que el nuevo concurso público que se lleve a cabo para sustituir al concesionario deberá realizarse en el plazo máximo de un año, contado a partir de la resolución. Sin perjuicio de ello, se incorpora una cláusula específica que regula contractualmente la obligación de pago del concedente a los acreedores permitidos en caso de caducidad y/o resolución, dentro del plazo máximo de 12 meses desde que esta es declarada. Asimismo, la recién incorporada cláusula 14.16 establece expresamente que, mientras no se proceda al pago a favor de los acreedores permitidos, tanto el contrato como la hipoteca sobre el derecho de concesión permanecerán plenamente vigentes, de acuerdo con lo siguiente:</p> <p style="padding-left: 40px;">Mientras el CONCEDENTE no cumpla con efectuar el pago al que se refiere esta cláusula a favor de los Acreedores Permitidos, el Contrato, así como la hipoteca que se constituya sobre la Concesión, mantendrán su plena vigencia, pudiendo los Acreedores Permitidos proceder a la ejecución de la hipoteca en cualquier momento. En caso se proceda a la ejecución de la hipoteca, el monto correspondiente de la misma deberá descontarse de las obligaciones del CONCEDENTE para con los Acreedores Permitidos. La ejecución de la hipoteca en modo alguno exonera o libera a EL CONCEDENTE de su obligación a efectuar el pago a que se refiere la presente cláusula.</p>
Aeropuerto Internacional Jorge Chávez	<p>Mediante la adenda 1, de fecha 6 de abril de 2001, se modificó la cláusula 15.7.4, por la cual se elimina la disposición que excluye de la prelación de pagos al concesionario, en caso de que dicho pago no se haya efectuado en un solo momento. En tal sentido, se indica que los pagos subsiguientes se harán en el mismo orden de prelación indicado en el 15.7.3, y hasta el valor contable de mejoras que no se haya cubierto con la suma.</p>



CONTRATO	MODIFICACIÓN
PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN	
Aeropuerto Internacional Jorge Chávez	<p>Luego, mediante la adenda 1, en la cláusula 15.7.3.8, se corrige un error: el contrato mencionaba el pago al concesionario dentro de la prelación de pagos en la etapa de ejecución correspondiente al pago al concesionario hasta el valor contable de las mejoras, y no hasta el valor contable de los bienes de la concesión.</p> <p>La adenda 3, del 30 de setiembre de 2002, indica que, en el procedimiento para la sustitución del concesionario por un nuevo concesionario, la precalificación podrá ser realizada por el concedente o por quien designe en virtud de los mismos requisitos técnicos y financieros establecidos en las bases.</p> <p>Sin embargo, la adenda 4, de fecha 30 de junio de 2003, estableció que de dicho pago del concesionario debía descontarse el monto correspondiente a las remuneraciones y derechos laborales, el EGP, tributos, multas o penalidades, otras deudas, gastos del concurso, así como cualquier otra deuda frente a terceros. Igualmente, se modifica la cláusula 15.7.4, procedimiento de ejecución, indicando que, con relación al pago del concesionario, se limitaba únicamente al valor de su patrimonio a la fecha en se notifique formalmente la caducidad de la concesión.</p> <p>De igual manera, la adenda 4 establece distintos cambios en la cláusula de procedimiento de ejecución a los antes indicados. Se modifica la figura de cesión de posición contractual forzada por el procedimiento de realización de un nuevo concurso, a través del cual se seleccionaba un nuevo concesionario. Se establece expresamente lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> - De ocurrir la sustitución del nuevo concesionario, los acreedores permitidos mantendrán vigentes todos los gravámenes que hayan sido aprobados por el concedente. - Se establece que el pago al interventor se realizaría con cargo exclusivo de los ingresos que genere la operación del aeropuerto. - Se precisa que el concedente no se encuentra obligado a pagar el EGP durante el plazo que dure la intervención. - Se establece que en el contrato del nuevo concesionario se indique que pueda pagar el EGP, y asuma todas las obligaciones del concesionario original con los acreedores permitidos del financiamiento, garantía u otros contratos vinculados. <p>Con relación a la prelación de pagos del nuevo concesionario, se modifica el referido a la suma de dinero entregada como EGP. En este punto, se indica ahora que el nuevo concesionario pagará los montos desembolsados pendientes de amortización, intereses, comisiones vencidos relativos al EGP o derechos adicionales relativos a los contratos de financiamiento, garantía o vinculados, siempre que sean aprobados por el concedente, pagos que se harán directamente a los acreedores permitidos.</p>



CONTRATO	MODIFICACIÓN
PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN	
Aeropuerto Internacional Jorge Chávez	Se modifica el segundo párrafo del numeral 15.7.5, con lo cual se amplía el plazo de 6 a 16 meses en el cual no haya existido subasta. Se permite que una extensión de tiempo mayor que el estipulado sea acordada por el concedente y los acreedores permitidos. Vencido el plazo para realizar la subasta, el concedente pagará hasta el valor contable de las mejoras. Antes se indicaba que sería el valor de los bienes de la concesión.
IIRSA Norte	<p>Mediante adenda 3, de fecha 26 de julio de 2006, se determinó en la cláusula 14.12 que el factor de competencia para la elección del adjudicatario que sustituirá al concesionario tomaría en cuenta el flujo actualizado de los pagos del PAO, descontando los montos reconocidos en los CRPAO y el servicio de la deuda de los acreedores permitidos.</p> <p>Se especifica, asimismo, que la nueva sociedad concesionaria no deberá asumir los derechos y obligaciones referidos a la percepción de los pagos CAOPAO, que se mantendrían con los titulares de los CRPAO.</p> <p>Asimismo, con la mencionada adenda, se precisó en la cláusula 14.10 que, producida la caducidad del contrato, la actividad del concesionario cesa; sin perjuicio de ello, se reconocen los derechos que corresponden a los titulares de los CRPAO.</p>
IIRSA Sur tramo 3	Mediante la adenda 1, del 24 de febrero de 2006, se modificó la cláusula por la cual se incorpora una regulación específica con respecto a la liquidación del contrato como consecuencia de su resolución por incumplimiento del concedente respecto a las labores de transitabilidad ejecutadas con anterioridad a la fecha de vigencia de las obligaciones.

Sobre los autores

Fénix SUTO FUJITA fsuto@esan.edu.pe

Magíster en Administración (MBA) por la Universidad ESAN y licenciado en Economía por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor a tiempo parcial en programas de posgrado de la Universidad ESAN, asesor e investigador académico. Miembro del consejo directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmín). Asesor financiero en concesiones y asociaciones público-privadas (APP) de infraestructura de transporte en el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC). Ha laborado en el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositrán). Consultor en temas de decisiones de inversión, estructuración, financiamiento y regulación económica. También ha desarrollado consultorías para el Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

Roxana AZAÑA PÉREZ razana81@gmail.com

Magíster en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN y abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con amplia experiencia profesional en contrataciones públicas, así como en asesoría y evaluación de procesos de promoción de la inversión privada de proyectos de infraestructura de transportes y el otorgamiento de concesiones en el sector transporte, saneamiento y otros. Igualmente, realiza asesoría y evaluación de iniciativas privadas propuestas ante el gobierno nacional y los gobiernos locales. En la actualidad, se desempeña como jefa del Departamento Legal de Construcción y Administración S.A.

Mery CHAMORRO VILCA meryluzchamorro@gmail.com

Magíster en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN y abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Amplia experiencia en el diseño y la estructuración de procesos de promoción de la inversión privada de proyectos de energía. Asimismo, cuenta con experiencia en estructuración de proyectos de infraestructura de transporte. En la actualidad, se desempeña como abogada asociada del Estudio Santiváñez Abogados.

Lorena LEÓN VÁSQUEZ

lorena_leon@hotmail.com

Magíster en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN y abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Amplia experiencia en el diseño y la estructuración de procesos de promoción de la inversión privada en proyectos de infraestructura de transportes, para el otorgamiento de concesiones, asociaciones público-privadas y otros contratos vinculados a obras de infraestructura y de servicios públicos. Asimismo, cuenta con experiencia en asesoría y evaluación de iniciativas privadas propuestas ante el gobierno nacional. Actualmente, se desempeña como asesora en la Dirección de Promoción de Inversiones de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión).

Muriel MENCHOLA ARANA muriel.menchola@gmail.com

Magíster en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN y abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Amplia experiencia en el diseño y la estructuración de procesos de promoción de la inversión privada en proyectos de infraestructura de transporte y el otorgamiento de concesiones en los sectores salud, transporte, saneamiento y otros. Cuenta con experiencia en asesoría y evaluación de iniciativas privadas propuestas ante el gobierno nacional y los gobiernos locales y en temas vinculados con contrataciones públicas. Asimismo, ha participado en el diseño y la estructuración de fideicomisos como herramientas de financiamiento y de mitigación de riesgos. En la actualidad, se desempeña como abogada asociada del Área de Concesiones de Infraestructura y Servicios Públicos y de Contrataciones Públicas, del Estudio Rosselló Abogados.

Impreso por
Cecosami Preprensa e Impresión Digital S. A.
en octubre del 2013
Calle Los Plateros 142, Ate
Lima, Perú
Teléfono 625-3535
ventas@cecosami.com
www.cecosami.com

Publicaciones en Finanzas y Derecho Corporativo

La Serie **Publicaciones en Finanzas y Derecho Corporativo** ofrece a la comunidad profesional y académica, específicamente a los profesionales del Derecho, un medio que conjuga sinérgicamente temas innovadores del Derecho y las Finanzas. Su propósito es difundir conocimientos, investigaciones y experiencias locales e internacionales; trabajos elaborados con los estándares de exigencia y rigor característicos de la Universidad ESAN, pero que a la vez mantengan un claro sentido práctico que ayude a introducir respuestas novedosas a la inquietante realidad actual.

ISBN: 978-612-4110-19-1



9 786124 110191