



FACULTAD DE DERECHO

**LA ASIGNACIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS DE
ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS COMO MEDIDA
EFICIENTE PARA EVITAR LOS SOBRECOSTOS EN LA
EJECUCIÓN CONTRACTUAL**

**PRESENTADA POR
GALIA PASTOR KOLMAKOVA**

**ASESOR:
JUAN CARLOS MORÓN URBINA**

**TESIS
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

LIMA – PERÚ

2019



**Reconocimiento - No comercial - Compartir igual
CC BY-NC-SA**

El autor permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, siempre y cuando se reconozca la autoría y las nuevas creaciones estén bajo una licencia con los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



FACULTAD DE DERECHO

**“LA ASIGNACIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS DE ASOCIACIONES
PÚBLICO PRIVADAS COMO MEDIDA EFICIENTE PARA EVITAR LOS
SOBRECOSTOS EN LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL”**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

**PRESENTADA POR:
GALIA PASTOR KOLMAKOVA**

**ASESOR:
JUAN CARLOS MORÓN URBINA**

LIMA – PERÚ

2019

DEDICATORIA

A Dios.

Por haberme permitido llegar hasta este momento y haberme dado salud para lograr mis objetivos, además de su infinita bondad y amor.

A mi mamá, Elena Kolmakova.

Por haberme apoyado en todo momento, por sus consejos, sus valores, su motivación constante, pero más que nada, por su amor.

A mi padre, Ronny Pastor Velásquez.

Por su perseverancia y soporte, por el valor mostrado para salir adelante y por su amor.

A mi hermano, Ronny Eduardo Pastor Kolmakov.

por su apoyo, comprensión, amor y por animarme a cumplir mis sueños.

A mis demás familiares y amigos por su cariño.

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer de manera especial, a mi asesor, Juan Carlos Morón Urbina, por confiar en mi con su amistad y apoyo.

A cada una de las personas que no sólo contribuyeron con este trabajo, sino que también me brindaron su soporte y comprensión.

A ustedes, muchas gracias.

INDICE

PORTADA	
DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTOS	ii
INDICE	iii
RESUMEN	7
ABSTRACT	8
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	12
1.1 Descripción de la situación problemática	12
1.2 Formulación del Problema	14
1.2.1 Problema General	14
1.2.2 Problema Específico	14
1.3 Objetivos de la Investigación.....	15
1.3.1 Objetivo general.	15
1.3.2 Objetivo específico.....	15
1.4 Justificación de la investigación	15
1.4.1 Importancia de la investigación.....	15
1.4.2 Viabilidad de la investigación	16
1.4.3 Limitaciones de la investigación.....	16
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	17
2.1 Antecedentes de la investigación.....	17
2.2 Bases Teóricas	20
2.3 Definiciones de términos básicos.....	25
CAPÍTULO III: FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS	27
3.1 Formulación de Hipótesis.....	27
3.1.1 Hipótesis Principal.....	27
3.2.2 Hipótesis Secundaria.....	27
CAPITULO IV: DISEÑO METODOLÓGICO	28

4.1	Diseño de la Investigación	28
4.1.1	Tipo de investigación	28
4.1.2	Nivel de investigación	28
4.1.3	Diseño de la investigación	28
4.1.4	Método de la investigación	29
4.2	Técnicas para la recolección de datos.	29
4.2.1	Descripción de las técnicas e instrumentos.	29
4.2.2	Validez y confiabilidad de los instrumentos.	29
4.3	Aspectos éticos	30
CAPÍTULO V: LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS COMO MODALIDAD DE PARTICIPACIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA		31
5.1	Definición del contrato de APP	31
5.2	Características del Contrato de APP	36
5.2.1	Sobre la regulación contractual	36
5.2.2	Función instrumental al servicio del interés público	37
5.2.3	Sujeción del contrato a la planeación estatal	37
5.2.4	La desigualdad entre las partes	40
5.2.5	La publicidad y la transparencia.....	41
5.2.6	El efecto del contrato administrativo frente a terceros.....	42
5.3	Principios de las APP	42
5.3.1	Competencia	42
5.3.2	Transparencia	43
5.3.3	Enfoque de Resultados.....	44
5.3.4	Planificación.....	45
5.3.5	Responsabilidad Presupuestal	46
5.3.6	Integridad	47
5.3.7	Valor por Dinero.....	47
5.3.8	Adecuada Distribución de Riesgos	48
5.4	Marco Normativo del Contrato de APP	50
5.4.1	Introducción	50
5.4.2	Antecedentes.....	52

5.4.3	Evolución Normativa	53
5.4.4	Conclusiones	59
CAPÍTULO VI: GESTIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS DE APP		62
6.1	Introducción	62
6.2	Definición del Riesgo Contractual.....	63
6.3	Tipos de riesgos en los Contratos de APP	65
6.3.1	Riesgos Ambientales.....	65
6.3.2	Riesgos Arqueológicos	66
6.3.3	Riesgos de Diseño.....	67
6.3.4	Riesgos de Construcción.....	69
6.3.5	Riesgo de Expropiación.....	70
6.3.6	Riesgo Geológico o Geotécnico.....	71
6.3.7	Riesgos Financieros.....	72
6.3.8	Riesgos Políticos	73
6.3.9	Riesgos Regulatorios	74
6.3.10	Riesgos Tecnológicos.....	74
6.4	Medidas para afrontar los riesgos en los contratos de APP	75
6.4.1	Penalizaciones en los contratos de APP	75
6.4.2	Arbitraje en los contratos de APP	76
6.4.3	Principio del Equilibrio Económico – Financiero.....	78
6.4.4	La asignación adecuada de riesgos.....	80
CAPÍTULO VII. SITUACIÓN ACTUAL DE LOS CONTRATOS DE APP		84
7.1	Contrato Línea 2 y Ramal Av. Faucett - Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao.....	84
7.1.1	Antecedentes.....	84
7.1.2	Descripción del Proyecto.....	85
7.1.3	Tratamiento del riesgo en el proyecto	86
7.1.4	Análisis del tratamiento del riesgo	94
7.2	Contrato de Concesión del Aeropuerto Jorge Chávez	104
7.3.1	Antecedentes.....	104
7.3.2	Descripción del Proyecto.....	105
7.3.3	Tratamiento del riesgo en el proyecto	106

7.3.4	Análisis del tratamiento del riesgo	120
7.4	Contrato de Concesión para la prestación del Servicio Telefónico en la Modalidad de Teléfonos Públicos.....	123
7.4.1	Antecedentes.....	123
7.4.2	Contrato de Concesión	123
7.4.3	Problemática del Contrato de Concesión	124
7.4.4	Procedimiento ante el Tribunal Arbitral de la Cámara del Comercio de Lima.....	125
7.4.5	Análisis del tratamiento de riesgo	135
CAPÍTULO VIII: CONCLUSIONES		137
CAPÍTULO IX: RECOMENDACIONES		140
FUENTES DE INFORMACIÓN.....		141
Referencias Bibliográficas:.....		141
Referencias Hemerográficas:.....		142
Referencias Electrónicas:		143

RESUMEN

La Asociación Público Privada (en adelante, la APP) es una modalidad de participación del capital privado utilizada generalmente para la ejecución de obras estatales o el suministro de servicios públicos. La singularidad de esta figura radica en que combina la experiencia, conocimiento, tecnología y recursos de los inversionistas privados con las obligaciones de Estado de proveer infraestructura y servicios en beneficio de la ciudadanía.

El presente trabajo de investigación tiene el objetivo de resaltar la importancia de implementar una práctica de asignación de riesgos para este tipo de proyectos estatales de gran envergadura, por la cual, al momento de formular y diseñar los contratos pertinentes se tengan previstas las posibles eventualidades que puedan ocurrir durante la ejecución de los mismos, teniendo en cuenta los riesgos comunes de cada proyecto y aquellos derivados del propio perfil del contrato de APP, de tal manera, se podrá asignar el riesgo a la parte que se encuentre en mejor condición para afrontarlo y, en consecuencia, pueda evitar los probables sobrecostos, retrasos, conflictos, litigios que puedan inclusive llegar a frustrar el proyecto.

De acuerdo a ello, la presente tesis presenta información que respalda el uso de las APPs como una modalidad de contratación eficiente para la reducción de la brecha en infraestructura del país y el suministro de servicios públicos con mayor cobertura y mejor calidad. Asimismo, se analizarán casos en los cuales, de haberse establecido una adecuada asignación de riesgos, se hubieran evitado retrasos, sobrecostos, renegociaciones, así como las vulneraciones de las expectativas tanto del Estado, como de su contraparte privada y de los propios usuarios como destinatarios finales de estos proyectos.

Palabras Clave: Asociación Público Privada, Asignación de riesgos, sobrecostos, promoción de la inversión privada.

ABSTRACT

The Public-Private Partnership (hereinafter, the PPP) is a form of participation of private capital in general for the execution of state works or the provision of public services. The uniqueness of this figure lies in the one that combines the experience, knowledge, technology and resources of private investment with the obligations of the State to provide infrastructure and services for the benefit of citizens.

The present research work aims to highlight the importance of implementing a risk practice for this type of project in the large-scale state, at the time, at the time of formulating the form and in the contracts. can occur during the execution of the same, taking into account the common risks of each project and those that are derived from the profile of the PPP contract, in this way, the risk can be assigned to the party that is in the best condition to face it and, consequently, I can avoid the probable cost overruns, delays, conflicts, litigation that can be included, to frustrate the project.

Accordingly, this thesis presents information that supports the use of applications as an efficient contracting modality to reduce the gap in the country's infrastructure and the provision of public services with greater coverage and better quality. Likewise, cases will be analyzed in which they will be presented, as well as avoiding delays, cost overruns, renegotiations, as well as the vulnerabilities of the expectations of the state, its private counterpart and the users themselves as final recipients of these projects.

Keywords: Public Private Partnership, risk allocation, cost overruns, promotion of private investment.

INTRODUCCIÓN

“La adecuada disponibilidad de obras de infraestructura, así como la prestación eficiente de servicios conexos, contribuyen a que un país o región pueda desarrollar ventajas competitivas y alcanzar un mayor grado de especialización productiva; asimismo, las inversiones en obras de infraestructura facilitan la reducción de los costos asociados al consumo de los servicios, mejoran el acceso a los mercados de bienes e insumos, e incrementan la cobertura y calidad de los servicios provistos a la población, así como su bienestar”. (Rozas y Sánchez, 2004, p. 8, citado en Chinchay y Jara, 2017, p. 351).

En la actualidad, los contratos de APP son usados en los diferentes sectores económicos del país, tales como puertos, aeropuertos, transporte vial, telecomunicaciones, electricidad, hidrocarburos, salud, minería, entre otros. En ese sentido, deviene en necesario que se diseñen contratos que tomen en cuenta todas las posibles externalidades a ocurrir. La práctica común aplicada por el Estado ante cualquier eventualidad que afecte la continuación de sus proyectos es la indemnización a su contraparte privada o la transferencia absoluta de responsabilidad al contratista. No obstante, dicha práctica, no es del todo correcta, debido a que, en algunos supuestos, será el inversionista privado aquel que mejor pudo prever o afrontar a menor costo el riesgo producido; es así como se produce el desembolso de recursos públicos y privados de manera innecesaria y contraproducente.

En atención a lo mencionado, es evidente que al no estar correctamente diseñados los contratos de APPs se genera un perjuicio no solo al inversionista que puede ver frustrado el proyecto y su inversión, sino que también para el propio Estado, pues termina invirtiendo más de lo que había previsto en un principio, deviniendo la obra en más onerosa de lo que realmente es.

Por otro lado, debe advertirse que, la asignación de riesgos en los contratos APP no ha sido un tema muy desarrollado tanto en la normativa como en la doctrina nacional, por lo tanto, su estudio no ha sido muy profundizado como en otras legislaciones. En efecto, nuestro marco legal actual, cuenta con el Decreto Legislativo N° 1362, que regula el tema de APP, y en este decreto legislativo, se reconoce como uno de los principios rectores la adecuada distribución de los riesgos; no obstante, no se hace un mayor desarrollo acerca del instrumento idóneo para ello.

Así también, se encuentra vigente un documento técnico denominado “Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas”, aprobado por la Resolución Ministerial N° 167-2016-EF/15, emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas, en el año 2015. Este documento propone servir como un instrumento guía para que el Organismo Promotor de la Inversión Privada - PROINVERSIÓN calcule y asigne los riesgos posibles de ocurrir en los proyectos a la parte que mejor pueda resistirlos. No obstante, pese a contar con un reconocimiento expreso a nivel legal y lineamientos técnicos, los mismos no establecen una metodología clara ni justificación suficiente que permita exitosamente identificar, asignar, administrar y mitigar los riesgos que puedan ocurrir en la ejecución de estos contratos.

Asimismo, se debe tener en cuenta que el documento en cuestión no es de obligatoria aplicación para la formulación y el diseño de las APP, pues su finalidad es más bien instructiva, toda vez que sirve de guía o referencia a la administración pública. Por lo tanto, al no ser un instrumento vinculante su aplicación no es generalizada a todos los contratos de APP.

Es así que, muchas instituciones del Estado como empresas privadas manejan internamente diversos documentos, formatos y matrices de riesgos que los ayudan a identificar y asignar los riesgos previsibles en los proyectos que celebren bajo la modalidad de APP. Sin embargo, al no contar con directrices generales o documentos vinculantes y uniformes podemos encontrar diversas maneras de formular este tipo de

contratos. Frente a esta situación no se puede garantizar la eficiencia, eficacia, economía y calidad de la contratación pública.

La problemática descrita ameritó una investigación que permita transmitir la importancia, la utilidad y el beneficio de identificar, asignar y mitigar los riesgos en los contratos de APP, en tanto permite controlar eficientemente la ejecución del proyecto, evitando costos adicionales, demoras en la obra o en el suministro del servicio, incertidumbre, arbitrajes, frustración del proyecto y demás perjuicios producidos por la falta de prevención de las posibles eventualidades del proyecto en específico.

En ese marco, la presente investigación ha sido estructurada de la siguiente manera: el primer capítulo, profundiza la problemática, el problema general y el problema específico, así también como los objetivos de esta tesis y su justificación. El segundo capítulo desarrolla el marco teórico. El tercer capítulo contiene la formulación de la hipótesis general y la hipótesis específica. El cuarto capítulo esboza el diseño metodológico usado para esta investigación. El quinto capítulo desarrolla el concepto de APP, sus características principales, principios rectores y su importancia en la legislación nacional. El sexto capítulo compila diferentes herramientas utilizadas para afrontar los riesgos en los contratos estatales, en ese sentido, se ha considerado abordar, las figuras jurídicas de penalidades, arbitraje, principio de equilibrio económico – financiero, y la medida propuesta de asignación de riesgos. El séptimo capítulo analiza tres contratos de APP, y demuestra la importancia de contar con una adecuada metodología de asignación de riesgos. El octavo y noveno capítulo reúnen las conclusiones y recomendaciones alcanzadas con la información obtenida en la presente investigación.

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción de la situación problemática

En primer lugar, corresponde definir que es una APP. La APP es una modalidad de participación del capital privado utilizada generalmente para la ejecución de obras públicas o el suministro de servicios públicos. Esta figura es generalmente la más utilizada por la Administración Pública al momento de contratar con el sector privado, pues permite combinar la experiencia y recursos de los inversionistas privados y la obligación estatal de proveer infraestructura y servicios en beneficio de la sociedad. En efecto, la inversión privada en la implementación de proyectos estatales no solo ayuda a cerrar eficientemente las brechas existentes en infraestructura pública, sino que, además, mejorará el alcance y la calidad de los servicios públicos y el dinamismo de la economía nacional, la producción de empleo y la competitividad del país.

Dada la importancia de esta modalidad de inversión, es indispensable que, al momento de formular y estructurar este tipo de contratos, se tenga en cuenta las posibles eventualidades que puedan ocurrir durante el desarrollo del mismo, de esa manera, se podrá asignar el riesgo a la parte que se encuentre en mejor condición para afrontarlo y, en consecuencia, se evitarán los probables sobrecostos y la posible frustración del proyecto.

En la actualidad, los contratos de APP son utilizados en casi todos los sectores económicos del país, tales como puertos, aeropuertos, transporte vial, telecomunicaciones, electricidad, salud, entre otros. Por esa razón, es indispensable que se formulen contratos que tomen en cuenta todas las posibles eventualidades a ocurrir durante la vigencia del proyecto. En ese sentido, cabe resaltar la importancia de que estos contratos estén bien estructurados, previniendo la ocurrencia de todos los riesgos factibles de aparecer.

Es así pues, que al no estar bien proyectados los contratos de APP se genera un perjuicio no solo al inversionista que puede ver frustrado el proyecto y su inversión, sino que también para el Estado, pues termina invirtiendo más de lo que había previsto en un principio, convirtiendo a la obra en más onerosa de lo que realmente es, gastando recursos públicos de manera innecesaria y contraproducente. Pues no cumple con la finalidad pública insertada en este tipo de contratos, de manera tal, no satisface las expectativas y necesidades de la población.

Asimismo, se debe tener en cuenta que la dinámica de la asignación de riesgos en los contratos APPs no ha sido un tema muy desarrollado tanto en la normativa como en la doctrina nacional, por lo tanto, su estudio no ha sido profundizado.

En el marco jurídico actual se encuentra vigente un documento técnico denominado “Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas”, aprobado por la Resolución Ministerial N° 167-2016-EF/15, emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas, en el año 2015. Este documento propone servir como un instrumento guía para que el Organismo Promotor de la Inversión Privada - PROINVERSIÓN calcule y asigne los riesgos posibles de ocurrir en los proyectos a la parte que mejor pueda resistirlos. No obstante, pese a contar con un reconocimiento expreso a nivel legal y lineamientos técnicos, los mismos no establecen una metodología clara ni justificación suficiente que permita exitosamente identificar, asignar, administrar y mitigar los riesgos que puedan ocurrir en la ejecución de estos contratos.

Sin embargo, este documento no es de obligatoria aplicación para la formulación y diseño de las APPs, pues su finalidad es más bien instructiva, debido a que sirve de guía o referencia a la administración pública, cuya finalidad es prevenir los posibles riesgos a producirse. Por lo tanto, al no tratarse de un instrumento vinculante, su seguimiento y aplicación no se generaliza al universo de los contratos de APPs.

En consecuencia, lo que ocurre en las áreas de planeamiento y presupuesto de las entidades estatales es que éstas manejan internamente diversos documentos, formatos y/o matrices de riesgos que les sirven y facilitan la identificación y asignación de los riesgos de sus futuros contratos regidos bajo la modalidad de APP, pero al no contar con lineamientos generales y uniformes existen diferentes maneras de formular y estructurar contratos de APPs que no necesariamente garantizan la eficiencia, eficacia, economía y calidad de la contratación.

En ese orden de ideas, el problema bajo análisis justificó la elaboración del presente trabajo de investigación, con la finalidad de transmitir la importancia, utilidad y beneficio de identificar, asignar y mitigar los riesgos en los contratos de APP, en tanto no solo permite evitar los sobrecostos, demoras en la obra o el suministro del servicio, incertidumbre, arbitrajes, frustración del proyecto y demás perjuicios producidos por la falta de prevención de las posibles eventualidades del proyecto en particular, sino también darle un mejor uso a la modalidad de APP.

1.2 Formulación del Problema

1.2.1 Problema General

- ¿La Asignación de Riesgos es una medida eficiente para controlar la ejecución de los contratos de Asociación Público Privada?

1.2.2 Problema Específico

- ¿La ausencia de una adecuada metodología de asignación de riesgos en los contratos de Asociación Público Privada evita advertir eventos previsible en la ejecución contractual con incidencia negativa en los plazos de ejecución y costos estimados?

1.3 Objetivos de la Investigación

1.3.1 Objetivo general.

- Demostrar que la Asignación de Riesgos es una medida eficiente para controlar la ejecución de los contratos de Asociación Público Privada.

1.3.2 Objetivo específico.

- Evidenciar que la ausencia de una adecuada metodología de asignación de riesgos en los contratos de Asociación Público Privada evita advertir eventos previsible en la ejecución contractual con incidencia negativa en los plazos de ejecución y costos estimados.

1.4 Justificación de la investigación

1.4.1 Importancia de la investigación

La importancia de la presente investigación se justificó desde los puntos de vista teórico, de utilidad social y por su trascendencia, de acuerdo al siguiente detalle:

- Desde el punto de vista teórico, debido a que se analizó la posibilidad de demostrar la utilidad de la figura de asignación de riesgos en los contratos de APP, sus efectos positivos y negativos.
- Desde el punto de vista de utilidad social, debido a que los resultados de la presente investigación generan un importante aporte al Derecho Administrativo, específicamente a la rama de Contrataciones con el Estado, al proponer un diseño integral que controle la ejecución de los contratos estatales en general y los contratos de APP en específico, los cuales se volverán predecibles,

brindando seguridad jurídica a las partes involucradas acerca de sus obligaciones y derechos y cumplirán con su finalidad pública en beneficio de la población.

- Finalmente, es trascendente a nivel local y regional toda vez que brinda una herramienta que busca diseñar contratos de APP eficientes, eficaces, económicos y de calidad que promuevan el desarrollo económico y social del país.

1.4.2 Viabilidad de la investigación

El desarrollo de la investigación resultó material y técnicamente viable, en razón a que, si bien existieron limitaciones jurisprudenciales y doctrinarias, se contó con material internacional y técnico suficiente para el desarrollo de esta investigación, por lo que a través de la recopilación y el análisis de lo planteado por los diversos especialistas en la materia y lo dispuesto en el marco legal vigente resultó posible plantear algunas soluciones a la problemática identificada. Asimismo, fue operativamente factible ya que se invirtió capital propio que apoyo la investigación hasta su culminación.

1.4.3 Limitaciones de la investigación

La investigación sobre la asignación de riesgos en los contratos de APP encontró sus principales limitaciones en el escaso desarrollo de material nacional especializado, así como en el incipiente marco legal y regulatorio.

Sin embargo, el Ministerio de Economía y Finanzas, en el año 2015, elaboró un documento técnico titulado “Lineamientos para la asignación de riesgos en los contratos de APP”, que, si bien brinda ciertas pautas acerca de cómo hacer frente a los posibles riesgos a enfrentar, no tiene carácter vinculante para el ejercicio práctico en la materia.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes de la investigación

De la revisión de los antecedentes de la investigación se puede observar que los trabajos en nuestro país sobre la materia bajo investigación se encuentran aún en proceso de formación. Sin embargo, encontramos diversos trabajos de investigación que presentan una línea similar a la planteada en la presente tesis.

En primer lugar, es pertinente señalar que, en relación a los contratos de APPs, el abogado peruano Benites Arrieta en su tesis de maestría “Las asociaciones público privadas como mecanismos para el desarrollo de proyectos de infraestructura en el ámbito de los gobiernos locales” presentada ante la Pontificia Universidad Católica del Perú en el año 2014, indico lo siguiente:

“La incorporación de experiencia privada en obras públicas tiene como objeto la distribución adecuada de riesgos, para quien está en mejor posibilidad de asumirlos y en alcanzar niveles adecuados de eficiencia en la implementación de la obra (diseño, construcción y gestión) de una infraestructura¹.

Una ventaja importante de las APP, frente a los esquemas tradicionales de inversión en infraestructura, es que se busca la presencia de eficiencia técnica derivada de la competencia entre empresas privadas y de permitir al sector privado integrar en todas las fases del ciclo del proyecto: diseño, construcción, financiación, mantenimiento y explotación²” (p. 35).

1 Cita original omitida

2 Ibídem.

En esa misma línea, Ruiz Villavicencio; Sarmiento Trujillo y Sota Ortecho, en su tesis de pregrado titulada “Principales condiciones necesarias para la implementación de una asociación público privada del sector salud en el Perú”, presentada ante la Pontificia Universidad Católica del Perú, en el año 2015, para obtener el título de licenciados en Gestión, sostuvieron que una entidad que busca implementar mecanismos de inversión como las APP debe desarrollar capacidades técnicas referidas a la identificación, evaluación, valoración y asignación de riesgos, de esa manera se podrán prevenir externalidades que puedan perjudicar la viabilidad del proyecto, así como aquellas que generan costos adicionales tanto para el privado como para la Administración Pública.

Lo anteriormente señalado es fundamental debido a que, de acuerdo a la experiencia de ciertos sectores en este tipo de contratación, al no haberse asignado correctamente los riesgos, provocó que el Estado los asuma; ello en definitiva generó costos adicionales no previstos al proyecto, lo que se vió traducido en posteriores adendas, que además de retrasar la ejecución del contrato, lo volvió más oneroso, en particular para la Administración Pública.

Asimismo, Ruiz, Sarmiento, y Sota (2016) señalaron que pese a que los “Lineamientos para la asignación de riesgos en los contratos de APP” aprobados por el Ministerio de Economía y Finanzas ha significado en efecto una herramienta de apoyo para la debida asignación de riesgos; los expertos en la materia coinciden en que siguen existiendo fallas en la asignación de los mismos que son asumidos tanto por el Estado como por el sector privado, indistintamente. Por lo tanto, la inadecuada asignación de riesgos puede afectar la eficiencia, eficacia, economía y calidad en la ejecución y operatividad de las obras y el suministro de servicios públicos (pp. 82 - 83).

Por otro lado, Cabarcas Gómez, desarrolló una investigación denominada “Contrato de Construcción de Infraestructura revisión por condiciones físicas imprevisibles – Vicisitudes de la asignación del riesgo de condiciones diferentes del terreno”

presentada ante la Universidad de Externado en Colombia en el año 2017³, en lo concerniente a la asignación de riesgos en los contratos de obra, explicó que:

“Frente a la realidad de los riesgos imprevistos, los contratos deben incluir provisiones que permitan a las partes, en un entorno de confianza y colaboración, afrontar conjuntamente aquellos que deban ser manejados mediante observación y trabajo remedial durante la construcción. Las tareas de vigilancia, seguimiento y control de contratos de altas contingencias deberían atender con rigor la necesidad de monitorear el desempeño del sitio tan pronto comienza la construcción y convenir los ajustes que sean necesarios en diseño y metodología de construcción para superar las dificultades, tan pronto como ellas aparezcan”.
(p. 459)

Adicionalmente, se identificó que las deficiencias halladas en los contratos tradicionales tienden a resolverse, teóricamente, bajo los esquemas contractuales de APP, en los cuales existe un grado avanzado de estructuración de los proyectos y un análisis cuidadoso de los riesgos involucrados y su forma de reparto. Sin embargo, de la revisión de ciertos casos emblemáticos, las deficiencias en la planeación continúan siendo una terrible amenaza para la idónea realización de los proyectos, en términos de tiempo, calidad y costo.

Por su parte, la Contraloría General de la República en su estudio denominado “Causas y efectos de las renegociaciones contractuales de las APP en el Perú” publicado en el 2015, remarcó la importancia de que, al momento de diseñar los contratos de APP, las entidades encargadas de la estructuración de los proyectos evalúen la casuística y la teoría que ayudará a prevenir y fundamentar la incorporación de cláusulas en los contratos para disminuir las negociaciones. De lo identificado, determinadas situaciones que en un momento no se previeron en los contratos se repiten con cierta frecuencia, por lo que podría ser incluidos en los contratos de APPs

3 Se trata de una investigación inédita.

como cláusulas que solo se activarían si el supuesto de hecho ocurriese, siendo en ese sentido innecesario la celebración de una o más adendas.

2.2 Bases Teóricas

Respecto a las diferentes teorías de tratamiento de los riesgos en los contratos, podemos señalar las siguientes:

En primer lugar, se ha visto pertinente introducir la teoría del riesgo contractual civil, identificada por Juárez (2017), en la cual resaltó la importancia de la reciprocidad en la contraprestación y la valoración que cada parte le da; además señaló que, aunque hubiese en el código civil⁴ un sistema de justicia material de las prestaciones, esta no significaría una distribución del riesgo entre las partes ni una forma de delimitación de su responsabilidad, pues ello implica otro nivel de evaluación (pp. 339-340).

Asimismo, el mismo autor señala que el tiempo funciona como un distribuidor natural de los riesgos entre las partes, toda vez que la ocurrencia de circunstancias no planeadas podría imposibilitar la correcta ejecución del contrato, convirtiéndolo en más costoso.

En ese contexto, Juárez (2017) recalcó que toda regulación contractual típica ofrece un modelo balanceado de derechos y obligaciones acorde al fin socioeconómico del contrato. Al apartarse de la reglamentación contractual dispositiva no se debería dejar de interpretarse dicho pacto de acuerdo a lo establecido por el equilibrio contractual (p. 340). Alejarse de lo estipulado por el derecho dispositivo supone a su vez la adaptación eficiente del equilibrio a los nuevos términos que las partes han estipulado. Como señala Juárez (2017), en algunas situaciones el desplazamiento del derecho positivo en favor de una las partes supone que la otra se vea compensada económicamente para volver a equilibrar el contrato (p. 341).

4 Entiéndase el Código Civil Español.

Pese a que el autor en cuestión no desarrolla el tema en específico, es decir, en lo referido a las contrataciones con el Estado, se ha considerado significativo para el presente trabajo de investigación su aporte en lo concerniente a la importancia de la asignación de riesgos en los contratos civiles y, como esta asignación afecta de manera positiva respecto de la reciprocidad de las prestaciones y el tiempo de ejecución de los contratos.

Por su parte, Rodríguez (2012) adoptó la Teoría del Equilibrio Económico - Financiero y sostuvo que, en los contratos estatales existe una interdependencia entre las prestaciones de cada una de las partes, en efecto, se tratan de contratos sinalagmáticos. En ese sentido, al tratarse de prestaciones recíprocas existe la necesidad de que estas permanezcan equilibradas durante todo el iter contractual (p. 8).

En esa línea, Marienhoff (1998) precisó que el principio de Equilibrio Económico - Financiero es definido por la doctrina especializada como la relación establecida por las partes contratantes en el momento de la celebración del contrato, en la cual se reconocen un conjunto de derechos y obligaciones de los mismos, los cuales son considerados equivalentes que deben mantenerse durante su ejecución; debido a ello, este mecanismo también es conocido con el nombre de Ecuación de Equivalencia – Igualdad (como se cita en Rodríguez L., 2012, p. 9).

De lo planteado por Rodríguez (2012), se desprende que cuando en un contrato administrativo, el equilibrio se ve afectado por alguna causal sobreviniente causando perjuicio a una de las partes, la parte afectada tiene el derecho a exigir el restablecimiento del equilibrio, de esa manera se busca mantener la reciprocidad del contrato (p. 11).

Por otro lado, la Teoría de la Imprevisión abordada por Dammert (2009) señaló que el también denominado riesgo imprevisible, lesión sobreviviente o azar económico se encuentra fundamentado en los principios de la buena fe, justicia distributiva, equidad,

no enriquecimiento sin causa justa y responsabilidad extracontractual del Estado (p. 343).

Para Dammert (2009) este supuesto se da cuando las condiciones económicas del contrato estatal cambian de manera abrupta y una de las partes se ve perjudicada, ante esa situación la otra parte que no sufrió con la carga inesperada deberá compensar a la otra. Esta compensación podrá ser de carácter económico o mediante la modificación de alguno de los términos contractuales (p. 338).

Este autor además señala que, la efectividad de las acciones a tomar va a depender tanto de los recursos públicos, como del cumplimiento de las formalidades correspondientes a la naturaleza de las modalidades seleccionadas. Estas formalidades pueden ser traducidas como adendas, sentencias judiciales o laudos arbitrales (p. 343).

Adicionalmente, se ha previsto contemplar en el presente capítulo, lo regulado por el numeral 32.2 del artículo 32 de la Ley de contrataciones con el Estado, aprobada mediante la Ley N° 30225 y modificado por el Decreto Legislativo N° 1341, que se refiere acerca de la asignación de riesgos de la siguiente manera:

“Artículo 32. Contrato

(...)

32.2 En los contratos de obra deben identificarse y asignarse los riesgos previsibles de ocurrir durante su ejecución, según el análisis realizado en la planificación. Dicho análisis forma parte del expediente técnico y se realizará conforme a las directivas que se emitan para tal efecto, según los criterios establecidos en el reglamento.

(...)”

En esa misma línea, el artículo 8 del Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 056-2017-EF, publicado el 19 de marzo de 2017, dispone que para la contratación de obras se debe tener en cuenta la identificación y asignación de los

riesgos propensos a ocurrir mientras se ejecuta el proyecto, así como las acciones y planes para reducirlos y mitigarlos conforme a los formatos aprobados por el Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado. En ese sentido, la evaluación para la asignación de los riesgos planteada por la normativa en cuestión, sugiere una clasificación de los riesgos según su probabilidad de ocurrencia y el impacto en la ejecución de la obra.

Asimismo, mediante la Directiva 012-2017-OSCE/CD sobre la “Gestión de riesgos en la Planificación de la Ejecución de Obras”, se pretendió uniformizar los criterios a ser evaluados por las entidades de la Administración Pública para la implementación de la gestión de riesgos en los contratos estatales; con ello se buscó pues, incrementar la eficiencia, eficacia, economía y calidad de las inversiones en las obras públicas⁵.

Debe añadirse además que, de acuerdo a la mencionada directiva, la identificación y asignación de los riesgos debe precisarse en la formulación del expediente técnico, pues es el momento indicado para la entidad pública encargada incluya un enfoque integral de gestión de los riesgos previsibles de ocurrir durante la ejecución de ese proyecto en particular, teniendo en cuenta sus características y condiciones.

Al elaborarse las Bases para la ejecución de la obra, la normativa señala que el Comité de Selección deberá incluir en la proforma del contrato, las cláusulas que identifiquen los potenciales riesgos, asimismo se deberá consignar las cláusulas correspondientes a la designación de la parte contractual que deberá asumirlos en caso de que ocurran durante la ejecución contractual, comúnmente dichas cláusulas son estructuradas a través de matrices de riesgos.

Se señala también que, durante el plazo de ejecución de la obra, la debida y oportuna administración de riesgos estará a cargo del inspector o supervisor. Por otra parte, el residente de la obra, el inspector o el supervisor, según corresponda, deberá evaluar

5 Corresponde precisar que esta directiva solo es aplicable a los contratos estatales regulados al amparo de la Ley N° 30225 y su Reglamento; en ese sentido, no es de aplicación para los contratos de APPs. No obstante ello, es conveniente reconocer sus alcances y aportes en materia de gestión de riesgos.

permanentemente el desarrollo de la administración de riesgos, debiendo anotar los resultados obtenidos en el cuaderno de obra, cuando menos, semanalmente, precisando sus efectos y los hitos afectados o no cumplidos de ser el caso.

De conformidad a lo abordado por esta directiva, la metodología para una correcta asignación de riesgos entre las partes contratantes debe estar orientada en designar el riesgo a la parte que se encuentre en mejores condiciones para poder evaluarlo, controlarlo, administrarlo y/o mitigarlo.

Por otro lado, para efectos de la presente tesis corresponde mencionar lo desarrollado por Aguilera (2016), quién realiza un análisis general acerca de los riesgos que pueden surgir en la formación y ejecución de los proyectos de obra. Dicho artículo cumple la finalidad de invitar al lector a interesarse en el tema, brindando ciertos alcances de lo que involucra la correcta asignación de riesgos en este tipo de contratos. En efecto, la autora resalta el perjuicio económico propenso a soportar el contratista ante la carencia de información acerca de los riesgos que pueden producirse a lo largo del iter contractual. Además, expone la importancia de reconocer el carácter conmutativo del contrato administrativo, mediante el cual las prestaciones de ambas partes deberán ser equivalentes entre sí hasta la terminación del contrato (p. 242).

Las actividades de identificación y mitigación de los riesgos, son cruciales para mantener el equilibrio económico financiero de los contratos estatales, en ese sentido, las prestaciones que fueron pactadas al momento de la celebración del contrato se debiesen mantener hasta que el proyecto culmine y, de presentarse algún imprevisto que genere perjuicios a una de las partes, la otra debe resarcirle para volver a equilibrar el contrato.

Por su parte, Morón (2016) advirtió que, al momento de estructurar los contratos estatales es necesario anticiparse a los posibles riesgos del proyecto que puedan producir daños al objetivo del mismo. La anticipación permite pues, la correcta asignación de los riesgos a la parte contractual correspondiente, con la finalidad de no

frustrar la debida ejecución del contrato (p. 75). En ese sentido, la Administración Pública deberá determinar la probabilidad de los riesgos, su impacto y su ponderación en aras de asignarlo a la parte que tenga más posibilidades de mitigarlo efectivamente.

Por todo lo expuesto, es innegable que una metodología que asigne adecuadamente los riesgos es un instrumento importante para prevenir los sobrecostos de los proyectos públicos, mejorar las probabilidades de éxito de su ejecución e invertir de manera eficiente los recursos públicos y privados en obras y servicios que beneficien a la población. De igual manera, una deficiente asignación podría poner en peligro la viabilidad del propio proyecto, generar controversias, aumentar los costos presupuestados, desperdiciando recursos públicos y por supuesto decepcionar a los contribuyentes y a la sociedad en general, desincentivando, además, la inversión privada para la construcción de infraestructura pública y el suministro de servicios públicos necesarios para el desarrollo de nuestro país.

2.3 Definiciones de términos básicos

- Asignación de riesgo: Según Berrone P. Et al., es la imputación de la responsabilidad de gestión de una tarea a una de las partes del contrato para cada uno de los riesgos existentes; o alternatively, acuerdo de la gestión de un riesgo en particular de manera compartida a través de unos mecanismos determinados (p. 98).
- Asociación Público Privada: Según el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1012 es una modalidad 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.

- Costos de transacción: Según Berrone P. Et al., son los costos de diseñar y supervisar el contrato en un contexto de información incompleta y posibles comportamientos oportunistas por parte de la empresa privada (p. 100).
- Externalidades: Según Berrone P. Et al., son los efectos indirectos (positivos o negativos) que soporta un agente como resultado de las decisiones de otro agente (causante), sin que este último vea repercutido en el precio el costo que supone a terceros sus decisiones. Entre las externalidades positivas se puede señalar el gasto en investigación y desarrollo por parte de una empresa, que permite que otros agentes se beneficien también de esta información, pues se añade al conocimiento general, entre las negativas, el ejemplo tradicional es la contaminación, pues el agente que contamina toma las decisiones únicamente en función de su costo directo, sin considerar el gasto medioambiental que ello genera (p. 102).
- Renegociación: Según Berrone P. Et al., es la modificación del contrato producido generalmente a propuesta de una de las partes y con la aprobación de ambas. Estas demandas pueden venir dadas por la aparición de elementos inesperados durante la vigencia del contrato, o porque la realidad no se ajusta a las expectativas creadas, lo que pone en riesgo la viabilidad económica del proyecto (p. 105).
- Riesgo: Es definido de manera amplia por Consentini (2003) como aquel peligro de naturaleza especial, a consecuencia del cual alguien está obligado a soportar la pérdida o el deterioro que una cosa sufre por caso fortuito o fuerza mayor (p. 5).

CAPÍTULO III: FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS

3.1 Formulación de Hipótesis

3.1.1 Hipótesis Principal

La Asignación de Riesgos es una medida eficiente para controlar la ejecución de los contratos de Asociación Público Privada.

3.2.2 Hipótesis Secundaria

La ausencia de una adecuada metodología de asignación de riesgos en los contratos de Asociación Público Privada evita advertir eventos previsible en la ejecución contractual con incidencia negativa en los plazos de ejecución y en los costos estimados.

CAPITULO IV: DISEÑO METODOLÓGICO

4.1 Diseño de la Investigación

4.1.1 Tipo de investigación

La presente investigación fue de tipo cualitativa debido a que tiene como finalidad analizar e interpretar los documentos relevantes sobre la materia, como lo vinculado al actual marco normativo, la literatura especializada en gestión de riesgos y tres emblemáticos contratos de APP a nivel nacional, cuyo impacto está estrechamente vinculado al desarrollo del país. A partir de dicho material, se evaluó la necesidad de poseer instrumentos normativos vinculados a la gestión de los riesgos en las APPs. En ese sentido, de dicho análisis se pudo argumentar la importancia de la figura planteada en relación a la problemática que se quiere solucionar.

4.1.2 Nivel de investigación

El nivel de la investigación fue descriptivo - exploratorio, en razón de que, en un primer momento a través de un proceso descriptivo, se consideró el análisis del contexto y las distintas teorías relacionadas a la solución de la problemática identificada en la ejecución de los proyectos, así como de la literatura especializada en la materia. Pese a ello, corresponde precisar que el conocimiento en este campo no tiene un desarrollo integral y sistemático en nuestro país y que, en consecuencia, la elaboración de la presente tesis careció de abundante literatura nacional.

4.1.3 Diseño de la investigación

El diseño de la investigación consignó un enfoque no experimental ya que buscó resolver un problema determinado en un campo específico, mediante la descripción,

explicación, comprensión y análisis de la problemática relacionada a la utilidad de identificar, analizar, asignar y mitigar los riesgos en los contratos de APP.

4.1.4 Método de la investigación

El método de investigación utilizado fue de carácter lógico inductivo, debido a que del análisis de los contratos de APPs se estableció la necesidad de una metodología que asigne eficientemente los posibles riesgos de los proyectos entre las partes involucradas.

4.2 Técnicas para la recolección de datos.

4.2.1 Descripción de las técnicas e instrumentos.

La información utilizada en el presente trabajo de investigación fue recolectada mediante la observación directa, el análisis de los documentos legales relacionados a las APPs y la gestión de riesgos, de igual manera, se examinaron algunos contratos de APP y la literatura especializada de la materia.

4.2.2 Validez y confiabilidad de los instrumentos.

Los instrumentos utilizados en el marco de un enfoque cualitativo permitieron evaluar y analizar las posiciones respecto de la metodología utilizada en los contratos de APP para asumir las posibles eventualidades a presentarse durante su ejecución, ya que contribuyó al análisis y examen de los contratos de APP, así como de los documentos elaborados por prestigiosos profesionales especializados en el ámbito de interés del presente trabajo de investigación.

En ese sentido, se tratan de instrumentos confiables que llevarán a información real, veraz, especializada y pertinente.

4.3 Aspectos éticos

La investigación que emprendida respetó las disposiciones de la Ley No. 822 relacionada a los Derechos de autor, así como la normativa referida a originalidad de la obra, por lo que las citas, referencias bibliográficas o de cualquier otra índole se realizarán mediante el sistema de citado APA (Normas de la Asociación Americana de Psicología).

CAPÍTULO V: LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS COMO MODALIDAD DE PARTICIPACIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA

5.1 Definición del contrato de APP

Dentro de la literatura especializada podemos encontrar distintas definiciones que tratan de conceptualizar la esencia de un contrato de APP. En las siguientes líneas se expondrán aquellas definiciones más importantes y prácticas para el entendimiento de la materia.

En primer lugar, es necesario señalar que el contrato de APP es un contrato público celebrado entre el Estado y un agente privado (o un grupo de agentes privados), mediante el cual las partes acuerdan desarrollar conjuntamente un proyecto estatal consistente en la construcción de alguna infraestructura o en el suministro de algún servicio público.

En esa misma línea, los artículos 20 y 21 del Decreto Legislativo N° 1362, que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, define a la APP de la siguiente manera:

“Artículo 20. Definición

20.1 Las Asociaciones Público Privadas constituyen una modalidad de participación de la inversión privada, mediante contratos de largo plazo en los que interviene el Estado, a través de alguna entidad pública y uno o más inversionistas privados.

20.2 Mediante Asociaciones Público Privadas se desarrollan proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a infraestructura pública y servicios públicos, investigación aplicada, y/o innovación tecnológica.

20.3 En las Asociaciones Público Privadas, se distribuyen riesgos y recursos; en este último caso, preferentemente privados.

20.4 Las Asociaciones Público Privadas se originan por iniciativa estatal o por iniciativa privada.

Artículo 21. Contratos de Asociación Público Privada

21.1 El contrato que se celebra para desarrollar un proyecto bajo la modalidad de Asociación Público Privada constituye título suficiente para que el inversionista haga valer los derechos que dicho instrumento le otorga frente a terceros; en especial, los mecanismos de recuperación de las inversiones y los beneficios adicionales expresamente convenidos, pudiendo incluir servicios complementarios.

21.2 El inversionista puede explotar los bienes objeto del contrato de Asociación Público Privada, directamente o a través de terceros, manteniendo en todo momento su calidad de único responsable frente al Estado peruano. Sin perjuicio de lo anterior, los proyectos de Asociación Público Privada que recaigan sobre bienes públicos, no otorgan al inversionista un derecho real sobre los mismos.

21.3 El inversionista no puede establecer unilateralmente exenciones en favor de usuario alguno, salvo lo establecido por ley expresa.”

Por su parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico - OCDE (2008) define a la APP como *“El acuerdo entre el gobierno y uno o más socios privados (que puede incluir operadores y financiadores) bajo el cual los socios privados proveen un servicio de manera tal que los objetivos de provisión de servicios del gobierno se encuentren alineados con los objetivos de obtención de utilidad del sector privado y donde la efectividad depende de una adecuada transferencia de riesgos del sector privado”* (como se cita en Alborta, G., Stevenson, C., Triana, S., 2011, p. 6).

Por otro lado, el Grupo del Banco Mundial indica que no hay una definición extensamente aceptada sobre qué significa una APP, pero en líneas generales se trata de un acuerdo entre el sector público y el sector privado en el que parte de los servicios o labores que son responsabilidad del sector público es suministrada por el sector privado bajo un claro acuerdo de objetivos compartidos para el abastecimiento del servicio público o de la infraestructura pública. Usualmente, no incluye contratos de servicios ni contratos llave en mano, ya que estos son considerados como proyectos de contratación pública, o de privatización de servicios públicos en los que existe un rol continuo y limitado del sector público.

El Fondo Monetario Internacional definió a la APP como:

“(...) arrangements where the private sector supplies infrastructure assets and services that traditionally have been provided by the government. In addition to private execution and financing of public investment, PPPs have two other important characteristics, there is an emphasis on service provision, as well as investment, by the private sector; and significant risk is transferred from the government to the private sector. PPPs are involved in a wide range of social and economic infrastructure projects, but they are mainly used to build and operate hospitals, schools, prisons, roads, bridges and tunnels, light rail networks, air traffic control systems, and water and sanitation plants (...).”⁶

Asimismo, el Banco Interamericano de Desarrollo (2011) se refirió a la APP como aquel contrato celebrado entre el gobierno y el sector privado con el objetivo de entregar un proyecto y/o su servicio, que tradicionalmente ha sido provisto por el sector público. Bajo este modelo, el agente privado tiene las siguientes obligaciones o prerrogativas:

- (i) Diseño, construcción o del mejoramiento de la infraestructura.
- (ii) Asumir los riesgos relacionados con el proyecto, usualmente financieros, comerciales, técnicos y operacionales.
- (iii) Recibir una contraprestación financiera por la prestación del servicio, bien a través de cargos a los usuarios o bien a través de acuerdos financieros con el agente público.
- (iv) Puede recibir la transferencia de propiedad sobre el activo en cuestión (p. 9).

6 “(...) son acuerdos en los cuales el sector privado suministra infraestructura y servicios que tradicionalmente eran provistos por el gobierno. Además de la ejecución privada y del financiamiento público, la APP tiene otras dos características importantes: el énfasis en la provisión de servicios, así como en las inversiones, por parte del sector privado; y la transferencia del riesgo del gobierno al sector privado. La APP está involucrada en una amplia gama de proyectos de infraestructura social y económica, pero se usan principalmente para construir y operar hospitales, escuelas, prisiones, carreteras, puentes y túneles, redes de trenes ligeros, sistemas de control de tráfico aéreo y plantas de agua y saneamiento (...).” (Traducción No Oficial).

En ese orden de ideas, la APP es una herramienta mediante la cual inversionistas nacionales o extranjeros incorporan sus conocimientos, experiencia, recursos y tecnología en el desarrollo de proyectos estatales.

En ese sentido; y, de acuerdo a la naturaleza de este tipo de contratos, podemos estimar que su ejecución es generalmente a largo plazo, lo que implica la necesidad de distribuir los riesgos entre las partes contratantes, de manera tal que los mismos sean asignados a aquella parte con mayores capacidades para administrarlos y mitigarlos, teniendo en consideración el perfil de cada tipo de proyecto, con la finalidad de no perjudicar la continuidad y viabilidad del contrato.

De igual manera, corresponde resaltar las particularidades de esta modalidad de inversión en obras públicas pues permite el aporte de conocimientos, experiencia y recursos de inversionistas privados especializados en la materia (infraestructura o suministro de servicios) para que puedan ejecutar proyectos de necesidad e interés público. De esta manera no solo se reducen los costos del Estado, debido a que ya no deberá realizar directamente dicha función, sino que además, el resultado final generalmente será mejor del que el Estado pudo haber alcanzado con sus escasos recursos y falta de expertise en ciertas materias.

Cuadro 1
Principales Modalidad de APP según la doctrina

Modalidad	Descripción	Ejemplos
Contratos de prestación de servicios	Contrato de prestación de un servicio determinado. El Estado mantiene la propiedad y exige un nivel de servicio especificado. Puede haber asignación de riesgos, lo cual depende del esquema contractual.	<ul style="list-style-type: none"> • Contrato de mantenimiento de carreteras por niveles de servicios. • Contratos para la facturación de servicios de agua potable. • Contratos de recolección de impuestos locales.
Contratos de administración	Un bien público es operado y administrado por un agente privado bajo un esquema de riesgo compartido y de utilidades compartidas.	<ul style="list-style-type: none"> • Contrato de administración de una empresa de agua potable. • Contrato de administración de una cárcel.
Concesiones	El Estado concede el derecho al usufructo de un bien (por ejemplo: una carretera, una planta eléctrica) a cambio de un acuerdo económico entre las partes por un período determinado.	<ul style="list-style-type: none"> • Concesiones de carreteras. • Concesiones aeroportuarias.
BOT (Construir-Mantener-Operar-Transferir)	La entidad privada se encarga de la construcción y el mejoramiento de un bien, y de su operación, y la propiedad o bien se mantiene con el Estado al final del proceso.	<ul style="list-style-type: none"> • Construcción de una planta generadora de energía. • Construcción de un hospital.
Cooperativas	Organizaciones comunitarias se asocian con instituciones públicas para apoyar un bien común.	<ul style="list-style-type: none"> • El gobierno realiza un pago o una contribución a una organización local, basado en indicadores de desempeño.
Asociaciones a riesgo compartido	Los agente públicos y privados se asocian a través de una compañía mixta o de un vehículo similar; y comparten riesgos, costos y utilidades.	<ul style="list-style-type: none"> • Un gobierno crea una compañía con un propósito específico; por ejemplo, para construir una carretera.

Fuente: Elaborado por Alborta, G., Stevenson, C., Triana, S., en "Asociaciones público-privadas para la prestación de servicios: Una visión hacia el futuro". Publicado en la página web del Banco Interamericano de Desarrollo. (2011) (Sobre la base de Bloomgarden y Maruyama (2008)).

Cuadro 2

Clasificación de la APP en el marco normativo nacional

Clase	Descripción
Cofinanciado	Son aquellas que requieren cofinanciamiento por parte del Estado o necesiten del otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras.
Autofinanciado o Autosostenible	Son aquellas con capacidad propia de generación de ingresos, que no requieren cofinanciamiento, es decir, que la propia actividad del agente privado le permite generar ingresos para la recuperación de su inversión sin necesidad de que el sector público lo apoye. Para que un APP se autosostenible debe cumplir con las siguientes condiciones: a. Demanda mínima o nula de garantía financiera por parte del Estado, conforme lo establece el Reglamento. b. Las garantías no financieras tienen una probabilidad nula o mínima de demandar cofinanciamiento, conforme lo establece el Reglamento.
Oneroso	Son aquellas que imponen al concesionario una contribución determinada en dinero o una participación sobre sus beneficios a favor del Estado. La lógica que subyace a este tipo de concesiones es que el concesionario accederá a una rentabilidad considerable y atractiva, por lo que se le impone una retribución a favor del Estado para que éste y la comunidad accedan indirectamente a estos beneficios.

Fuente: Autoría propia.

5.2 Características del Contrato de APP

En primer lugar, es importante resaltar la calidad de contrato administrativo que posee la APP, lo que evidencia ciertas peculiaridades que lo hacen diferente a cualquier otro contrato de derecho común, entre las cuales tenemos:

5.2.1 Sobre la regulación contractual

A diferencia de un contrato común donde es la autonomía de la voluntad de las partes la que define el contenido de éste, un contrato administrativo se rige de acuerdo al principio de legalidad, es decir, la actuación de las partes está habilitada por una norma o ley, y el incumplimiento de lo estipulado en la normativa deviene en la invalidez del contrato, mientras que en un contrato civil el ordenamiento jurídico contiene límites negativos a la actuación de las partes o simplemente son disposiciones supletorias que pueden ser o no tomadas.

Es así que, la formación de un contrato administrativo es regida bajo un procedimiento preestablecido normativamente que debe ser seguido por los partícipes, no dando opción a que las partes la inobserven.

5.2.2 Función instrumental al servicio del interés público

De acuerdo a Morón (2016) la causa de los contratos administrativos no es la voluntad de obtener la prestación específica que asume el contratista (aspecto inmediato), sino que el acuerdo al que se arriba y su ejecución, debe ser adecuada para atender una necesidad pública mediata que reclama la actuación estatal, con el modo y el alcance cabalmente exigidos por esa necesidad (p. 59).

Por su parte, el código civil en su artículo 1351, el objeto de un contrato privado se agota en el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Mientras que el contrato administrativo tiene como objeto alcanzar un fin público que es de necesaria realización para la sociedad pues suponen el cumplimiento de una obligación estatal frente a los administrados que pueden ser traducidos en políticas públicas o planes nacionales. La mayoría de este tipo de contratos versan sobre materias relevantes como: salud, infraestructura, educación, entre otros. Por lo tanto, los contratistas no solo obtienen utilidades por ejecutar este tipo de proyecto, sino que además colaboran en la realización de una función social.

5.2.3 Sujeción del contrato a la planeación estatal

En el contrato estatal la planeación se refiere al cumplimiento del objeto en el plazo previsto bajo las condiciones preestablecidas y dentro del presupuesto aprobado. El principal inconveniente que debe enfrentar la planeación de un proyecto estatal es lograr la optimización de recursos, la reducción de los costos, la superación de las eventualidades y el logro de la finalidad de las obras.

“El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad,

ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos". (Corte Constitucional Colombiana, C-300/2012, p. 45).

La planeación tiene como característica principal el predecir o proyectarse a eventos futuros que ya han sido analizados anteriormente y de los cuales se ha podido determinar ciertos factores comunes que permiten prever los efectos que van a producir, en ese sentido, permite elaborar soluciones anticipadas a los posibles inconvenientes a producirse y no descuidar los objetos planteados en el proyecto. Sin embargo, la planeación no debe limitarse a buscar prevenir solo los futuros problemas.

En materia de contratos de obras, la planeación no solo significa el cumplimiento de las estipulaciones legales, sino también debe velar por esa finalidad social que busca alcanzar el proyecto. Por ejemplo, los contratos de infraestructura se guían bajo planes de desarrollo que el gobierno ha establecido como prioridades de acuerdo a su presupuesto establecido, es decir, el desarrollo de estos proyectos siguen objetivos planteados tanto en políticas públicas como en planes nacionales.

Así, las entidades públicas que contratan, además de cumplir con la ley, lo harán dentro de estándares de calidad, planeación estratégica, normas internacionales de contabilidad e información financiera, buen gobierno de las agencias públicas, para que se minimicen los problemas de clientelismo y corrupción que históricamente han afectado la contratación pública (Consejo de Estado Colombiano. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 5 de junio de 2008. Rad. 15001233100019880843101-8031).

En efecto, hay que tener en cuenta, como lo sugiere Morón (2016), que la formación del contrato administrativo involucra un procedimiento estructurado y riguroso pues se trata de una inversión pública dirigida al cumplimiento de cierta finalidad. Es por ello

que, su formación y ejecución debe seguir etapas controladas cuidadosamente, se debe identificar necesidades, prioridades y oportunidades de ejecución, así como el costo y calidad de la prestación, y evitar con ello el dispendio, la superposición, la improvisación de los funcionarios o la generación de negocios en mero interés del proveedor. Por ello existe un ciclo contractual en el que se planifica y programa las etapas siguientes del contrato hasta su liquidación. (p. 60)

En esa línea, la actividad de planeación no solo comprende la etapa contractual en sí, por el contrario, está también estrechamente vinculada a las etapas pre y post contractual, por ello es que es necesario que los contratos estatales se rijan de acuerdo a una debida planificación que coadyuve a evitar imprevistos futuros que puedan perjudicar la viabilidad o ejecución del proyecto. A diferencia del contrato privado que puede ser producto de la espontaneidad de las partes; el contrato administrativo necesita de haber sido evaluado previamente, presupuestado y aprobado antes de ser firmado entre las partes, lo que indica un alto nivel de control destinado a detectar de manera anticipada imprevistos y sobrecostos.

En ese aspecto, Aponte (2014) señaló que la planeación del contrato de obra va más allá del cumplimiento de los procedimientos legales para la celebración del contrato, toda vez que es necesario entender que la contratación pública tiene una finalidad material y social superior, que supera las fórmulas contractuales jurídicamente establecidas, debido a que se considera que las obras contratadas sean las que se requieren en atención a los planes de desarrollo elaborados y priorizados, y que existan los recursos suficientes para su plena ejecución, buscando así que no se inicien obras que no lleguen a concluirse; que se pague lo justo, de acuerdo al precio de mercado; que se cuente con los estudios previos necesarios para evitar futuras externalidades; y que, además, se entreguen al servicio, garantizando su funcionalidad por un tiempo técnicamente establecido, contemplando su sostenibilidad y continuidad, con sentido de responsabilidad social, aprovechando debidamente los recursos públicos (p. 201).

Asimismo, la autora precisa que en materia de contratación pública, la planeación es *“la acción técnica y legal de contratar, de administrar el cumplimiento de obras públicas que se puedan costear, realizar, mantener y cuyo costo/beneficio implique soluciones a problemas físicos y sociales que redunden en el desarrollo de las comunidades y la inclusión dentro de la sociedad de quienes han estado históricamente en lo marginal. Así, la sociedad gana en competitividad para enfrentar los retos de la globalización y la influencia de lo externo, en lo local, regional y nacional”* (Aponte, 2014, p. 201).

De lo mencionado por Aponte (2014) se concluye que la idea tradicional de que planear es simplemente anticiparse al futuro es errónea, debido a que se sugiere que la planeación carece de una esfera científica y técnica, siendo entonces, un conjunto de acciones sin objetivo y sin un alcance de ejecución, control y gestión continua (p. 202).

5.2.4 La desigualdad entre las partes

Una de las principales particularidades de la contratación pública son las facultades exorbitantes de la entidad estatal que convoca el proyecto en relación a su contraparte privada.

En primer lugar, como es de suponer las partes carecen de libertad para contratar debido a que para la elección de la contraparte del contrato se debe llevar a cabo un proceso de selección, regido normativamente mediante procedimientos y etapas, es así que a veces el Estado no contrata con quien prefiere sino con el que resulta ganador de un determinado proceso de selección, en virtud a que reúne las características y condiciones necesarias para la exitosa ejecución del proyecto.

En segundo lugar, no existe libertad contractual propiamente dicha, toda vez que el contenido del contrato no es producto de la negociación y el acuerdo de las partes sino de la voluntad unilateral de la entidad pública, el mismo que deberá ser aceptado por el privado de manera íntegra.

Asimismo, en este tipo de contratación, el privado se encuentra subordinado a lo que la entidad pública requiere, bajo las condiciones que impone y según el presupuesto con el que cuenta; asimismo, una vez que el proyecto se encuentra en ejecución, la entidad pública sigue poseyendo prerrogativas inusuales como, por ejemplo, supervisar la contraprestación de su contraparte, interpretar el contrato administrativamente, modificar el contrato según sus necesidades, resolver unilateralmente el contrato si lo cree conveniente, puede asimismo reasumir la prestación en caso de incumplimiento, sancionar al agente privado en caso de que este cometa alguna infracción, adicionalmente puede revocar el contrato en cualquier momento por inconveniencia, entre otras facultades.

Lo señalado se diferencia ampliamente de lo estipulado en un contrato civil, que es regido por el principio de igualdad entre las partes, por lo cual cualquier alteración a las condiciones previstas se realiza conforme a la mutua negociación y aceptación, y es que a diferencia de un contrato administrativo la relación de las partes está basada en la coordinación y autonomía en un contexto de igualdad (Morón, 2016, p. 61)

5.2.5 La publicidad y la transparencia

Al tratarse de asuntos de interés público, las contrataciones públicas en las cuales participa el Estado se rigen bajo el principio de publicidad y transparencia, en ese sentido, cada fase de la contratación debe ser debidamente publicitada y permitir el acceso del público para su conocimiento, de esa manera se busca que la ciudadanía imparta un tipo de control social sobre cada proyecto.

En efecto, esta obligación por parte del estado no solo comprende el derecho de acceso de información de los usuarios sino también supone deberes a los funcionarios públicos de brindar las facilidades para que el proceso de contratación se lleve a cabo bajo la transparencia debida, asegurando la atención oportuna de los requerimientos de información planteados, así como la aclaración de las bases, la absolución de las observaciones que puedan darse al momento de la convocatoria pública, la motivación que explique la selección de un postor o brindar información requerida por los órganos de control, entre otros.

De manera opuesta, un contrato regulado por el código civil no necesita ser público para tener validez, sin embargo, existe la posibilidad de que el mismo sea inscrito en la Superintendencia Nacional de Registros Públicos para lograr la debida seguridad jurídica en ciertas circunstancias como, por ejemplo, la compra y venta de una propiedad.

5.2.6 El efecto del contrato administrativo frente a terceros

Como es de esperarse la celebración de contratos administrativos, sobre todo de aquellos cuya finalidad es la provisión de alguna infraestructura o servicio tienen efecto sobre terceros no relacionados estrechamente en la propia contratación, es decir, por ejemplo, la concesión de una carretera tendrá efecto sobre los usuarios debido a que asumen el cobro del peaje a cambio del uso de la infraestructura vial. A diferencia de los contratos privados que solo producen efectos sobre las partes contratantes (res inter alios acta) (Morón, 2016, p. 68).

5.3 Principios de las APP

A través del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, se establecieron los principios aplicables a todas las fases de las APPs. Estos principios sirven de guías o reglas matrices que dirigen la implementación de este tipo de proyectos. En ese sentido, se han previsto los siguientes principios: (i) competencia, (ii) transparencia, (iii) enfoque de resultados, (iv) planificación, (v) responsabilidad presupuestal, (vi) integridad. Asimismo, se incluyen dos principios adicionales específicamente vinculados a las APPs.

5.3.1 Competencia

Debido a su propia naturaleza, los contratos de APPs tienen carácter monopólico, debido a que asignan a un determinado inversionista privado la explotación de un bien o servicio público por un período determinado pero prolongado. De acuerdo a ello, mediante el principio de competencia se estipula que los procesos de promoción de la

inversión privada están orientadas a generar competencia entre los que se presentan, todo ello por supuesto, dentro de un marco de igualdad de trato y abolición de conductas anticompetitivas o colusorias.

Con dicho principio se busca promover la participación del mayor número de interesados posible, a fin de que exista una verdadera competencia por el proyecto y que consecuentemente se pueda elegir al postor con mejor capacidad técnica y experiencia para cumplir con la finalidad del proyecto (Banco Interamericano de Desarrollo, 2016, p. 27).

5.3.2 Transparencia

Este principio supone que toda la información tanto cuantitativa como cualitativa que se utilice para la toma de decisiones en las etapas de evaluación, desarrollo, adjudicación, implementación y rendición de cuentas de un proyecto de APP, es de acceso y conocimiento público, en correspondencia con el principio de publicidad reconocido en las normas que regulan el acceso a la información pública en Perú⁷.

Sin embargo, corresponde indicar que este principio cuenta con una excepción dispuesta en la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1362, que dispone que es información confidencial la referida a las evaluaciones económico financiera que sirven para determinar las variables de competencia utilizadas en el diseño y estructuración de los procesos de promoción de la inversión privada que forman parte del Registro Nacional de Contratos de Asociaciones Público Privadas, y por lo tanto, no corresponde su acceso al público.

A grandes rasgos, es pertinente resaltar la importancia que conlleva la aplicación de este principio, pues permite un proceso de contratación transparente en cualquiera de sus fases. Lo señalado debe ser relacionado con lo regulado en otras normas, como el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, y las excepciones que regula, que en su artículo 17 limita el derecho de acceso

⁷ Para la verdadera aplicación de este principio, será necesaria la debida implementación y actualización del Registro Nacional de Contratos de Asociaciones Público Privadas.

a la información pública, precisando que no puede ser concedido respecto a aquella información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas durante el proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, hasta que dicha decisión se tome y se haga referencia expresa a los consejos y recomendaciones efectuadas.

En ese orden de ideas, no cabe duda la importancia de promocionar y publicitar las diferentes etapas y fases de un proceso de contratación de APP; no obstante, es necesario tomar conocimiento que no toda la información puede ser brindada al público, pues existen ciertas excepciones al derecho de acceso a la información y ciertos contenidos de carácter confidencial.

5.3.3 Enfoque de Resultados

De conformidad con lo establecido en el numeral 3) del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1362, el principio de enfoque de resultados establece que las entidades públicas, en el desarrollo de sus funciones, adoptan las acciones que permitan la ejecución oportuna y sin retrasos de la inversión privada y que además, identifiquen, informen e implementen acciones orientadas a resolver los problemas que puedan producirse durante el desarrollo de la APP. Para la aplicación del mencionado principio se han establecido las siguientes reglas:

“Artículo 4. Principios

(...)

3. Enfoque de resultados:

(...)

- a. Entre dos o más alternativas legalmente viables, se debe optar por la que permita la ejecución del proyecto en los plazos correspondientes, la que promueva la inversión, la que garantice la disponibilidad del servicio, la que permita alcanzar o mantener los niveles de servicio del proyecto, o la que resulte más conveniente en términos de costos, eficiencia o sostenibilidad.*

b. En todas las fases del proyecto, se da celeridad a las actuaciones, evitando acciones que generen retrasos basados en meros formalismos.

c. En el caso de controversias durante la ejecución del proyecto, cuando se cuente con pruebas, evaluaciones o elementos de juicio que permitan determinar que es más conveniente, en términos de costo beneficio, optar por el trato directo, en lugar de acudir al arbitraje, se opta por resolver dichas controversias mediante trato directo”.

En efecto, las decisiones que toman las entidades públicas deben buscar garantizar la eficiencia y efectividad de la ejecución de los proyectos de APPs identificando a priori las acciones necesarias para el cumplimiento exitoso del contrato y su finalidad social.

5.3.4 Planificación

De acuerdo con el numeral 4) del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1362, el principio de planificación establece que el Estado, a través de los ministerios, gobiernos regionales y gobiernos locales, prioriza y orienta el desarrollo ordenado de las APPs según las prioridades nacionales, sectoriales, regionales y locales, considerando para esto la política de descentralización del país.

La planificación de la cartera de proyectos de estas entidades debe considerar sus necesidades y el impacto socioeconómico de los proyectos, de manera que se genere una cartera referencial de proyectos por cada entidad.

Debido a la complejidad y el alcance de largo plazo, se requiere además trabajar en compromiso con la sociedad civil para el uso exitoso de las APPs, especialmente cuando las APPs proveen servicios públicos que son esenciales para el desarrollo del país.

La consulta activa y el involucramiento con los actores de las APPs deben ser elementos integrales del proceso de desarrollo del proyecto; se debe promover el involucramiento de los usuarios finales en él, de manera que el proyecto sea percibido como legítimo.

Con la finalidad de compatibilizar el principio de planificación en las Iniciativas Privadas Cofinanciadas (IPC), el Decreto Legislativo N° 1362 establece, en el numeral 46.1 de su artículo 46 que, la presentación de IPC para proyectos a ser financiados total o parcialmente por el Gobierno Nacional se realicen sobre las materias que se determinen mediante Decreto Supremo refrendado por los ministerios solicitantes y el Ministerio de Economía y Finanzas. Con esto, se busca que los sectores identifiquen sus necesidades de intervención en infraestructura sobre las cuales desean recibir propuestas del sector privado.

5.3.5 Responsabilidad Presupuestal

Las APPs, independientemente de su clasificación como autofinanciadas o cofinanciadas o de su origen como iniciativa estatal o iniciativa privada, implican que el Estado asuma, por largos años, compromisos de pago firmes (obligación de pago de montos específicos o cuantificables) o contingentes (posibles pagos que se activarán solo por la ocurrencia de determinados supuestos previstos en el contrato, denominados “contingentes fiscales”) que lo obligarán a destinar recursos públicos para cumplir con sus obligaciones. Adicionalmente, se debe tener presente que el ciclo presupuestal es de periodicidad anual, por lo que existe el riesgo de que la fecha para cumplir con los compromisos de pago no calce con la disposición de los recursos públicos necesarios.

En vista de esto, la normativa de APP exige que las entidades públicas tengan en consideración su capacidad de pago; es decir, su capacidad presupuestal tanto en monto como en oportunidad, para asumir los compromisos de pago en los contratos de APP, a fin de no comprometer el equilibrio presupuestario, la sostenibilidad de las finanzas públicas y la prestación regular de los servicios públicos. Sobre el particular, no se debe confundir la exigencia de capacidad presupuestal exigida por este principio con el destino de los recursos públicos, pues los ministerios, gobiernos regionales y gobiernos locales son las autoridades competentes para decidir en qué proyectos utilizan sus recursos.

Como menciona la OCDE (2012), las APP son más difíciles de integrar al presupuesto anual que los gastos ordinarios, ya que las obligaciones de APP son multianuales. Esto ocasiona que las evaluaciones presupuestarias de las APP sean particularmente importantes en etapas tempranas del proyecto. A fin de lograr esto, el marco normativo vigente en Perú establece la elaboración del Informe Multianual de Inversiones en APP, el cual, en la sección de programación, contiene la información presupuestaria de los proyectos de APP de las entidades públicas.

5.3.6 Integridad

Este principio está vinculado a la calidad moral y ética de los participantes tanto del concurso para la adjudicación de la APP como de aquellos que ya se encuentran dentro de la etapa contractual. El Decreto Legislativo N° 1362 la define como *“la conducta de quienes participan en los procesos de promoción de la inversión privada está guiada por la honestidad, la rectitud, la honradez y la veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la que, en caso de producirse, es comunicada a las autoridades competentes, de manera directa y oportuna”*.

5.3.7 Valor por Dinero

De acuerdo con la normativa, el principio de valor por dinero tiene como objetivo la búsqueda de la combinación óptima entre los costos y la calidad del servicio público ofrecido a los usuarios, teniendo en cuenta una adecuada distribución de riesgos en todas las fases del proyecto de APP. La generación de valor por dinero en las fases de desarrollo de las APP es responsabilidad de la entidad pública y puede darse, entre otros, en el momento de:

- Priorizar los proyectos que generen un mayor valor para la sociedad en su conjunto, considerando el manejo eficiente de los recursos.
- Seleccionar la modalidad de ejecución más adecuada para llevar a cabo el proyecto, teniendo en cuenta la aplicación de los criterios de elegibilidad.

- Identificar los riesgos y distribuirlos a aquella parte con mayores capacidades para administrarlos.
- Asegurar las condiciones de competencia, a través de un proceso de promoción transparente, garantizando la igualdad de condiciones entre todos los participantes.

Asimismo, es importante notar que el valor por dinero generado durante las fases de una APP debe mantenerse durante la fase de ejecución contractual, lo que implica que, de necesitarse un proceso de renegociación contractual, este se realice de una forma transparente, basado en las condiciones del contrato original y de acuerdo con los procedimientos establecidos en la normativa vigente. Según la OCDE (2012), las entidades públicas deben estar suficientemente preparadas para la fase de ejecución contractual, ya que mantener y asegurar el valor por dinero requiere de la misma vigilancia y esfuerzo necesarios durante las fases previas de desarrollo del proyecto de APP.

5.3.8 Adecuada Distribución de Riesgos

Vinculado al Valor por Dinero, este principio establece que debe existir una adecuada distribución de riesgos entre las partes (pública y privada), de manera que estos sean asignados a aquella parte con mayores capacidades para administrarlos, considerando el perfil de riesgos del proyecto. La mayor capacidad para administrarlos puede entenderse como contar con mayor experiencia, conocimiento o herramientas para evitar su ocurrencia o, en caso de que ocurran, para mitigarlos de la mejor forma y al menor costo posible.

Si bien existen determinados riesgos que por lo general son asumidos por la parte privada, como el de diseño y construcción, su distribución final dependerá de diversos factores, como el tipo del proyecto de APP y el objetivo del mismo.

Por eso, la normativa de APP señala que, para una adecuada distribución, se debe tener en cuenta el perfil de los riesgos por cada proyecto, de manera particular. Se

debe considerar que los riesgos retenidos por el Estado son un factor clave para el análisis del impacto fiscal.

Este principio se alinea con lo mencionado por la OCDE (2012) al establecer que los riesgos deben ser definidos, identificados, medidos y asignados a la parte a la que le cueste menos prevenirlo o a aquella cuyo costo, en caso de que el riesgo se materialice, sea menor. Asimismo, de acuerdo con la mencionada organización, es preciso tomar en cuenta que los riesgos no deben ser transferidos al sector privado solo por el hecho de traspasarlos o para alcanzar un tratamiento contable ventajoso.

La herramienta más adecuada para fijar la distribución de los riesgos es sin duda el contrato, el cual debe ser realizado de acuerdo a ciertas directrices. Como señala Rodríguez (2007), la mejor práctica requiere que la problemática del riesgo sea traducida en una política de administración eficiente, y que enfrente de manera adecuada los problemas que ello genera. El proceso de administración de riesgos inicia, como es lógico, con la identificación de los riesgos a los cuales podrían estar expuestas las partes que forman parte del proyecto, seguida por su correspondiente valoración y adjudicación (p. 17).

La doctrina ha consensuado que las fases para asignar el riesgo son:

- (i) Identificación, esta fase debe tener en consideración todos aquellos riesgos que podrían suponer un peligro para el proyecto. Para la correcta identificación de los riesgos se tiene la naturaleza de cada tipo de proyecto, pues no es igual los riesgos que se puedan producir en un contrato para la construcción de un aeropuerto, que para la construcción de una represa.
- (ii) Determinación de su probabilidad, luego de haber identificado los posibles riesgos a ocurrir se debe evaluar la probabilidad de su ocurrencia y la posible intensidad en la que se presente; ello con la finalidad de formular la mejor respuesta para abordar el riesgo y determinar cuál de las partes debe asumirlo por encontrarse en mejor condición para ello.

- (iii) Asignación, la parte a la que se le haya asignado el riesgo será la responsable de hacerse cargo de los efectos producidos, sin recibir una indemnización de la otra parte.

5.4 Marco Normativo del Contrato de APP

5.4.1 Introducción

Durante la década del noventa se produjeron en nuestro país una serie de importantes modificaciones, que incluyeron cambios normativos, de organización y del modelo económico. Ello significó una transformación sustancial al rol que el Estado venía desempeñando en la economía nacional y se instituyó una reforma integral que incluyó sobre todo a nuestra política económica, con la finalidad de implementar medidas que promoviesen la apertura comercial, la desregulación y eliminación de trabas y la promoción de la inversión privada, todo ello con el objetivo de incentivar el crecimiento económico (Contraloría General de la República, 2016, p. 11).

Es bajo ese razonamiento que se decide implementar un marco normativo e institucional que incentive la labor en conjunto del Estado y el sector privado. En ese sentido, resulta innegable que, para que un modelo opere correctamente necesita de un marco legal que reconozca instituciones públicas eficientes y eficaces, así como un sector privado comprometido con los objetivos y las políticas públicas destinadas a impulsar el desarrollo de infraestructura y la provisión de servicios públicos de acuerdo a estándares de calidad orientados al alcance de objetivos sociales predeterminados.

Independientemente a la modalidad de APP utilizada, los acuerdos APP exitosos se han desarrollado dentro de un contexto inclusivo y participativo, bajo principios de confianza y cooperación, y con la provisión de marcos regulatorios estables y predecibles para el largo plazo, y la asignación efectiva de riesgos e innovadoras formas de financiamiento para ambas partes. El apoyo político a las APPs para la provisión de bienes y servicios públicos por parte del Estado ha demostrado ser fundamental para brindar confianza a los inversionistas. Asimismo, la experiencia ha

demostrado que se requiere acceso a la información técnica, transparencia en las licitaciones y negociaciones de contratos, información sobre finanzas públicas e inversión pública y finalmente mecanismos eficientes y ágiles para la resolución de conflictos y el arbitraje (Banco Interamericano de Desarrollo, 2011).

Nuestro país debe buscar la instauración de un marco legal adecuado para el fortalecimiento de la confianza con los inversionistas que no solo permita aumentar los proyectos celebrados en conjunto, sino que además fomente el trabajo mutuo de las partes. Asimismo, debe contemplarse la existencia de organismos técnicos especializados en la materia que permitan el eficiente desenvolvimiento de este tipo de contratos.

Según el Banco Interamericano del Desarrollo (2011), el éxito de los acuerdos de APP se debe principalmente a:

- (i) Claras pautas de política sobre la participación privada y pública en la economía y sus sectores.
- (ii) El establecimiento de un marco legal y regulatorio integral y previsible.
- (iii) La atención a normas y prácticas convencionalmente aceptadas por cada sector.
- (iv) Amplia información sobre la inversión pública y proyectos de inversión.
- (v) La posibilidad de realizar consultas y la existencia de procedimientos y aprobaciones que garanticen una transparente competencia entre los postores.

En atención a lo mencionado, es necesario destacar el rol que cumplirán estos organismos especializados en la ejecución de este tipo de proyectos. La necesidad de contar con funcionarios públicos técnicos preparados para el desarrollo de cada fase de una APP, brindar los recursos necesarios para reducir la brecha informativa entre las partes contratantes. Es necesario que la capacitación este dirigida para preparar la estrategia pública, los criterios de selección de proyectos, la evaluación de estos, la negociación de la APP, y finalmente el monitoreo y supervisión del cumplimiento de la finalidad pública de cada proyecto.

5.4.2 Antecedentes

El marco regulatorio relacionado a las APPs ha ido evolucionando desde los años noventa durante el período de la transición pasando por distintos instrumentos normativos hasta la actualidad con una marco legal bien definido y delimitado.

En primer lugar, entre los años 1970 y 1980, nuestro gobierno adoptó como medida económica la nacionalización de empresas extranjeras, la política fue aplicándose progresivamente a todos los sectores; sin embargo, finalizó cuando el Estado pretendió nacionalizar la banca local sin éxito alguno. Es entonces que, bajo ese contexto, se implementa una nueva política económica, en la cual se le otorga al Estado un rol subsidiario de proveedor de bienes y servicios; limitando su participación a servicios básicos como salud y educación; de esa manera se devolvió el protagonismo al sector privado en proyectos de infraestructura y aprovisionamiento de servicios.

En esa línea, en el año 1991 se promulgó el Decreto Legislativo N° 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado, que implementó el Programa de Privatizaciones, que volvió a consagrar como protagonista de la inversión al sector privado. Con este instrumento normativo se transfería activos estatales (tangibles e intangibles) al sector privado a cambio de una contraprestación, que permitía a su vez mejorar la cobertura y calidad de los servicios públicos, tales como telecomunicaciones o energía, los cuales se ampliaron considerablemente. Sin embargo, como toda nueva regulación, el programa de privatizaciones conto también con algunos desafíos como el rechazo social y sentencias del Poder Judicial que consideraron a las privatizaciones como ventas del patrimonio estatal a inversionistas principalmente extranjeros (BID, 2016 pp. 22-24).

El 13 de noviembre de 1991 se promulgó también el Decreto Legislativo N° 758, norma para la promoción de las inversiones privadas en infraestructura de servicios públicos, que fue modificada por el Decreto Legislativo N° 839, Ley de Promoción de la Inversión

Privada en Obras Públicas de Infraestructura y Servicios Públicos publicado el 20 de agosto de 1996. Ambas normas sirvieron de insumo para la elaboración del Texto Único Ordenado de Concesiones, promulgado mediante el Decreto Supremo N° 059-96-PCM, en agosto de 1996, que declaró de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, de esa manera se impulsó la provisión de infraestructura pública y servicios públicos, estableciendo un régimen jurídico único y exclusivo para las concesiones.

Asimismo, la OCDE (2007) señaló que, para enfrentar las necesidades de inversión en infraestructura era indispensable que los gobiernos complementen la inversión pública con la movilización de recursos privados, lo cual se traduciría en beneficios adicionales, no solo en temas de financiamiento, sino que permitía a su vez aprovechar los conocimientos y capacidades del sector privado en provecho de los usuarios (como se cita en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1224).

5.4.3 Evolución Normativa

- Decreto Legislativo N° 1012

Dentro del marco legal nacional, el concepto de APP propiamente dicho fue consolidado recién con el Decreto Legislativo N° 1012, Decreto Legislativo que aprobó la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la Generación de Empleo Productivo y dictó normas para la agilización de los Procesos de Promoción de la Inversión Privada, publicado el 13 de mayo de 2008. No obstante ello, ya en el año 2005, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión) publicó el documento denominado “Las Asociaciones Público-Privadas en el Perú” en el cual estableció comparaciones entre las APPs y las concesiones cofinanciadas. De acuerdo a ese documento, Proinversión estableció que la APP dentro del marco legislativo peruano adoptaba la forma de concesión, es decir, un contrato celebrado entre el Estado y una empresa del sector privado, a través del cual una entidad pública concedía, por un plazo determinado, la explotación y ejecución de algún proyecto de infraestructura o la prestación de algún servicio público.

El Decreto Legislativo N° 1012 represento pues, la piedra angular de toda una nueva estrategia para mejorar la eficiencia y eficacia de los proyectos de infraestructura y/o en la prestación de servicios públicos. Para dicho cometido, este instrumento normativo no solo dispuso los principios, características y clasificación de las APPs, sino que además incorporó medidas para agilizar los procesos de promoción de la inversión privada y para mejorar los niveles de calidad de los servicios públicos a un costo menor (Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1012, 2008, p. 8).

En cuanto a su análisis del costo – beneficio se determinó que el mencionado decreto legislativo no generaba ningún costo adicional al presupuesto nacional. Sin embargo, desarrollar proyectos bajo el esquema de APPs implicaba compromisos firmes y contingentes cuantificables, así como garantías por parte del Estado. Por otro lado, la norma propuesta permitía acceder a beneficios de la economía en general tanto como para mejorar la competitividad y asegurar un mayor nivel de bienestar para la ciudadanía mediante el mecanismo de promoción y participación del sector privado en proyectos de inversión a través de contratos, lo cual conlleva como beneficio el desarrollo de infraestructura y el mejoramiento de la calidad de la prestación de los servicios públicos (Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1012, 2008, p. 9).

Sobre el particular, el Banco Interamericano del Desarrollo (2016) señaló que el Decreto Legislativo N° 1012 contó con las siguientes particularidades:

- Estableció un régimen uniformizado en relación a las APPs.
- Incorporó principios rectores para el desarrollo de los proyectos de inversión público-privada.
- Estableció reglas comunes para promover cualquier tipo de proyecto de inversión.
- Clasificó las APPs en autosostenibles y cofinanciadas.
- Identificó, no excluyentemente, de los tipos de proyectos de inversión que pueden ser promovidos mediante las APPs.
- Aplicó en la metodología el concepto de uso por dinero.

Para su adecuada implementación y ejecución, a través del Decreto Supremo N° 146-2008-EF se aprobó el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, publicado el 9 de diciembre de 2008⁸, definió de alguna manera el panorama de aplicación del Decreto Legislativo N° 1012, aclarando y profundizando los conceptos básicos, sobre todo en materia de APPs, estableciendo su clasificación, características, la limitación de no celebrar adendas durante los primeros cuatro años del contrato de APP, entre otros.

No obstante lo mencionado, una consultoría realizada por McKinsey & Company (2013) sobre el proceso de desarrollo de APP bajo la normativa anterior, identificó que solo 15% del tiempo para desarrollar el proyecto fue de utilidad, ya que el resto se desperdició debido a retrabajos y problemas de planificación. Asimismo, el estudio indicó oportunidades de mejora en las fases de planeamiento y estructuración de los proyectos para minimizar cambios en el diseño y la necesidad de reprocesos. Por otro lado, el estudio recalcó la necesidad de mecanismos definidos de seguimiento y monitoreo durante las fases de formulación y promoción. En cuanto a este último aspecto, la falta de coordinación y gestión temprana de posibles aspectos críticos generaba tiempos muertos, retrabajos, nuevas y dilatadas interacciones con entidades (citado en BID, 2016, p. 38).

De conformidad con lo señalado, no cabe duda que la promulgación del Decreto Legislativo N° 1012 y su posterior Reglamento significó un hito importante en relación con la regulación necesaria para incentivar que la inversión privada sea utilizada en prioridades públicas.

- Decreto Legislativo N° 1224

Posteriormente se promulgó el Decreto Legislativo N° 1224 que aprobó la Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y

8 Posteriormente modificado por los Decretos Supremos N° 144-2009-EF, N° 106-2011-EF y N° 226-2012-EF y dejado sin efecto por el Decreto Supremo N° 127-2014-EF, que aprobó un nuevo Reglamento para el Decreto Legislativo N° 1012, publicado el 31 de mayo de 2014.

Proyectos en Activos, publicado el 25 de septiembre de 2015, cuyo principal aporte está relacionado con la predictibilidad y estabilidad jurídica en materia de inversiones, debido a que en ese momento se encontraban vigentes distintas normas sobre la materia que no se relacionaban y hasta se contradecían. En ese sentido, se buscó la promulgación de un marco regulatorio que unifique las disposiciones de manera clara buscando mejorar el contexto en que se desenvuelven las inversiones en nuestro país.

Mediante el Decreto Supremo N° 410-2015-EF, se aprobó el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, publicado el 27 de diciembre de 2015, que complemento y desarrollo a mayor detalle lo articulado en el decreto legislativo. El 31 de agosto de 2017 se aprobó el Decreto Supremo N° 254-2017-EF, que aprobó el TUO del Decreto Legislativo N° 1224, el cual significó la consolidación de las disposiciones vertidas en los Decretos Legislativos N° 1224 y N° 1251 y el desarrollo normativo de las APPs en los tres niveles de gobierno, unificándolos el marco técnico legal, de acuerdo a los estándares internacionales.

Corresponde señalar que en el marco de las acciones realizadas por el Estado peruano para el cumplimiento del Programa País⁹ suscrito con la OCDE en diciembre del 2014, con la finalidad de establecer las condiciones para una cooperación mutuamente benéfica, promoviendo la adhesión a los instrumentos de la OCDE y la efectiva implementación de los estándares y mejores prácticas de dicha organización y los avances en nuestra propia agenda nacional respecto a las políticas públicas aún por implementar, con especial énfasis en el crecimiento económico sostenible e inclusión social, fortaleciendo la competitividad y la diversificación de nuestra economía, efectivizando a las instituciones públicas y alcanzando mejores resultados ambientales (Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 410-2015-EF, 2015, p. 2)¹⁰.

9 Este programa tiene una vigencia de dos años y ha sido establecido como una herramienta para apoyar a las economías dinámicas en el diseño de sus reformas y en el fortalecimiento de sus políticas públicas.

10 Corresponde precisar que, en octubre de 2015 la OCDE publicó el primer volumen del Estudio Multidimensional del Perú, en el cual aborda, entre otros temas, los retos del país en relación a la brecha de infraestructura. Respecto a las APPs, este estudio señaló que pese haber implementado un marco institucional mejorado, la distribución de responsabilidades entre las entidades planteada dificultaba las coordinaciones necesarias para la ejecución de los proyectos.

Entre los compromisos asumidos por nuestro país de acuerdo a la Recomendación del Consejo sobre Principios para Gobernanza Pública de las Asociaciones Público Privadas¹¹, es que el mencionado Decreto Legislativo tuvo como principal objetivo unificar el marco legal aplicable a los procesos de promoción de la inversión privada con especial énfasis en las APPs y propiciar un ambiente dinámico para la participación de la inversión privada.

Por su parte, el Banco Mundial (2014) reconoció la importancia de contar con pautas generales para la implementación de las Asociaciones Público Privadas, al señalar que los principios rectores de las políticas de Asociaciones Público Privadas son las reglas matrices o el código de conducta a seguir para la implementación de este tipo de proyectos. En esa línea, mediante el mencionado instrumento normativo se pretendió garantizar la aplicación de los principios rectores para cualquier modalidad de la inversión privada en nuestro país (citado en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1224, 2015, p. 6).

En ese orden de ideas, con este decreto legislativo y su reglamento se pretendió derogar aquellos instrumentos normativos desfasados y fusionar aquellos cuyo contenido era aún necesario pero que se encontraba disperso en diferentes dispositivos legales, de esa manera se contaría con un marco normativo unificado, claro y acorde con las mejores prácticas a nivel internacional.

- Decreto Supremo N° 077-2016-EF

Mediante el Decreto Supremo N° 077-2016-EF, se aprobó la Política Nacional de promoción de la Inversión Privada en Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, publicado el 11 de abril de 2016, cuyo principal objetivo es fomentar la participación del sector privado en las modalidades de APP y Proyectos en activos para el desarrollo de proyectos que contribuyan de manera eficiente al cierre de la

11 Corresponde señalar que nuestro país al pertenecer al Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC) desde 1998, y en su condición de país miembro debe cumplir con compromisos relacionados a la promoción de la participación del sector privado en la ejecución de proyectos de infraestructura.

brecha de infraestructura pública en el país, mejoren la calidad y balance de la prestación de servicios públicos, impulsen la dinámica económica, la generación de empleo productivo y la competitividad del país.

- Resolución Ministerial N° 167-2016-EF/15

A través de la Resolución Ministerial N° 167-2016-EF/2015, se aprobaron los Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociaciones Públicas Privadas, publicado el 30 de mayo de 2016. Este documento estableció un listado de los riesgos más usuales en la ejecución de un proyecto de APP, dividiendo al mismo en dos etapas, la primera concerniente al diseño y construcción y la segunda, en relación con las actividades de operación y mantenimiento. La dinámica de estos lineamientos es describir el tipo de riesgo posible a suceder y, presentar una práctica recomendada para su asignación y mitigación.

Este documento no es de carácter vinculante, pese a que el alejamiento de la práctica recomendada por estos deba ser debidamente fundamentado por la entidad pública encargada del proyecto. Asimismo, las asignaciones planteadas no son obligatorias, pues también dependerá del perfil del propio proyecto de APP.

- Decreto Legislativo N° 1362

El 23 de julio de 2018 se promulgó el Decreto Legislativo N° 1362, que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos que deroga e introduce mejoras a la normativa anterior (Decreto Legislativo N° 1224, su Reglamento y modificatorias), en su exposición de motivos de advirtió que la normativa que regulaba la materia contaba con algunas deficiencias, entre ellas, las siguientes:

- El Decreto Legislativo N° 1224 y sus modificatorias no se encontraban correctamente sistematizadas, lo que conlleva a dificultades de implementación e interpretación, pese a que la misma problemática fue la que trato de solucionar el propio Decreto Legislativo N° 1224.
- Poco aprovechamiento de la experiencia de los socios privados en la formulación y estructuración de proyectos de niveles de complejidad superior.
- Uso ineficiente de recursos en proyectos inactivos o en abandono.
- Inadecuada programación de proyectos, generándose la posibilidad de inconsistencias en los compromisos fiscales a ser asumidos por entidades públicas.
- Inadecuado seguimiento y acompañamiento a los proyectos, lo cual se agrava al considerar que a la fecha esta función se comparte con el Ministerio de Economía y Finanzas y Proinversión.
- Inadecuados niveles de transparencia, respecto de la información vinculada a los procesos de promoción de la inversión privada; lo que a su vez reduce los niveles de predictibilidad de la actuación de las entidades que conforman el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada.
- Existencia de reglas y definiciones de alcance general poco claras.

En virtud de esas ineficiencias es que se promueve la promulgación de un decreto legislativo que permita cubrir las deficiencias y obtener un mejor contexto para el desenvolvimiento de las inversiones privadas en el sector público, con especial énfasis en las APPs.

5.4.4 Conclusiones

En virtud de los instrumentos normativos desarrollados en los acápite anteriores se desarrolló un marco normativo para promoción de la inversión privada, haciendo especial énfasis en las APPs. En virtud de lo desarrollado se logró incrementar de forma progresiva el número de proyectos adjudicados mediante esta modalidad e ir reduciendo la brecha existente en infraestructura.

De acuerdo a la normativa nacional, la figura de APP no introduce per se un nuevo concepto o definición; al contrario, su objetivo es consolidar y/o sistematizar las distintas modalidades contractuales que regulan la participación conjunta de los sectores público y privado. De esta manera, las APPs representan un género, una técnica de realización de actividades públicas, en el que se agrupan otras figuras tanto tradicionales como mecanismos novedosos.

En una consultoría realizada por Infrastructure UK (2011), se identificaron las principales oportunidades de mejoras en los procesos de desarrollo de infraestructura y servicios en el marco de las APPs, obteniendo las siguientes conclusiones:

“El marco operacional debería contener, entre otros, los siguientes elementos:

- *Procesos estandarizados.*
- *Existencia de guías y metodologías claras.*
- *Contratos y documentación administrativa y de licitación estándares”.*

El diagnóstico también encontró que nuestro país presentaba los siguientes problemas:

- *Los proyectos carecen de dueño único a lo largo del ciclo de proyecto.*
- *Variabilidad alta en los procesos.*
- *Contratos y documentación de licitación y administrativa poco estandarizada y guías y metodologías casi inexistentes*
- *Falta de delimitación de jurisdicción y competencias de cada institución.*
- *Falta de comunicación y coordinación inter-institucional” (citado en BID, 2016, p. 42).*

De lo mencionado, es pertinente resaltar la necesidad de contar con un marco regulatorio que incluya políticas públicas claras, programas de inversión en infraestructura correctamente formulados y priorizados, así como leyes, reglamentos y contratos cuidadosamente diseñados.

Por otro lado, la OCDE (2015) identificó en relación a las APPs, los retos en infraestructura que enfrenta el país precisando que a pesar de contar con un marco institucional definido, la actual asignación de responsabilidades y competencias entre las entidades involucradas podría complicar la coordinación entre ellas. Asimismo, se identificaron debilidades en las etapas de priorización y planeamiento que podrían generar ineficiencias en la ejecución del proyecto, por lo que estudios de factibilidad y evaluaciones de valor por dinero ex-ante podrían ser la recomendación apropiada para resolver problemas en esas etapas.

CAPÍTULO VI: GESTIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS DE APP

6.1 Introducción

Un contrato bien estructurado disminuye los vacíos que puede generar la incertidumbre y reducir las interpretaciones que pueden desnaturalizar la esencia del contrato. Es en ese sentido que, el diseño de un contrato de APP debe tener en cuenta aspectos como la determinación de sus bienes, la adecuada asignación de competencias y riesgos, la posibilidad de uso de fideicomisos, restablecimiento del equilibrio económico - financiero, las garantías, los aspectos técnicos, los métodos de solución de conflictos, etc.

Los riesgos y su asignación son uno de los aspectos más importantes al momento de analizar la viabilidad de un proyecto y comparar los pros y contras de su desarrollo. La función del derecho no es determinar qué clase de riesgos puedan afectar la vida de un contrato sino establecer cuáles serán los principios reguladores que permitirán atribuir equitativamente los efectos que produce la presentación de uno o más riesgos en un contrato concreto.

En efecto, existen diferentes tipos de riesgos susceptibles a presentarse en cualquiera de las etapas de una APP. Los Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas, aprobados por el Ministerio de Economía y Finanzas han establecido una lista no exclusiva de los riesgos identificados agrupados en dos etapas: etapa de diseño y construcción y etapa de operación y mantenimiento.

Es así pues que, en la primera etapa podemos encontrar riesgos de diseño, construcción, expropiación de terrenos, geológicos, arqueológicos, ambientales, interferencias, de obtención de permisos y licencias, entre otros. Por su parte, en la

segunda etapa podemos hallar riesgos de ingresos, sobrecostos de explotación, inflación, mantenimiento, fuerza mayor, cambios regulatorios y no normativos, etcétera.

En ese sentido, en la actualidad contamos con un marco normativo que ha desarrollado las características, modalidades y condiciones de un contrato de APP; no obstante, es notable que falta o mejor dicho que es insípida la regulación en lo concerniente a la gestión de riesgos probables de ocurrir en la ejecución del proyecto de APP, habiéndose solo establecido lineamientos que sugieren como asignar los riesgos y mitigarlos, empero estas directrices carecen de un carácter vinculante y de una metodología preestablecida, provocando que cada entidad, por ejemplo Proinversión y OSITRAN, manejen sus propias matrices de riesgos dependiendo de cada contrato sin que sigan una sola línea integrada de acción.

6.2 Definición del Riesgo Contractual

En un sentido amplio, el riesgo es definido por la Real Academia Española como la contingencia o proximidad de un daño, una cosa que puede suceder o no, que puede ser previsto o imprevisto. El riesgo es igualmente definido como la posibilidad de que el proyecto, sus eventos, el impacto y la dinámica de sus resultados se presenten de una manera diferente a la prevista por las partes.

Desde un punto de vista económico, el riesgo puede ser definido como la pérdida financiera que el inversionista debe soportar al colocar sus fondos líquidos y sus esfuerzos profesionales en un determinado proyecto.

En términos legales, el riesgo se concibe como aquel peligro de naturaleza especial, respecto del cual alguien está obligado a soportar la pérdida o el deterioro que una cosa sufre por caso fortuito o fuerza mayor.

En materia de Contrataciones Públicas, los riesgos se refieren a las circunstancias imprevistas que puedan afectar la economía del contrato o de la inversión de manera tal que genere un desequilibrio económico respecto de lo pactado, en cuyo caso, se genera la obligación de la Administración Pública a restablecer la ecuación contractual, sin necesidad de haber realizado previamente la asignación de riesgos, debido a que es la ley la que generalmente atribuye al Estado esta obligación, como deber natural suyo.

Según Alpa (1981) el riesgo contractual puede ser:

- El riesgo del incumplimiento, es decir, cuando una de las contraprestaciones no es realizada por algún hecho voluntario o culposo del deudor o por la intervención de un tercero por *factum principis*, o por un hecho fortuito.
- El riesgo de la reducción de la satisfacción económica del negocio, por la preexistencia o el acaecimiento de circunstancias previstas, previsibles, o no previsibles que no son técnicamente incumplimientos al contrato sino una modificación a la economía contractual originaria.

En la primera hipótesis planteada por Alpa (1981), se distinguen dos supuestos diferentes, el primero, tiene que ver cuando la causa de la inejecución se da por un hecho imputable a un sujeto; y el segundo, cuando la inejecución se da por una causa extraña. Ambos supuestos son considerados clases de riesgo, sin embargo, en sentido estricto, riesgo solo sería el segundo supuesto, cuando el hecho extraño no es generado por ninguna de las partes.

En la segunda hipótesis, cuando cambia la economía originaria del contrato, es una situación que también describe el riesgo en sentido estricto, en la cual la prestación ha sido ejecutada y sin embargo no genera la satisfacción económica esperada debido a la pérdida de su utilidad económica.

Para definir correctamente el riesgo, es necesario separarlo del concepto de responsabilidad. La responsabilidad por incumplimiento tiene la finalidad de imponer sobre el deudor incumplido la carga del daño generado por un hecho que le es imputable; por su parte, el riesgo contractual supone más bien establecer quién y cómo va a soportar el riesgo identificado por las partes en el contrato.

6.3 Tipos de riesgos en los Contratos de APP

A continuación, se desarrollarán algunos de los riesgos más comunes en producirse en los proyectos regulados bajo el esquema de las APPs:

6.3.1 Riesgos Ambientales

Hoy en día, los Estados entienden y comparten la responsabilidad respecto del impacto ambiental que traen consigo determinados proyectos, principalmente mineros.

El riesgo ambiental está relacionado con aquel que se puede producir a consecuencia de un daño al ambiente natural o social por causa de la acción humana producto del desarrollo de un proyecto de APP (Rodríguez, 2007, p. 12).

Asimismo, estos riesgos se derivan del incumplimiento de las obligaciones legales o reglamentarias de carácter ambiental, así como las medidas correctoras definidas en la aprobación de los estudios ambientales, las licencias, los planes de manejo o de permisos y autorizaciones ambientales, las obligaciones de mitigación, las tareas de monitoreo y control de pasivos ambientales, entre otros (Morón, 2016, p. 74).

El riesgo ambiental también engloba cuestiones de insuficiencia normativa relacionada a la protección del medio ambiente y la necesidad de actualización de nuestro marco regulatorio a los estándares internacionales de las disposiciones ya existentes.

Sobre el particular, es pertinente señalar los “Principios de Ecuador”, que sirven de marco de gestión del riesgo para que las instituciones financieras determinen, valoren,

clasifiquen y gestionen el riesgo social y ambiental en los proyectos que financian y asesoran, de tal manera que brindan directrices generales acerca de la “debida diligencia” a considerarse al momento de implementar proyectos que puedan generar algún tipo de impacto ambiental. De acuerdo a Rodríguez (2007) estos principios fueron redactados con el único propósito de que los bancos y demás instituciones invirtieran únicamente en proyectos de desarrollo que adopte procedimientos y criterios acordes a las políticas ambientales autosostenibles (p. 13).

En esa misma línea, los Lineamientos para la asignación de riesgos aprobados por el Ministerio de Economía y Finanzas (2015), define a este tipo de riesgo como aquel producido por el incumplimiento de la normativa ambiental y de las medidas correctoras definidas en la aprobación de estudios ambientales. Entre sus consecuencias, puede producirse además del daño al medio ambiente, paralizaciones de la obra, sobrecostos, demoras, ejecución de penalidades, y hasta resolución del propio contrato (p. 8).

El mismo documento recomienda que este riesgo permanezca en la esfera estatal hasta la firma del contrato de APP debido a que el riesgo puede ser controlado en su esfera de dominio. Posteriormente, el mismo es traspasado al concesionario del proyecto, quién será la parte idónea para gestionar el riesgo, pues durante la ejecución del proyecto, el concesionario está en mejor posición para administrar el riesgo.

6.3.2 Riesgos Arqueológicos

El riesgo arqueológico, está referido al hallazgo de restos históricos relevantes que interrumpan, hagan inviable, encarezcan o difieran la ejecución de los contratos, que aumenten los costos de las intervenciones arqueológicas en la zona de obra, entre otros (Morón, 2016, p. 75). Este tipo de riesgos son de particular importancia, porque su producción suele en la mayoría de casos frustrar el proyecto debido a la necesidad de preservación de los restos arqueológicos que construyen y veneran nuestra historia.

La responsabilidad de asumir este riesgo dependerá de la ubicación y del tipo de proyecto de APP del que se trate, así como la disponibilidad de información técnica con la que cuenten cada una de las partes. El contrato entonces, tendrá que detallar, en primer lugar, la obligación de obtención de autorizaciones o permisos; y, el riesgo de levantamiento o rescate de restos arqueológicos. Como corresponde, el primer supuesto deberá ser asumido por el concesionario, mientras que con respecto al segundo supuesto se debe tener en cuenta el grado de probabilidad de descubrir algún resto arqueológico, por ejemplo, en nuestro país ese grado es superior y por ello, generalmente su impacto es también alto; de acuerdo a ello, es que los lineamientos elaborados por el Ministerio de Economía y Finanzas (2015) recomiendan que bajo esa premisa el riesgo sea asignado al Estado (p. 8).

En efecto, este tipo de riesgo no es exactamente difícil de imaginar o advertir, pues en la mayoría de contratos infraestructura cabe la posibilidad de toparnos con algún resto arqueológico; en ese sentido, parecería negligente no considerarlo al momento de elaborar el expediente técnico, toda vez que la precisión de un estudio arqueológico detallado, es la forma más eficiente de gestionar este tipo riesgo.

6.3.3 Riesgos de Diseño

Los Lineamientos aprobados por Ministerio de Economía y Finanzas en el 2015 señalan que este tipo de riesgos se deben a errores o deficiencias del propio diseño del proyecto que puede incidir negativamente en el costo o calidad de la infraestructura, el nivel del servicio, así como en el tiempo estimado de entrega de la obra o en cambios de las características o especificaciones de la misma (p. 3).

De acuerdo a la experiencia en este tipo de riesgos, se recomienda que su asignación sea otorgada al contratista o concesionario, debido a que, pese a que en las bases del contrato pueden establecerse características o especificaciones generales del proyecto, los estudios técnicos definitivos usados para su ejecución son elaborados por los contratistas y por lo tanto es justificable que se le asigne a este parte este riesgo.

No obstante, existen más variables que pueden ocurrir en el proceso. Imaginemos por ejemplo el caso en el cual el Estado se encarga mediante su equipo técnico del diseño del proyecto, dejando al privado solo parte ejecutiva del mismo. En este supuesto, el razonamiento cambiaría, debido a que el responsable de las deficiencias del diseño del proyecto sería el Estado. Así también tomemos el caso en que, el contratante decidió repartir las funciones del proyecto, es decir, elaboró un concurso público para elegir al contratista encargado de elaborar los estudios técnicos de diseño del proyecto y, por otro lado, realizó otro concurso para elegir al concesionario que ejecutaría el proyecto en sí, entonces, ante este supuesto lo razonable es que el responsable de las fallas o errores en el diseño sea la persona natural o jurídica que elaboró el estudio técnico de ingeniería que determinó el perfil que debía seguir el proyecto y cuyas especificaciones no resultaron eficientes.

Como bien señala Berrone P. Et al. (2018), con anterioridad a la etapa de licitación, la Administración ha debido realizar un estudio técnico previo a nivel informativo, que contenga de manera general las bases sobre las cuales se va a desarrollar el proyecto, por sus propias características este estudio no es completo ni contiene los diseños finales del proyecto. Por ello, puede suceder que, dada la poca definición del proyecto base, al entrar a la etapa de ejecución del proyecto se produzcan desviaciones entre el costo prediseñado y el costo real (p. 67).

Estos tipos de proyectos requieren, sin duda, de la máxima diligencia posible en la fase de elaboración del proyecto, anteproyecto o estudio definitivo de ingeniería, de manera que sea lo más detallado posible. Para se deben tener en cuenta factores como: el terreno, el subsuelo, si existen o no inmuebles a expropiar, si hay o no posibilidad de hallar restos arqueológicos, el método constructivo, los materiales, los acabados, entre otros. Este riesgo puede ser definido como la madre de otros riesgos, pues su correcta identificación conlleva a la correcta identificación de muchos otros.

Ahora bien, el hecho de que haya sobrecostos en los contratos de APP por encima de los límites previstos cuestiona la eficiencia del propio modelo, basado

conceptualmente en que el sector privado es capaz de ser más eficiente cuando se le permite gestionar el ciclo del proyecto completo (diseño, construcción, mantenimiento y operación).

6.3.4 Riesgos de Construcción

El riesgo de construcción es relacionado generalmente con todos los eventos que generan sobrecostos y/o sobrepazos durante el período de construcción, los cuales se pueden originar por diferentes riesgos, tanto técnicos, como financieros, ambientales, económicos, regulatorios o por el propio acuerdo de las partes (Ministerio de Economía y Finanzas, 2015, p. 4).

Morón (2016) señala que este tipo de riesgos pueden ser las variaciones de precios en la construcción debido a los precios en materiales o equipamiento, riesgos geológicos, necesidad de partidas no previstas, demora en la entrega de terrenos, falta de licencias o permisos administrativos, demora en aprobación de obras o pruebas, retraso en expropiaciones, demora en obtención de los certificados de inexistencia de restos arqueológicos, modificaciones solicitadas por el Estado, así como defectos en la ejecución de obras.

A partir de la experiencia en Latinoamérica, se sugieren las siguientes acciones:

- (i) El sector público solo debería admitir sobrecostos por razones de interés público, por lo que habrá de tener la fuerza moral y legal necesaria para que, si el concesionario no cumple sus compromisos, pueda reemplazarlo rápidamente por el consorcio que ocupó el segundo lugar en la licitación,
- (ii) El interés público debe estar avalado por una comisión de expertos independientes, y

- (iii) Se debe garantizar la competencia en la ejecución de las obras derivadas de las modificaciones sustanciales, a fin de evitar que los cambios le acaben costando a la sociedad más de lo que es justo (Berrone Et al., 2018, p. 68).

6.3.5 Riesgo de Expropiación

El riesgo de expropiación de terrenos es aquel generado por el encarecimiento o la no disponibilidad del predio donde construir la infraestructura, lo cual generaría retrasos en el comienzo de las obras y sobrecostos en su ejecución. (Ministerio de Economía y Finanzas, 2015, p. 4).

Usualmente este riesgo es asignado al Concedente dado que es quién tiene el control del proceso expropiatorio y de la fijación del precio cuando no llega a un acuerdo con los expropiados. Corresponde precisar, que en ciertos proyectos se pueden generar otros costos por concepto de servidumbres; en estos casos, se suele transferir el costo al concesionario, el cual a su vez puede mitigarlo mediante el cobro de tarifas de acuerdo a la normativa aplicable.

Sin duda, la pronta adquisición de los terrenos constituye un requisito sine qua non para el éxito del contrato de APP, pues si los terrenos no están disponibles en las fechas preestablecidas no solo se produce la demora en la ejecución del contrato, sino también empieza a generar sobrecostos para las partes.

De acuerdo con lo determinado por el Ministerio de Economía y Finanzas, el OPIP debe considerar lo siguiente (pp. 5 - 6):

- (i) En la fase de formulación debe desarrollarse un plan de adquisición y expropiaciones que incluya un informe de evaluación, que identifique los predios a adquirir o expropiar y el procedimiento previsto, así como los costos proyectados y plazos, el Plan de Compensación y Reasentamiento Involuntario de ser el caso, etc.

- (ii) El procedimiento de adquisición o expropiación debe iniciar de manera previa al inicio de la fase de estructuración de modo que al momento de la firma del contrato ya se haya producido la adquisición de un porcentaje significativo de los terrenos de tal manera que no afecte el cronograma de ejecución de obras ni el plazo para el cierre financiero.

Parte del riesgo de expropiación está vinculado a su gestión, y esta incluye el proceso de identificar los predios, sus propietarios, hacer un listado y registro, elaborar los expedientes técnicos, procedimiento de negociación, etc.

Como bien señala Berrone P. Et al. (2018) el gran problema en América Latina es que no siempre se dispone de los registros de la propiedad de los terrenos a expropiar, y este hecho ha derivado en la licitación de proyectos donde los Gobiernos no contaban con la disponibilidad de los terrenos en el momento de la construcción. Si bien el riesgo de expropiación suele ser asignado al Estado, la falta de disponibilidad de terrenos ha conllevado retrasos en las obras, sobrecostos y, en algunos casos, hasta la finalización anticipada del contrato. En cualquier caso, este hecho ha supuesto, en la mayoría de los proyectos, un encarecimiento del contrato inicial. Por lo dicho, los Gobiernos deberían licitar solo cuando dispusieran de los terrenos, o, si no de todos, de un gran porcentaje de estos (pp. 69-70).

6.3.6 Riesgo Geológico o Geotécnico

Este riesgo está relacionado con las diferencias en las condiciones del medio o del proceso geológico sobre lo previsto en los estudios de la fase de formulación y/o estructuración que es traducido en mayores costos o en la ampliación del plazo de ejecución del proyecto. (Ministerio de Economía y Finanzas, 2015, p. 6).

La asignación de este riesgo dependerá del tipo de proyecto y de la disponibilidad de la información técnica. Dado la complejidad de este tipo de riesgo, este puede ser asignado al concedente, al concesionario, o ser compartido por ambos. En caso de asignarle el riesgo al concesionario, este debería realizar sus propios estudios

geológicos y de condiciones del suelo sobre el cual se llevará a cabo el proyecto. Si durante el desarrollo del proyecto se comprueba sobrecostos debido a que las condiciones geológicas son diferentes al del estudio realizado, será el concesionario quién asumirá el costo. Sin embargo, en algunos proyectos puede presentarse tal dificultad que hace complicado que el concesionario asuma la totalidad del riesgo, sobretodo en el caso de proyectos subterráneos. En esos casos es riesgo puede ser compartido con el concedente.

El Concedente debe realizar estudios detallados de las condiciones geológicas durante la fase de formulación que luego pueden ser mejoradas en la fase de estructuración logrando (i) detectar los riesgos más relevantes; (ii) comparar los escenarios de condiciones respecto a las compensaciones que podrá pedir el concesionario por sobrecostos; (iii) evaluar mecanismos para compartir riesgos.

6.3.7 Riesgos Financieros

De acuerdo a Morón (2016), este tipo de riesgos pueden ser clasificados en:

- El riesgo de obtención de financiación o riesgo de liquidez para obtener recursos y cumplir con el objeto del contrato.
- El riesgo de deterioro de las condiciones financieras establecidas para la obtención de recursos, tales como plazos, tasas, garantías, contragarantías y refinanciaciones, entre otras.

Con respecto al primer supuesto, debemos tener en cuenta que sin financiamiento no hay posibilidad de desarrollar un gran proyecto, en específico aquellos de infraestructura, en ese sentido, como lo señala Rodríguez (2007) este riesgo está asociado a la posibilidad de que el promotor del proyecto y el proyecto en sí, no tengan la capacidad para obtener los recursos necesarios para su financiación. Este riesgo se presenta por la creencia de las instituciones financieras y de los inversionistas privados de que el proyecto no logré generar los recursos para cancelar los pasivos generados durante la ejecución del proyecto (p. 6).

En relación al segundo punto, Rodríguez (2007) ha señalado que se trata del impacto potencial sobre el proyecto de eventos financieros que se encuentran fuera de esfera de control de las partes que forman parte del mismo. Este tipo de riesgo incluye el riesgo cambiario, el cual es enfrentado por los agentes del mercado que deciden obtener recursos en los mercados financieros internacionales, en donde de manera general, la divisa en la cual se facilitan recursos es el dólar (p. 9).

6.3.8 Riesgos Políticos

De acuerdo a Morón (2016), son los derivados de los cambios de las políticas gubernamentales, de periodos electorales o cambios de autoridades y de cambios en las condiciones sociales que tengan impacto en la ejecución del contrato, oposición al contrato, ruptura o emergencia política, es decir, el riesgo que los organismos y tribunales estatales adopten medidas adversas como, por ejemplo, en materia de licencias y permisos, de la reglamentación para el contratista, en lo relativo al régimen fiscal aplicable o a la no exigibilidad judicial del cumplimiento de las obligaciones contractuales. Constituyen ejemplos típicos, la expropiación de los bienes al contratista, el aumento desproporcionado de la carga fiscal, aprobación de normas más severas para la actividad del contratista o ingreso del Estado a la competencia, incumplimiento de la autoridad contratante o afectaciones al proyecto por cambios en las prioridades o planes de esa autoridad, etc. (p. 73)

En esa línea, Rodríguez (2007), son los diferentes eventos que producen modificaciones en las leyes imperantes, de situación política o de condiciones macroeconómicas que tienen un impacto negativo en el proyecto. De acuerdo al autor, esta clase de riesgo puede ser clasificado en tres categorías: riesgo político tradicional, el riesgo regulador y el riesgo cuasi – comercial. El primero, está relacionado a los riesgos por expropiación de la propiedad privada, la convertibilidad del dinero, la posibilidad de retirar recursos invertidos fuera del país, violencia política, guerra, conflicto armado, entre otros. El segundo, se relaciona a la normatividad y regulación y los cambios que pueden sufrir sin anticipación alguna. El tercero, se refiere a aquellos

riesgos que se materializan cuando el proyecto está enfrentando a proveedores con una participación estatal o clientes cuya habilidad para cumplir con sus obligaciones contractuales son cuestionables.

6.3.9 Riesgos Regulatorios

Según Morón (2016), son los cambios normativos, reglamentarios o de interpretación normativa que afectan el equilibrio económico del contrato.

Este riesgo produce desconfianza y desestabilidad jurídica, pues el contrato queda subordinado a posibles modificaciones normativas, que cambien el contexto de la celebración del acuerdo, en perjuicio de una de las partes, generalmente el contratista, toda vez que, el Estado no regula en su contra. En ese sentido, se pueden prever los siguientes escenarios: desconocimiento de acuerdos, nacionalizaciones, aplicación de leyes posteriores que pongan en peligro la continuidad del contrato y la inversión privada.

6.3.10 Riesgos Tecnológicos

De conformidad con Morón (2016), son los derivados de suspensión de servicios públicos, nuevos desarrollos tecnológicos o estándares que deben ser tenidos en cuenta para la ejecución del contrato, la obsolescencia tecnológica, exposición a cambios tecnológicos y demanda de reinversiones.

Este tipo de riesgos son muy comunes en contratos de telecomunicaciones debido a que, por la propia naturaleza del servicio, este está en constante cambio, de una tecnología a otra, lo que produce la caída de los ingresos para los que ofrecen tecnologías obsoletas; ello relacionado estrechamente con mejoras de calidad y precios.

6.4 Medidas para afrontar los riesgos en los contratos de APP

6.4.1 Penalidades en los contratos de APP

6.4.1.1 Definición

De acuerdo a la normativa vigente en materia de contrataciones con el Estado, cualquier incumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato produce la aplicación de penalidades, como reacción de la parte afectada ante la negligencia de la otra. Es decir, se determina con anterioridad la indemnización que le correspondería a la parte afectada por el incumplimiento de su contraparte.

Al respecto, corresponde en primer lugar definir lo que significa una penalidad. Esta figura jurídica proviene del derecho civil, y es entendida como el mecanismo por medio del cual las partes de un contrato establecen de forma anticipada las consecuencias de su incumplimiento, parcial o total, o del retraso de la ejecución de las obligaciones asumidas. Usualmente, las penalidades están ligadas al pago de un monto dinerario; no obstante, el ordenamiento que esa sea la única manera de hacer efectiva esta figura. (Borda, C.; Juárez, J.; Sánchez, G., 2016, p. 3).

De conformidad con Osterling (1988): “ (...) la cláusula penal constituye la valuación anticipada de los daños y perjuicios que causaría la inejecución de la obligación principal”, es decir, esta medida permite conocer las consecuencias inmediatas del incumplimiento de las obligaciones pactadas, evitando acudir a un tercero (tribunal arbitral) para que este determine y cuantifique el daño causado por incumplimiento de una de las partes (Osterling, F., 1988, p. 303 citado en Borda, C.; Juárez, J.; Sánchez, G., 2016, p. 4).

6.4.1.2 Utilidad

El principal beneficio de esta figura es la previsión del posible daño a producirse debido a un incumplimiento contractual, en términos económicos, las partes se ahorran los

costos de transacción y cuantificación del menoscabo producido por incumplimiento de sus obligaciones preestablecidas, pues la forma indemnizatoria se está pactando con anterioridad a su posible cumplimiento, lo cual ahorraría costos de negociaciones y arbitrajes futuros.

Asimismo, en el caso particular de los contratos estatales, la cuantificación del daño debería cuantificarse en razón de los intereses públicos vulnerados. Estos intereses se materializan en la prestación adecuada de los servicios, a cargo del concesionario (Borda, C.; Juárez, J.; Sánchez, G., 2016, p. 4).

En mérito de lo señalado, es innegable la utilidad de esta figura jurídica, pues al igual que la asignación de riesgos, las penalidades se pactan en mérito de la proyección de los posibles daños a ocurrir por el incumplimiento de una de las cláusulas contractuales, mientras que la asignación de riesgos establece anticipadamente cuál es la parte encargada de asumir un determinado riesgo, las penalidades se aplican posteriormente ante incumplimientos.

En ese sentido, no debemos entender a estas figuras de manera contrapuesta sino cooperantes, debido a que regulan diferentes aspectos de la contratación, en otras palabras, la asignación de riesgos no pretende atribuir medidas indemnizatorias por incumplimiento, sino determina a quién le corresponde asumir determinado riesgo, y las penalidades solo son aplicables ante incumplimientos contractuales, es decir, si no está regulado en el contrato no se puede activar esta figura.

6.4.2 Arbitraje en los contratos de APP

6.4.2.1 Definición

El arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos en el cual se le encarga a un árbitro o a un colegiado especializado la resolución de una disputa en materia

contractual que pueden estar referidos a problemas de ejecución, interpretación, resolución, ineficacia o nulidad del contrato, entre otros.

En materia de contrataciones con el Estado el arbitraje ha adquirido el carácter de obligatorio, es decir que, la única manera para resolver una controversia es mediante un arbitraje, descartando el fuero jurisdiccional. Al ser obligatoria su regulación contractual, la normativa considera ciertas reglas para su aplicación práctica, es así que el artículo 132 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362 señala que: (i) pueden someterse a arbitraje controversias sobre materia de libre disposición de las partes, (ii) debe distinguirse las controversias entre “técnica” y “no técnica”, pues en la primera se utilizará el arbitraje de conciencia y en la segunda el arbitraje de derecho, entre otras.

6.4.2.2 Utilidad

El uso de esta figura está íntimamente ligada al tiempo de resolver que poseen los árbitros, y es que, se descartó el fuero judicial para evitar mayores demoras en la ejecución contractual, asimismo, se debe tener en cuenta que la asignación de los árbitros está orientado a seleccionar personas especializadas o técnicas en la materia de la controversia.

No obstante, para efectos de la presente investigación, hacer uso de la figura de arbitraje para resolver cuestiones relaciones a la asignación de riesgos, no parece ser conveniente por lo siguiente:

- El tiempo, debido a que mientras la figura de la asignación de riesgos permite identificar a las partes encargadas de asumir el riesgo de manera anterior a la ejecución del contrato, llevar la disputa a arbitraje una vez de producido el riesgo prolonga inevitablemente el tiempo de ejecución del proyecto, pues mientras no se establezca la parte responsable, la obra quedará paralizada esperando resolución.

- Costos adicionales, inevitablemente el uso de la figura del arbitraje conlleva a la formación de equipos técnicos por cada una de las partes, dichos equipos en definitiva generan un sobre costo del precio inicial estimado para un proyecto.

En ese sentido, podemos concluir que usar una medida preventiva a la producción del riesgo es más eficiente para controlar la ejecución del proyecto, pues las partes conocen hasta qué punto están comprometidas y cuáles son sus reales obligaciones, en comparación con recurrir al arbitraje, pues genera un ambiente de desconfianza que deja clavos sueltos por resolver en un punto posterior en el iter contractual.

6.4.3 Principio del Equilibrio Económico – Financiero

6.4.3.1 Definición

Este principio parte de la idea de contratos sinalagmáticos en el cual las prestaciones de ambas partes se encuentran estrechamente vinculadas de tal manera que la realización de una es la razón de la otra. El concepto principal de este principio se basa en la importancia de mantener las prestaciones de ambas partes hasta que el contrato culmine, es decir, preservar los derechos y obligaciones que fueron fijadas al inicio del contrato hasta su finalización.

“El equilibrio financiero, o la ecuación financiera del contrato, es una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de este, considerados equivalentes: de ahí el nombre de la ecuación (...)”
(Marienhoff, 1998, p. 469, como se cita en Rodríguez L, 2012, p. 9).

Por su parte la doctrina tradicional señala que:

“Esta idea de equilibrio o, como se dice aún, de ecuación financiera del contrato, consiste en considerar el contrato administrativo como un conjunto en el cual los intereses de las partes se condicionan; cuando, en algunas condiciones [...], el equilibrio inicialmente considerado se rompe en detrimento del particular

cocontratante, éste tiene derecho a que el equilibrio sea restablecido por la administración contratante en forma de una compensación pecuniaria (...)" (De Laubadère y Gaudemet, 2001, p. 706, como se cita en Rodríguez L, 2012, p. 9).

Por lo tanto, la aplicación del principio del equilibrio económico en los contratos estatales se basa en que los derechos y obligaciones, las prestaciones, que acuerden las partes al momento de celebrar el contrato deben de mantenerse equivalentes hasta el momento en que el mismo finalice, si en el transcurso de la ejecución esta equivalencia se quiebra, el afectado tiene el derecho a exigir a su contraparte que restablezca el equilibrio mediante una compensación pecuniaria, que sirve en otras palabras como una indemnización.

6.4.3.2 Utilidad

Es importante resaltar que los contratos administrativos persiguen un interés público y por ende la ejecución del contrato debe darse de manera continua y eficiente de manera que permita salvaguardar ese interés protegido, inclusive ante circunstancias imprevisibles que puedan alterar las condiciones con las que fue pactado el contrato en un primer lugar, para lo cual el contratista deberá ser indemnizado por los costos adicionales que le generaron la eventualidad y por continuar con su efectiva colaboración en la ejecución del contrato público.

El mantenimiento del equilibrio económico financiero también encuentra sustento en principios constitucionales; toda vez que, la administración se encuentra en la obligación de reparar los daños antijurídicos provocados por sus actuaciones.

Históricamente el principio económico financiero es comúnmente reconocido al contratista, sin embargo, también puede ser invocado por la administración cuando se cumplan los supuestos de aplicación, toda vez que, dicho principio responde a una íntima relación con conmutatividad de los contratos, también denominados contratos sinalagmáticos.

La jurisprudencia francesa señala desde el siglo XX que: “Es de la esencia de toda concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que le son procuradas al concesionario y las cargas que le son impuestas. Las ventajas y las cargas deben balancearse de manera de contrapesar los beneficios probables y las pérdidas previstas” (Consejo de Estado francés, fallo del 21 de marzo de 1910).

No solo la conmutatividad del contrato administrativo reconoce el derecho de ambas partes para la aplicación del principio económico financiero, sino existe además el concepto de justicia contractual, cuyo juicio se realiza de manera comparativa entre las prestaciones pactadas por las partes en el contrato administrativo, en dicho juicio se comparan las obligaciones y beneficios de ambas partes con la finalidad de encontrar el equilibrio material entre dichas prestaciones.

6.4.4 La asignación adecuada de riesgos

Para empezar, tenemos que tener claro el concepto de manejo de riesgos, es decir, el conjunto de políticas sobre la administración, identificación y distribución de los riesgos inherentes a un proyecto de infraestructura.

Según Lessar y Millar (2001) el manejo de riesgo puede dividirse en dos políticas distintas:

1. Una aproximación que considera que los riesgos son exógenos y que toma los proyectos como apuestas con base en opiniones y probabilidades. Este supuesto está conformado con la identificación de los riesgos, la estimación de la probabilidad de materialización y la apuesta a un proyecto.
2. Una aproximación desde la administración que considera que los riesgos son una interacción entre factores exógenos, decisiones de manejo y formación de los elementos generadores de riesgo. Este supuesto tiene en cuenta que a

pesar de que los riesgos dependen de factores exógenos dejados al alea, existen factores endógenos que pueden manejarse y dirigirse a impedir la materialización de los riesgos.

Plantear el uso de una política de riesgos que solo considere las probabilidades de materialización no sería idóneo para mejorar la calidad de la distribución de riesgos en los contratos de APP. Los proyectos de este tipo tienen que considerar qué factores endógenos están a su alcance y tratar de dirigir el desarrollo del proyecto. Sin embargo, esto no es posible con todos los riesgos porque siempre existirá un grupo de factores debido que habrá un porcentaje de estos que son incontrolables y sobre los cuales solo queda asumirlos, de allí que existan políticas de mitigación de riesgos.

Es importante comprender que no hay un método que permita prever todos los riesgos, en primer lugar, porque pactar sobre cada posible eventualidad que pudiese suceder es materialmente imposible y, según el análisis económico del derecho, costoso.

Habiendo identificado los riesgos del proyecto, se debe estudiar la probabilidad de materialización y la intensidad de su efecto sobre el proyecto en orden de establecer políticas de manejo y determinar en base a la información cuál de las partes, si la Administración o el privado, es el que se encuentra en mejores condiciones para manejarlo.

Habiendo determinado a la mejor parte para el manejo del riesgo, este debe ser asignado, es decir, establecer la obligación, a la parte correspondiente, de hacerse cargo de las pérdidas o daños que se ocasionen sin recibir ninguna indemnización de la otra parte.

Podemos encontrar diversas maneras de distribuir el riesgo. Tradicionalmente, la forma de distribuir los riesgos era asignando su totalidad al contratista. Era la solución más sencilla y económica al momento de la formulación del contrato, pues cualquier eventualidad que ocurriese sería cargada al contratista, la idea de este razonamiento

era incentivar una mayor diligencia por parte del contratista. Adicionalmente, se entendía que dentro del precio se consideraba también la administración del riesgo del proyecto y, con base en la autonomía privada, éste podría determinar si el precio que se le pagaba era suficiente retribución por haber soportado el riesgo del proyecto.

La identificación, cuantificación, asignación y mitigación de riesgos corresponden al mecanismo central de un esquema de APP.

Una adecuada asignación de riesgo propone un enfoque realista y balanceado, que no desincentive a los inversionistas por los costos adicionales, ni que sobrecargue al gobierno con demasiados riesgos, sino al contrario, se busca maximizar los resultados de la contratación.

La prosperidad del contrato está directamente relacionado a la correcta asignación y respuesta de las eventualidades que puedan presentarse. Se suele señalar que el motivo más común de fracaso de los contratos de APP son las estimaciones incorrectas del ingreso o costo consecuente del proyecto, la sobreestimación del mercado, los avances tecnológicos y la insolvencia de los operadores. A grandes rasgos, la ocurrencia de eventos imprevistos que no hayan sido cuantificados con anterioridad, en el periodo de diseño, no tienen definidos mecanismos de acción que permitan repeler las demoras, controversias y sobrecostos que puedan darse en la ejecución del contrato.

Como el mercado relacionado a los contratos de APP ya no es un ámbito totalmente nuevo, se cuenta con suficiente información sobre los potenciales eventos y sus probabilidades de suceder.

Se debe tener presente que la parte que se encuentre en la mejor posición para mitigar un riesgo, es la parte adecuada para afrontarlo, un enfoque o aplicación contraria puede llevar a la frustración del proyecto, del inversionista o del propio Estado.

El esquema de asignación de riesgos tiene en cuenta que cada parte del contrato asume el o los riesgos que tienen mayor capacidad para controlar. En el siguiente cuadro, elaborado por el Banco Interamericano de Desarrollo en su publicación titulada

“Asociaciones Público Privadas para la prestación de servicios – Una visión hacia el futuro”.

Cuadro Nº 3
Esquema típico de distribución de riesgos

Tipo de riesgos	Descripción	Sector Público	Sector Privado
Riesgos contractuales			
Regulatorios		X	
De fuerza mayor		X	X
De seguros			X
De garantías y obligaciones			X
Riesgos técnicos			
De diseño	Nivel de detalle y costeo de las obras.		X
De construcción	Riesgo geológico, disponibilidad de materiales, excesivos costos de construcción.		X
Tecnológicos	Tecnología para la prestación eficiente del servicio. Obsolescencia tecnológica.		X
De terminación	Lucro cesante.	X	X
De operación	Nivel de servicio.		X
	Mantenimiento.		X
	Disponibilidad del bien.		X
Ambientales y sociales	Participación de la comunidad		X
	Fauna y flora.	X	X
	Uso del agua y del suelo.		X
Financieros			
Relacionados con el cierre financiero	Disponibilidad de recursos a tiempo.		X
	Requerimiento de capital.		X
	Capacidad de pignorar rentas/titularización.		X
De repago	Tasa de interés.		X
	Garantías.		X
	Riesgo Cambiario.		X
	Disponibilidad de recursos de largo plazo.		X
Comerciales			
De demanda	Proyecciones de ingreso.		X
	Proyecciones de usuarios.		X
	Disponibilidad a pagar.		X
	Elasticidad de la demanda.	X	X
De competencia	Existencia de opciones.		X
	Monopolio natural.	X	

Fuente: Elaborado por Alborta, G., Stevenson, C., Triana, S., en “Asociaciones público-privadas para la prestación de servicios: Una visión hacia el futuro”. Sobre la base de Barbero (2009) BID (2009) y PPIAF & Banco Mundial (base de datos en línea, s/f). Publicado en la página web del Banco Interamericano de Desarrollo.

CAPÍTULO VII. SITUACIÓN ACTUAL DE LOS CONTRATOS DE APP

El objetivo del presente capítulo es analizar la gestión de riesgos en una muestra de tres contratos de APP de diferentes características. En primer lugar, se evaluará los inconvenientes existentes en el contrato de la Línea 2 del metro, en materia de transporte, en segundo lugar, se analizará el contrato de concesión del aeropuerto Jorge Chávez, en materia aeroportuaria; y, en tercer lugar, se evaluará un contrato de servicio telefónico, en materia de telecomunicaciones.

Con dicho análisis se busca demostrar la situación actual de la contratación de proyectos estatales y la necesidad de una medida eficiente que controle de su ejecución, evitando eventos previsibles con indecencia negativa en lo referente al plazo y costo estimado.

7.1 Contrato Línea 2 y Ramal Av. Faucett - Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao

7.1.1 Antecedentes

En aras de mejorar el servicio de transporte público, nuestro Gobierno mediante el Decreto Supremo N° 059-2010-MTC, de fecha 24 de diciembre de 2010, aprobó la Red Básica del Metro de Lima - Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, posteriormente modificada por el Decreto Supremo N° 009-2013-MTC, la cual está integrada por seis (06) Líneas referenciales, entre las cuales se encuentra la Línea 2 que conecta el este de Ate y el oeste del Callao.

PROINVERSIÓN fue la entidad encargada de promover la inversión privada del proyecto denominado “Línea 2 y Ramal Av. Faucett - Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao”. La elaboración de los estudios de Preinversión (a nivel de

Perfil y de Factibilidad) fue designada a un consultor integral, para que permita obtener la viabilidad del Proyecto, en el marco del Sistema Nacional de Inversión Pública.

El 26 de noviembre de 2012, se aprobó el Estudio de Preinversión a nivel de Perfil y se autorizó la continuación del siguiente nivel de los Estudios de Preinversión (factibilidad), el que fue declarado viable el 09 de agosto de 2013. Posteriormente, mediante aviso publicado el 11 y 12 de enero de 2013 el Comité PRO INTEGRACIÓN convocó a los interesados a participar del Concurso Público de Proyectos Integrales para la entrega en concesión del Proyecto.

El Consorcio Nuevo Metro de Lima (integrado por Cosapi, Impregilo, Iridium Concesiones de Infraestructura, Vialia Sociedad Gestora de Concesiones de Infraestructura, Ansaldo Breda y Ansaldo STS) ganó la buena pro y firmó el contrato de concesión el 28 de abril de 2014.

7.1.2 Descripción del Proyecto

Este Proyecto consiste en la implementación de una línea de metro subterráneo en el eje Este – Oeste de la ciudad, de 27 km de longitud (Línea 2 de la Red Básica del Metro de Lima), y un ramal de 8 km correspondiente a la Av. Elmer Faucett desde la Av. Oscar Benavides (Colonial) hasta la Av. Néstor Gambetta.

Es sin duda un ambicioso proyecto que pretende conectar los distritos de Ate Vitarte, Santa Anita, San Luis, El Agustino, La Victoria, Breña, Jesús María, Cercado de Lima, San Miguel, La Perla, Bellavista, Carmen de la Legua, Cercado del Callao, en los cuales existen centros generadores de viajes, tales como centros de servicios, de salud, educativos, entidades públicas, comerciales, bancarias, entre otras, que significarían el desplazamiento de 2,4 millones de habitantes aproximadamente entre estos puntos.

La demanda estimada para este sistema de transporte es de seiscientos mil (600,000) pasajeros por día, proyectados para el inicio de sus operaciones. Está previsto que el presente proyecto se interconecte con la Línea 1 del Metro de Lima, el Metropolitano, la futura Línea 3 del Metro de Lima.

La modalidad de financiamiento elegida para el proyecto bajo análisis es la cofinanciada, es decir, los gastos serán asumidos tanto por el Estado como por el privado y, la duración de la concesión es de treinta y cinco (35) años.

7.1.3 Tratamiento del riesgo en el proyecto

En el contrato bajo análisis, se reconoció que, a la fecha de su suscripción, éste se encuentra en una situación de equilibrio económico - financiero en términos de derechos, responsabilidades y riesgos asignados a las partes.

En ese sentido, el mencionado contrato dispuso lo siguiente en relación al mecanismo a utilizar en caso de presentarse eventualidades que afecten la ejecución del proyecto:

"Equilibrio Económico - Financiero

9.9. Las Partes reconocen que a la Fecha de Suscripción del Contrato, éste se encuentra en una situación de equilibrio económico - financiero en términos de derechos, responsabilidades y riesgos asignados a las Partes. Las Partes declaran su compromiso de mantener a lo largo de todo el período de duración del Contrato el equilibrio económico – financiero de éste.

9.10. El presente Contrato estipula un mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico - financiero al cual tendrán derecho el CONCESIONARIO y el CONCEDENTE en caso que el equilibrio económico - financiero de la Concesión se vea significativamente afectado exclusiva y explícitamente debido a cambios en las Leyes y Disposiciones Aplicables, en la medida que cualquiera de dichos cambios tenga exclusiva relación a aspectos económicos financieros vinculados a la variación de ingresos, costos de inversión, operación y mantenimiento de la Concesión relacionados

con la prestación del Servicio. En caso que la ruptura del equilibrio económico - financiero de la Concesión se produzca durante la ejecución de Obras, el restablecimiento procederá a partir del inicio de la Explotación. El equilibrio será restablecido siempre que las condiciones anteriores hayan tenido implicancias en la variación de ingresos o la variación de costos, o ambos a la vez, relacionados a la prestación del Servicio. Cualquiera de las Partes que considere que el equilibrio económico - financiero del Contrato se ha visto afectado podrá invocar su restablecimiento.

(...)

9.14. La discrepancia respecto al monto de la compensación por efecto de la ruptura del equilibrio económico - financiero, será resuelta de conformidad con los mecanismos de solución de controversias regulados en la Sección XVI del presente Contrato, rigiendo las demás disposiciones de esta cláusula en lo que fueran pertinentes. No se considerará aplicable lo indicado en esta Cláusula para aquellos cambios producidos como consecuencia de disposiciones expedidas por el Regulador que fijen infracciones o sanciones, que estuviesen contemplados en el Contrato o que resultaran a consecuencia de actos, hechos imputables o resultado del desempeño del CONCESIONARIO".

Suscrito el Contrato de Concesión de la Línea 2 del metro, el 28 de abril de 2014, que incluía el diseño, financiamiento, construcción, equipamiento electromecánico, equipamiento de sistema y provisión de material rodante, operación y mantenimiento del Proyecto "Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del metro de Lima y Callao". El mismo año se realizó la primera adenda al contrato en cuestión; posteriormente, en la actualidad, se vienen negociando los términos de una segunda adenda.

Cuadro N° 4
Adendas al Contrato de Concesión Línea 2

ADENDA	CARACTERÍSTICAS
<p>Adenda N° 1 (firmada el 26 de diciembre de 2014)</p>	<p>Su objeto es modificar aspectos operativos, corrección de errores materiales y a solicitud de los acreedores permitidos vinculados al cierre financiero.</p> <p><u>Modificaciones del Contrato</u>¹²:</p> <p>Incorporación de la siguiente definición:</p> <p>Nuevo Cronograma de Entrega del Área de la Concesión</p> <p>Es aquel cronograma elaborado por el CONCEDENTE que sustituye los plazos establecidos en las cláusulas 5.16, 5.65 y los plazos señalados en el Anexo 8 del Contrato. Este nuevo cronograma forma parte integrante de la presente adenda como Anexo 1.</p> <p>Modificación del Concepto de Interferencias.</p> <p><i>(Primera versión)</i></p> <p><i>Interferencias.-</i> <i>Son aquellos elementos identificados en el Proyecto Referencial, que afectan la ejecución normal de las Obras, tales como las redes de agua potable y de desagüe, cables o conexiones de electricidad, fibra óptica, telefonía u otros de telecomunicaciones, redes de combustible, la liberación de las mismas será de cargo y costo del CONCEDENTE. Asimismo será considerada como interferencia el hallazgo de restos arqueológicos.</i></p> <p><i>En caso se identifiquen Interferencias adicionales en el EDI o durante la ejecución de las Obras, éstas serán liberadas por el CONCESIONARIO conforme a lo estipulado en la Cláusula 6.34 y siguientes del presente Contrato.</i></p> <p><i>(Modificación)</i></p> <p><i>Interferencias.-</i> <i>Son aquellos elementos que afectan la ejecución normal de las Obras, tales como las redes de agua potable y de desagüe, cables o conexiones de electricidad, fibra óptica, telefonía u otros de telecomunicaciones, redes de combustible, la liberación de las mismas será de cargo y costo del CONCEDENTE.</i></p> <p><i>Asimismo será considerada como interferencia el hallazgo de restos arqueológicos. <u>Se excluye de la presente definición las Interferencias Adicionales. La liberación de las Interferencias será de responsabilidad del CONCEDENTE, incluidas aquellas que provengan de las áreas optimizadas solicitadas por el CONCEDENTE.</u></i></p> <p>Sin perjuicio de lo expuesto, por razones debidamente justificadas, el CONCEDENTE podrá encargar al CONCESIONARIO, el proyecto y/o retiro y/o reubicación y/o</p>

12 Se tomarán en cuenta solo las modificaciones relevantes para la temática del presente trabajo de investigación.

reposición de las interferencias que estén a su cargo, las que serán financiadas por el CONCEDENTE con cargo a sus propios recursos. Para tales fines se suscribirá un acuerdo, el cual deberá establecer como mínimo lo siguiente: (i) tipo de interferencia, (ii) el grado de obstrucción al Proyecto, (iii) actividades a realizar y obligaciones entre las Partes, (iv) el tiempo estimado para la liberación de las interferencias, y (v) el presupuesto y la forma de pago.

El CONCESIONARIO no estará obligado a realizar ninguna de las actividades sin que medie acuerdo previo entre el CONCEDENTE y CONCESIONARIO respecto a los puntos anteriores, incluyendo el presupuesto y la forma de pago; siendo de responsabilidad del CONCESIONARIO el cumplimiento del encargo de la liberación de dichas interferencias, así como aquellas obligaciones vinculadas a esa labor. En caso la liberación de las Interferencias sea realizada por el CONCESIONARIO, conforme a lo señalado en el párrafo anterior, éste llevará a cabo los desvíos de tráfico, desvíos provisionales y/o autorizaciones para realizar las obras pertinentes para la liberación de las mismas, en coordinación con los operadores de servicios públicos y el CONCEDENTE, según corresponda, incluyendo dichas actividades en el presupuesto respectivo.

Las Interferencias Adicionales¹³ que pudieran aparecer durante la ejecución de las Obras serán liberadas por el CONCESIONARIO conforme a lo estipulado en la Cláusula 6.34 y siguientes del presente Contrato. (Subrayado añadido)

Cláusula 6.19

(Versión original)

6.19 La ejecución de Obras de la Primera Etapa B deberá iniciarse a más tardar a los Treinta (30) Días Calendario contados a partir del momento en que se cumplan todas y cada una de las siguientes condiciones: a) Se haya realizado la Toma de Posesión del Área de la Concesión para la construcción y ejecución de las Obras, de acuerdo a lo indicado en la Cláusula 5.16.2 b) El CONCESIONARIO haya obtenido la aprobación de los EDI correspondientes a la Primera Etapa B, de acuerdo a lo indicado en esta Sección.

(Modificación)

6.19 La ejecución de Obras de la Primera Etapa B deberá iniciarse a más tardar a los Treinta (30) Días Calendario contados a partir del momento en que se cumplan todas y cada una de las siguientes condiciones: a) Se haya realizado la Toma de Posesión parcial del Área de la Concesión para la construcción y ejecución de las Obras del primer EDI respectivo y liberadas las Interferencias, de acuerdo al Cronograma Actualizado de

13 **Interferencias Adicionales.** - Son aquellas interferencias que el Concesionario identifica en el EDI aprobado o durante la ejecución de obras, cuya ejecución será financiada por el Concesionario de acuerdo a la cláusula 6.36.

	<p><u>Ejecución.</u> b) El CONCESIONARIO haya obtenido la aprobación del primer EDI correspondiente a la Primera Etapa B, de acuerdo al Cronograma Actualizado de Ejecución; (...) c) El CONCESIONARIO haya cumplido con entregar la Garantía de Fiel Cumplimiento de Obras, lo cual deberá ocurrir a más tardar a los cinco (05) Días de realizados los eventos anteriores. d) El CONCESIONARIO haya acreditado el Cierre Financiero, según lo establecido en la Cláusula 9.1. ó 9.5, según corresponda. e) El CONCEDENTE haya comunicado al CONCESIONARIO que los fondos para el cumplimiento de los PPO correspondientes a la Primera Etapa B se encuentran aprobados, en los términos del Contrato. f) El CONCESIONARIO haya contratado las nuevas pólizas de seguros que se requieran. Asimismo, el CONCESIONARIO deberá haber dado cumplimiento a todas las obligaciones que le correspondan, de acuerdo a lo previsto en las Leyes y Disposiciones Aplicables. (Subrayado añadido)</p>
<p>Adenda Nº 2¹⁴ (aún no ha sido suscrita)</p>	<p>La presente Adenda tiene por objeto modificar aspectos operativos que impiden la correcta ejecución del Contrato y corrección de errores materiales.</p> <p>En específico, la presente Adenda modifica los siguientes alcances del Proyecto:</p> <p>Cláusula 6.70 (Versión original)</p> <p>Evento Geológico</p> <p>6.70 El CONCEDENTE asumirá únicamente los costos adicionales que surjan de ocurrencia(s) reconocida(s) como Evento Geológico, siempre que:</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) ésta(s) no sea(n) imputable(s) al CONCESIONARIO, (ii) produzcan demoras imprevisibles en las actividades de excavación directamente afectadas, y (iii) (iii) hayan demandado la implementación de medidas de mitigación. Sin perjuicio que los Eventos Geológicos sean reconocidos y pagados posteriormente por el CONCEDENTE, el CONCESIONARIO será responsable de financiar y superar de manera inmediata los Eventos Geológicos que se presenten durante la ejecución de las Obras del Proyecto. <p>En tal sentido y siempre que no hayan sido identificadas en el Proyecto Referencial y/o en los EDI de Obras, se considerarán ocurrencias susceptibles de ser reconocidas como Evento Geológico, a las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Presencia de nivel freático superiores a los identificados

14 Esta información corresponde a la propuesta realizada por el Concesionario, que aún se encuentra en discusión, por lo tanto no corresponde considerar esta información como oficial.

- Afloramiento de roca del substrato a nivel de las Obras
 - Presencia de gases peligrosos no previstos
 - Existencia de cavidades artificiales o antrópicas no detectadas
 - Presencia de fallas tectónicas activas no identificadas
 - Presencia en el subsuelo dentro de la sección del túnel, de bloques rocosos con una de sus dimensiones superior a dos (02) metros, aislados e inmersos en suelos muy blandos, los cuales dificulten el avance de la excavación con la TBM y requieran ser abatidos con excavación mecánica. Contrato de Concesión del Proyecto “Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao” 88 Dichas ocurrencias, para ser reconocidas como Evento Geológico, necesariamente deberán generar mayores costos por:
 - Cambio en el método constructivo contemplado en los EDI de Obras
 - Implementación de medidas especiales y ampliación de los plazos inicialmente establecido en el cronograma de Obras.
- 6.71 Si durante la ejecución de las Obras se configura una ocurrencia que a entender del CONCESIONARIO constituya un Evento Geológico, el CONCESIONARIO deberá comunicar, al siguiente Día, dicha(s) ocurrencia(s). Posteriormente, hasta los diez (10) Días siguientes de la comunicación antes citada, deberá presentar una solicitud, de reconocimiento de Evento Geológico al CONCEDENTE con copia al Regulador, en la cual deberá fundamentar como mínimo:
- a) La fecha y la(s) ocurrencia(s)
 - b) El grado de impacto de la(s) ocurrencia(s), detalles y sustento de la diferencia entre lo previsible, identificado en el Proyecto Referencial y/o en los EDIs, y la(s) ocurrencia(s) presentada(s).
 - c) El plazo estimado para superar la(s) ocurrencia(s), el mismo que deberá adicionarse al inicialmente establecido para la obligación en cuestión
 - d) Justificación de las medidas de mitigación adoptadas, así como aquellas de carácter especial que se requieran implementar para superar la(s) ocurrencia(s)
 - e) Un Informe Técnico-Económico que contenga entre otros elementos, las variaciones del rendimiento de ejecución de las Obras, el presupuesto o valorización de la(s) ocurrencia(s), sustentando que la(s) misma(s) excede(n) la partida de uno por ciento (1%) contemplada para contingencias en el Proyecto Referencial así como la propuesta de reembolso con una estructura de costos detallada.
 - f) Sustentación sobre la necesidad de cambiar el método constructivo contemplado en los EDI de Obras.
 - g) Otras acciones derivadas de la ocurrencia.

(Modificación)

Evento Geológico

6.70. El CONCEDENTE asumirá únicamente los costos adicionales que surjan de condiciones identificadas y/u ocurrencia(s) reconocida(s) como Evento Geológico, siempre que:

- (i) ésta(s) no sea(n) imputable(s) al CONCESIONARIO,
- (ii) vayan a producir o produzcan demoras imprevisibles en las actividades de excavación directamente afectadas, y
- (iii) vayan a demandar o hayan demandado la implementación de medidas de mitigación. Sin perjuicio que los Eventos Geológicos sean reconocidos y pagados posteriormente por el CONCEDENTE, el CONCESIONARIO será responsable de financiar y superar de manera inmediata los Eventos Geológicos que se identifiquen en la elaboración de los Estudios Definitivos de Ingeniería y/o se presenten durante la ejecución de las Obras del Proyecto.

En tal sentido y siempre que no hayan sido identificadas en el Proyecto Referencial, se considerarán ocurrencias susceptibles de ser reconocidas como Evento Geológico, a las siguientes: (...) Además los siguientes:

- Presencia en 30
- Exceso de coeficiente de abrasividad del terreno y/o presencia de minerales no detectados con anterioridad, que suponga un desgaste excesivo superior al previsto en el EDI y acelerado de las herramientas de la tuneladora. El evento geológico debe extenderse al túnel, pozos y estaciones.

“6.71. Si durante la elaboración de los Estudios Definitivos de Ingeniería y/o durante la ejecución de las Obras se identifica o configura una ocurrencia que a entender del CONCESIONARIO constituya un Evento Geológico, el CONCESIONARIO deberá:

- Durante la elaboración de EDIs: Comunicar al CONCEDENTE, a los siete (7) Días siguientes a la identificación del Evento Geológico. Posteriormente, hasta los diez (10) Días siguientes de la comunicación antes citada, deberá presentar una solicitud de reconocimiento de Evento Geológico al CONCEDENTE con copia al Regulador conteniendo como mínimo:

- a) La fecha de identificación;
- b) El grado de impacto del(os) Evento(s) identificado(s), detalles y sustento de la diferencia entre lo previsible, identificado en el Proyecto Referencial, y el(os)Evento(s) identificado(s);

	<p>c) El plazo estimado para superar el(os) Evento(s) identificado(s), el mismo que deberá incluirse en el Cronograma Detallado del EDI presentado e inicialmente establecido para la obligación en cuestión;</p> <p>d) Justificación de las medidas de mitigación a ser adoptadas, así como aquellas de carácter especial que se requieran implementar para superar el(os) Evento(s) identificado(s)</p> <p>e) Un Informe Técnico-Económico que contenga entre otros elementos, las variaciones del rendimiento de ejecución de las Obras, el presupuesto o valorización del(os) Evento(s) identificado(s), sustentando que lo(s) mismo(s) excede(n) la partida de uno por ciento (1%) contemplada para contingencias en el Proyecto Referencial así como la propuesta de reembolso con una estructura de costos detallada.</p> <p>f) Sustentación sobre la necesidad de cambiar el método constructivo contemplado en los EDI de Obras.</p> <p>g) Otras acciones derivadas de la identificación del (os) Evento(s).</p> <ul style="list-style-type: none"> • Durante la ejecución de Obras: Comunicar al CONCEDENTE, a los siete (7) Días siguientes de dicha(s) ocurrencia(s). Posteriormente, hasta los diez (10) Días siguientes de la comunicación antes citada, deberá presentar una solicitud, de reconocimiento de Evento Geológico al CONCEDENTE con copia al Regulador, en la cual deberá fundamentar como mínimo: (...)” En caso de que las medidas de mitigación no se puedan implementar o, incluso implementándose, no fuera posible recuperar el plazo inicialmente previsto para la ejecución de las Obras afectadas por el Evento Geológico, por 31 razones no imputables al Concesionario, procederá la ampliación de plazo y los sobrecostos asociados a la misma”. <p>Cláusula 5.57¹⁵ <i>(Versión anterior)</i></p> <p>5.57. Las servidumbres para la ocupación de bienes privados podrán ser:</p> <p>a) De ocupación temporal de bienes de propiedad particular, indispensables para la ejecución de Obras y la Explotación del Proyecto.</p> <p>b) De tránsito, para la custodia, Conservación y reparación de las Obras, equipos e instalaciones de la Concesión.</p> <p><i>(Modificación)</i></p>
--	--

15 Al respecto, se debe tener en cuenta lo dispuesto en la cláusula 5.56: “El CONCEDENTE es responsable y se compromete a ejecutar los procedimientos de expropiación de derechos y/o de imposición de servidumbres que requiera el CONCESIONARIO para el cumplimiento de sus obligaciones conforme a este Contrato, previa solicitud de este último, conforme al procedimiento y cumpliendo los requisitos previstos en la ley de la materia, y las atribuciones conferidas por el literal c) del Artículo 30° del Reglamento. Todos los costos relacionados con los procedimientos de imposición de servidumbres serán asumidos en su totalidad por el CONCEDENTE” (subrayado añadido).

	<p>5.57. Las servidumbres para la ocupación de bienes, podrán ser, entre otras las siguiente:</p> <p>a) De ocupación temporal de bienes indispensables para la ejecución de Obras y la Explotación del Proyecto.</p> <p>b) De tránsito, para la custodia, Conservación y reparación de las Obras, equipos e instalaciones de la Concesión.</p> <p>c) De paso, para la instalación del cableado de las líneas de transmisión eléctrica del Proyecto. La liberación de Interferencias e interferencias Adicionales en estas áreas serán de cargo del Concedente”</p> <p>(...)</p>
--	---

Fuente: Autoría propia.

7.1.4 Análisis del tratamiento del riesgo

Del análisis del presente contrato de concesión, puede apreciarse lo siguiente:

- La primera adenda se suscribió a los seis meses de celebrado el contrato de concesión y modificó sobretodo cuestiones operativas y errores materiales. Lo cual evidencia que el diseño del proyecto fue defectuoso; ello puede deberse a diferentes motivos, como la premura en lanzar un proyecto de tal magnitud.
- Asimismo, desde el año 2017 se vienen realizando las negociaciones para celebrar una segunda adenda, que plantea modificar nuevamente aspectos operativos y errores materiales. Asimismo, precisa conceptos vinculados al verdadero costo del proyecto y que ha provocado una variación de la estimación inicial y, no solo ello, sino también se prevé la ampliación del plazo de ejecución del contrato, lo cual indica que la ejecución del proyecto en la actualidad no sigue el cronograma preestablecido.
- De las cuestiones planteadas se puede concluir que muchas de las especificaciones realizadas al contrato de concesión de la Línea 2 del Metro, pudieron haber sido previstas y establecidas en la versión inicial del contrato, si se hubieran seguido de acuerdo a los parámetros adecuados para su formulación y diseño.

- En efecto, los contratos de inversión en infraestructura no son elaborados en uno o dos días ni siquiera en un mes, sino que tienen sus propias etapas, y es así que cada etapa es importante dentro del iter contractual de una APP. Sin duda, el expediente técnico o estudio definitivo de ingeniería es el principal insumo del contrato debe ser elaborado de la forma más detallada posible.
- Al respecto, corresponde mencionar el Informe N° 783-2018-CG/C920-AS, del 21 de agosto de 2018, elaborado por la Contraloría General de la República, en el cual advierte las siguientes irregularidades en la ejecución del proyecto de Línea 2 del Metro¹⁶:
 - (i) Retrasos con la entrega de las áreas de la concesión generan el riesgo de incumplimiento de los objetivos del proyecto dentro del plazo establecido en el contrato de concesión para la oportuna puesta en servicio del proyecto. A través del Nuevo Cronograma de Entrega del Área de la Concesión (incluido en la Adenda N° 1), se estipula que el Concedente debe entregar al Concesionario un total de 73 áreas; sin embargo, la Contraloría ha verificado que al 13 de julio de 2018, el Concedente solo ha cumplido con entregar al Concesionario 13 áreas. A continuación, el detalle¹⁷:

Cuadro N° 5

Resumen del Estado de Entrega de Áreas de la Concesión

Etapas	Total de Áreas de la Concesión	Estado Situacional al 13/07/2018			Pendiente de entrega
		Actas de Entrega del Área de la Concesión suscritas			
		Entregadas en plazo	Entregadas fuera de plazo	Total áreas entregadas	
Primera Etapa 1A	12	1	11	12	0
Primera Etapa 1B	21	0	1	1	20
Segunda Etapa 2 - L2	24	0	0	0	24
Segunda Etapa 2 - L4 (Ramal 4)	16	0	0	0	16
TOTAL	73	1	12	13	60
% Cumplimiento	100%	1.37%	16.44%	17.81%	82.19%

Fuente: Reportes enviados por la OCI de la AATE.

Elaboración: Comisión de Acción Simultánea

- 16 El documento íntegro puede ser consultado en el siguiente enlace:
https://apps8.contraloria.gob.pe/SPIC/srvDownload/ViewPDF?CRES_CODIGO=2018CSIC92000061&TIPOARCHIVO=ADJUNTO
- 17 Los siguientes cuadros fueron obtenidos del Informe N° 783-2018-CG/C920-AS, elaborado por la Contraloría General de la República, que puede ser consultado en el siguiente enlace:
https://apps8.contraloria.gob.pe/SPIC/srvDownload/ViewPDF?CRES_CODIGO=2018CSIC92000061&TIPOARCHIVO=ADJUNTO

Cuadro N° 6

Detalle de los días de retraso por cada Acta de Entrega del Área de la Concesión

Etapa	Infraestructura	Nombre	Fecha aprobación del EDI	Fecha Entrega Adenda n.º1 (1)	Fecha Acta Entrega Área de la Concesión suscrita (2)	Días de retraso (2)-(1)
1A	Estación	Colectora Industrial (E22)	29/09/2017	28/02/2015	07/09/2016	557
1A	Estación	Hermilio Valdizán (E23)	09/06/2016	28/02/2015	07/09/2016 (*)	557
1A	Estación	Mercado Sta. Anita (E24)	22/03/2016	28/02/2015	07/09/2016 (*)	557
1A	Estación	Ovalo Sta. Anita (E21)	21/07/2017	28/02/2015	07/09/2016	557
1A	Estación	Evitamiento (E20)	16/10/2017	28/02/2015	19/10/2017	964
1A	Pozo	Pozo PV20	15/06/2015	28/02/2015	19/08/2015 (*)	172
1A	Pozo	Pozo PV22	22/05/2015	28/02/2015	24/01/2018 (*)	1061
1A	Pozo	Pozo PV24	18/06/2015	28/02/2015	23/10/2015 (*)	237
1A	Pozo	Pozo PV21	17/04/2015	28/02/2015	10/07/2015 (*)	132
1A	Pozo	Pozo PV23	22/04/2015	28/02/2015	26/06/2015 (*)	118
1A	Pozo	Pozo PV19 Bis	25/06/2015	28/02/2015	06/10/2015 (*)	220
1B	Pozo	Pozo PV25	No aprobado	05/06/2015	11/08/2017	798

(*) En estos casos la entrega de las áreas de la concesión se realizó de manera posterior a la aprobación del EDI.

Fuente: Actas de entrega de Terreno enviados por la AATE a la fecha.

Elaboración: Comisión de Acción Simultánea.

Cuadro N° 7

Días de retraso al 24 de julio de 2018 de las 60 áreas de la concesión pendientes de entrega

Etapa	Áreas de la concesión	N° áreas	Fecha de Entrega	Fecha de corte	Días de retraso a la fecha de corte
1B	Pozos Ventilación: PV19	1	25/04/2015	24/07/2018	1,186
	Estaciones: Plaza Bolognesi (E12), Central (E13), Manco Cápac (E14), Cangallo (E15), Circunvalación (E18), Vista Alegre (E25), Prolongación Javier Prado (E26), Municipalidad de Ate (E27)	8	02/05/2015	24/07/2018	1,179
	Estación Nicolás Arriola (E19)	1	01/06/2015	24/07/2018	1,149
	Estaciones: 28 de Julio (E16), Nicolás Ayllón (E17)	2	01/07/2015	24/07/2018	1,119
	Pozos Ventilación: PV12, PV13, PV14, PV15, PV16, PV 17, PV18 y PV26	8	25/07/2015	24/07/2018	1,095
Total 1B		20			
2-L2	Estación Juan Pablo II (E3)	1	15/06/2015	24/07/2018	1,135
	Estación Insurgentes (E4)	1	28/06/2015	24/07/2018	1,122
	Estación Buenos Aires (E2)	1	01/09/2015	24/07/2018	1,057
	Pozo de Ventilación 3 (PV3)	1	02/11/2015	24/07/2018	995
	Estación Puerto del Callao (E1)	1	28/12/2015	24/07/2018	939
	Pozo de Ventilación 2 (PV2)	1	15/01/2016	24/07/2018	921
	Pozo de Ventilación 1 (PV1)	1	02/05/2016	24/07/2018	813
	Tercera vía 5+492 a 10+494	1	01/07/2016	24/07/2018	753
	Estación Parque Murillo (E11)	1	28/08/2016	24/07/2018	695
	Pozos Ventilación: PV4, PV5, PV6, PV7, PV8, PV9, PV10 y PV11	8	16/11/2016	24/07/2018	615

Etapa	Áreas de la concesión	N° áreas	Fecha de Entrega	Fecha de corte	Días de retraso a la fecha de corte
	Estaciones: Carmen de la Legua (E5), Oscar Benavidez (E6), San Marcos (E7), Elio (E8), Alborada (E9), Tingo Maria (E10) y Tercera vía 5+461 a 5+933	7	16/11/2016	24/07/2018	615
Total 2-L2		24			
2-L4	Patio Taller L4 / Dovelas	1	02/01/2015	24/07/2018	1,299
	Estación Gambeta (E01)	1	28/08/2016	24/07/2018	695
	Estación Bocanegra (E03)	1	28/10/2016	24/07/2018	634
	Estación Canta Callao (E02)	1	05/11/2016	24/07/2018	626
	Pozos Ventilación: PV4-O1, PPV4-O2, PPV4-O3, PPV4-O4, PPV4-O5, PPV4-O6 y PPV4-O7	7	16/11/2016	24/07/2018	615
	Estaciones: Aeropuerto (E04), El Olivar (E05), Quilca (E06), Morales Duarez (E07), Carmen de la Legua L4 (E08)	5	16/11/2016	24/07/2018	615
Total 2-L4		16			
Total General		60			

Fuente: Contrato de Concesión

Elaboración: Comisión de Acción Simultánea.

Como se puede apreciar, en algunos casos la entrega de las áreas de concesión al Concesionario se realizó de manera posterior a la aprobación de los Estudios Definitivos (EDI) retrasando de esta forma la ejecución de las obras. La mencionada situación no ha considerado lo estipulado por el Contrato de Concesión, respecto de que es el Concedente el responsable de la entrega de las áreas de concesión, de acuerdo con lo dispuesto en el Nuevo Cronograma de Entrega de Áreas de la Concesión:

“(…)

Nuevo Cronograma de Entrega del Área de la Concesión

Es aquel cronograma elaborado por el CONCEDENTE que sustituye los plazos establecidos en las cláusulas 5.16, 5.65 y los plazos señalados en el Anexo 8 del Contrato. Este nuevo cronograma forma parte integrante de la presente adenda como Anexo 1”.

En consecuencia, el contexto actual conlleva al riesgo de retraso en la ejecución de obras, de hecho, a la fecha el proyecto se encuentra atrasado y el por ello, que la propuesta de la segunda adenda prevé la ampliación del plazo.

- (ii) Retrasos en la ejecución de las inversiones obligatorias general el riesgo de prolongar los plazos establecidos en el Contrato de Concesión afectando la puesta en servicio de la Línea 2 del Metro. De conformidad con la cláusula 6.21 del Contrato de Concesión, los plazos máximos para la culminación de las obras del Proyecto, incluyendo la Puesta en Marcha estaba prevista para las siguientes fechas: La primera Etapa 1A tenía como plazo máximo hasta el 16 de julio de 2016, y con la incorporación de la primera adenda se amplió hasta febrero de 2017. La Primera Etapa 1B tenía como plazo máximo hasta el 8 de diciembre de 2017, y con la incorporación de la primera adenda se amplió hasta diciembre de 2018. La segunda Etapa tenía como plazo máximo hasta el 1 de junio de 2019, y con la incorporación de la primera adenda se amplió hasta mayo de 2020.

De conformidad con la Ficha Semanal N° 172, elaborada por el Consorcio Supervisor al 23 de julio de 2018, el avance financiero de las inversiones a abril de 2018 es 22,36%, cuando debió haber sido del 72,39%, lo cual evidencia un retraso significativo, lo cual puede verse reflejado en el siguiente cuadro¹⁸:

18 El presente cuadro fue obtenido del Informe N° 783-2018-CG/C920-AS, elaborado por la Contraloría General de la República, que puede ser consultado en el siguiente enlace:
https://apps8.contraloria.gob.pe/SPIC/srvDownload/ViewPDF?CRES_CODIGO=2018CSIC92000061&TIPOARCHIVO=ADJUNTO

Cuadro N° 8

Avance físico de las obras que se están ejecutando al 23 de julio de 2018

EDI	Fecha de Aprobación del EDI	Frete de obra	Avance programado julio 2018	Ejecución a julio 2018	Condición a julio
1A-01	15/06/2015	PV 20	100%	100%	Sin retraso
1A-02	17/04/2015	PV21	100%	100%	Sin retraso
1A-03	22/05/2015	PV22	100%	100%	Sin retraso
1A-04	22/04/2015	PV23	100%	100%	Sin retraso
1A-07	21/07/2017	Estación Ovalo Santa Anita E21	98%	98%	Sin retraso
1A-09	09/06/2016	Estación Hemilio Villadizán E23	100%	100%	Sin retraso
1A-10	22/03/2016	Estación Mercado Santa Anita E24	100%	100%	Sin retraso
1A-13	21/06/2016	Túnel Ramal Acceso PTSA	100%	100%	Sin retraso
1A-05	31/03/2017	Arquitectura e Instalaciones de Pozos de Ventilación (PV20, PV21, PV2 y PV23)	100%	17%	Con retraso
1A-06	16/10/2017	Estación Evitamiento E20	82%	69%	Con retraso
1A-08	29/09/2017	Estación Colectora Industrial E22	86%	79%	Con retraso
1A-12	02/02/2016	Túnel NATM - Línea Tramo 5	100%	99%	Con retraso
1A-16	22/12/2014	Movimiento de Tierras PTSA	100%	99%	Con retraso
1A-17	25/10/2016	Superestructura de vía PTSA	100%	46%	Con retraso
1A-18	23/03/2016	Nave Material Rodante (Patio Taller)	100%	88%	Con retraso
1A-19	11/07/2016	Edificios de Oficinas, Talleres y Auxiliares PTSA	100%	82%	Con retraso
1A-20	03/11/2017	Arquitectura e Instalaciones PTSA	97%	3%	Con retraso
1A-22A	21/04/2017	SEAT Mercado Santa Anita	100%	86%	Con retraso
1A-22B	10/05/2017	Conexión AT y Línea de Trasmisión 6020kv	100%	85%	Con retraso
1B-02	25/06/2015	Pozo de Ventilación PV19Bis	100%	46%	Con retraso
1B-03	18/06/2015	Pozo de Ventilación PV24	100%	46%	Con retraso

Fuente: Reporte N° 172 del Consorcio Supervisor

Elaboración: Comisión de acción simultánea

Según se puede observar aún quedan obras pendientes de ejecutar que corresponden a la primera Etapa. De otro lado, la Comisión Simultánea realizó una visita de inspección conjunta con representantes de OSITRAN y del Consorcio Supervisor a las estaciones E20, E21 y E22, con fecha 20 de julio de 2018, obteniendo los siguientes hallazgos¹⁹:

19 Los siguientes cuadros fueron obtenidos del Informe N° 783-2018-CG/C920-AS, elaborado por la Contraloría General de la República, que puede ser consultado en el siguiente enlace: https://apps8.contraloria.gob.pe/SPIC/srvDownload/ViewPDF?CRES_CODIGO=2018CSIC92000061&TIPOARCHIVO=ADJUNTO

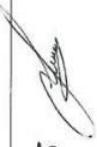
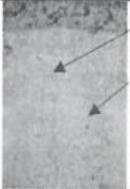
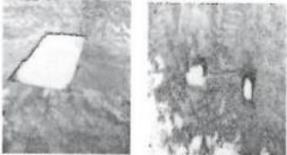
Cuadro N° 9

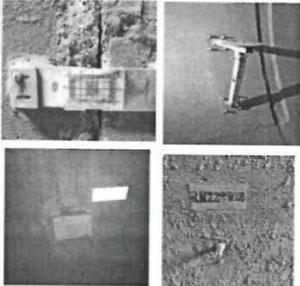
Hechos identificados a la ejecución de las obras materia de la visita de inspección

EDI	Obra	Hecho identificado	Fotografías del hecho identificado	Visita de inspección
Avances en la ejecución de las Estaciones				
1A-06	ESTACIÓN E-20 EVITAMIENTO	El Consorcio Supervisor indica que los avances en esta obra tienen un retraso de 1 mes debido a que en los trabajos relacionados a la partida A1040 Construcción de pila-pilote se registraron asentamientos posteriores al vaciado de las pilas-pilotes, lo cual conllevó a un análisis de la situación mediante la aplicación de diamantinas, y pruebas de integridad.	-	Acta de Inspección Física N° 3
1A-08	ESTACIÓN E-22 COLECTORA INDUSTRIAL	El Consorcio Supervisor indica que los trabajos que se vienen desarrollando presentan 1 mes y medio de retraso, atribuido a los trabajos que se relacionan con la No conformidad RNC-064 "Muro Pantalla N°29: Ruptura de cables de Grúa y Cuchara Bivalva atrapada"; además también indicó que al momento de realizar las excavaciones de los muros pantallas se encontró una tubería de desagüe rota y sin uso que debían rellenar para que el concreto no escurra por dicha tubería.	-	Acta de Inspección Física N° 3
Avance en la ejecución de las obras relacionadas al Patio Taller Santa Anita				
1A-19	PTSA EDIFICIOS DE OFICINAS, TALLER Y AUXILIARES. ESTRUCTURA	De acuerdo con lo indicado por el Consorcio Supervisor, esta obra se debió concluir el 04 de junio de 2017; sin embargo, aún se encuentra en ejecución presentando un retraso de 416 días calendario.	-	Acta de Inspección Física N° 2
		Sobre la infraestructura denominada "Talleres", se constató la presencia de fisuras en la losa y paredes en la zona del foso de ciclo corto en la Nave Taller Principal que sobrepasan los espesores estipulados en la norma en la Norma ACI-224R incluida en el instructivo IT-5010 para reparación de grietas y fisuras, las cuales fueron registradas en el Libro de Obra el 21 de junio de 2018 mediante el asiento N° 1104. De acuerdo con lo indicado por el Consorcio Supervisor, aún no se ha generado la No conformidad al Concesionario sobre este punto.		Acta de Inspección Física N° 2

Fuente: Visita de Inspección Conjunta 19 y 20 de julio de 2018 y Consorcio Supervisor
Elaboración: Comisión de Acción Simultánea

Cuadro N° 10

Hechos identificados en las No Conformidades emitidas por el Consorcio Supervisor				
Obra	Hecho identificado en la No Conformidad	Fotografías del hecho identificado	Comentario del Supervisor	Visita de inspección
 E-20 EMPALMAMIENTO (EDI 1A-06)	<p>- No conformidad RNC-077 "Presencia de fisuras en la losa de cubierta", se constató la presencia de fisuras en algunos tramos de la referida losa, las cuales se encuentran en evaluación por parte del Consorcio Supervisor.</p>	 Fisuras en Losa de Cubierta  Extracción de muestra para realizar las pruebas correspondientes	<p>- El Consorcio Supervisor indica que se encuentran desarrollando el procedimiento para el resane de las fisuras.</p>	Acta de Inspección Física N° 3
	<p>- No conformidad RNC-071 "Descenso del nivel de concreto después del vaciado de los Pilotes 11D, 11B, 10B, 10D y 9D", se constató que el Pilote 9D se encuentra todavía en evaluación; mientras que, los pilotes 10B, 10D, 11B y 11D ya cuentan con los resultados realizados.</p>	 Extracción de muestras para las pruebas	<p>- El Consorcio Supervisor indica que cuando tengan los resultados de la tercera perforación del Pilote 9D, el Concesionario entregará un informe integral sobre esta No conformidad.</p>	Acta de Inspección Física N° 3
E-21 ÓVALO STA. ANITA 	<p>- No conformidad RNC-072 "Acero Expuesto en pantallas a nivel de losa de vestíbulo", se constató que las pantallas registradas 4, 6, 32, 46, 45 se encuentran subsanadas.</p> <p>Asimismo, se pudo constatar que existe acero expuesto en las pantallas 50 y 58, las cuales presentan el acero expuesto entre la losa de cubierta y la losa de vestíbulo.</p> <p>La pantalla 17 presenta acero expuesto entre la losa de vestíbulo y la losa de fondo.</p>	 Pantalla 50  Pantalla 58  Pantalla 17	<p>- El Consorcio Supervisor indica que no pueden cerrar las No Conformidades hasta que se termine de realizar el lavado de todos los muros.</p> <p>- Sobre el acero expuesto en las pantallas 17, 50 y 58, el Consorcio Supervisor indica que se viene realizando el monitoreo y seguimiento.</p>	Acta de Inspección Física N° 3

E-22 COLECTORA INDUSTRIAL.	- No conformidad RNC-072 "Presencia de cangrejas en losa de cubierta - Estación 22", se constató que se viene realizando un proceso de identificación de las fallas (estructural o superficial) para poder aplicar el procedimiento correspondiente.	  Cangrejas en la Losa de Cubierta		Acta de Inspección Física N° 3
	No Conformidad RNC-064 "Muro Pantalla N°29: Ruptura de cables de Grúa y Cuchara Bivalva atrapada", se constató que aún sigue en proceso el tratamiento de esta no conformidad.	 Cuchara Bivalva atrapada en Muro Pantalla		
PTSA SUPERESTRUC TURA DE VÍA	- No Conformidad - CSIL2-066 "Error en el BM de referencia en el Patio Taller Santa Anita Estación 24 Mercado Santa Anita v Túnel Ramal de		- Según lo indicado por el Consorcio Supervisor, el Concesionario aún no presenta los sustentos técnicos correspondientes para el	Acta de Inspección Física N° 2
Obra	Hecho identificado en la No Conformidad	Fotografías del hecho identificado	Comentario del Supervisor	Visita de Inspección
	- No Conformidad - CSIL2-062 "Desalineamiento mayor a 40 mm en el revestimiento secundario del túnel de línea entre E23 Hermillo Valdizan y E24 Mercado Santa Anita". Como parte de la visita de inspección se evidenció la instalación de varillas de acero liso y estaciones para realizar un monitoreo de los desplazamientos, mediante levantamientos topográficos, a lo largo del túnel en el tramo comprendido entre las estaciones E23 y E24, así como la instalación de regletas para medir niveles, y la colocación de dados de yeso para evidenciar algún desplazamiento.	 Instrumentos instalados a lo largo del Túnel en el tramo comprendido entre la Estación E23 y E24	- Según lo informado por el Consorcio Supervisor, el Concesionario aún no presenta los sustentos técnicos respecto de esta No Conformidad.	Acta de Inspección Física N° 2

Fuente: Visita de Inspección Conjunta 19 y 20 de julio de 2018 y Consorcio Supervisor
Elaboración: Comisión de Acción Simultánea

De acuerdo a los cuadros precedentes se puede verificar que, en primer lugar, la ejecución de las obras correspondientes a la Línea 2 del Metro se encuentra retrasada en comparación con el cronograma establecido, ello ha generado la ampliación del plazo de ejecución y la demora de servicio a los usuarios. Por otro lado, de la fiscalización realizada se ha detectado irregularidades en las obras ya ejecutadas, por ejemplo, fisuras, presencia de cangrejas, aceros expuestos, entre otros. Esa

situación evidencia un grave problema de diseño y estructuración del proyecto en sí, por lo que el riesgo de diseño y construcción ha sido materializado y como es de conocimiento público, la negociación de la segunda adenda está dirigida a determinar hasta qué punto las partes deben asumirlo.

Asimismo, se ha materializado el riesgo geológico, y es que es común para proyectos de transporte subterráneo, lo cual pese a ya haber estado regulado en la versión original del contrato de concesión ha necesitado de mayores precisiones, debido a que el Concedente no podía hacerse cargo de todos los supuestos, por lo cual ha sido necesario trasladarlo al Concesionario en determinados supuestos.

Por lo tanto, se puede evidenciar para algunos casos que al momento del diseño del contrato no se realizaron adecuadamente los estudios básicos (de factibilidad, de ingeniería básica, ambiental, geológicos, entre otros), lo cual generó incertidumbre y afectó la asignación de riesgos existente. Si bien no hacen falta estudios definitivos, sí se requiere un nivel de estudio suficiente que permita identificar y asignar adecuadamente los posibles riesgos. En efecto, al no haberse realizado de esa manera, el Estado retiene más o estos no son claros, lo cual conlleva a modificaciones contractuales. Por ello, las entidades encargadas de estructurar los proyectos de APP (PROINVERSIÓN y los demás Organismos de Promoción de la Inversión Privada – OPIP) deben considerar que el éxito de su trabajo no es evaluado sólo por lograr la adjudicación del proyecto, sino también por la eficiencia del mismo, por lo que se deben considerar sus implicancias futuras.

En ese orden de ideas, con el presente análisis se ha demostrado la urgencia de contar con una adecuada metodología de asignación de riesgos para los contratos de APP, debido a que los proyectos que se desarrollan bajo esta modalidad son de gran envergadura, y por consiguiente, merecen estar formulados previniendo todas las posibles eventualidades a ocurrir.

7.2 Contrato de Concesión del Aeropuerto Jorge Chávez

7.3.1 Antecedentes

En el año 2001, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones concesionó el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez a la empresa Lima Airport Partners (LAP), sin duda esta concesión marco un hito en la historia de aeronavegación en el Perú. En el mundo entero el tráfico aéreo a nivel mundial ha ido aumentando de manera uniforme, con algunas excepciones marcadas por las crisis económicas y financieras. Nuestro país formo parte de esta evolución. (Barrantes Cáceres, Roxana, 2012, RDA 12 Regulación de Servicios Públicos e Infraestructura, Desarrollo de la Infraestructura de Aeropuertos en el Perú, p. 209).

Es innegable que, el desarrollo de infraestructura de transporte de uso público requiere de un gran esfuerzo de inversión no solo en la que concierne a la propia ejecución del contrato, sino a las posteriores acciones necesarias como mantenimientos y ampliaciones que forman parte de contar con infraestructura. Ahora bien, en el caso particular de los aeropuertos se requieren de una serie de acciones, en primer lugar, la construcción de las pistas de aterrizaje y su posterior mantenimiento implica un costo significativo de inversión; sin duda, el papel que juega el sector privado en los contratos de concesión, y en general en las APPs es importante, pues no solo consiste en asumir, en algunos casos, el costo total de la infraestructura demandada por la población, sino que además tiene el efecto de librar al Estado de dicha obligación y de ejecutarla de mejor manera debido a que se trata de su área de expertise.

La entrega en concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, situado en la Provincia Constitucional del Callao – Lima, implicó la cesión del derecho de operación y explotación de los bienes que conforman el mencionado aeropuerto. Sin embargo, se excluyó de la concesión los servicios de aeronavegación, como el control de tráfico aéreo, que continúa a cargo de CORPAC S.A.

7.3.2 Descripción del Proyecto

El proyecto del aeropuerto Jorge Chávez involucró la cesión del aprovechamiento económico de los bienes de la concesión y demás derechos, convirtiéndolo a su vez en responsable de la operación del aeropuerto (excluyendo el mantenimiento de aquellos servicios y funciones del aeropuerto que no forman parte de la concesión), de la asignación de los slots para aterrizaje y despegue, prestación de servicios aeroportuarios, y de aquellos servicios de aeronavegación a su cargo, así también como el diseño y construcción de las mejoras y de la reparación, conservación y mantenimiento de los bienes de concesión, de conformidad a los estándares básicos y requisitos técnicos preestablecidos. Por otro lado, el concesionario permitirá el aprovisionamiento y venta de combustibles y aceites en el Aeropuerto para las aeronaves (Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez” (2000, pp. 25-26).

La modalidad de financiamiento elegida para el proyecto bajo análisis es la onerosa, es decir, los gastos serán asumidos por el Concesionario y, la duración de la concesión es de treinta (30) años.

En una concesión a título oneroso, el concesionario debe cubrir sus costos económicos con los ingresos obtenidos de la provisión de servicios. En el caso en particular, al ser una concesión de modernización de infraestructura, los costos económicos deben cubrir los costos operativos, pero también asegurar para el concesionario la obtención de recursos para invertir en modernizaciones y expansiones. Es así que, juntos a las especificaciones de requerimientos técnicos y estándares, el esquema tarifario para los diferentes servicios regulados resultaba crítico.

Ahora bien, el esquema tarifario abarca un conjunto de servicios regulados y otro conjunto de servicios comerciales o no regulados. Entre los servicios regulados, se encuentra la tarifa única por el uso del aeropuerto (TUUA), las tarifas de aterrizaje o despegue, las tarifas por estacionamiento de aeronaves, la de manipulación en tierra

y la de provisión de combustible. Los servicios no aeroportuarios son los de locales para aerolíneas o comerciales, carga aérea, playa de estacionamiento, publicidad y hotel.

7.3.3 Tratamiento del riesgo en el proyecto

En el contrato bajo análisis, se precisó que, a la fecha de suscripción este se encontraba en una situación de equilibrio económico – financiero en términos de derechos, responsabilidades y riesgos asignados a las partes.

Bajo esa premisa, el mencionado contrato dispuso lo siguiente:

“Cláusula 22

Riesgo de la Concesión

22.1 Asunción del Riesgo. *Salvo por aquellos casos en los que se establece en el presente Contrato responsabilidad para el Concedente o para cualquiera de sus organismos, el Concesionario asume por su propia cuenta los gastos y riesgos asociados con el desarrollo de cualquier Contrato de Operación, la prestación de los Servicios Aeroportuarios y servicios en general, la realización de las Mejoras, aquellos gastos y riesgos derivados del uso de tecnología y patentes propias del Concesionario, y todas aquellas materias u operaciones bajo su control o bajo su responsabilidad de acuerdo con el presente Contrato, salvo lo establecido en la cláusula 26.*

(...)

Cláusula 26

Equilibrio Económico

26.1. *Las Partes reconocen que el entorno legal-económico-financiero y las condiciones de contratación constituyen un todo armónico y orgánico que hace posible que el Concesionario y el Concedente puedan alcanzar los objetivos por los que suscribieron el presente Contrato.*

26.2 *“Si por cambios en las Leyes Aplicables (que no se vinculen con lo estipulado en los convenios de estabilidad jurídica a que se refiere la Cláusula 25 del presente Contrato o en las disposiciones establecidas en las Normas (excepto aquéllas que regulen temas tarifarios o que fijen infracciones o sanciones vinculadas al presente Contrato), que son aquéllas vinculadas a los actos de poder ordinario sobre la relación contractual y la*

prestación de servicios involucrados y que tengan exclusiva relación a aspectos económicos financieros vinculados: a) a la inversión, titularidad u operación del Aeropuerto; o b) al presente Contrato los Ingresos Brutos del Concesionario durante un periodo de cuatro trimestres fiscales consecutivos se redujeran en un 5.5% o más con respecto a los Ingresos Brutos pronosticados por el Concesionario para dicho periodo (según se detallan en el pronóstico, expresado en forma trimestral, de los Ingresos Brutos del Concesionario a ser incluido en cada Reporte Trimestral del Concesionario a ser presentado a OSITRAN de acuerdo con la cláusula 5.11), o alternativamente, si los costos y/o gastos del Concesionario durante un periodo de cuatro trimestres fiscales consecutivos se incrementaran en un 5.5% o más con respecto a los costos y/o gastos pronosticados por el Concesionario para dicho periodo (según se detallan en el pronóstico, expresado en forma trimestral, de costos y/o gastos del Concesionario a ser incluido en cada Reporte Trimestral del Concesionario presentado a OSITRAN de acuerdo con la cláusula 5.11), o si el efecto compuesto de una reducción en los Ingresos Brutos y un incremento de los costos y/o gastos del Concesionario produjeran un resultado neto igual o mayor a cualquiera de las alternativas anteriores, se considerará que el equilibrio económico del presente Contrato se ha visto significativamente afectado, siempre y cuando tales efectos se hayan producido como consecuencia de cambios en las Leyes Aplicables o Normas. En tal caso, el Concesionario podrá, después de transcurrido por lo menos un mes luego del final de cualquier periodo trimestral fiscal en el que la variación (reducción o incremento, según sea el caso) a que se hace referencia en el párrafo anterior haya ocurrido, proponer por escrito ante OSITRAN y con la necesaria sustentación, las soluciones y procedimientos a seguir para reestablecer el equilibrio económico existente a la fecha en que se produjo el cambio en las Leyes Aplicables o Normas. Estas soluciones y procedimientos podrán incluir, entre otras propuestas, la modificación de las tarifas y de la Vigencia de la Concesión”.

(...)

26.4 La discrepancia sobre si existe ruptura del equilibrio económico financiero será resuelta de conformidad con los mecanismos de solución de controversias regulados en la Cláusula 17 del presente Contrato, salvo el caso que las soluciones y procedimientos propuestos por el Concesionario se refieran a la modificación del régimen tarifario vigente, caso en el cual la solicitud del Concesionario será resuelta por el OSITRAN, conforme al procedimiento que se establecerá por resolución de su Consejo Directivo, por ser la regulación del sistema tarifario una función legal de dicho organismo.

(...)

26.5 deberá entenderse como una alteración sustancial e imprevisible del equilibrio económico, aquella variación que sea igual o mayor a cuatro (4) puntos porcentuales del promedio de las tasas de crecimiento observadas durante los primeros cuatro años de Vigencia de la Concesión con respecto a la tasa promedio implícita en el pronóstico de pasajeros (nacional e internacional) de Lima Base que establece el cuadro 1.7 de la sección 5.0 del Anexo 6 de las Bases. Para tal procedimiento de revisión y modificación es de aplicación lo dispuesto en los numerales 26.3 y 26.4 de la presente Cláusula”.

Cuadro N° 5

Adendas al Contrato de Concesión del Aeropuerto Jorge Chávez

Adendas	Características
Adenda N° 1 (6 de abril del 2001)	Su objeto es modificar aspectos relevantes para la construcción, mejora, conservación y explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez. Modificaciones del Contrato²⁰: Cláusula 24.7 <i>(Redacción anterior)</i> 24.7. Modificaciones. Toda solicitud de enmienda, adición o modificación del presente Contrato deberá ser presentada a OSITRAN, con copia al Concedente, con el debido sustento técnico. El Concedente resolverá la solicitud contando con la opinión técnica de OSITRAN. El acuerdo de modificación será obligatorio para las Partes solamente si consta por escrito y es firmada por los representantes debidamente autorizados de las Partes. De conformidad con el Artículo 33 del Reglamento del TUO, el Concedente podrá modificar el presente Contrato 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. En consideración a lo dispuesto en el párrafo precedente las Partes expresamente convienen que el Concedente podrá modificar el presente Contrato, previo acuerdo con el Concesionario, siempre que ello sea necesario y esté debidamente sustentado, para: (i) Que el Concesionario pueda obtener el Endeudamiento Garantizado Permitido con relación a la naturaleza de la garantía que se otorgue al Acreedor Permitido, dentro de lo previsto en la Cláusula 21. 1; y, (ii) Para adecuar el Contrato a cambios tecnológicos o nuevas circunstancias que se produzcan durante la Vigencia de la Concesión o sus prórrogas y que las Partes no puedan razonablemente conocer o prever en la Fecha de Cierre. Queda sin embargo establecido que ninguna modificación del Contrato contemplada en la presente Cláusula 24.7 podrá en forma alguna afectar negativamente los intereses del

20 Se tomarán en cuenta solo las modificaciones relevantes para la temática del presente trabajo de investigación.

	<p>Concedente ni reducir de alguna manera las obligaciones del Concesionario relacionadas con la operación y mantenimiento del Aeropuerto, la prestación de Servicios Aeroportuarios y la construcción de las Mejoras y los servicios en general, conforme a las Leyes Aplicables y a lo establecido en el presente Contrato.</p> <p><i>(Modificación)</i></p> <p>24.7 Modificaciones</p> <p>Toda solicitud de enmienda, adición o modificación del presente Contrato deberá ser presentada a OSITRAN, con copia al Concedente, con el debido sustento técnico. El Concedente resolverá la solicitud contando con la opinión técnica de OSITRAN. El acuerdo de modificación será obligatorio para las Partes solamente si consta por escrito y es firmada por los representantes debidamente autorizados de las Partes.</p> <p>De conformidad con el Artículo 33 del Reglamento del TUO, el Concedente podrá modificar el presente Contrato 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.</p> <p>En consideración a lo dispuesto en el párrafo precedente las Partes expresamente convienen que el Concedente podrá modificar el presente Contrato, previo acuerdo con el Concesionario, siempre que ello sea necesario y esté debidamente sustentado, para:</p> <p>(i) Que el Concesionario pueda obtener el Endeudamiento Garantizado Permitido; o (ii) Esté relacionado con la naturaleza de la garantía que se otorgue al Acreedor Permitido, dentro de lo previsto en la Cláusula 21.1;</p> <p>(iii) Para adecuar el Contrato a cambios tecnológicos o nuevas circunstancias que se produzcan durante la vigencia de la Concesión o sus prórrogas y que las partes no puedan razonablemente conocer o prever en la Fecha de Cierre.</p>
<p>Adenda N° 2 (25 de julio de 2001)</p>	<p>Su objeto es modificar aspectos relevantes para la construcción, mejora, conservación y explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.</p> <p><u>Modificaciones del Contrato</u>²¹:</p> <p>Cláusula 13.1</p> <p><i>(Redacción anterior)</i></p> <p>13.1 Eventos de Fuerza Mayor.</p> <p>(...)</p> <p>13.1.3 El hallazgo de cualquier ruina arqueológica o histórica que impida de forma sustancial la realización de las Mejoras, o que retrase su ejecución por un plazo superior a seis (6) meses, a pesar de que el Concesionario esté dispuesto a modificar sus planes a efecto de remover el impedimento o reducir dicho plazo.</p> <p><i>(Modificación)</i></p> <p>13.1.3 Cualquier hallazgo o descubrimiento mencionado en la Cláusula 18.315, así como el hallazgo de cualquier ruina arqueológica o histórica que impida de forma sustancial la realización de las Mejoras, o que retrase su ejecución por un plazo superior a seis (6) meses (...)</p>

21 Se tomarán en cuenta solo las modificaciones relevantes para la temática del presente trabajo de investigación.

Cláusula 13.3

(Redacción anterior)

13.3. Apoyo del Concedente. Cuando ocurra cualquiera de los Eventos de Fuerza Mayor estipulados en la Cláusula 13.1 y continúe por un período mayor de seis (6) meses, en condiciones tales que los ingresos por concepto de seguros o cualquier otra indemnización de la Autoridad Gubernamental no estén disponibles para el Concesionario, el Concedente optará por:

13.3.1 Actuando a través de OSITRAN, permitir un incremento transitorio de las Tarifas Máximas; y/o 13.3.2 Permitir una prórroga apropiada de la Vigencia de la Concesión.

(Modificación)

13.3. "Apoyo del Concedente. Cuando ocurra cualquiera de los Eventos de Fuerza Mayor estipulados en la Cláusula 13.1 y se prevea que sus efectos continuarán por un período mayor de seis (6) meses, en condiciones tales que los ingresos por concepto de seguros o cualquier otra indemnización de la Autoridad Gubernamental no estén disponibles para el Concesionario, el Concedente¹⁶ de manera expeditiva optará por: 13.3.1 Actuando a través de OSITRAN, permitir un incremento transitorio de las Tarifas Máximas; y/o 13.3.2 Permitir una prórroga apropiada de la Vigencia de la Concesión; y/o 13.3.3 Permitir cualquier otra medida que el Concedente considere conveniente."

Cláusula 13.4

(Texto anterior)

13.4. Ausencia de Responsabilidad. Las Partes no serán responsables por el incumplimiento de sus respectivas obligaciones o por el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de las mismas, cuando dicho incumplimiento se deba a un Evento de Fuerza Mayor, siempre que la parte afectada por el Evento de Fuerza Mayor haya acreditado ante la otra Parte haber actuado con la debida diligencia y haber tomado todas las precauciones y medidas alternativas razonables para el cumplimiento del presente Contrato. En tal caso, las obligaciones afectadas por dicho evento serán suspendidas mientras dure el Evento de Fuerza Mayor. El retraso en el cumplimiento de las obligaciones del Concesionario por causa de un Evento de Fuerza Mayor por un lapso superior a doce (12) meses y que impida a las aeronaves despegar y aterrizar con sus pasajeros y carga, así como abordar, bajar, cargar y descargar de las aeronaves en forma segura, dará derecho a cualquiera de las Partes a resolver el presente Contrato, declarándose caduca la Concesión mediante notificación por escrito a la otra Parte.

(Modificación)

13.4. "Ausencia de Responsabilidad. Las Partes no serán responsables por el incumplimiento de sus respectivas obligaciones o por el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de las mismas, cuando dicho incumplimiento se deba a un Evento de Fuerza Mayor, siempre que la parte afectada por el Evento de Fuerza Mayor haya acreditado ante la otra Parte haber actuado con la debida diligencia y haber tomado todas las precauciones y medidas alternativas razonables para el cumplimiento del presente Contrato. En tal caso, las obligaciones afectadas por dicho evento serán suspendidas mientras dure el Evento de Fuerza Mayor. El retraso en el cumplimiento de las obligaciones del Concesionario por causa de un Evento de Fuerza Mayor por un lapso superior a doce (12) meses y que impida a las aeronaves despegar y aterrizar con sus pasajeros

	<p>y carga, así como abordar, bajar, cargar y descargar de las aeronaves en forma segura, dará derecho a cualquiera de las Partes a resolver el presente Contrato, aplicándose en tal caso lo dispuesto en el numeral 15.7. En tal supuesto, se declarará caduca la Concesión mediante notificación por escrito a la otra Parte, salvo cuando las acciones para el restablecimiento de los servicios afectados se hayan ya iniciado y su conclusión en un período no mayor a veinticuatro (24) meses haya sido acordada por las Partes.”</p>
<p>Adenda N° 3 (30 de septiembre de 2002)</p>	<p>Su objeto es modificar aspectos relevantes para la construcción, mejora, conservación y explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.</p> <p><u>Modificaciones del Contrato</u>²²:</p> <p>Cláusula 5.23 <i>(Redacción anterior)</i></p> <p>5.23. De la ampliación del Aeropuerto. El área requerida para la ampliación del Aeropuerto será entregada al Concesionario por el Concedente dentro del plazo máximo de cuatro (4) años contados a partir de la Fecha de Cierre. Dicha área descrita en el Anexo 11 del presente Contrato, en su totalidad será destinada para la ejecución de las Mejoras, a que se refiere el numeral 5.6 de esta Cláusula. Los inmuebles denominados ALMACENA, EX FERTISA y PESCA PERÚ de propiedad del Concedente, ubicados dentro del área destinada para la ampliación del Aeropuerto serán entregados al Concesionario cuando éste lo requiera al Concedente, a fin de iniciar la ejecución de las Mejoras, conforme al Anexo 6 del presente Contrato. Dicho requerimiento deberá ser efectuado por lo menos con un año de anticipación a la ejecución de las mismas y en todo caso antes del término del cuarto año de Vigencia de la Concesión.</p> <p><i>(Modificación)</i></p> <p>5.23. De la ampliación del Aeropuerto. El área requerida para la ampliación del Aeropuerto será entregada al Concesionario por el Concedente dentro del plazo máximo de cinco (5) años contados a partir de la Fecha de Cierre. Dicha área descrita en el Anexo 11 del presente Contrato, en su totalidad será destinada para la ejecución de las Mejoras, a que se refiere el numeral 5.6 de esta Cláusula. Los inmuebles denominados ALMACENA, EX FERTISA y PESCA PERÚ de propiedad del Concedente, ubicados dentro del área destinada para la ampliación del Aeropuerto serán entregados al Concesionario cuando éste lo requiera al Concedente, a fin de iniciar la ejecución de las Mejoras, conforme al Anexo 6 del presente Contrato. Dicho requerimiento deberá ser efectuado por lo menos con un año de anticipación a la ejecución de las mismas y en todo caso antes del término del cuarto año de Vigencia de la Concesión. A efectos de cumplir con lo dispuesto en el presente numeral, el Concedente se encuentra facultado a redistribuir los recursos provenientes de los ingresos generados por la concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, a que se refiere el numeral 10.3 de las Bases Consolidadas de la Licitación Pública Especial Internacional para la concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (agosto 2000).</p>
<p>Adenda N° 4</p>	<p>Su objeto es modificar aspectos relevantes para la construcción, mejora, conservación y explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.</p>

22 Se tomarán en cuenta solo las modificaciones relevantes para la temática del presente trabajo de investigación.

(30 de junio de 2003)	<p>Modificaciones del Contrato²³:</p> <p>Cláusula 5.6.2.1 <i>(Redacción anterior)</i></p> <p>5.6.2.1 Mejoras Obligatorias. El Concesionario está obligado a construir una segunda pista de aterrizaje de tal manera que ésta se encuentre terminada y lista para entrar en operación al final del decimoprimer año de Vigencia de la Concesión. En el caso de que los avances tecnológicos existentes al momento en que deba iniciarse la construcción de la segunda pista hagan inútil, o parcialmente inútil, la construcción de la misma, el Concedente contando, previamente, con la opinión técnica de OSITRAN podrá modificar o sustituir la obligación del Concesionario de construir la segunda pista. Esta facultad es exclusiva del Concedente y deberá ser ejercida a más tardar al finalizar el sexto año de Vigencia de la Concesión. Lo establecido en el párrafo precedente no podrá ser materia de lo estipulado en la Cláusula 17 del presente Contrato. Las que en su caso establezca el Anexo 6.</p> <p><i>(Modificación)</i></p> <p>5.6.2.1 Mejoras Obligatorias: El Concesionario está obligado a construir una segunda pista de aterrizaje de tal manera que ésta se encuentre terminada y lista para entrar en operación al final del decimocuarto año de Vigencia de la Concesión o en cualquier caso, después de cinco (05) años desde la fecha en que el Concedente entregue al Concesionario, en conjunto y en una sola oportunidad, el área requerida para la ampliación del Aeropuerto, de acuerdo a lo establecido en el numeral 5.23. En el caso de que los avances tecnológicos existentes al momento en que deba iniciarse la construcción de la segunda pista hagan inútil, o parcialmente inútil, la construcción de la misma, el Concedente contando, previamente, con la opinión 37 técnica de OSITRAN podrá modificar o sustituir la obligación del Concesionario de construir la segunda pista. Esta facultad es exclusiva del Concedente y deberá ser ejercida a más tardar al finalizar el noveno año de Vigencia de la Concesión. Lo establecido en el párrafo precedente no podrá ser materia de lo estipulado en la Cláusula 17 del presente Contrato. Las que en su caso establezca el Anexo 6.</p> <p>Cláusula 5.23 <i>(Texto anterior)</i></p> <p>5.23. De la ampliación del Aeropuerto. El área requerida para la ampliación del Aeropuerto será entregada al Concesionario por el Concedente dentro del plazo máximo de cuatro (4) años contados a partir de la Fecha de Cierre. Dicha área descrita en el Anexo 11 del presente Contrato, en su totalidad será destinada para la ejecución de las Mejoras, a que se refiere el numeral 5.6 de esta Cláusula. Los inmuebles denominados ALMACENA, EX FERTISA y PESCA PERÚ de propiedad del Concedente, ubicados dentro del área destinada para la ampliación del Aeropuerto serán entregados al Concesionario cuando éste lo requiera al Concedente, a fin de iniciar la ejecución de las Mejoras, conforme al Anexo 6 del presente Contrato. Dicho requerimiento deberá ser efectuado por lo menos con un año de anticipación a la ejecución de las mismas y en todo caso antes del término del cuarto año de Vigencia de la Concesión.</p> <p><i>(Modificación)</i></p>
-----------------------	--

23 Se tomarán en cuenta solo las modificaciones relevantes para la temática del presente trabajo de investigación.

5.23. De la ampliación del Aeropuerto. El área requerida para la ampliación del Aeropuerto será entregada al Concesionario por el Concedente dentro del plazo máximo de cinco (5) años contados a partir de la Fecha de Cierre. Dicha área descrita en el Anexo 11 del presente Contrato, en su totalidad será destinada para la ejecución de las Mejoras, a que se refiere el numeral 5.6 de esta Cláusula. Los inmuebles denominados ALMACENA, EX FERTISA y PESCA PERÚ de propiedad del Concedente, ubicados dentro del área destinada para la ampliación del Aeropuerto serán entregados al Concesionario cuando éste lo requiera al Concedente, a fin de iniciar la ejecución de las Mejoras, conforme al Anexo 6 del presente Contrato. Dicho requerimiento deberá ser efectuado por lo menos con un año de anticipación a la ejecución de las mismas y en todo caso antes del término del cuarto año de Vigencia de la Concesión. A efectos de cumplir con lo dispuesto en el presente numeral, el Concedente se encuentra facultado a redistribuir los recursos provenientes de los ingresos generados por la concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, a que se refiere el numeral 10.3 de las Bases Consolidadas de la Licitación Pública Especial Internacional para la concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (agosto 2000).

Cláusula 15.5

(Redacción anterior)

15.5. Terminación de la Concesión por el Concesionario. En caso que el Concedente (a) no proporcione al Concesionario el control del Aeropuerto en la Fecha de Cierre de manera tal que afecte el cumplimiento sustancial de la Concesión y del presente Contrato por parte del Concesionario, (b) no respete los términos del Fideicomiso, la Hipoteca o la garantía sobre los ingresos del Concesionario a los que se refiere la Cláusula 21 o (c) habiéndose culminado el proceso de adquisición de la totalidad de los terrenos descritos en el Apéndice 1 del Anexo 11, no entregue al Concesionario los inmuebles objeto del mismo, previa notificación hecha por el Concesionario al Concedente con treinta (30) días calendario de anticipación, el Concesionario podrá terminar la Concesión y recibir del Concedente, en un plazo no mayor de un (01) año, contado a partir de la fecha en que se concrete la resolución del Contrato y, por todo concepto, para 10 casos b) y c) del presente numeral una cantidad igual al Valor Presente del Flujo de Caja Libres definido en el inciso 1.61 del presente Contrato más el Valor Contable de las Mejoras iniciadas y no culminadas a la fecha de notificación por el Concedente al Concesionario, descontando el monto del Endeudamiento Garantizado Permitido pendiente de pago y las obligaciones por beneficios laborales de los trabajadores del Concesionario conforme a las Leyes Aplicables, en adelante Obligaciones Laborales. Para realizar las proyecciones en la obtención del flujo de caja libre esperado, se tomará en cuenta los resultados e información correspondiente al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez de por lo menos cuatro (04) años inmediatamente anteriores a la fecha de Caducidad. El monto del Endeudamiento Garantizado Permitido pendiente de pago y las Obligaciones Laborales será desembolsado por el Concedente directamente a los Acreedores Permitidos y a los trabajadores del Concesionario.

(Modificación)

15.5. Terminación de la Concesión por el Concesionario. En caso que el Concedente: a) No proporcione al Concesionario el control del Aeropuerto en la Fecha de Cierre de manera tal que

	<p>afecte el cumplimiento sustancial de la Concesión y del presente Contrato por parte del Concesionario; b) No respete los términos del Fideicomiso, la Hipoteca o la garantía sobre los ingresos del Concesionario a los que se refiere la Cláusula 21; c) No entregue todas las áreas a que hace referencia el Anexo 11 del presente Contrato, en el plazo máximo de doce (12) años contados a partir de la Fecha de Cierre; d) Incumpla cualquiera de las obligaciones establecidas en los numerales 2.4 último párrafo, 2.5 último párrafo, 3.1, 3.2, 9.2.3, 9.2.4, 12.4, 18.1 tercer párrafo y 20.10, o e) Incumpla cualquier obligación sustancial distinta de las listadas en el literal precedente o si CORPAC S.A. o alguna Autoridad Gubernamental relacionada con la operación del Aeropuerto, incumpla cualquiera de sus obligaciones establecidas en las Leyes Aplicables, Normas administrativas o contractualmente asumidas frente al Concesionario, y que cualquiera de los incumplimientos contemplados en todos los supuestos del presente literal: (i) cause un perjuicio económico al Concesionario declarado mediante resolución judicial o laudo arbitral firme cuyo descuento de la Retribución, que podrá aplicarse en una o más oportunidades hasta agotar su importe, sea impedido por el Concedente u objetado por OSITRAN, dado que el mecanismo de descuento es expresamente aceptado por el Concedente; o (ii) de cualquier forma impida al Concesionario el cumplimiento de sus obligaciones bajo el presente Contrato y que este incumplimiento genere la caducidad de la Concesión, y siempre que cualquiera de los incumplimientos señalados en los literales a) al e) no hayan sido subsanados por el Concedente en el plazo máximo de noventa (90) días calendario o el plazo mayor que convengan las partes, contados a partir de la recepción del requerimiento formal, el Concesionario podrá terminar la Concesión y recibir del Concedente, en un plazo no mayor de un (01) año, contado a partir de la fecha en que se concrete la resolución del Contrato y, por todo concepto, para los casos b), c), d) o e) del presente numeral una cantidad igual al Valor Presente de Flujo de Caja Libre definido en el inciso 1.61 del presente Contrato más el Valor Contable de las Mejoras iniciadas y no culminadas a la fecha de notificación por el Concedente al Concesionario, descontando únicamente los montos desembolsados pendientes de amortización, intereses y comisiones vencidos relativos al Endeudamiento Garantizado Permitido, o derechos adicionales a los mencionados con anterioridad, siempre que los mismos hayan sido aprobados en su integridad por el Concedente, los mismos que se pagarán directamente a los Acreedores Permitidos y las obligaciones por beneficios laborales de los trabajadores del Concesionario conforme a las Leyes Aplicables. Para realizar las proyecciones en la obtención del flujo de caja libre esperado, se tomará en cuenta los resultados e información correspondiente al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez de por lo menos cuatro (04) años inmediatamente anteriores a la fecha de Caducidad. En el caso que efectuados los descuentos en beneficio de los Acreedores Permitidos a que se refieren los párrafos precedentes, no se satisfaga la totalidad de los montos adeudados a los mismos, producida la resolución del presente contrato, el Concedente deberá iniciar el procedimiento de ejecución a que se refiere el Numeral 15.7.</p>
<p>Adenda N° 5 (25 de julio de 2011)</p>	<p>Su objeto es modificar aspectos relevantes para la construcción, mejora, conservación y explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.</p>

	<p><u>Modificaciones del Contrato</u>²⁴:</p> <p>ANEXO XI</p> <p>ENTREGA DE TERRENOS PARA LA AMPLIACIÓN DEL AEROPUERTO</p> <p><i>(Redacción anterior)</i></p> <p>Antecedentes. El Concedente ha establecido, a la fecha de suscripción del presente Contrato y mediante levantamiento topográfico, que el área destinada a la ampliación del Aeropuerto es de 6' 892, 189. 307 m2, de acuerdo a las Coordenadas UTM del nuevo Orden Geodésico Mundial conforme puede apreciarse del Plano 15 y en la Memoria Descriptiva respectiva (ver Apéndice 1 del presente Anexo).</p> <p><i>(Modificación)</i></p> <p>Antecedentes. El Concedente ha establecido, a la fecha de suscripción del presente Contrato y mediante levantamiento topográfico, que el área destinada a la ampliación del Aeropuerto es de 6' 875 828. 3742 m2, de acuerdo a las Coordenadas UTM del nuevo Orden Geodésico Mundial conforme puede apreciarse del Plano 15 y en la Memoria Descriptiva respectiva (ver Apéndice 1 del presente Anexo).</p>
<p>Adenda N° 6 (8 de marzo de 2013)</p>	<p>La presente adenda tiene por objeto facilitar el cumplimiento de la obligación contractual del Estado Peruano, representado por le CONCEDENTE, de efectuar la entrega al CONCESIONARIO de las áreas de terreno a que hace referencia el Anexo 11 del Contrato de Concesión, destinadas a la ampliación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez. Asimismo, se adecuan algunos aspectos operativos y técnicos necesarios para agilizar las obras de ampliación del citado Aeropuerto, y dotarlo de mayor competitividad en la región.</p> <p>Cláusula 5.6.2.1</p> <p><i>(Modificación)</i></p> <p>5.6.2.1 Mejoras Obligatorias. El Concesionario está obligado a: a) Construir una segunda pista de aterrizaje de tal manera que ésta se encuentre terminada y lista para entrar en operación a más tardar cinco (5) años desde la culminación del Procedimiento de Entrega, en el que se acredite que el Concedente entrega al Concesionario la totalidad del área requerida para la ampliación del Aeropuerto, salvo que sea de aplicación lo establecido en la Cláusula 5.23 en lo referido al área para la segunda pista de aterrizaje. En el caso de que los avances tecnológicos existentes al momento en que deba iniciarse la construcción de la segunda pista hagan inútil o parcialmente inútil, la construcción de la misma, el Concedente contando, previamente, con la opinión técnica de OSITRAN podrá modificar o sustituir la obligación del Concesionario de construir la segunda pista. Esta facultad es exclusiva del Concedente y deberá ser ejercida a más tardar doce (12) meses después de la culminación del Procedimiento de Entrega. Lo establecido en el párrafo precedente no podrá ser materia de lo estipulado en la Cláusula 17 del presente Contrato. b) Construir las Mejoras que en su caso establezca el Anexo 6 y el Plan Maestro y sus actualizaciones. Hasta que se culmine el Procedimiento de Entrega a que se refiere el numeral 4 del Anexo 11, el Plan Maestro será actualizado con la aprobación de los expedientes técnicos.”</p>

24 Se tomarán en cuenta solo las modificaciones relevantes para la temática del presente trabajo de investigación.

Cláusula 5.23

(Modificación)

5.23 De la ampliación del Aeropuerto. El área requerida para la ampliación del Aeropuerto será entregada al Concesionario por el Concedente dentro del plazo máximo que no excederá el 31 de diciembre de 2015. Dicha área, descrita en el Anexo 11 del presente Contrato, en su totalidad será destinada para la ejecución de las Mejoras, a que se refiere el numeral 5.6 de esta Cláusula, vencido el referido plazo, el Concesionario podrá ejercer el derecho contemplado en la Cláusula 15.5 c) del presente Contrato. Siempre que medie acuerdo previo entre las Partes, se podrán efectuar entregas progresivas de las áreas requeridas para la ampliación del Aeropuerto de acuerdo al Procedimiento de Entrega de terrenos contemplado en el numeral 4 del Anexo 11 y deberán encontrarse saneadas y libres de cualquier Gravamen. En estos casos, de existir acuerdo entre las Partes, se suscribirán actas de entrega, respecto de dichos terrenos. La recepción progresiva de áreas por parte del Concesionario no implicará que éste se encuentre sujeto a las obligaciones y plazos indicados en el Contrato para la ampliación del Aeropuerto respecto de la Mejora contemplada en la Cláusula 5.6.2.1 y del Anexo 6, cuyos plazos no se contabilizarán hasta que el Concedente entregue la totalidad de las áreas indicadas en el Anexo 11, salvo que el Concedente acredite técnicamente y con la conformidad de OSITRAN que los terrenos entregados permiten el desarrollo de las Mejoras contempladas en el Plan Maestro. Los inmuebles denominados ALMACENA, EX FERTISA y PESCA PERÚ de propiedad del Concedente, ubicados dentro del área destinada para la ampliación del Aeropuerto serán entregados al Concesionario cuando éste lo requiera al Concedente, a fin de iniciar la ejecución de las Mejoras, conforme al Anexo 6 del presente Contrato. Dicho requerimiento deberá ser efectuado por lo menos con un año de anticipación a la ejecución de las mismas y en todo caso antes del término del octavo año de Vigencia de la Concesión. A efectos de cumplir con lo dispuesto en el presente numeral, el Concedente se encuentra facultado a redistribuir¹¹ los recursos provenientes de los ingresos generados por la concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, a que se refiere el numeral 10.3 de las Bases Consolidadas de la Licitación Pública Especial Internacional.

Cláusula 15.5

(Modificación)

15.5. Terminación de la Concesión por el Concesionario. En caso que el Concedente: a) No proporcione al Concesionario el control del Aeropuerto en la Fecha de Cierre de manera tal que afecte el cumplimiento sustancial de la Concesión y del presente Contrato por parte del Concesionario; b) No respete los términos del Fideicomiso, la Hipoteca o la garantía sobre los ingresos del Concesionario a los que se refiere la Cláusula 21; c) No entregue todas las áreas a que hace referencia el Anexo 11 del presente Contrato , como máximo, el 31 de diciembre de 2015; (Subrayado añadido)

Inclusión del numeral 4 al Anexo 11:

1. Procedimiento de Entrega
- 1.1 El concedente podrá efectuar la entrega de terrenos de manera progresiva en el plazo estipulado en la cláusula 5.23 del presente Contrato.

	<p>1.2 El procedimiento de entrega de terrenos culminará al cumplir el Concedente con la entrega de la totalidad de los terrenos indicados en el presente Anexo.</p> <p>1.3 El Concedente y el Concesionario se comprometen a realizar las acciones conjuntas de naturaleza legal, administrativa y/o de otra índole que resulten necesarias para cumplir con lo establecido en el presente Anexo.</p>
<p>Adenda N° 7 (25 de julio de 2017)</p>	<p>La presente adenda tiene por objeto adaptar el contrato de concesión para asegurar el cumplimiento de su finalidad, mediante el establecimiento de soluciones para viabilizar las diversas circunstancias que ponen en riesgo la continuidad de la Concesión, en particular el desarrollo y ejecución del proyecto de ampliación del Aeropuerto. Asimismo, busca iniciar las obras de ampliación del mismo cumpliendo la obligación del Estado Peruano de entregar las áreas de terreno destinadas a la ampliación del Aeropuerto conforme al Anexo XI del Contrato, adecuando cronogramas para la liberación de interferencias remanentes y preexistencias identificadas en los mencionados terrenos, a la fecha de entrega por parte del Concedente.</p> <p>Cláusula 5.6.2.1</p> <p>5.6.2.1. Mejoras Obligatorias El Concesionario está obligado a: a) Construir una segunda pista de aterrizaje de tal manera que ésta se encuentre terminada y lista para entrar en operación a más tardar a los cuatro (04) años, contados desde la liberación de las interferencias existentes en los terrenos destinados para la ampliación del Aeropuerto, detalladas en los numerales 5.2.1 y 5.2.2 del Anexo 11 del presente Contrato de Concesión. Para estos efectos, el Concedente deberá acreditar frente al Concesionario el cumplimiento de la obligación de liberar dichas interferencias. El incumplimiento del plazo antes indicado por razones imputables directamente al Concesionario dará derecho al Concedente a la aplicación de la penalidad a la que se refiere la cláusula 5.8.2 del presente Contrato de Concesión más no al derecho de dar por terminada la concesión según lo previsto en la cláusula 15 del presente Contrato de Concesión. El derecho del Concedente de dar por terminada la Concesión por el incumplimiento del Concesionario en la ejecución de esta Mejora Obligatoria podrá ser ejercido vencido el quinto año contado desde la liberación de las interferencias. Una vez que el Concesionario presente los documentos técnicos a nivel de diseño conceptual al Concedente, con copia al Regulador, el Concedente cuenta con un plazo improrrogable de treinta (30) Días Útiles para aprobar los documentos técnicos, luego de recibida la opinión previa del Regulador, quien contará con un plazo improrrogable igual. En caso que el Concedente tuviera observaciones, éstas deberán ser levantadas por el Concesionario en un plazo no mayor de treinta (30) Días Útiles. En el supuesto que los documentos técnicos mencionados se presenten una vez liberadas las interferencias señaladas en los numerales 5.2.1 y 5.2.2 del Anexo 11 del presente Contrato de Concesión, el plazo de cuatro (4) años para la construcción y puesta en operación de la segunda pista de aterrizaje comprenderá los plazos indicados en el presente párrafo. En el eventual caso de demoras en los plazos previstos en los numerales 5.2.1 y 5.2.2 del Anexo 11 del presente Contrato para la liberación de las interferencias identificadas por las Partes, y sin perjuicio de otras condiciones establecidas en el presente Contrato de Concesión, el plazo para la construcción de la segunda pista de aterrizaje quedará automáticamente suspendido, por un tiempo equivalente al de la demora. Para el inicio de operaciones de la segunda pista de</p>

aterrizaje, el Concedente deberá cumplir con las obligaciones establecidas en el numeral v) del acápite 2.1.2 del Anexo 9 del Contrato de Concesión a cargo de CORPAC y la capacitación a los controladores para su operación, a más tardar antes de los seis (6) meses previos al inicio de operaciones programado por el Concesionario. En ambos supuestos, el incumplimiento de cualquiera de esas obligaciones generará la suspensión del plazo para la puesta en operación de la segunda pista por un tiempo equivalente al de la demora. En el caso de que los avances tecnológicos existentes al momento en que deba iniciarse la construcción de la segunda pista hagan inútil o parcialmente inútil, la construcción de la misma, el Concedente contando, previamente, con la opinión técnica de OSITRAN podrá modificar o sustituir la obligación del Concesionario de construir la segunda pista. Esta facultad es exclusiva del Concedente y deberá ser ejercida a más tardar doce (12) meses después de la suscripción de la Adenda N° 7 al Contrato de Concesión. Lo establecido en el párrafo precedente no podrá ser materia de lo estipulado en la Cláusula 17 del presente Contrato. b) Construir las Mejoras que en su caso establezca el Anexo 6 y el Plan Maestro y sus actualizaciones.

Cláusula 5.23

5.23. De la ampliación del Aeropuerto. El área requerida para la ampliación del Aeropuerto será entregada al Concesionario por el Concedente. Dicha área, descrita en el Anexo 11 del presente Contrato, en su totalidad será destinada para la ejecución de las Mejoras, a que se refiere el numeral 5.6 presente Contrato de Concesión, salvo que el Concedente acredite técnicamente y con la opinión técnica de OSITRAN, que los terrenos entregados permiten el desarrollo de las Mejoras contempladas en el Plan Maestro. Las áreas de terreno a ser entregadas por el Concedente deberán cumplir con lo señalado en el Anexo 11 del Contrato de Concesión. A efectos de cumplir con lo dispuesto en el presente numeral, el Concedente se encuentra facultado a redistribuir los recursos provenientes de los ingresos generados por la concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, a que se refiere el numeral 10.3 de las Bases Consolidadas de la Licitación Pública Especial Internacional.

Literal c) del numeral 15.5 de la Cláusula 15, modificado por el numeral 8 de la Cláusula Tercera de la Adenda N° 7 del Contrato de Concesión, suscrita con fecha 25 de julio de 2017, cuyo texto es el siguiente: c) No cumpla su obligación de liberar las interferencias referidas en los numerales 5.2.1 y 5.2.2 del Anexo 11 del presente Contrato de Concesión, dentro del plazo máximo señalado en dichos numerales. d) Incumpla cualquiera de las obligaciones establecidas en los numerales 2.4 último párrafo, 2.5 último párrafo, 3.1, 3.2, 9.2.3, 9.2.4, 12.4, 18.1 tercer párrafo y 20.10, o e) Incumpla cualquier obligación sustancial distinta de las listadas en el literal precedente o si CORPAC S.A. o alguna Autoridad Gubernamental relacionada con la operación del Aeropuerto, incumpla cualquiera de sus obligaciones establecidas en las Leyes Aplicables, Normas administrativas o contractualmente asumidas frente al Concesionario, y que cualquiera de los incumplimientos contemplados en todos los supuestos del presente literal: (i) 80 cause un perjuicio económico al Concesionario declarado mediante resolución judicial o laudo arbitral firme cuyo descuento de la Retribución, que podrá aplicarse en una o más oportunidades hasta agotar su importe, sea impedido por el Concedente u objetado por OSITRAN, dado que el mecanismo de descuento es expresamente aceptado por el Concedente; o (ii) de cualquier forma impida al

Concesionario el cumplimiento de sus obligaciones bajo el presente Contrato y que este incumplimiento genere la caducidad de la Concesión, y siempre que cualquiera de los incumplimientos señalados en los literales a) al e) no hayan sido subsanados por el Concedente en el plazo máximo de noventa (90) días calendario o el plazo mayor que convengan las partes, contados a partir de la recepción del requerimiento formal, el Concesionario podrá terminar la Concesión y recibir del Concedente, en un plazo no mayor de un (01) año, contado a partir de la fecha en que se concrete la resolución del Contrato y, por todo concepto, para los casos b), c), d) o e) del presente numeral una cantidad igual a la sumatoria de: (i) el Valor Presente del Flujo de Caja Libre definido en el inciso 1.61 del presente Contrato, más (ii) el Valor Contable de las Mejoras efectuadas por el Concesionario y/o los Operadores Secundarios iniciadas y no culminadas a la fecha de notificación por el Concedente al Concesionario, descontando únicamente los montos desembolsados pendientes de amortización, intereses y comisiones vencidos relativos al Endeudamiento Garantizado Permitido, en el caso de los Operadores Secundarios se considerarán las mejoras iniciadas con posterioridad al Décimo Segundo Año de Vigencia de la Concesión. Para realizar las proyecciones en la obtención del flujo de caja libre esperado, se tomará en cuenta los resultados e información correspondiente al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez de por lo menos cuatro (04) años inmediatamente anteriores a la fecha de Caducidad. En el caso que efectuados los descuentos en beneficio de los Acreedores Permitidos a que se refieren los párrafos precedentes, no se satisfaga la totalidad de los montos adeudados a los mismos, producida la resolución del presente contrato, el Concedente deberá iniciar el procedimiento de ejecución a que se refiere el Numeral 15.7.”

ANEXO XI

ENTREGA DE TERRENOS PARA LA AMPLIACIÓN DEL AEROPUERTO

Antecedentes. El Concedente ha establecido, a la fecha de suscripción del presente Contrato y mediante levantamiento topográfico, que el área destinada a la ampliación del Aeropuerto es de 6' 670, 192. 36 m2, de acuerdo a las Coordenadas UTM del nuevo Orden Geodésico Mundial conforme puede apreciarse del Plano 15 y en la Memoria Descriptiva respectiva (ver Apéndice 1 del presente Anexo).

Inclusión del numeral 5 al Anexo 11

5.1 El Concedente reconoce la presencia de interferencias dentro de los terrenos de ampliación del Aeropuerto, las cuales no constituyen impedimentos para que la firma de la Adenda N° 7, el Concedente entregue los terrenos contemplados en el Anexo 11 del presente contrato, en los términos y condiciones señaladas en la presente cláusula y en el Acta de entrega correspondiente. Los derechos legales y contractuales del concesionario no se verán afectados en caso existieran interferencias distintas a las enumeradas en el presente numeral y las preexistencias señaladas en la Cláusula Quinta de la Adenda N° 7 en lo que resulte aplicable, salvo para el caso del Contrato de Constitución de Derecho de Servidumbre de ocupación de paso y tránsito celebrado entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y CALIDDA, con fecha 22 de agosto de 2016, que por la presente Adenda N° 7 el Concesionario acepta su constitución en los terrenos previstos en el Anexo 11 del presente Contrato.

	<p>Las partes declaran expresamente que durante la vigencia de la concesión, todos los mayores costos en los que incurra el Concesionario como consecuencia de la necesidad de efectuar obras para sortear o resolver las interferencias indicadas en el numeral 5.2 del Anexo 11 del presente Contrato que tengan como finalidad su liberación y/o reforzamiento y/o protección y/o remoción, sean totales o parciales respecto de las interferencias indicadas en el numeral 5.2 del Anexo 11 del presente Contrato de Concesión que afecten la ejecución del proyecto de expansión y/o las operaciones del Aeropuerto, serán asumidas en su totalidad por el Concedente.</p> <p>(...)</p> <p>6.5 En caso el Concedente no cumpla con su obligación de liberar las interferencias referidas en los numerales 5.2.1 y 5.2.2 del presente Anexo dentro de los plazos máximos señalados precedentemente, el plazo contemplado en el presente contrato para la construcción de la segunda pista de aterrizaje será suspendido de manera automática y se reactivará sólo cuando el Concedente cumpla con su obligación, o de alguna manera lo satisfaga.</p> <p>(...)</p>
--	--

Fuente: Autoría propia.

7.3.4 Análisis del tratamiento del riesgo

- La concesión del aeropuerto Jorge Chávez fue la primera en su clase en nuestro país y se desarrolló en un contexto político complicado, pues en el año 2000 nos encontrábamos en el proceso de transición. Esta concesión es a título oneroso y su característica más resaltante fue la combinación de retribuciones y la forma en que se asignaron de los riesgos.
- Corresponde señalar que en el presente contrato se precisó que el Concedente, en este caso, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, como titular del proyecto, debía entregar la totalidad de terrenos saneados para que el concedente inicie la construcción de la segunda pista prevista en los términos contractuales de la concesión. No obstante, a la fecha dichos terrenos no han sido saneados impidiendo continuar con la ejecución del proyecto.
- De conformidad con lo establecido en el contrato de concesión, el Estado debía entregar al Concesionario los terrenos para la segunda pista como máximo en el año 2005. Sin embargo, ante su incumplimiento se decidió celebrar múltiples adendas para modificar las fechas de entrega de los mencionados terrenos: la adenda 3 en el año 2006, la adenda 4 en el año 2009, la adenda 6 en el año 2013,

y la adenda 7 en el año 2017. De acuerdo con la última modificación contractual, la segunda pista tendría que empezar operaciones a más tardar a los 4 años de entregados los terrenos, no considerando un plazo determinado para que el Estado entregue estos terrenos.

- El actual terminal aeroportuario tiene una capacidad de 10 millones de pasajeros, sin embargo, viene atendiendo a más de 20 millones. Al respecto, es importante indicar que, desde el año 2012, OSITRAN había advertido la necesidad de contar con un nuevo terminal, debido a que inclusive los niveles de servicio estaban decayendo perjudicando así a los pasajeros. Corresponde mencionar que en virtud de la demora en la entrega de terrenos, el Concesionario solicitó una ampliación de la vigencia del contrato de concesión, la cual se materializó en un acta de acuerdo en la etapa de trato directo entre el Concedente y LAP, y no mediante una adenda.
- Sin duda, en el presente caso se ha materializado el riesgo de expropiación, y es que, establecida la obligación de realizar la liberalización de los terrenos para la construcción de la segunda pista de aterrizaje, a la fecha dicha obligación no se ha cumplido y su futuro cumplimiento es cada vez más incierto.
- De acuerdo al Decreto Legislativo N° 1192, la expropiación es la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada a favor del Estado, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. En ese sentido para que pueda realizarse la expropiación es necesario un instrumento legal facultativo, el pago de un justiprecio obtenido de una tasación y justificarse en una necesidad pública o en la seguridad nacional.
- Ahora bien, en el presente caso, el principal problema es que el Estado no ha cumplido con su obligación de liberar los terrenos, y en vez de asumir el riesgo y mitigarlo, ha optado por celebrar distintas adendas dirigidas a seguir ampliando el plazo establecido para el cumplimiento de esta obligación. Dicha acción trae

diversos efectos negativos; en primer lugar, al tratarse de una concesión onerosa hasta que no se le entreguen los terrenos al Concesionario este adeudará al Estado el monto estimado de US\$1200 (mil doscientos millones de dólares americanos); en segundo lugar, el desarrollo del contrato de concesión se ve truncado y a la espera una acción estatal; en tercer lugar, la demora y la reducción de la calidad del servicio debido al desbordamiento de la capacidad perjudica directamente a los usuarios que tendrían que ser los principales beneficiarios.

- Los Lineamientos para la asignación de riesgos en los contratos de APP, aprobado por el Ministerio de Economía y Finanzas ha establecido algunas recomendaciones para mitigar este tipo de riesgo:
 - (i) Durante la fase de formulación debe desarrollarse un plan de adquisición y expropiaciones que incluya un informe de evaluación, que identifique los predios a adquirir o expropiar y el procedimiento previsto, así como los costos proyectados y plazos, el Plan de Compensación y Reasentamiento Involuntario de ser el caso, etc.
 - (ii) El procedimiento de adquisición o expropiación debe iniciar anteriormente al inicio de la fase de estructuración de modo que al momento de la firma del contrato ya se haya producido la adquisición de un porcentaje significativo de los terrenos de tal manera que no afecte el cronograma de ejecución de obras ni el plazo para el cierre financiero.
- No obstante lo mencionado, el riesgo de expropiación reconocido tanto en la doctrina como en el propio marco normativo nacional no constituye, a mi apreciación personal, un verdadero riesgo, pues si volvemos al contenido esencial del concepto, un riesgo es un peligro o proximidad de daño con alguna probabilidad de suceder y que deberá ser asumido por una de las partes. En el caso particular de la expropiación, el peligro ya existe, es decir, si el Estado no expropia, no podrá continuar la ejecución del proyecto, no hay una probabilidad de ocurrencia, el daño ya está presente en la relación contractual. De acuerdo a ello, lo correcto sería

celebrar contratos de APP sobre terrenos ya liberados y que no generen demoras injustificadas.

7.4 Contrato de Concesión para la prestación del Servicio Telefónico en la Modalidad de Teléfonos Públicos

7.4.1 Antecedentes

Durante la década de los noventa, el desarrollo del servicio de telefonía en la zona rural del país era escaso a pesar de la gran demanda de los pobladores. Por ello, el Estado celebró diversos contratos de concesión y financiamiento para promover el servicio de teléfonos públicos en zonas rurales.

El Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (FITEL) tiene como objetivo el diseño de proyectos para la provisión de servicios de telecomunicaciones en áreas rurales o en lugares de preferente interés social que se encontraban aislados por falta de acceso. En ese sentido, formuló proyectos por los cuales el Estado brindaba el financiamiento que haría viable la prestación de este servicio de telefonía pública por privados en zonas rurales.

Bajo esa premisa es que la empresa Gilat to Home S.A. (GTH) decidió invertir en este rubro, toda vez que el Estado a través del MTC iba a garantizar la factibilidad de los proyectos. La demanda de los pobladores permitía estimar un elevado tráfico de minutos, los cuales asegurarían no solo cubrir los costos y el financiamiento del Estado, sino también obtener utilidades. En ese momento, la demanda estimada de dichos teléfonos públicos era 102 minutos al día.

7.4.2 Contrato de Concesión

El 3 de noviembre de 1999 se suscribió el Contrato de Concesión entre Global Village Telecom del Perú S.A. (hoy GTH) y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), cuyo objeto es la prestación del servicio telefónico en la modalidad de teléfonos públicos por el plazo de veinte años hasta el 3 de noviembre de 2019. Sin embargo, la

sola entrega de la concesión no era suficiente, según GTH, el Estado debía además subsidiar una parte de la inversión privada en dichos proyectos, puesto que no eran económicamente rentables debido a los altos costos para implementar el servicio en las zonas. El FITEC financiaría la instalación de teléfonos públicos en la zona rural, así las empresas invertirían allí y se lograría que el proyecto sea autosostenible para hacer viable la inversión privada y garantizar su éxito, resultando así un beneficio social para los pobladores y para las empresas.

7.4.3 Problemática del Contrato de Concesión

En el año 2006, el Estado adoptó una serie de medidas legales y regulatorias destinadas a promover la expansión de la telefonía móvil en zonas rurales, tales como el menor canon para la utilización del espectro radioeléctrico, reducción al 0% del precio CIF por los derechos arancelarios por el ingresos de mercancías al país, entre otros.

La implementación de dicha medida conllevó a que la necesidad de los teléfonos públicos se redujera, lo que implicó que el tráfico fuera escaso o nulo. En muchos casos, el tráfico de los teléfonos públicos no permitía cubrir el costo de operación y mantenimiento, originando pérdida de rentabilidad en la prestación de los servicios proporcionados por GTH. Sin embargo, dichas medidas no fueron emparejadas con otras que eran imprescindibles para permitir el cumplimiento del objetivo de los contratos celebrados por GTH.

Los efectos negativos de tales medidas fueron la inminente e imprevisible inserción de los operadores móviles en las zonas donde ya operaba GTH, la reducción significativa del tráfico de llamadas y la consecuente caída de ingresos que GTH percibía con regularidad, lo que le produjo graves perjuicios económicos al no recibir utilidad alguna conforme a las expectativas razonables originados a partir de la información proporcionada en las Bases. Asimismo, GTH asume la pérdida por mantener teléfonos públicos, debido a que ya no cumplen con la finalidad de interés social porque no son utilizados. El Estado no ha tomado las medidas necesarias para evitar el daño

originado hasta la fecha. Tampoco ha permitido a GTH retirar los teléfonos públicos que ya no son de utilidad para la población, incrementándose cada día los daños. Por lo señalado, ha quedado verificada la afectación al equilibrio económico financiero del contrato de concesión y los contratos de financiamiento.

GTH considera que no le corresponde asumir los costos de mantener operativa una red de telefonía rural que ha dejado de ser sostenible, porque el Estado ha adoptado políticas de promoción del servicio telefónico móvil, en ese sentido, el Estado es el que debería asumir las consecuencias negativas originadas. Desde el 3 de noviembre de 2008, GTH envía comunicaciones al Estado (MTC y OSIPTEL) describiendo el problema producido y proponiendo que el Estado adoptará una política de cargos de interconexión diferenciados por servicio de telefonía.

7.4.4 Procedimiento ante el Tribunal Arbitral de la Cámara del Comercio de Lima²⁵

7.4.4.1 Fundamentos de la demanda

El 28 de octubre de 2014, GTH presentó al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, el Centro) una petición de arbitraje dirigida contra el MTC y el FITEI, con las siguientes pretensiones:

“Primera pretensión principal: Que, se ordene la MTC y FITEI el pago de una suma no menor a US\$ 48’000,000.00 (Cuarenta y ocho millones de dólares americanos) por concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a GTH durante la ejecución del Contrato de Concesión y los Contratos de Financiamiento de los proyectos 2, 3 y 4 celebrados con el MTC y FITEI, respectivamente.

25 La presente información presentada fue obtenida del Laudo Arbitral de Conciencia del Caso Arbitral N° 3029-2014-CCL, de fecha 20 de junio de 2018.

Nos reservamos el derecho de ampliar el monto de la indemnización por los daños que se ocasionen durante el trámite del arbitraje hasta la fecha efectiva de emisión del Laudo.

Segunda pretensión principal: Que, se declare que los Contratos de Financiamiento celebrados con FITEC e indicados anteriormente se mantendrán vigentes, por lo menos, hasta la conclusión del Contrato de Concesión celebrado con el MTC, que se producirá en el 2019.

Tercera pretensión principal: Que, se declare que la correcta interpretación de la obligación de la continuidad prevista en los Contratos de Concesión y de Financiamiento de los proyectos 2, 3 y 4, solo es aplicable respecto de aquellos teléfonos que brindan un servicio necesario para la población rural, lo que se verifica en los teléfonos que tienen un tráfico mayor a los cinco (05) minutos diarios en un periodo continuo de tres (03) meses.

Pretensión accesoria a la tercera pretensión principal: Que, como consecuencia de lo anterior, el Tribunal declare que en ese supuesto GTH podrá solicitar el retiro de los teléfonos que no brindan un servicio esencial en los Proyectos FITEC 2, 3 y 4, cuyo tráfico no es mayor a cinco (05) minutos diarios en un periodo continuo de tres (03) meses.

Precisamos que este pedido incluirá aquellos teléfonos públicos que en el futuro no alcancen un tráfico mayor al mencionado.

Cuarta pretensión principal: Que, el Tribunal declare que cuando los teléfonos públicos correspondientes a los Proyectos FITEC 2, 3 y 4 se encuentren en la situación de deficitarios, esto es que no tienen un tráfico que permita cubrir su costo por un periodo continuo de tres meses, GTH no se encuentra obligado a continuar prestando el servicio, salvo que el Estado establezca algún mecanismo que mantenga dicho equilibrio en el plazo que fije el Tribunal.

Precisamos que este pedido incluirá aquellos teléfonos públicos que en el futuro no alcancen un tráfico que permita cubrir sus costos”.

7.4.4.2 Contestación de la demanda

El 15 de junio de 2015, el MTC opuso excepción de falta de legitimidad para obrar y solicito que la demanda fuera declarada infundada de acuerdo a los siguientes fundamentos²⁶:

- (i) El MTC opuse excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado debido a que no tiene responsabilidad frente al hecho reclamado por GTH; no habiendo nexo causal entre el daño producido y el MTC.
- (ii) No existe acto alguno por el cual el MTC haya contravenido alguna norma. El Contrato de Concesión establece cada una de las obligaciones de las partes, entre las cuales estaba la continuidad del servicio, disponiendo que la interrupción es posible solo por caso fortuito o fuerza mayor. No hubo culpa ni dolo por parte del MTC. El riesgo no lo creo el MTC y no puede hablarse de responsabilidad solidaria del MTC y FITEL, de acuerdo al artículo 1183 del Código Civil (subrayado añadido).
- (iii) Las partes establecieron alternativas para que GTH no sea afectada por el uso de la telefonía móvil, como la reubicación de los teléfonos, que fue pactada en la tercera adenda.
- (iv) Se contaba con un sistema de administración y gestión de la red que permitió que toda la información procesada, como tráfico de llamadas, facturación, entre otros, se monitoreara desde una computadora en las oficinas de OSIPTEL en Lima.

²⁶ Para efectos del presente trabajo de investigación, solo se tiene en cuenta los fundamentos relacionados a la temática del trabajo de investigación.

- (v) GTH cumplió con todas las obligaciones contenidas en los Contratos de Financiamiento. En ese sentido, no hay obligación pendiente por cumplir por parte del operador. Asimismo, se cumplió con el pago de todas las penalidades aplicadas en los proyectos y no existe monto alguno por cobrar bajo ese concepto.
- (vi) Se verificó el cumplimiento de las obligaciones del operador, se realizaron las evaluaciones de disponibilidad de servicio mediante el análisis de reportes de interrupciones y acreditaciones de casos fortuitos y de fuerza mayor, según lo estipula el contrato. Se llevaron a cabo 2 tipos de supervisiones: a) las que se realizaron en las localidades beneficiarias cuya prueba consiste en realizar llamadas; b) las que se desarrollan en el Datacenter, sistema de administración y gestión de red, en la cual se verifica el tráfico de toda la red por departamentos, el tráfico de los teléfonos públicos por año, mes y día, entre otros.
- (vii) Se realizaron los cambios de localidades de conformidad con las adendas celebradas, es decir, aquellas en las que el servicio estaba interrumpido por tiempo prolongado debido a causas de fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control del operador o localidades con muy bajo tráfico.
- (viii) Las localidades beneficiarias aumentaron contabilizando un total de 2224 localidades en el Proyecto FTEL 2, 1879 localidades en el Proyecto FTEL 3 y 1391 localidades en el Proyecto FTEL 4. En este último supuesto, de acuerdo al Contrato de Financiamiento, la operación y mantenimiento de los teléfonos públicos financiados a través de dicho contrato será durante la vigencia del Contrato de Concesión. Por lo tanto, las obligaciones de operación y mantenimiento de dicho proyecto continúan vigentes.
- (ix) De conformidad con el literal b) de la cláusula 6.06 del Contrato de Concesión, referida a la prestación de servicio concedido, son obligaciones de la empresa concesionaria: *“La continuidad del servicio.- En ningún caso LA EMPRESA CONCESIONARIA dejará de prestar o reducirá el SERVICIO*

CONCEDIDO, salvo en los casos a que se refiere la sección siguiente”. La cláusula 6.07 referida a la: “Interrupción del Servicio Concedido establece a) Comunicación previa. – Excepto en los casos establecidos en el inciso c) siguiente, la EMPRESA CONCESIONARIA no podrá interrumpir intencionalmente EL SERVICIO CONCEDIDO sin haberlo comunicado con razonable anticipación al MINISTERIO y OSIPTEL. b) Interrupción de Emergencia. – En caso de que la interrupción o suspensión se deba a emergencia, fuerza mayor, caso fortuito u otras circunstancias fuera de control de la EMPRESA CONCESIONARIA, ésta notificará inmediatamente al MINISTERIO y a OSIPTEL la existencia de dichos eventos, debiendo aportar las pruebas pertinentes y deberá señalar el plazo durante el cual se estima que quedará suspendido el SERVICIO CONCEDIDO” (subrayado añadido).

- (x) Respecto al retiro de los teléfonos públicos por falta de uso debido al ingreso de otros operadores, los artículos señalados se refieren sólo a una interrupción temporal del servicio y la solicitud de retiro es de naturaleza permanente. La cláusula décimo sexta del Contrato de Concesión establece que la concesionaria solo quedará exonerada de su cumplimiento sólo en la medida y por el período de tiempo en que dicho cumplimiento sea obstaculizado o impedido por caso fortuito o fuerza mayor. Por ello se le solicitó a GTH que sustente con documentación los fundamentos que sustentan el caso fortuito o fuerza mayor conforme a la definición contenida en el artículo 1315 del Código Civil.
- (xi) La cláusula décimo quinta del Contrato de Concesión, referida al caso fortuito y fuerza mayor, dispone que: *“LA EMPRESA CONCESIONARIA quedará exonerada del cumplimiento del presente contrato, incluyendo las sanciones, y los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento, sólo en la medida y por el período de tiempo en que dicho cumplimiento sea obstaculizado o impedido por caso fortuito o fuerza mayor”*. Al respecto, el artículo 1315 del Código Civil señala que caso fortuito o fuerza mayor es la

causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

- (xii) El avance de la telefonía móvil y de las normas emitidas por el MTC en el marco de sus competencias no constituyen caso fortuito o fuerza mayor y por lo tanto la cláusula mencionada no es aplicable.
- (xiii) GTH indica que se ha roto el principio del equilibrio económico – financiero del contrato, pero para ello, replica el MTC, es necesario que se cumplan ciertos requisitos. El primer requisito es que la alteración debe darse por acontecimientos que no sean imputables a la parte que reclama el restablecimiento; el derecho de restablecer el equilibrio contractual nace como consecuencia de hechos ajenos a las partes o de hechos que provienen de una conducta del cocontratante que no se ha perjudicado. En el presente caso, no se puede concluir que el hecho que hoy reclama GTH no haya podido ser previsible (subrayado añadido).
- (xiv) El segundo requisito es que la alteración debe darse por acontecimientos posteriores a la presentación de la propuesta o la celebración del contrato. Sólo podrá restablecerse el equilibrio cuando surjan situaciones que no hayan podido ser previstas durante la fase de la selección, debido a que un cocontratante diligente, especializado debe desplegar su capacidad técnica para identificar los riesgos que asumirá y que ha tenido que identificar para hacer su oferta, sobre todo si asumirá y que ha tenido que identificar para hacer su oferta, sobre todo si asumirá una obligación por veinte años.
- (xv) El tercer requisito es que la alteración debe superar el alea normal. Si bien el riesgo fue trasladado a GTH, se le concedió la facultad de traducir ese riesgo en costo en su propuesta para no evidenciar una situación de desigualdad entre las partes.

- (xvi) El cuarto requisito es que la alteración en las condiciones contractuales debe afectar de forma grave y anormal la economía del contrato y el cocontratante perjudicado debe probar tal situación. En el presente caso, GTH no ha probado jurídicamente que la afectación sea legítima.

7.4.4.3 Pronunciamiento del Tribunal Arbitral:

Entre los fundamentos que señala el Tribunal, se precisan los siguientes:

- (i) La expectativa de GTH de obtener un beneficio económico mediante el Contrato de Concesión era legítimo, ya que nadie contrata (incluyendo el Estado) sino es para obtener alguna mejora en su posición.
- (ii) La contratación tanto pública como privada en materia de telecomunicaciones se encuentra expuesta al denominado “riesgo de desarrollo” o “tecnológico”, toda vez que constantemente la tecnología evolucionada y la existente es superada por otra, más económica, más sencilla de usar, con más prestancia. Es un hecho igualmente comprobable que la telefonía pública experimento una caída. De tal manera que el debate entre las partes no se relaciona en que hubo o no decrecimiento en la demanda de los teléfonos públicos, sino se genera en determinar quién debía asumir el riesgo de la telefonía móvil.
- (iii) Si las causas materiales de la marcha negativa de la operación de GTH, en términos económicos, se limitaran al riesgo de desarrollo, no se podría hablar de responsabilidad civil, porque dicho riesgo es propio de las prestaciones de los proveedores de telecomunicaciones. GTH debía, sin duda, prever las consecuencias del cambio, tal como le ha sido objetado por el MTC en su contestación de demanda, incluso con remisión a la fase de consultas formuladas en relación con la Licitación Pública Internacional OSIPTEL/FITEL/001-99 (p.135). No obstante, el caso bajo análisis es uno en el que el impacto del riesgo de desarrollo ha resultado agravado por la

omisión del FTEL y del MTC y del Estado peruano, por lo tanto, a los deberes de cooperación que son propios de la relación obligatoria nacida del Contrato de Concesión, coligada con las relaciones nacidas de los Contratos de Financiamiento FTEL 2, 3 Y 4, que tuvieron a aquel como causa y justificación. El objetivo del financiamiento a GTH era la implementación de los servicios telefónicos a zonas rurales, pero en modo alguno está integrado por sumas que tengan por finalidad proteger a GTH del riesgo tecnológico.

- (iv) En ese sentido, es importante resaltar el hecho de la caída de la demanda de telefonía pública en la población de zonas rurales. En dicho momento, en lugar de concordar soluciones al problema que enfrentaría su contratante GTH, o por lo menos tomar conciencia de la difícil situación a enfrentar, el Estado decidió, y no podía evitarlo, promover la telefonía móvil. Asimismo, el pedido de GTH tampoco está dirigido a cuestionar la política del Estado en un sector tan importante, lo que ocurre es que tal opción no podía tomarse, desde una perspectiva de buena fe, propia de la contratación diligente y leal, sin medir el impacto que tendría lo decidido en los contratos vigentes con GTH.
- (v) GTH presento abundante material probatorio en el que quedó demostrado los pedidos realizados para que las consecuencias patrimoniales negativas del riesgo verificado no se agravaran, de esa manera quedo demostrado que GTH planteo soluciones para enfrentar el impacto del riesgo de desarrollo, pero sus propuestas fueron desatendidas por el Estado: parcialmente, cuando se pidió el traslado de los teléfonos de una localidad de escaso uso a otra, y totalmente cuando GTH planteo la conveniencia de la medida más drástica, del retiro de los teléfonos deficitarios. En el año 2014 se firmó una adenda en la que se reconoce la ruptura del equilibrio económico financiero de la relación contractual entre el Estado y GTH, siendo la causa de ello, la expansión de la telefonía móvil.

- (vi) Ante el planteamiento del retiro de teléfonos públicos presentado por la empresa GTH, el Estado respondió que no aceptaba la propuesta, porque GTH estaba contractualmente obligada a mantener la continuidad del servicio, y que ésta era irrenunciable (Oficio N° 4088-2011-MTC/27 del 16 de febrero de 2011).
- (vii) En el 2015, la empresa GTH solicitó que se le autorizara el retiro de 1598 teléfonos correspondientes al contrato FIDEL 2, y 1425 teléfonos correspondientes al contrato FIDEL 3, todo ello sobre la base de los informes presentados por ESAN y APOYO, los cuales han sido elaborados por pedido de las dependencias estatales, y no del concesionario. El Estado, sin embargo, volvió a responder negativamente.
- (viii) El rechazo a las propuestas de GTH no puede ser apreciado como un acto lícito ni incuestionable del MTC. El Estado podía, sin duda, invocar la ley (normativa de orden público) como un argumento liminar en el que basar su desacuerdo con la propuesta de GTH, pero no podía, según el Tribunal Arbitral, “abusar” de su derecho, para descartar toda posibilidad de renegociación o adecuación de la relación contractual, con vistas a cooperar (acaso no dando la razón del todo a su contraparte, GTH pero sí formulando alternativas de solución) para la atenuación de las consecuencias materiales negativas que afectaban a GTH.
- (ix) Con respecto a la segunda pretensión, el tribunal decide declarar fundada.
- (x) La tercera y cuarta pretensión, relacionada a la interpretación de la “obligación de continuidad” y el estado deficitario de los teléfonos públicos el tribunal declara infundado pues no le corresponde realizar una interpretación que modifique el contrato, o que resuelva un asunto que las propias partes han demostrado poder resolver, mediante la firma de adendas a los documentos contractuales originales que rigen en su relación.

(xi) En la parte conclusiva del Informe de ESAN (p. 163), asimismo, se indica como “una estrategia” a ser conciliada con lo estipulado en el Contrato de Concesión y por posibles implicancias de la transacción:

- Permitir a los operadores rurales el retiro de las localidades con tráfico nulo y a la vez presencia de cobertura celular, de acuerdo a los últimos registros de tráfico del FIDEL y OSIPTEL, constatando además que las localidades no tengan problemas de accesibilidad y disponibilidad (falta de atención al público, falta de disponibilidad de tarjetas, calidad de comunicación, etc), y después de un breve período de observación, que podría ser de un mes.
- La conveniencia final para el retiro debe estar supervisada por un equipo de OSIPTEL y FIDEL y los operadores GTH y RT, los cuales deberán hacer una visita conjunta a las localidades seleccionadas, para constatar el nivel de tráfico y percibir directamente la posibilidad de problemas sociales por el retiro del TUP.
- Para el caso de TdP, efectuar un estudio que establezca condiciones especiales para los retiros debido a que es necesario conciliar estas acciones con lo establecido en el contrato de concesión derivado del proceso de privatización y por posibles implicancias en el precio de transacción.

(x) La inevitabilidad de la renegociación en la relación contractual entre GTH y el Estado es algo en lo que, por lo demás, concuerdan los analistas extrajurídicos de los proyectos FIDEL, tales como el Centro de Estudios para el Desarrollo y la Participación (CEDEP), citado en el Informe ESAN (p. 70), cuando analizando los contratos vinculados con el FIDEL advierte:

“La falta de previsión en los contratos adjuntos a las bases de los concursos, del tratamiento del desequilibrio financiero del contrato, por la ocurrencia de posibles contingencias internas por las características del proyecto, como por ejemplo el

nivel de la demanda real, y contingencias externas, como la incursión de los operadores móviles en el área de concesión. Este hecho podría incrementar la probabilidad de renegociaciones futuras de contratos, con los costos que implican y los problemas que originan en la opinión pública”.

7.4.5 Análisis del tratamiento de riesgo

- Los contratos de concesión por naturaleza son relaciones de largo plazo entre las partes, pero también por la intervención del Estado y de su *ius variandi*, demandan mecanismos legales o contractuales que aseguren al concesionario la conservación del equilibrio económico.
- Una regla principista a tomar en cuenta en el análisis es que las partes son las que deciden el camino de la relación contractual, en el sentido de que ellas puedan moldearla y adecuarla a su criterio debido a una variación de las circunstancias originales que las llevaron a contratar. La vía de la autorregulación siempre será la mejor vía de la intervención del contrato mediante integración o, como consecuencia del pronunciamiento de un tribunal. En las pruebas aportadas, se aprecia la negativa del Estado a la adecuación del contrato por valorar de manera equivocada el carácter absoluto de la fuerza vinculante del compromiso contractual que es aplicada y exigida a GTH, a pesar de que reconocen que la empresa concesionaria ha demostrado que mantener el proyecto les resulta insostenible.
- El impacto de la telefonía móvil, entonces impulsada por el Estado fue negativo en la telefonía pública rural, debido a que las tecnologías antiguas son naturalmente superadas por las nuevas. No obstante, no cabe duda acerca de la licitud del actuar estatal al modernizar al país en el campo de las telecomunicaciones, sin embargo deja de lado los contratos que se encontraban en ejecución, revestidos con financiamiento suyo, contratos que han sido afectados por las consecuencias derivadas de la materialización del riesgo tecnológico. Asimismo, queda evidenciado que la propia posición del Estado perjudica los efectos negativos, toda vez que, en lugar de aceptar la solicitud de remoción de los teléfonos deficitarios,

con escaso o nulo tráfico de llamadas, se propone solamente la reubicación de tales aparatos, y a costo de GTH²⁷.

- Es de común conocimiento que en materia de comunicaciones existe una probabilidad alta de que se materialice el riesgo tecnológico o también conocido como el riesgo de desarrollo, toda vez que los cambios tecnológicos evolucionan cada día y lo que hoy es moderno mañana puede ser superado por una nueva tecnología mejor y más económica. Bajo esa premisa, no cabe duda acerca de la razón por la cual la demanda de los teléfonos públicos sufrió tremenda reducción, pues las personas decidieron optar por la mejor opción en el mercado.
- El inconveniente en el presente caso es que en la formulación del contrato original de la concesión no se había previsto el riesgo tecnológico, pese a que en materia de telecomunicaciones es un riesgo bastante común; ello ocasionó que a los pocos años de puesta en marcha la concesión se reportasen pérdidas para el inversionista, pues la demanda de teléfonos públicos había decaído.
- En un contexto diferente, el riesgo hubiera sido identificado, asignado y mitigado; no obstante, este contrato de concesión ha perdido su razón de ser, pues la finalidad para la que fue creada fue superada mediante otra tecnología.
- Lo llamativo en este caso es la actitud de la administración pública al no reconocer el riesgo acaecido y obligar al Concesionario a seguir operando de acuerdo a lo establecido en el contrato, pese a que su evidencia comprueba que las prestaciones del Concesionario le generan más costos que beneficios.
- En ese orden de ideas, existen ciertos tipos de riesgos comunes a un tipo contractual, lo ideal es tenerlos identificarlos y asignados, para que la parte correspondiente les dar el tratamiento correcto para superarlos.

27 Al respecto, la consultora APOYO, en el informe citado en el Laudo Arbitral, se refirió a la existencia de dos millares de teléfonos públicos en zonas rurales que, al ser usados con un tráfico menor a 30 minutos por día, no tienen un tráfico que genere ingresos suficientes para cubrir, por lo menos, los costos de su operación y mantenimiento. La consultora señala, entonces, que se podría optar por dejar que el operador rural los retire.

CAPÍTULO VIII: CONCLUSIONES

La principal finalidad de esta investigación fue contribuir al derecho administrativo, en específico, a la rama de contrataciones con el Estado, demostrando la utilidad del uso de la herramienta de asignación de riesgos para mejorar el control de la ejecución de los contratos de APP, previniendo razonablemente los eventos que puedan producirse en los proyectos, asignándolos a la parte que se encuentre en mejor condición de evitarlos y/o controlarlos o a la que tiene mejores instrumentos legales y financieros para asumirlos.

Los riesgos previsibles que la doctrina y legislación comparada recomiendan acotar son: los riesgos de diseño, arqueológicos, geológicos, expropiación, construcción, ambientales, tecnológicos, políticos, sociales, regulatorios, financieros, entre otros.

De acuerdo a lo analizado en la primera parte del presente trabajo de investigación, la participación del sector privado en el desarrollo de proyectos contribuye eficientemente en cerrar la brecha existente en infraestructura pública, así como en la prestación de servicios públicos en nuestro país, logrando de esa manera mejorar el alcance y la calidad de los mismos. En ese sentido, es totalmente necesario contar con una herramienta que asigne preventivamente los riesgos que puedan surgir en el desenvolvimiento y ejecución del contrato de APP, permitiría incluir reglas contractuales específicas que facultan asignar su costo a cada una de las partes, incentivarlos a que los eviten o controlen mejor, eludiendo incurrir en renegociaciones o controversias cuando estos eventos se produzcan, y que eventualmente puedan frustrar los contratos que celebran.

Existen normas que ya exigen que los proyectos de APP y de obras públicas cuenten con la Asignación de Riesgos desde su diseño. Por ejemplo, nuestra normativa nacional reconoce en el Decreto Legislativo N° 1362 y en su Reglamento, el principio rector de la adecuada distribución de los riesgos en los proyectos bajo la modalidad de APP. Así también, existe un documento normativo denominado “Lineamientos para

la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociación Público Privadas”, aprobada por el Ministerio de Economía y Finanzas, que sirve de documento guía con prácticas recomendadas de asignación de riesgos, no obstante, este resulta ser bastante general e incompleto, y la metodología que plantea no es del todo correcta por la propia esfera de dominio de cada una de las partes. Asimismo, corresponde señalar un estudio realizado por la OCDE en el año 2015 denominado “Estudio multidimensional sobre el Perú”, en el cual resalto la importancia en el avance de la adecuación de la normativa nacional con los estándares internacionales respecto a los proyectos bajo la modalidad de APP, sin embargo, también reconoció que dichos avances no han sido reflejados satisfactoriamente en la realidad.

A lo largo de su desarrollo, esta investigación ha evaluado las formas comúnmente usadas para la gestión de riesgos, así como la herramienta propuesta, concluyendo que esta ofrece mayores beneficios en cuanto a su aplicación, pues resultada más económica y no genera retrasos en la ejecución del proyecto, ya que se tiene una regla previsoras antes que el evento previsible apareciera. Esta herramienta no necesariamente debe ser más onerosa si se tiene en cuenta que debe ser flexible según el tipo de proyectos, existe suficiente práctica internacional que ya ha emitido recomendaciones sobre a quién debe asignarse cada riesgo y bajo qué condiciones y límites, es importante brindar a los contratistas un ambiente de seguridad jurídica para estructurar su negocio. En ese sentido, queda comprobada la hipótesis principal, pues al ser más beneficioso el uso de la figura de asignación de riesgos, esta es una medida eficiente para controlar la ejecución contractual de las APP.

En esa línea planteó como hipótesis secundaria que la ausencia de una adecuada metodología de asignación de riesgos en los contratos de APP evita advertir eventos previsible en la ejecución contractual con incidencia negativa en los plazos de ejecución y costos estimados, tal afirmación fue demostrada a través del análisis de los contratos de concesión presentados en el capítulo VII del presente trabajo de investigación. En la actualidad dichos proyectos han presentado inconvenientes que han impactado en el costo y tiempo de ejecución estimados, lo cual ha perjudicado a ambas partes de la contratación. Si los riesgos hubiesen sido asignados a la parte que

se encontraba en posición para administrarlos, las partes tendrían mayor control en la etapa de ejecución, debido a que lo crucial de esta figura es al haberse regulado con anterioridad a quién le corresponde el riesgo, al momento en que esta se produzca se aplicaría automáticamente lo acordado en un primer momento de la contratación.

Por todo lo señalado, el trabajo de investigación concluye que, una adecuada asignación de riesgo al momento de la formulación de los contratos de APP, propone un enfoque realista y balanceado, que no desincentiva a los inversionistas por los costos adicionales, ni sobrecarga al Estado con demasiados riesgos, sino que se pretende maximizar los resultados positivos de la contratación.

CAPÍTULO IX: RECOMENDACIONES

- 9.1 Se recomienda que las autoridades elaboren una metodología oficial para la asignación de riesgos en los contratos de APP, con matrices de riesgos diferenciadas a cada tipo de proyecto y con la inclusión de causales de excepción de aplicación. En ese sentido será necesaria su capacitación en materia de asignación de riesgos, así como el monitoreo y evaluación de esta figura.
- 9.2 Se recomienda desarrollar criterios generales y vinculantes que faciliten la asignación de los riesgos generales en los contratos de APP.
- 9.3 De ser necesario la renegociación de los términos contractuales de algún contrato de APP actualmente vigente, se recomienda aplicar la nueva metodología o en su defecto diseñar una matriz de riesgos detallada.
- 9.4 Se recomienda la uniformización de la normativa relacionada a la materia, es decir, los “Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas”, y la Directiva 012-2017-OSCE/CD sobre la “Gestión de riesgos en la Planificación de la Ejecución de Obras”, en el marco de los contratos regulados al amparo de la Ley N° 30225, de manera tal que permita contar con una estandarización de la regulación en materia de asignación de riesgos de los contratos estatales.
- 9.5 Se recomienda que la normativa actual diferencie las exigencias de acuerdo a la envergadura, monto y complejidad de los proyectos, de manera que sean de un costo beneficio razonable.
- 9.6 Se recomienda asignar a una autoridad de APP, podría ser el organismo regulador, la competencia específica para la aprobación de matrices de riesgo oficiales para cada tipo de proyecto, de tal manera que la matriz se pública y vinculante para todas las partes del contrato, incluyendo financistas.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Referencias Bibliográficas:

Aponte, I. (2014). *Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra*, en Revista Digital de Derecho Administrativo N.º 11. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Akitoby, B., Hemming R. & Schwartz G. (2007). *Inversión pública y asociaciones público-privadas*. Washington, D.C.: Fondo Monetario Internacional.

Becerra, A. (2008). *Los Riesgos en la Contratación Estatal*. Bogotá: Leyer.

Berrone, P., Fageda, X., Lumà, C., Ricart, J., Rodríguez, M., Salvador, J., Trillas, F. (2018). *Asociación Público Privada en América Latina: Guía para Gobiernos Regionales y Locales*. Banco de Desarrollo de América Latina.

Cabarcas F. (2017). *Contrato de construcción de infraestructura revisión por condiciones físicas imprevisibles – Vicisitudes de la asignación del riesgo de condiciones diferentes del terreno*. (Investigación inédita, Universidad de Externado de Colombia).

Donald, L. y Roger, M., (2001). *Understanding and Managing Risk in Large Engineering Projects*. MIT Sloan School of Management, Sloan Working Paper 4214-01.

Hornero, C. (2017). *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas propuestas*. Madrid: Aranzadi.

Juárez, A. (2017). *Autonomía de la voluntad, derecho dispositivo y distribución del riesgo contractual*. Madrid: Aranzadi.

La Contraloría General de la República. (2015). *Estudio sobre las Causas y efectos de las renegociaciones contractuales de las Asociaciones Público – Privadas en el Perú*. Lima. Editorial Súper Gráfica E.I.R.L.

Morón, J. (2016). *La Contratación Estatal. Perú: Análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el Estado*. 1º ed. Lima: Gaceta Jurídica.

Rodríguez, L. (2012). *El Equilibrio Económico en los Contratos Administrativos*. 2º ed. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Referencias Hemerográficas:

Aguilera, Z. (2012). *Los Riesgos en los Contratos de Obra Pública*. Actualidad Jurídica, Junio N° 223.

Alarcón, A. (2015). *La Función Garantista del Equilibrio Económico Financiero en el Contrato de Obra Pública*. Derecho & Sociedad, 44.

Barrantes, R. (2012). *Regulación de Servicios Públicos e Infraestructura*. RDA 12 Desarrollo de la Infraestructura de Aeropuertos en el Perú.

Chinchay, C. y Jara, E. (Jul, 2017). *Chincheró: ¿APP u obra pública? He ahí el dilema. Análisis crítico del régimen jurídico de las Asociaciones Público – Privadas y el de los contratos de obra pública a propósito del caso del Aeropuerto de Chincheró* [versión electrónica]. Revista IUS ET VERITAS, N° 54. Pp. 350-366.

Dammert, A. (2009). *Equilibrio Económico – Financiero en los Contratos de Concesión en Obras de Infraestructura*. Círculo de Derecho Administrativo.

Referencias Electrónicas:

- Alborta, G., Stevenson C., Triana, S. (2011). *Asociaciones público-privadas para la prestación de servicios: Una visión hacia el futuro*. Recuperado de: <https://publications.iadb.org/handle/11319/5062>
- Banco Interamericano de Desarrollo (BID). (2014). *Serie de notas técnicas sobre asociaciones público-privadas en el sector de la salud de América Latina*. Recuperado de: <https://publications.iadb.org/handle/11319/6697>
- Banco Interamericano de Desarrollo (BID). (2016). *El rol de las Asociaciones Público-Privadas en la promoción de la inversión privada en el Perú*. Recuperado de: https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/capacitaciones/modulo_1.pdf
- Banco Interamericano de Desarrollo (BID). (2016). *Asociaciones público privadas en Perú: análisis del nuevo marco legal*. Recuperado de: https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/capacitaciones/modulo_4_1.pdf
- Benites, G. (2014). *Las asociaciones público privadas como mecanismos para el desarrollo de proyectos de infraestructura en el ámbito de los gobiernos locales*. (Tesis Maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú). Recuperado de: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5615/BENITES_ARRIETA_GABRIEL_GOBIERNOS_LOCALES.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Borda, C; Juárez, J.; Sánchez, G. (2016). *Evaluación del régimen de penalidades en los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público*. (Trabajo de investigación para optar el grado académico de magíster en Regulación de Servicios Públicos y Gestión de Infraestructura). Recuperado de: http://repositorio.up.edu.pe/bitstream/handle/11354/1519/Cesar_Tesis_maestria_2016.pdf?sequence=6

Contrato Línea 2 y Ramal Av. Faucett - Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao. (2014). Recuperado de: <https://www.ositran.gob.pe/ferrocarriles/tren-electrico-linea-2.html>

Contrato de Concesión del Aeropuerto Jorge Chávez. (2001). Recuperado de: <https://www.ositran.gob.pe/aeropuerto-internacional-jorge-chavez-peru.html>

Danos, J. (2008) *El régimen de los contratos estatales en el Perú*. Recuperado de: <http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/11/11-El-régimen-de-los-contratos-estatales-en-el-Peru.pdf>

De los Heros, J. (2009). *Asociaciones público privadas: una mirada de cara al futuro*. Círculo de Derecho Administrativo. Pp. 388-396. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14036/14658>

La Contraloría General de la República. (2015). *El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el período 2003-2013*. Recuperado de: <http://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf>

Laudo Arbitral respecto del Contrato de Concesión para la prestación del Servicio Telefónico en la Modalidad De Teléfonos Públicos. (2018). http://transparencia.mtc.gob.pe/idm_docs/Inf_Personal/13107.pdf

Mairal, H. (2013). *Los riesgos en la financiación privada de proyectos públicos*. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/viewFile/13477/14104>

Ministerio de Economía y Finanzas. (2015). *Lineamientos para la asignación de riesgos en los contratos de asociaciones público privadas*. Recuperado de:

https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/normas/anexo_RM167_2016_EF15.pdf

Morales, M.; Ramírez, G., Romano, L. (2009). *Distribución del riesgo en el contrato de construcción: Perspectiva internacional*. Revista e-Mercadoría, Volumen 8, N°.

2. Recuperado de:

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2032/1819>

Rodríguez, M. (2007). *La problemática del riesgo en los proyectos de infraestructura y en los contratos internacionales de construcción*. Recuperado de:

<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2067/1853>

Ruíz, A.; Sarmiento, C.; Sota, G. (2017). *Principales condiciones necesarias para la implementación de una asociación público privada del sector salud en el Perú*.

(Tesis para obtener el grado de bachiller, Pontificia Universidad Católica del Perú). Recuperado de:

<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/9475>

Santofimio, J. (2009). *El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico*. Recuperado de:

<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2589>