

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



**“Alteración en la Asignación de Riesgos en las Concesiones
Cofinanciadas de Infraestructura de Transporte de Uso Público
mediante modificaciones contractuales”**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGISTER EN
REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

AUTORES

JOSELYNE CÉSPEDES GIL ARROYO
MIGUEL ÁNGEL PAZ SIME

ASESOR:

SILVANA ELÍAS NARANJO

Mayo, 2018

A nuestra Ángela Mayté y a nuestros padres.



RESUMEN

En el presente trabajo se analiza si las modificaciones efectuadas sobre los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público, cofinanciados y vigentes, han alterado la asignación de riesgos previamente pactada por las partes.

Para tal efecto, en primer lugar, se estudia y reconoce que la óptima distribución de riesgos es una característica inherente a las asociaciones público privadas, siendo las concesiones cofinanciadas una de sus modalidades. Asimismo, se define el alcance de la noción de riesgo contractual, se identifican cuáles son los riesgos que existen y se comparten en las concesiones cofinanciadas, así como los criterios para conseguir una eficiente asignación.

Como siguiente paso, se estudian las razones que justifican la legítima necesidad de recurrir a las modificaciones contractuales, como mecanismos de solución de contingencias no previstas, pero también se reconoce la existencia de ciertos peligros que encierran las renegociaciones contractuales. En ese mismo orden de ideas, se estudia la evolución normativa de la regulación sobre adendas y modificaciones contractuales, con especial énfasis en el tratamiento legal del deber de procurar no alterar la asignación de riesgos originalmente contemplada.

Continuando con el desarrollo de la investigación, se establecen los criterios en virtud de los cuales debe considerarse que una modificación contractual altera justificada o injustificadamente la asignación de riesgos. Posteriormente, sobre la base de dichos criterios, se efectúa un análisis detallado de las modificaciones efectuadas a los trece contratos de concesión cofinanciados vigentes de infraestructura de transporte de uso público que han sido objeto de alguna renegociación. Después de completar dicho estudio, se determina si las modificaciones contractuales analizadas han producido una alteración en la asignación de riesgos previamente establecida y si, de ser el caso, dicha variación es justificada o injustificada. Dichos resultados son consolidados gráficamente.

La investigación finaliza con la presentación de las conclusiones y de algunas recomendaciones normativas, que pueden ser implementadas, con la finalidad de precisar el alcance de la obligación legal de procurar no alterar la asignación de riesgos y de evitar la suscripción de adendas que incurran en variaciones injustificadas de los esquemas de distribución de riesgos.

ABSTRACT

In the present research, it is analyzed if the modifications made to the current co-financed concession contracts of transport infrastructure for public use, have altered the allocation of risks previously agreed upon by the parties.

For this purpose, first of all, it is studied and recognized that the optimal distribution of risks is an inherent characteristic of public-private partnerships, and therefore of co-financed concessions, as they are forms of public-private partnerships. Likewise, in the development of the thesis, the notion of contractual risk is defined, which are the risks that exist and are shared in the co-financed concessions, as well as the criteria to achieve an efficient allocation.

As a next step, this research presents the reasons why the modifications of concession contracts are legitimately used as mechanisms for the resolution of unforeseen contingencies, but also recognizes the existence of certain dangers inherent in contractual renegotiations. In this sense, the evolution of regulatory regulation on addenda and contractual modifications is studied, with special emphasis on the legal treatment of the duty to try not to alter the assignment of risks originally agreed upon.

Continuing with the development of the research, the guidelines to be followed are established to determine if a contractual modification justifiably or unjustifiably alters the allocation of risks. Subsequently, following these criteria, a detailed analysis is made of the modifications to the thirteen current co-financed concessions transport infrastructure for public use that have been subject to at least a renegotiation. After completing this study, it is determined if the contractual modifications have produced an alteration in the previously established risk allocation and if, if applicable, such variation is justified or unjustified. These results are consolidated graphically.

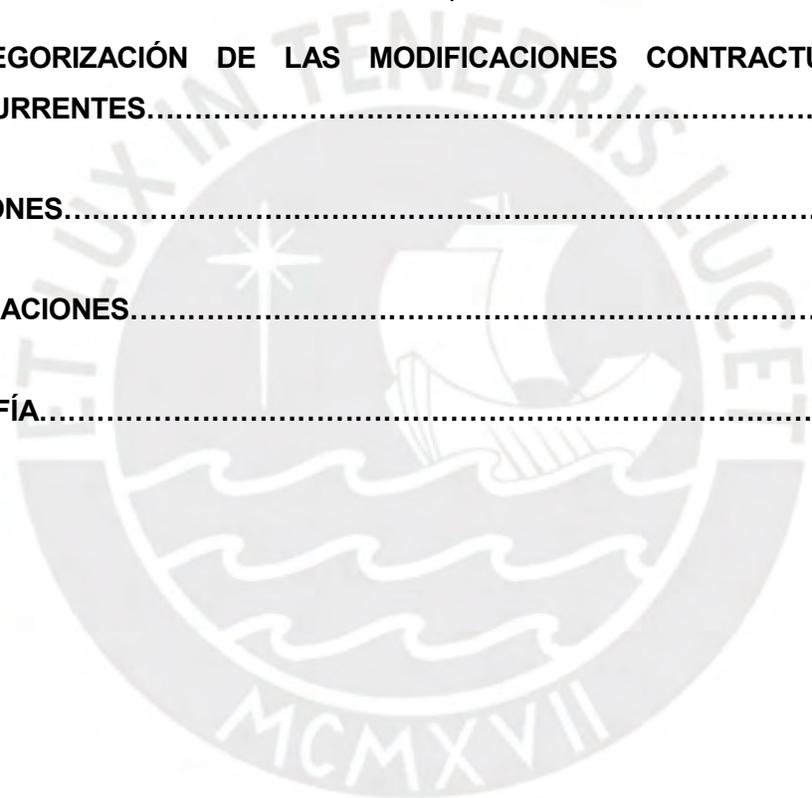
The investigation ends with the presentation of the conclusions and some recommendations, which can be implemented legally, in order to specify the content of the legal obligation to ensure that the allocation of risks is not altered and to avoid addenda that incurs unjustified alterations of the risk distribution schemes.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	11
CAPÍTULO 1: ASIGNACIÓN DE RIESGOS EN LAS CONCESIONES COFINANCIADAS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO.....	13
1.1. ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS Y CONCESIONES COFINANCIADAS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO.....	13
1.1.1. <i>Las Private Finance Initiatives y las Public Private Partnerships como instrumentos de transferencia y asignación de riesgos.....</i>	13
1.1.2. <i>La asignación de riesgos como elemento esencial de las Asociaciones Público Privadas.....</i>	17
1.1.3. <i>Las concesiones cofinanciadas como una modalidad de Asociación Público Privada.....</i>	20
1.1.4. <i>Contratos de Concesión cofinanciados de infraestructura de transporte de uso público.....</i>	27
1.2. RIESGOS EN LA EJECUCIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA.....	29
1.2.1. <i>Definición de riesgos.....</i>	29
1.2.2. <i>Las disposiciones legales sobre asignación de riesgos.....</i>	32
1.2.3. <i>La asignación de riesgos según la literatura económica.....</i>	33
1.2.4. <i>Principales riesgos en la ejecución de concesiones de infraestructura</i>	34
1.2.4.1. <i>Riesgo de diseño.....</i>	34
1.2.4.2. <i>Riesgo de construcción.....</i>	36
1.2.4.3. <i>Riesgo de operación y mantenimiento.....</i>	37
1.2.4.4. <i>Riesgo de ingresos.....</i>	38
1.2.4.5. <i>Riesgo regulatorio.....</i>	40
1.2.4.6. <i>Riesgo de financiamiento.....</i>	42
CAPÍTULO 2: LAS ADENDAS Y LA REASIGNACIÓN DE RIESGOS.....	46
2.1. SUSTENTO DE LAS RENEGOCIACIONES DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN.....	46

2.1.1.	El Contrato de Concesión como un contrato incompleto.....	47
2.1.2.	El Contrato de Concesión como un contrato de larga duración.....	50
2.2.	LOS PELIGROS DE LAS RENEGOCIACIONES CONTRACTUALES.....	52
2.3.	LAS ADENDAS A LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN EN EL MARCO NORMATIVO PERUANO.....	54
2.3.1.	Evolución normativa.....	54
2.3.1.1.	Texto Único Ordenado de Concesiones y Reglamento.....	55
2.3.1.2.	Primera Etapa del Decreto Legislativo N° 1012.....	57
2.3.1.3.	Segunda Etapa del Decreto Legislativo N° 1012.....	61
2.3.1.4.	Las adendas según el Decreto Legislativo N° 1224 y su Reglamento.....	64
2.3.2.	La alteración en la asignación de riesgos mediante adendas en el marco normativo peruano.....	68
2.4.	VARIACIONES JUSTIFICADAS E INJUSTIFICADAS EN LA ASIGNACIÓN DE RIESGOS.....	70
CAPÍTULO 3: LAS MODIFICACIONES A LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN COFINANCIADOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO EN EL PERÚ.....		73
3.1.	MODIFICACIONES CONTRACTUALES OBJETO DE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN.....	73
3.1.1.	Modificaciones referidas a la definición de Acreedores Permitidos.....	79
3.1.2.	Modificaciones referidas a la introducción de CRPAO en el esquema de pagos.....	82
3.1.3.	Modificaciones referidas a la modificación del esquema de CRPAO.....	87
3.1.4.	Modificaciones sobre bienes de la concesión e interferencias.....	89
3.1.5.	Modificaciones que regulan la compensación por variaciones en los metrados.....	98
3.1.6.	Modificaciones referidas a la sustitución, incorporación o modificación de obras y otras inversiones.....	105
3.1.7.	Modificaciones de los montos o porcentajes máximos de obras adicionales.....	111

3.1.8. Modificaciones de las condiciones para la aceptación de obras.....	113
3.1.9. Modificaciones referidas al pago del cofinanciamiento.....	118
3.1.10. Modificaciones en materia de mantenimiento.....	121
3.1.11. Modificaciones de las condiciones de pago del Costo de Transitabilidad.....	127
3.1.12. Modificaciones de los plazos para la prestación de los servicios.....	130
3.1.13. Modificaciones a la cláusula de solución de controversias.....	134
3.1.14. Modificaciones a las reglas de liquidación y pago en caso de caducidad.....	135
3.1.15. Modificaciones a la calificación del personal clave del concesionario.....	141
3.2. CATEGORIZACIÓN DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES RECURRENTES.....	143
CONCLUSIONES.....	158
RECOMENDACIONES.....	162
BIBLIOGRAFÍA.....	166



ÍNDICE DE TABLAS Y GRÁFICOS

Tablas

Tabla 1.	Modificaciones contractuales justificadas o injustificadas, en lo relativo al cumplimiento del deber de procurar no alterar la asignación de riesgos.....	72
Tabla 2.	CC cofinanciados de ITUP vigentes y adendas.....	73
Tabla 3.	Materia de cada Adenda.....	74
Tabla 4.	Agrupación de las adendas por modificaciones recurrentes.....	76
Tabla 5.	Síntesis de la delimitación del objeto de estudio.....	79
Tabla 6.	Variación en la definición del alcance de los Acreedores Permitidos.....	80
Tabla 7.	Modificación del esquema de CRPAO.....	87
Tabla 8.	Adendas sobre Aeropuertos Adicionales del CC 1° Grupo de Aeropuertos.....	91
Tabla 9.	Modificaciones introducidas mediante Adenda N° 1 al CC Línea 2.....	93
Tabla 10.	Adendas sobre variaciones de metrados.....	100
Tabla 11.	Regulación de Costos de Transitabilidad en CC IIRSA Sur T2, T3 y T4.....	128
Tabla 12.	Modificación del inicio de la explotación y prestación de los servicios.....	133
Tabla 13.	Reglas en caso de caducidad por decisión unilateral del concedente antes de la modificación contractual.....	136
Tabla 14.	Reglas en caso de caducidad por decisión unilateral del concedente después de la modificación contractual.....	137
Tabla 15.	Comparación de los montos indemnizatorios antes y después de la suscripción de la Adenda N° 3 de los CC IIRSA Norte, IIRSA Sur T2, T3 y T4.....	138
Tabla 16.	Modificación de los requisitos del personal clave.....	141
Tabla 17.	Resultados del análisis comparativo.....	144
Tabla 18.	Categorización de modificaciones contractuales.....	149
Tabla 19.	Categorización de adendas.....	154

Gráficos

Gráfico 1.	Categorización de las modificaciones contractuales en función de la alteración de los riesgos.....	153
Gráfico 2.	Categorización de las adendas en función de la alteración de los riesgos....	156

LISTA DE ABREVIATURAS

APP	:	Asociaciones público privadas
CC	:	Contratos de Concesión
CC 1° Grupo de Aeropuertos	:	Contrato de Concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú
CC 2° Grupo de Aeropuertos	:	Contrato de Concesión del Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú
CC Canchaque	:	Contrato de Concesión de las Obras y el Mantenimiento de los Tramos Viales: Empalme 1B-Buenos Aires-Canchaque
CC Chancay-Acos	:	Contrato de Concesión del Tramo Vial: Óvalo Chancay / Dv. Variante Pasamayo-Huaral-Acos
CC IIRSA Norte	:	Contrato de Concesión de las Obras y el Mantenimiento de los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte del Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana – IIRSA.
CC IIRSA Sur T1	:	Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo N° 1 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil
CC IIRSA Sur T2	:	Contrato de Concesión del Tramo Vial Urcos-Inambari del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil
CC IIRSA Sur T3	:	Contrato de Concesión del Tramo Vial Inambari-Iñapari del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil
CC IIRSA Sur T4	:	Contrato de Concesión del Tramo Vial Inambari-Azángaro del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil
CC IIRSA Sur T5	:	Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo N° 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil
CC Línea 1	:	Contrato de Concesión para el Diseño, Financiamiento, Construcción del Taller de Mantenimiento mayor para los trenes nuevos y existentes (incluye las vías de acceso al mismo) en segundo nivel del Patio Taller ubicado en Villa El Salvador, provisión de material Rodante Adquirido y Explotación del Proyecto Especial

	Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, Línea N° 1, Villa El Salvador-Av. Grau-San Juan de Lurigancho
CC Línea 2	: Contrato de Concesión para 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)
CC Valle de Zaña	: Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Vial Nuevo Mocupe-Cayaltí-Oyotún
Contraloría	: Contraloría General de la República
ITUP	: Infraestructura de Transporte de Uso Público
MEF	: Ministerio de Economía y Finanzas
MTC	: Ministerio de Transportes y Comunicaciones
OSITRAN	: Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público
PFI	: Private Finance Initiative
PPP	: Public Private Partnership
PROINVERSIÓN	: Agencia de Promoción de la Inversión Privada



INTRODUCCIÓN

La elevada cifra de adendas a los contratos de concesión (en adelante CC) cofinanciados de infraestructura de transporte de uso público, en adelante ITUP, es una evidencia de que los mencionados contratos no prevén todos los supuestos sobrevinientes durante su ejecución. Ello se debe a su naturaleza de contratos incompletos, característica que se prolonga a lo largo de su duración, lo que determina la necesidad de recurrir al mecanismo de la renegociación contractual.

Sin embargo, la actual coyuntura social y los recientes descubrimientos derivados de las investigaciones llevadas a cabo en el Perú y en otros países de América Latina, ponen en tela de juicio si las renegociaciones contractuales son verdaderamente un mecanismo que responde a la necesidad de atender las necesidades sobrevinientes de interés público o si, por el contrario, se constituyen en una herramienta para el despliegue de comportamientos estratégicos u oportunistas, que terminan por alterar los riesgos originalmente asignados, de modo ilegítimo.

La presente investigación está orientada a determinar si las modificaciones a los CC cofinanciados para la ejecución de proyectos de ITUP han alterado injustificadamente la asignación de riesgos pactada en el texto contractual vigente hasta antes de su modificación.

Al respecto, la hipótesis de los autores es que la renegociación contractual no necesariamente supone alterar injustificadamente los riesgos previstos originalmente en los CC cofinanciados de ITUP. De hecho, en algunos casos, las modificaciones contractuales no se aproximan siquiera a una variación mínima en la estructura de riesgos de los CC. Otras, en cambio, sí producen una alteración del esquema de distribución de riesgos, pero legítimamente, es decir, se sustentan en razones de interés público y generan ventajas equivalentes para ambas partes o producen una variación poco significativa pero indispensable para resolver una contingencia prevista. Sin embargo, no puede desconocerse que algunas modificaciones contractuales han reconfigurado la asignación de riesgos de modo injustificado, a través de la introducción de variaciones que no responden al interés público o que transforman drásticamente el esquema de distribución de riesgos, sin que ello produzca resultados equitativos para las partes.

El desarrollo de esta investigación permitirá determinar si la hipótesis planteada es correcta, para tal efecto, la tesis se presenta en tres capítulos.

En el *capítulo primero* se describe la vinculación indesligable de la institución de las APP con la noción de asignación eficiente de asignación de riesgos; asimismo se identifican los riesgos inherentes a la ejecución de proyectos de APP, específicamente de los CC cofinanciados de ITUP, así como la forma recomendada de asignación de riesgos. La finalidad del primer capítulo es reconocer la importancia fundamental de la distribución óptima de riesgos para el buen funcionamiento de las mencionadas concesiones.

En el *segundo capítulo* se analizan las razones legítimas que justifican la suscripción de adendas a los CC, desde el enfoque de la Teoría de la Mutabilidad y de los Contratos Incompletos. Además, se estudian los principales peligros que traen consigo las renegociaciones contractuales cuando estas no responden al interés público. El propósito de este capítulo es abordar las teorías que defienden la necesidad de recurrir a las adendas como mecanismos que permiten regular contractualmente los aspectos sobrevinientes y no previstos en la redacción original de los CC a fin de satisfacer el interés público; así como exponer los riesgos que encierran las adendas que responden a intereses subalternos o que son el resultado de una renegociación en la que los incentivos de los contratantes no se encuentran alineados con el interés público.

En el *tercer capítulo* se efectúa el análisis de la asignación de riesgos en los CC cofinanciados de ITUP que han sido objeto de renegociaciones. Asimismo, se determina si dichas modificaciones repercutieron en el esquema de distribución de riesgos y, de ser el caso, si estas variaciones fueron justificadas. Finalmente, los resultados del análisis son sistematizados y consolidados, a efectos de categorizar las modificaciones contractuales en función de su impacto en la asignación de riesgos, de la siguiente manera: (i) aquellas que no alteran la asignación de riesgos, (ii) aquellas que varían justificadamente la asignación de riesgos, y (iii) aquellas que trastocan injustificadamente la asignación de riesgos.

Finalmente, se presentan las conclusiones de la presente investigación, así como algunas oportunidades de mejora en materia de política regulatoria.

CAPÍTULO 1

ASIGNACIÓN DE RIESGOS EN LAS CONCESIONES COFINANCIADAS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

El propósito de este primer capítulo es determinar cómo se vinculan APP con la asignación eficiente de riesgos e identificar cuáles son los riesgos inherentes a la ejecución de los CC cofinanciados de ITUP como modalidad de APP, y la forma en la que se recomienda que aquellos sean asignados o distribuidos entre las partes. Para tal efecto, es necesario explicar qué debe entenderse por APP y analizar su indesligable relación con la noción de riesgos en la ejecución de proyectos de infraestructura y servicios públicos, específicamente, respecto de las concesiones cofinanciadas de ITUP.

1.1. ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS Y CONCESIONES COFINANCIADAS DE ITUP

1.1.1. Las *Private Finance Initiatives* y las *Public Private Partnerships* como instrumentos de transferencia y asignación de riesgos

En la década de los ochenta, el Reino Unido adoptó el *New Public Management* como forma de gobierno y administración de las políticas públicas. Siguiendo la regla de las tres “E” (economía, eficacia y eficiencia), la administración dirigida por Margaret Thatcher redujo la burocracia, privatizó las empresas públicas -dando énfasis a la aplicación del principio de subsidiariedad- y efectuó ajustes al gasto de inversión en infraestructura, procurando más bien obtener financiamiento privado para la ejecución de obras de infraestructura y servicios públicos (Nieto, 2003, p.394; Nieto, 2004, p. 389). La fórmula mediante la cual se empezó a recurrir al sector privado para el financiamiento de infraestructura pública fue la PFI, introducida por el gobierno conservador -de los ochenta a inicios de los noventa- y desarrollada y extendida por el gobierno laborista -de 1997 en adelante- (Hare, 2013, p. 97) con la finalidad de coadyuvar a atender la necesidad de renovar los activos públicos y fomentar las buenas prácticas de gestión empresarial, mediante la participación del sector privado (Rocha, Sánchez & Rivas, 2014, p. 46).

Ciertamente, la concurrencia de las empresas privadas en la provisión de infraestructura o servicios públicos no era, para el Reino Unido y la Europa continental, un fenómeno propiamente novedoso, pues ello se podía lograr a través de la técnica de la contratación tradicional. Sin embargo, la introducción de la PFI supuso poner énfasis esencialmente en la transferencia de riesgos al sector privado tanto en la realización de la obra como en la prestación de los servicios públicos (Nieto, 2004, p. 390), lo que no se podía lograr en un escenario en que los agentes privados sólo son responsables de la construcción.

A través del esquema de PFI, lo que se pretendía era que las empresas privadas abandonaran su rol pasivo de “constructor de obras públicas”, adoptando más bien el papel de responsables de la provisión de la infraestructura, tanto en su desempeño constructivo como operativo, durante toda la vigencia del contrato en virtud del cual se le confiaba la ejecución de la actividad (Ridao i Martín, 2014, p. 95). Ello suponía que el agente privado asumiera el diseño, la construcción, la gestión y la financiación de la obra y, en su caso, la prestación del servicio público (Nieto, 2004, p. 398).

La lógica subyacente tras las PFI era la creencia de que la participación del sector privado en la provisión de infraestructura era beneficiosa para la sociedad, razón por la cual la decisión adoptada por el Gobierno Británico fue transferir a los inversionistas los riesgos de diseño, construcción, gestión y financiamiento de la obra de infraestructura, así como la operación del servicio público. Así, se tiene que PFI y transferencia de riesgos son dos conceptos indesligables.

Durante la década de los ochenta se vivió una etapa experimental del PFI (aun cuando el mecanismo legal de transferencia al sector privado no tenía dicha denominación), en la que, por parte del Gobierno Británico, se mostraba cierta resistencia al financiamiento de infraestructura y servicios públicos vía recursos presupuestales. Es por dicha razón que la entonces incipiente PFI adoptaba la forma de una concesión con transferencia de riesgos al sector privado, en virtud de la cual el inversionista podía o no recuperar su inversión en función de los resultados de la explotación del negocio.

Posteriormente, pero aún en la fase experimental, este esquema rígido de oposición al financiamiento con recursos públicos se matizó, sustituyendo la noción de “transferencia” por “óptima asignación de riesgos”, permitiéndose que la Administración asuma algunos riesgos no susceptibles de ser asumidos por los concesionarios. Dentro de los proyectos ejecutados en esta etapa experimental destacan claramente obras de infraestructura de transporte, como el *Dartford River Crossing*, puente que une los condados de Kent y Essex (Nieto, 2004, p. 391).

Más adelante, en el año 1992, el Reino Unido oficializó institucionalmente el PFI a través de la Declaración de Octubre del Primer Ministro John Major -ex Ministro de Hacienda de Margaret Thatcher-, quien invitó a los inversionistas privados a participar en el financiamiento, prestación y explotación de infraestructura y servicios públicos. Como resultado, se suscribieron contratos de PFI en múltiples sectores (Rocha et al., 2014, pp. 46-47), como el transporte (A69 Newcastle – Carlisle, M1 – A1 Motorway Link Leeds, 1996; provisión y mantenimiento de trenes para la Línea del Norte del Metro de Londres, 1995), la tecnología informática (software de la Oficina de Impuestos, 1995), los servicios penitenciarios (prisiones de Parc, Bridged, Gales, Altcourse, Liverpool, 1996), la salud pública (Hospitales de Darlford y Gravesham, 1997), entre otros (Edificio del Comando Conjunto, 1997; Museo Real de Armaduras, 1993).

Luego de que el poder político pasara de los conservadores hacia los laboristas, a pesar de sus claras diferencias ideológicas, estos últimos, en vez de declinar de las políticas de implementación del FPI, consideraron que había sido una herramienta subutilizada y generalizaron su empleo para la provisión de infraestructura pública (Nieto, 2004, p. 392).

Cabe señalar que durante la primera fase de la etapa experimental del PFI, el Gobierno Conservador había sostenido la idea de que, preferentemente, en este tipo de proyectos no debía haber ningún tipo de financiamiento público. Sin embargo, la adecuación pragmática de las políticas públicas a las necesidades de provisión de infraestructura derivaron en que, además de dicha categoría de PFI sin participación presupuestal gubernamental, denominada “*Free-standing*

projects”, posteriormente se realicen obras de infraestructura para cuya ejecución fue necesaria la inversión o financiamiento con cargo a recursos presupuestales de la Administración, ya sea de forma parcial -*Joint ventures*- para la recuperación de la inversión del concesionario (como el Canal de la Mancha) o incluso íntegra (establecimientos penitenciarios).

Ahora bien, es preciso enfatizar que, en cualquier caso, independientemente de la categoría de PFI (en lo que se refiere al grado de la participación presupuestal de la Administración), la característica fundamental o el tema crítico de este mecanismo de participación privada siempre fue la asignación eficiente de riesgos del proyecto, siendo la regla imperante, en un principio, la transferencia total de riesgos al sector privado, que después de su evolución y transformación decantó en la regla de distribución óptima de riesgos. Este último cambio de orientación quedó evidenciado con: (i) la sustitución de la nomenclatura PFI para los proyectos de infraestructura pública ejecutados con financiamiento privado, por la denominación *Public Private Partnerships* (PPP), que transmite la idea de una alianza o sociedad público-privada para la provisión de la infraestructura y (ii) la constitución de la empresa pública denominada *Partnerships UK*, cuya finalidad es asesorar a los sectores gubernamentales interesados en el desarrollo de proyectos de financiamiento privado (Nieto, 2004, p. 398).

Ciertamente, el cambio de denominación, aparentemente motivado por razones políticas más que por diferencias sustanciales en la política gubernamental (Felices, 2005, pp. 139-140), no varió la tendencia de utilizar este esquema con el propósito de proveer infraestructura pública o servicios públicos, al punto que ha llegado a sostenerse que durante el Gobierno Laborista, la PFI -aunque con otro nombre- resultó ser la “*la fórmula preferente para la realización de obras públicas de gran envergadura*” en Gran Bretaña (Nieto, 2004, p. 390)¹.

¹ Para el año 2012, la cantidad de contratos de PFI/PPP suscritos ascendía a 920, representando una inversión de capital superior a los 110 mil millones de dólares, lo que posiciona al Reino Unido como el líder mundial de los esquemas de participación privada en la provisión de infraestructura pública o servicios públicos (Rocha et al., 2014, p. 42).

Finalmente, resulta necesario recalcar una vez más que el modelo de gestión de provisión de infraestructura y servicios públicos a través de contratos de PFI/PPP, desde su concepción, se ha caracterizado por incorporar como elemento sustancial la adecuada asignación de riesgos entre el Gobierno y el inversionista.

1.1.2. La asignación de riesgos como elemento esencial de las Asociaciones Público Privadas

La exportación del modelo británico de PFI/PPP a Europa Continental y a otras partes del mundo –como América Latina-, se produjo a través de los esquemas de Colaboración Público Privada o APP. La institucionalización formal y legal de dichos esquemas supone importar un modelo de organización en el que el sector privado asume un papel preponderante en el financiamiento, diseño, construcción y operación de instalaciones públicas (como carreteras, hospitales, prisiones, escuelas), siendo característica de dicho modelo de gestión la preocupación por transferir o asignar el riesgo de manera eficiente, es decir, a la parte que puede manejarlo mejor (Rocha et al., 2014, p. 46).

Uno de los países que ha adoptado el modelo de APP para la provisión de infraestructura y servicios públicos es España. En dicho país se ha reconocido que la importancia de las APP es la generación de “ganancias de eficiencia”, lo que representa una ventaja no obtenida a través de la contratación pública tradicional u otras modalidades en las que se requiere recurrir a la participación privada. Se sostiene que para generar “ganancias de eficiencia” no basta con utilizar recursos privados en la provisión de infraestructura y servicios públicos, sino efectuar una verdadera distribución de riesgos, que consiste en la transferencia de los riesgos más significativos del proyecto al sector privado, a saber, los de construcción, financiamiento y operación (Rebollo, 2009, p. 68)².

² Ahora bien, el reconocimiento de la adecuada asignación de riesgos como máxima no significa que, en la práctica, España no haya tenido problemas sobre este tema. Se señala que, por errores en la estimación del tráfico o en los costos de expropiación, se ha tenido que recurrir a la renegociación contractual, verificándose una variación en la localización del riesgo de demanda, migrándose de un esquema de asunción estrictamente privado a compartido o mixto (Ortega, 2012, p. 18).

En latitudes más cercanas es posible identificar a Argentina como uno de los países que ha ejecutado proyectos de infraestructura mediante el empleo de las APP. En dicho país, la academia reconoce con total claridad que el rasgo distintivo de las APP es la regla de óptima asignación de riesgos, que supone que estos sean asumidos por la parte que se encuentra en mejores condiciones de administrarlos o reducirlos (Mairal, 2013, pp. 205, 217)³.

En el Perú también se ha adoptado la fórmula legal de APP como mecanismo de asignación de riesgos en la provisión privada de infraestructura y servicios públicos. Dentro de los autores nacionales, Huapaya & Vergaray señalan que la asignación de riesgos es el punto central de las APP, siendo este su carácter distintivo respecto de los contratos de servicio o de obra pública, en los cuales, por ejemplo, no se aprovecha la experiencia del contratista/inversionista en el diseño del proyecto o en la planificación económica de la operación (2007, pp. 106-109). Otros autores nacionales destacan que existen dos aspectos esenciales que justifican el beneficio social por la implementación de las APP: (i) la adecuada distribución de riesgos y (ii) la idea de que la participación privada en la totalidad de las fases del proyecto (desde el diseño hasta la operación, pasando por el financiamiento y la construcción) mejora la provisión de servicios públicos e infraestructura (Suto, Azaña, Chamorro, León, & Menchola, 2013, p. 31). Asimismo, Mendiola *et al* (2011, p. 163) identifica como uno de los once factores de éxito en las APP -específicamente las ejecutadas bajo la modalidad de concesiones viales- la adecuada asignación y mitigación de los riesgos.

Es pertinente señalar que la adopción del modelo de PFI/PPP/APP ha sido impulsada por los organismos multilaterales de crédito. Precisamente, uno de ellos, el Banco Mundial (2014, p. 32) destaca como uno de los “motores de valor de las APP” el principio de “transferencia de riesgos”, en virtud del cual el Gobierno debe dejar de retener algunos riesgos en la operación de la

³ Cabe señalar que, para Mairal, la definición de APP es bastante acotada, pues excluye de sus alcances a: (i) la financiación privada propiamente dicha, materializada a través de concesiones de obra pública repagadas con peaje, en las cuales el concesionario no puede participar en la creación de soluciones técnicas o en la configuración del diseño, que en la legislación peruana calzaría como una simple APP autofinanciada derivada de una licitación pública; y (ii) los proyectos de *leasing* público, mediante los cuales se provee infraestructura o servicios públicos con financiamiento privado, el cual es repagado totalmente por el Estado, lo que en la legislación peruana sería una APP con “cofinanciamiento” total.

infraestructura, transfiriéndolos al sector privado. Como ya se ha señalado, dicha “transferencia” es en realidad una “distribución”, que implica asignar cada riesgo a la parte que se encuentra en mejor posición de controlarlos o mitigarlos, e incluso soportarlos.

Asimismo, De La Torre & Rudolph (2016), en el documento crítico denominado “Siete Pecados de las Asociaciones Público Privadas Deficientes”, elaborado en el marco de una investigación financiada por el Banco Mundial, destacan que la razón de ser de las APP es triple: (i) atraer inversionistas a proyectos no susceptibles de ser realizados en el libre mercado, por tratarse justamente de sectores de especial interés o reserva del Estado, como los servicios públicos; (ii) transferir una parte significativa de los riesgos al sector privado y (iii) asegurarse que la calidad y eficiencia del proyecto sería por lo menos igual a la que se obtuviera si el Gobierno retuviera todos los riesgos. En la referida investigación se señala que la contratación del sector privado no es necesariamente una APP si los riesgos son soportados o sobrellevados por el Gobierno, de lo que se deduce que lo relevante para calificar un proyecto como APP no es tanto el grado de participación del agente privado sino el hecho de que el Estado deje de retener los riesgos más significativos.

Igualmente, Alborta, Stevenson, & Triana, en una investigación elaborada para el Banco Interamericano de Desarrollo, sostienen que la principal característica de las APP es la asignación y mitigación de riesgos entre las partes (2011, p. 6).

En suma, existe un consenso en que la preocupación por la óptima asignación de riesgos es consustancial a la naturaleza de las APP, siendo además la característica que la diferencia de las demás modalidades legales de participación privada en la provisión de infraestructura pública o servicios públicos, como la contratación tradicional o la concesión típica. En las contrataciones tradicionales de obra pública, el Estado retiene los riesgos de diseño y operación de la infraestructura, mientras que en la concesión típica prima el principio de riesgo y ventura. En las APP, se produce una transferencia del riesgo al sector privado, pero tampoco prevalece en cualquier caso el principio de riesgo y ventura, pues se rige por el principio de colaboración, según el cual la Administración no

considera al contratista como un antagonista, sino como un colaborador. (Baca & Ortega, 2013, p. 36), de lo cual se deriva que hay ciertos riesgos que pueden ser compartidos.

A continuación, con el propósito de reforzar la argumentación orientada a demostrar la vinculación conceptual existente entre APP y asignación de riesgos, se describe y explica la noción de APP; asimismo, de modo especial, se efectúa una descripción de las características de la modalidad de APP que es objeto de estudio de la presente investigación: las concesiones cofinanciadas de ITUP.

1.1.3. Las concesiones cofinanciadas como una modalidad de Asociación Público Privada

Como ya se ha señalado, la asignación y compartición de riesgos entre el Estado y el inversionista es una característica esencial e indelible de las APP que la hace diferente de las otras instituciones de Derecho Administrativo por medio de las cuales se recurre al sector privado para realizar actividades de provisión de infraestructura o servicios públicos.

Baca & Ortega explican que las APP son un mecanismo de colaboración entre el Estado y el sector privado para el financiamiento de infraestructuras y servicios públicos mediante figuras institucionales o contractuales, como el *partenariat* francés o el denominado Contrato de Colaboración Público Privada español (2013, p. 42). Asimismo, Rocha *et al* explican que las características que determinan que un proyecto pueda asimilarse a la noción de APP son: la larga duración de la relación de cooperación entre el sector público y el socio privado; el financiamiento a cargo del sector privado; el preponderante rol del socio privado en diferentes etapas del proyecto; la transferencia de los riesgos y la vinculación de los pagos al sector privado en función del nivel y calidad del servicio efectivamente brindado (2014, p. 49).

Finalmente, sin perjuicio de la definición o concepción que puede variar de autor en autor y de país en país, en opinión de los autores del presente trabajo, una APP es un mecanismo de colaboración entre el sector público y el privado, ideado

con la finalidad de que este último se encargue de la provisión de infraestructura y servicios públicos, actividades que son, por definición, de titularidad estatal, pero que son confiadas al sector privado, con el propósito de incrementar la capacidad de inversión, mejorar la eficiencia y, esencialmente, transferir o compartir los riesgos (Mairal, 2013, p. 205; Tantaleán, 2016, p. 202)⁴.

Es pertinente señalar que las APP no constituyen propiamente una modalidad contractual específica, es decir, no es apropiado hablar de “Contrato de APP”. Más bien, una APP puede adoptar alguna de las modalidades del amplio abanico de formas contractuales que permiten que el sector privado se encargue de proveer infraestructura y servicios públicos, en un esquema de verdadera distribución de riesgos, los cuales deben ser preferentemente no retenidos por la Administración, sino transferidos al sector privado. Por tal razón, Huapaya sostiene que las APP son una suerte de versión o etapa “2.0” de los CC y las otras figuras de colaboración público privada como gerencia, *outsourcing*, gestión, *joint-venture* (2013a, pp. 20-21).

Por tanto, la novedad de la introducción del esquema de PPP/APP es que ello obedece a una re-comprensión de las interrelaciones entre el sector público y privado, a partir de la destacada importancia de la distribución o compartición de riesgos, preocupación clave que, en cambio, resulta ser de segundo orden tanto en la contratación tradicional como de la privatización. Sin embargo, aunque conceptualmente una APP pueda ser diferente de las formas contractuales antedichas, para su conformación se recurre a técnicas de larga data o “suficientemente decantadas” en la contratación pública, tales como la concesión de obra pública o servicio público (Huapaya & Vergaray, 2007, p. 113).

⁴ Otra característica distintiva de las APP es la observancia del principio de valor por dinero o *value for money* (VFM), que, junto a la transferencia de riesgos, fueron las principales preocupaciones que motivaron el surgimiento del antecedente de las APP, las PFI. Al respecto, Nieto (2004, pp. 397-298) explica que el propósito de su conformación era la transferencia del riesgo, luego reconvertida en compartición o distribución de riesgos, así como la realización efectiva del *value for money*, término de ardua y complicada conceptualización, explicable básicamente por el cumplimiento de algunas características como: (i) la construcción de las obra sin sobrecostes, ii) la elección de la mejor modalidad contractual, lo que suponía contrastar los beneficios y costos de ejecutar el proyecto vía PFI *versus* contratación tradicional (iii) la utilización de la obra o el servicio por un número extenso de usuarios y (iv) la no depreciación de la infraestructura y su posibilidad de uso por un nuevo concesionario al finalizar el período de vigencia del contrato, entre otros.

Dentro del amplio abanico de modalidades contractuales incluidas dentro de la extensión del término APP, destaca la concesión, como la variante más frecuentemente utilizada, aunque no la única (Baca & Ortega, 2013, p. 46; Huapaya, 2013a, pp. 20-21). Ciertamente, la concesión coexiste con otras modalidades como los proyectos de riesgo compartido vía compañías mixtas, administración de bienes públicos o prestación de servicios (Alborta et al., 2011, pp. 7-8). No obstante, en el Perú, por lejos, la técnica administrativa elegida por antonomasia para desarrollar un proyecto de APP ha sido la concesión, a la cual se ha recurrido extensivamente para la ejecución de proyectos en los sectores de ITUP, energía y saneamiento, a diferencia de otras modalidades menos utilizadas y que restringen a otros sectores, como la prestación de servicios (penitenciario) o los contratos de equipamiento y operación (hospitalario).

Ahora bien, ¿qué se entiende por concesión? Pedreschi la define como el acto o contrato administrativo que otorga a un individuo un derecho o atribución sobre bienes o competencias pertenecientes a la Administración (2009, p. 252). En el caso de las concesiones de servicios públicos e infraestructura, respecto de las cuales se desarrollan proyectos de APP, a través de su conformación u otorgamiento se crea el derecho de desarrollar la actividad y efectuar la explotación económica derivada de la provisión del servicio o la infraestructura, a favor del inversionista privado denominado “concesionario”.

Martin explica que la concesión es secuencialmente un procedimiento, un acto administrativo y un contrato (2013, p. 335). El procedimiento administrativo es el medio utilizado para seleccionar al inversionista que resulte ser el adjudicatario de la infraestructura o la prestación del servicio público. Normalmente, se trata de una licitación o algún otro mecanismo de selección competitiva, el cual culmina generalmente con la adjudicación del derecho derivado de la concesión a aquel que oferte los mejores términos en materia de calidad e inversiones (Guasch, 2005, p. 44). La conclusión del procedimiento se materializa con la emisión del acto administrativo, mediante el cual se resuelve declarar ganador o adjudicatario al mejor ofertante. Finalmente, se celebra el CC entre el Estado en su posición de concedente, y la concesionaria constituida por el adjudicatario con el propósito específico de ejecutar el proyecto (Martin, 2013, p. 336).

Básicamente, el funcionamiento de una concesión de servicios públicos consiste en que un particular consiga *a su cuenta y riesgo* el financiamiento para ejecutar inversiones en obras o actividades de provisión de infraestructura o servicios públicos, asimismo, la inversión será recuperada a través de tarifas que son pagadas por los particulares o mediante el pago de un “cofinanciamiento” a cargo del Estado (Huapaya & Vergaray, 2007).

Las características esenciales de la concesión son las siguientes: i) es de naturaleza compleja, pues presenta un contenido tanto contractual como reglamentario; ii) se conforma a través de un contrato *intuitu personae*, lo que significa que la concesión se otorga exclusivamente a quien resultó ser adjudicatario durante el “procedimiento de concesión” o al ente jurídico que este constituya como sociedad de propósito exclusivo; iii) establece derechos y obligaciones para el Estado y el concesionario; iv) contiene cláusulas exorbitantes a favor del Estado, es decir, cuya inclusión en un típico contrato civil sería impensada, como la facultad de resolución unilateral del concedente y v) no transfiere en propiedad los activos, cediéndose únicamente su explotación y uso, revirtiendo los bienes al Estado al final de la vigencia del contrato (Martin, 2013, p. 336).

Otra característica inherente a las concesiones, que se desarrollará en forma específica en el presente trabajo de investigación, es su concepción como un contrato de larga duración, la cual es un factor determinante para reconocer su carácter sujeto a cambios (Pérez Hualde, 2015) y que sirve de sustento para explicar las razones por las cuales los CC son objeto de modificaciones o mutaciones recurrentes o frecuentes en el tiempo. Otra razón que sustenta la variabilidad del contenido de los CC no se relaciona necesariamente con su condición de contrato de “larga duración”, sino con su naturaleza de “contratos incompletos” (Menchola & Chamorro, 2015), es decir, con la imprevisibilidad de la totalidad de contingencias que pueden afectar su ejecución.

Ambas características, la larga duración y su incompletitud, determinan que los CC sean esencialmente modificables. Es así que se sostiene que los CC se rigen

por el principio de mutabilidad, en virtud del cual estos contratos pueden y deben ser modificados sin mayores restricciones, siempre que ello obedezca a causas objetivas y razonables, con el propósito de conseguir el interés público perseguido (Shimabukuro, 2015).

Las concesiones, de acuerdo con la legislación peruana, pueden ser autofinanciadas o cofinanciadas. Ello, en función de la fuente a partir de la cual se financia el proyecto o se recupera la inversión.

Dentro de las concesiones autofinanciadas se incluyen todos los proyectos de infraestructura o servicios públicos que implican una transferencia y distribución de riesgos, pero que no requieren de: (i) “cofinanciamiento”, es decir, del pago de recursos públicos a los concesionarios o (ii) del otorgamiento de garantías - financieras o no- por parte del Estado, con significativa probabilidad de ser utilizadas, en cuyo caso se tendría que recurrir al presupuesto nacional para financiar, retribuir o repagar las inversiones privadas. Un buen ejemplo de una concesión autofinanciada sería una carretera cuya inversión en la construcción o remodelación y costos en la operación y mantenimiento, son recuperados íntegramente mediante el pago de los peajes que efectúan los usuarios, sin el compromiso del Estado de efectuar pagos al concesionario o de garantizar el proyecto.

Una concesión cofinanciada, en cambio, implica que, para la ejecución sostenible del proyecto, se debe recurrir al empleo de fondos públicos para efectuar pagos al concesionario (cofinanciamiento) o al otorgamiento de garantías por parte del Estado. Como es posible advertir, el término cofinanciamiento transmite la idea de cualquier pago efectuado por el Estado a favor del concesionario con recursos públicos para subvencionar la ejecución de una obra de infraestructura pública. Así lo entiende Martín cuando señala que una concesión cofinanciada es aquella en la que el Estado se encarga del financiamiento o subvención parcial de las inversiones del concesionario, cuando aquellos no puedan ser cubiertos solo con los pagos de los usuarios, pero que por razones de interés público el Estado decide asegurar su realización participando en el financiamiento (2013, p. 337). Ahora bien, cabe agregar que el “cofinanciamiento” puede ser no sólo parcial,

sino también total, lo cual si bien puede ser gramaticalmente impropio (por el empleo del prefijo “co-”) es legalmente correcto, entendiéndose al término “cofinanciamiento” como un sinónimo de subvención.

Las concesiones cofinanciadas como una modalidad de APP no son exclusivas del Perú. De hecho, en Reino Unido, se desarrollaron proyectos de PFI en el sector penitenciario, en los que la Administración (*Prison Service*) efectuaba pagos a los inversionistas privados al verificar la disponibilidad o existencia de las celdas. Asimismo, las PFI fueron utilizadas para ejecutar proyectos difícilmente autosostenibles con tarifas o precios cobrables a los usuarios, como la construcción de escuelas públicas, incineradores de residuos sólidos, establecimientos navales para la defensa o sistemas informáticos del Estado (Nieto, 2004). Lo que es más, como se ha señalado, la tipología de proyectos ejecutados bajo la modalidad de PFI incluía a aquellos proyectos con contribución financiera parcial o total por parte de la Administración (Nieto, 2004, p. 396).

En otros países, también se documenta la existencia de APP cofinanciadas. Por ejemplo, en España, Rebollo hace referencia a los proyectos de APP no autofinanciables, como aquellos en que los ingresos del proyecto que son ajenos al presupuesto gubernamental no resultan suficientes para sufragar la totalidad de los costos del inversionista (2009, p. 8). En países más cercanos, como Chile, Toro explica que algunas concesiones no pueden ser financiadas solo con las tarifas que pagan los usuarios, razón por la cual el Estado efectúa aportes con cargo al presupuesto público para el financiamiento del proyecto (2009, p. 66).

En el Perú, cuando empezaba a hablarse de APP, se sostenía que se trataban de proyectos con alta rentabilidad social y baja rentabilidad financiera, por lo que resultaba necesario un pago o “cofinanciamiento parcial o total del Estado” que debía sumarse a los ingresos provenientes de los usuarios en la forma de tarifas o peajes (PROINVERSIÓN, 2005, p. 4). Esta noción, sin embargo, más que referirse a una APP, correspondía a la definición de una categoría específica de APP, a saber, la APP “cofinanciada”.

Fue así que PROINVERSIÓN señaló, en su oportunidad, que las inversiones para las concesiones de las carreteras IIRSA Norte, Interoceánica Sur, el programa vial Costa-Sierra, y los aeropuertos regionales, serían ejecutadas en el marco del programa de desarrollo de APP (2005, p. 9). Cabe precisar que dichos proyectos han sido desarrollados justamente bajo la modalidad de concesión cofinanciada.

Además de PROINVERSIÓN, los autores nacionales asumían que APP y concesión cofinanciada eran términos equivalentes. Por ejemplo, Felices contraponía las concesiones a los proyectos implementados bajo el esquema APP/PPP, indicando que en las primeras el concesionario asume directamente el riesgo sobre los ingresos, mientras que en los segundos la Administración es quien retribuye al concesionario mediante pagos unitarios (2005, p. 142). Posteriormente, el término APP empezó a ser utilizado para referirse a todas las modalidades contractuales de colaboración público-privada para la ejecución de proyectos de infraestructura o servicios públicos, mediante las cuales se comparten y distribuyen recursos y riesgos, asignando preferentemente los riesgos al sector privado.

Ahora bien, ¿por qué sería necesario desarrollar y constituir una APP cofinanciada, o concretamente una concesión cofinanciada? ¿En qué casos resulta necesario recurrir al “cofinanciamiento”⁵? Como lo anticipaba PROINVERSIÓN (2005, p. 5), en determinadas circunstancias, sin cofinanciamiento podría no concretarse la implementación de algunos proyectos de servicios o infraestructura con elevada rentabilidad social, pero que carecen de una rentabilidad económica privada atractiva (Huapaya & Vergaray, 2007, p. 116).

Barrantes explica que el cofinanciamiento necesario para la ejecución de un proyecto demanda utilizar ingentes recursos de inversión en circunstancias en que (i) no es socialmente posible elevar las tarifas a un nivel que permiten recuperar la inversión o (ii) la cantidad demandada del uso de la infraestructura o, más precisamente, de los servicios derivados de su operación, es limitada.

⁵ Subvención que, puede ser total o parcial, a pesar de que el prefijo “co-” reduciría su alcance únicamente a los supuestos de subsidios parciales

Ambos escenarios no permiten asegurar la existencia o proyección de un retorno privado atractivo, por lo que resulta esencial la recuperación de la inversión mediante la contribución presupuestal del Estado (2009, p. 344). Esto es particularmente importante para la ejecución de proyectos de elevada rentabilidad social, puesto que el cofinanciamiento se constituye en un medio que contribuye al objetivo de garantizar el acceso universal a la provisión de infraestructura o servicios públicos. En esta clase de proyectos, si se exigiera a los usuarios el pago de la tarifa eficiente que retribuiría íntegramente el costo de oportunidad de la prestación y la inversión, aquellos quedarían excluidos de dicha prestación.

1.1.4. Contratos de Concesión cofinanciados de infraestructura de transporte de uso público

Dentro de la noción de ITUP, de acuerdo con la Ley N° 26917 y al Reglamento General de OSITRAN, se incluye a los aeropuertos, puertos, redes ferroviarias, carreteras y otras infraestructuras (como las vías de navegación acuática). Al aplicar sobre los proyectos de ITUP las definiciones antes señaladas de ITUP y concesión, se tiene que una concesión de ITUP es un contrato suscrito por el Estado y el inversionista privado que resultó elegido en un procedimiento competitivo de selección (o la sociedad constituida por este, para efectos de la concesión), llevado a cabo en el marco de un proceso de promoción de la inversión privada. Estos CC tienen las siguientes características:

- (i) Transfieren, asignan y comparten riesgos, los que son asumidos preferentemente por el concesionario.
- (ii) Son contratos de larga duración.
- (iii) No implican la transferencia de la propiedad de la infraestructura.
- (iv) Generalmente comprenden la obligación del concesionario de procurarse el financiamiento y la construcción de la obra, así como el derecho de explotar la infraestructura.
- (v) La recuperación de la inversión se efectúa a partir del cobro de peajes o tarifas a los usuarios o de la percepción de un pago a cargo del Estado denominado “cofinanciamiento”.

Ahora bien, como ya se ha explicado, las APP de concesiones cofinanciadas son utilizadas como una modalidad de ejecución de proyectos de infraestructura de servicios públicos que son socialmente rentables pero que no ofrecen un retorno privado atractivo, por la insuficiente disponibilidad a pagar de los usuarios o beneficiarios directos del proyecto. Ello significa que la recaudación de tarifas no es suficiente para garantizar la sostenibilidad económica del proyecto como único mecanismo de retribución, pues ello volvería insostenible el proyecto. En el caso del sector de ITUP, las concesiones cofinanciadas son utilizadas justamente para la ejecución de proyectos cuya inversión no puede recuperarse únicamente a partir del cobro de tarifas o peajes a los usuarios de la ITUP o de los servicios derivados de su operación.

Para procurar lo que se conoce como “bancabilidad” del proyecto, resulta indispensable que la Administración subsidie la construcción o la operación y, de ser el caso, asuma compromisos que aseguren su viabilidad económico-financiera. Este subsidio, denominado “cofinanciamiento” responde a la necesidad -por lo menos en la teoría- de ejecutar proyectos con alta rentabilidad social, pero con una rentabilidad económica privada poco atractiva. A modo de ejemplo, se presenta un listado con los tipos de proyectos de ITUP en los que se justificaría recurrir a un subsidio o cofinanciamiento del Estado:

- a) Redes viales que conectan urbes o pueblos entre sí cuyos habitantes no tienen una disposición a pagar suficiente para sostener el proyecto con el pago de las tarifas, pero que requieren de la carretera como vía de conexión con otras ciudades, con el propósito de desempeñar actividades económicas, recibir servicios públicos u otras prestaciones económicas asistenciales.
- b) Aeropuertos ubicados en ciudades cuyos residentes no pueden acceder a otras ciudades como las metrópolis capitalinas a menos que utilicen el transporte aéreo (o cuando la competencia intermodal no ofrece sustitutos muy apropiados), en circunstancias de oferta insuficiente en el mercado de servicios de transporte aéreo, lo que no permite retribuir el financiamiento y la inversión en la construcción y mantenimiento de la infraestructura

únicamente con los pagos por el uso de la infraestructura provenientes de los usuarios finales y las aerolíneas.

- c) Líneas de metro, que son indispensables para la movilidad urbana, pero cuyos elevados costos de inversión no podrían ser totalmente recuperados a partir del cobro de tarifas a los ciudadanos que demandan y usan el transporte público.

1.2. RIESGOS EN LA EJECUCIÓN DE CC DE INFRAESTRUCTURA

1.2.1. Definición de riesgos

Cuando se hace alusión a los riesgos de un proyecto, estos guardan relación con la posibilidad de que este resulte “peor de lo planeado” (Barrantes, 2009, p. 331). Asimismo, el concepto genérico de riesgo en materia contractual se refiere a los eventos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato que incrementan la onerosidad de las prestaciones, debido a un cambio de circunstancias (Oelckers, 1980, p. 179). Se habla de riesgo también como el peligro especial a consecuencia del cual alguien se encuentra obligado a soportar la pérdida o deterioro de un bien sufrido por caso fortuito o fuerza mayor o, incluso, desde una perspectiva civilista, como la posibilidad de destrucción o daño del bien o la cosa debida (Mier, 2010, p. 100). Otra noción de riesgo, que se estima muy apropiada para su aplicación sobre las relaciones contractuales entre la Administración y los concesionarios de ITUP, es la que provee Alpa, citado por Mier (2010, p. 99), para quien el riesgo está asociado a la pérdida de expectativa económica del negocio, derivada de la ocurrencia de eventos previsibles o no, *“que no comportan un incumplimiento en sentido técnico sino un cambio de la economía originaria del negocio”*.

De las definiciones antes esbozadas, debe notarse, en principio, que el riesgo no se vincula con la ocurrencia misma de un evento sobreviniente con aptitud para afectar la economía del contrato. Más bien, dicho riesgo está asociado a la posibilidad de que un hecho incierto acaezca efectivamente y genere una

afectación a las expectativas económicas de las partes, lo cual repercute en una variación en los costos o en los beneficios originalmente pactados.

Un detalle adicional en el que resulta importante ahondar es que un riesgo no importa un incumplimiento en sentido estricto (Mier 2010, p. 99). Si bien ambos conceptos son semejantes en el sentido de que tanto el incumplimiento como la ocurrencia del evento riesgoso generan una afectación en la economía del contrato originalmente pactada, el incumplimiento se produce por la inejecución de una prestación a cargo de una de las partes por causas atribuibles a ella misma, en cuyo caso la restitución de la economía se consigue con la aplicación de la consecuencia legal por el incumplimiento: la indemnización a cargo de la parte incumplidora a favor de la afectada.

En cambio, cuando acaece un evento riesgoso (o no ocurre un evento previsto por las partes como elemento necesario para el desarrollo del contrato), sea que éste haya sido previsto o no por las partes al momento de la celebración del contrato, no se trataría de un supuesto de inejecución de prestación por causas atribuibles a las partes, sino a la materialización de un evento de ocurrencia incierta que afecta la economía del contrato. La consecuencia de dicho evento dependerá de lo pactado por las partes, lo que podría suponer: (i) que una de las partes internalice las pérdidas económicas por el mayor gasto o por la disminución del beneficio, como consecuencia del evento; (ii) que ambas partes asuman dichas pérdidas o incluso (iii) que se renegocien las condiciones contractuales para restablecer la economía original del contrato.

De otro lado, así como riesgo e incumplimiento no son lo mismo, tampoco son sinónimos riesgo e imprevisibilidad. Al respecto, si bien la ocurrencia de un evento no susceptible de ser previsto por las partes puede afectar la economía del contrato, lo esencial del riesgo no es tanto su imprevisibilidad, es decir, la imposibilidad de las partes de representarse mentalmente la realización de un evento y de regularlo contractualmente, sino la inexistencia de certeza en cuanto

a su ocurrencia, es decir, la imposibilidad de las partes de predecir si el evento ocurrirá o no y, de ser el caso, del momento en que sucederá⁶.

En el caso de las APP, los riesgos están vinculados a la característica de los proyectos que consiste en encontrarse sujetos a la ocurrencia de algunas eventualidades que pudieran afectar la economía de los contratos, mediante la disminución de los beneficios esperados por las partes (Mairal, 2013, p. 210). Dichas eventualidades, como ya se ha señalado, no tienen por qué ser imprevisibles necesariamente. Bastará con que sean inciertas y que afecten la economía original del contrato para que califiquen como hechos riesgosos. Es así que acontecimientos previsibles o mentalmente representables como el Fenómeno del Niño o la realización de actos vandálicos sobre una carretera por parte de terceros en una zona más o menos convulsionada podrán calificar como hechos de riesgo, por tratarse de sucesos no deseados e inciertos en cuanto a su acaecimiento o la oportunidad de su realización, y que podrían acarrear, por ejemplo, un incremento en los costos del concesionario por los gastos generales durante la paralización del proyecto o del Estado por la necesidad de asumir el pago durante los días en que se suspende el cobro de los peajes.

Las actuaciones a cargo de las partes frente a la ocurrencia de un evento de riesgo responderán a lo que se conoce como “Asignación de Riesgos”, que no es otra cosa que la determinación legal o contractual de la parte que debe soportar la pérdida de sus expectativas conformadas en función de la economía original del contrato. Sobre ello, es importante recordar que, como se ha desarrollado lo largo de la sección 1.1 del presente trabajo, la importancia de las APP, desde su concepción como PFI/PPP en el Reino Unido, radica en que se constituyen a partir de la necesidad de lograr una asignación óptima de riesgos entre el sector público y privado. En ese orden de ideas, siendo la asignación de riesgos el tema esencial de las APP, resulta ser un aspecto crítico en el diseño de las concesiones

⁶ Es más, cierto sector de la doctrina colombiana sostiene que “la técnica de los riesgos contractuales no se identifica con esta teoría de la imprevisión, toda vez que su objetivo es reducir la amplitud de esta última a su mínima expresión” (Sánchez V., 2011, p. 14). Aun cuando la posición del presente trabajo sea discrepante, pues estimamos que los riesgos contractuales incluyen también a los eventos imprevisibles, es para destacar que hay quienes sostienen que el riesgo contractual se limita únicamente a los hechos previsibles, pues ello revela que ya se habría superado la noción errónea de que los eventos solo pueden generar riesgos si son imprevisibles.

cofinanciadas la determinación de la parte que debe asumir las consecuencias de la afectación de la economía del contrato en caso ocurra un evento riesgoso, bien sea por incremento de costos o bien por disminución de los beneficios.

1.2.2. Las disposiciones legales sobre asignación de riesgos

Tanto los antecedentes legislativos de las APP, tales como el Decreto Supremo N° 059-96-PCM, que aprobó el Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que regulan la entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos (en adelante, TUO de Concesiones) y su Reglamento, el Decreto Legislativo N° 1012 que aprobó la Ley Marco de APP y su Reglamento, como el marco legal vigente, conformado por el Decreto Legislativo N° 1224 del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos y su Reglamento, omiten establecer una definición de riesgos, efectuándose más bien una alusión directa únicamente a su asignación. Al respecto, el derogado Decreto Legislativo N° 1012 reconoció expresamente el principio de asignación adecuada de riesgos, el cual implica que los riesgos deben ser asignados a quien cuente con mejor capacidad para controlarlos a un menor costo.

Dentro del marco legal vigente, también se efectúa un reconocimiento expreso del principio de adecuada distribución de riesgos. El Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, aprobado mediante Decreto Supremo N° 410-2015-EF, establece en su Anexo la definición del término “adecuada distribución de riesgos” como *“aquel principio aplicable a las Asociaciones Públicos Privadas que establece que en un contrato debe existir una adecuada distribución de riesgos entre las partes, de manera que los riesgos sean asignados a aquella parte con mayores capacidades para administrarlos, considerando el perfil de riesgos del proyecto, buscando mitigar su impacto en la disponibilidad de la infraestructura y/o calidad del servicio”*.

Las disposiciones antes enunciadas evidencian que el marco legal ha sido consistente al precisar que la asignación de riesgos en los contratos de APP debe efectuarse considerando a la parte más idónea para asumir el riesgo y teniendo

en cuenta dos aspectos puntuales: i) el perfil del proyecto, el cual respondería a las particularidades del diseño de contrato de APP en específico y ii) el interés de los usuarios en cuanto a la disponibilidad de la infraestructura y calidad del servicio. Al respecto, conforme se desarrollará a continuación, este reconocimiento legislativo no surge a partir de un desarrollo conceptual estrictamente jurídico, sino que, en general, responde más bien a las recomendaciones propuestas que se encuentran en la literatura económica sobre el particular.

1.2.3. La asignación de riesgos según la literatura económica

El Banco Mundial identifica como uno de los “motores de valor de las APP” el principio de “transferencia de riesgos”, en virtud del cual el Gobierno debe dejar de retener algunos riesgos en la operación de la infraestructura, transfiriéndolos al sector privado (2014, p.32). Dado que dicha transferencia no implica que el inversionista asuma todos los riesgos, sino sólo algunos de los más significativos, más que una transferencia, se debe hablar de una adecuada distribución y asignación de riesgos.

La parte que recibe el encargo de administrar el riesgo no queda obligada, en virtud de la asignación del riesgo, a desaparecer las posibilidades de que el evento riesgoso ocurra. Si tuviera la capacidad de impedir con total certeza que un evento riesgoso suceda, entonces no tendría sentido hablar de riesgos, pues se eliminaría la incertidumbre y con ella el riesgo mismo (Ortega, 2012, p. 10). Más bien, la asignación de riesgos presupone identificar a aquella parte mejor preparada para asumir los resultados negativos en costos o beneficios derivados en caso el acontecimiento llegue a producirse. De esa manera, la asignación de riesgos genera incentivos para que las partes adopten las acciones tendentes a influir en los resultados de sus acciones de gestión de riesgos, ya sea mediante la disminución de las posibilidades de que el evento ocurra o a través de la mitigación de sus efectos. Con la finalidad de que el control de los riesgos sea una actividad excesivamente costosa, la forma recomendable de asignación consiste en que sean asumidos por la parte que se encuentra en mejor posición

de controlarlos o mitigarlos, e incluso soportarlos (Barrantes, 2009, p. 331; Dammert, 2009, p. 340; Guasch, 2005, p. 255).

Considerando este principio de asignación, se analizará cuál es la forma recomendable de distribuir los principales riesgos en un proyecto de infraestructura, entre los que destacan los referidos al diseño de la obra, a la construcción, a la operación, al financiamiento, a los ingresos o tráfico, a los cambios en la legislación, entre otros (Dammert, 2009, p. 340; Huapaya & Vergaray, 2007, pp. 120-121; Kerf et al., 1998; MEF, 2016; Ruiz & García, 2006, p. 241), que serán objeto de estudio a continuación.

1.2.4. Principales riesgos en la ejecución de concesiones de infraestructura

1.2.4.1. Riesgo de diseño

El MEF define al riesgo de diseño como la posibilidad incierta de que se presenten deficiencias en el diseño, que produzcan mayores costos o perjudiquen la calidad de la infraestructura o los niveles de servicios, o que provoquen retrasos en la ejecución de las obras (2016, p.3). Al respecto, la referida entidad gubernamental recomienda que dicho riesgo sea asignado en forma exclusiva al concesionario, aun cuando los estudios técnicos de ingeniería hayan sido elaborados por el concedente y suministrados por el Estado durante el proceso de selección del concesionario, debiendo exonerarse de cualquier responsabilidad al concedente por las deficiencias o inconsistencias en dichos documentos.

Si bien es posible entender que el MEF debe salvaguardar los intereses de la “cosa pública”, ello no significa que la posición que adopte siempre sea la correcta. De hecho, puede ser contraria a las recomendaciones formuladas por la academia. Es el caso que, a diferencia de lo que sostiene el MEF, la literatura especializada (Dammert, 2009, p. 340; Kerf et al., 1998; Ruiz & García, 2006, p. 241) recomienda asignar el riesgo de diseño de la siguiente manera:

- (i) Si la deficiencia se presenta en las especificaciones técnicas de ingeniería determinadas por el concedente, este asume el riesgo.
- (ii) Si el defecto se presenta en la propuesta técnica del concesionario, este asume el riesgo.

Como se puede apreciar, la asignación del riesgo se determina considerando cuál es la parte cuyas acciones pueden generar una mayor influencia en el control del riesgo. Como es obvio, dado que el riesgo de diseño está relacionado con las deficiencias en los expedientes técnicos de ingeniería, la parte que se encuentra en mejores posibilidades de gestionar adecuadamente el riesgo es quien elabora los estudios. Por tanto, la posición dogmática asumida por el MEF es totalmente debatible y podría ser objeto de una eventual revisión.

De otro lado, cabe señalar que además de la discusión de fondo sobre el criterio adoptado por el MEF, dicha posición es contradictoria con el marco legal vigente que regula el Derecho de los Contratos. Al respecto, los contratos se rigen de modo general por el principio de buena fe, en virtud del cual los contratos se celebran y ejecutan en la creencia de que ambas partes se están comportando lealmente, y por la regla de responsabilidad, que supone que el incumplimiento de una de las partes acarrea la obligación de hacerse responsable por el perjuicio e indemnizar a la parte afectada, prohibiéndose cualquier pacto por el cual se libere anticipadamente de responsabilidad por incumplimiento por dolo o culpa inexcusable (Menchola, 2016).

Respaldar la posición del MEF supone admitir que el Estado puede comportarse de mala fe y que, por lo tanto, los inversionistas privados deben asumir que la información que suministra el Estado es errónea, insuficiente o falsa. Asimismo, aceptar la posición del MEF implicaría contravenir la norma civil de orden público que prohíbe acordar anticipadamente la exoneración de responsabilidad por incumplimiento.

Por las razones antes expuestas, la posición del MEF es insostenible y debería descartarse. Más bien, lo que corresponde es que la Administración siga la pauta recomendada por la literatura académica, es decir, asignar el riesgo de diseño a quien elabora los estudios de ingeniería.

1.2.4.2. Riesgo de construcción

El riesgo de construcción está asociado con cualquier evento que puede generar un retraso o un sobrecosto en la ejecución misma de las obras de infraestructura (MEF, 2016, p. 4). El MEF recomienda que este riesgo sea asumido íntegramente por el concesionario. Ciertamente, dicha pauta o lineamiento resulta ser apropiada pues los concesionarios son menos adversos a este riesgo que el concedente, debido a su especialización técnica y conocimiento sobre las variables que determinan el valor de la inversión. Ello significa que, por ejemplo, el planteamiento de una oferta económica agresiva que subestime los costos constructivos durante el proceso de selección debe acarrear que el concesionario ejecute la obra de infraestructura contratada y que asuma la pérdida en los márgenes de utilidad (o incluso la pérdida económica en sentido estricto), por la infravaloración de la inversión.

Ahora bien, es posible considerar como una excepción a la regla general de asignación de riesgo constructivo a las acciones u omisiones gubernamentales que incidan directamente en el exceso de gastos o en la demora durante la ejecución del proyecto, como la negativa injustificada al otorgamiento de licencias u otros títulos habilitantes para la construcción de las obras (Guasch, 2005, pp. 154-155). Otras dos variables que pueden ser consideradas como excepciones a la regla de asignación de riesgo constructivo, y que son muy propias del Perú, por su riqueza histórica y por su actual debilidad institucional, tanto así que el MEF las considera como riesgos autónomos, son:

- a) El riesgo arqueológico, que consiste en la posibilidad incierta de que los costos constructivos se incrementen o las obras se retrasen como consecuencia de que, durante la ejecución del proyecto, se produzca un hallazgo de restos con valor arqueológico, en cuyo caso, por tratarse de un evento que escapa absolutamente al control del concesionario y porque además se presenta con una frecuencia relativamente alta, el riesgo debe ser asignado al concedente (MEF, 2016, p. 8).

- b) El riesgo de expropiación de terrenos, que consiste en la posibilidad de que se retrasen las obras por la falta de adquisición previa por parte del concedente de los predios que son necesarios para la ejecución del proyecto. Tratándose de una actividad respecto de la cual los inversionistas no pueden influir significativamente, puesto que la facultad de expropiación y de fijación del precio en ausencia de acuerdo con los expropiados es una atribución de *ius imperium* exclusiva del Estado, es el concedente quien se encuentra en mejor situación para gestionar este riesgo (MEF, 2016, pp. 4-5).

1.2.4.3. Riesgo de operación y mantenimiento

Este riesgo está asociado con la posibilidad de subestimar los costos durante la etapa operativa, lo que se puede reflejar en los mayores costos por la atención de un mayor volumen de usuarios no previsto por el concesionario. El MEF separa estos riesgos en los denominados “riesgo de sobreexplotación” y “riesgo de infraestimación de costos de mantenimiento”, recomendando en ambos casos su asignación al concesionario (MEF, 2016, pp. 18-19), lo cual es apropiado. Al respecto, por definición, los concesionarios tienen el *know how* de la operación de los proyectos de infraestructura, a diferencia de la Administración, la cual confía la ejecución del proyecto justamente a los concesionarios debido a su experiencia y especialización.

En un escenario en que el tráfico de una carretera incrementa súbitamente, es esperable que los costos de mantenimiento y operación de la carretera también se incrementen, tanto en lo referido a la implementación de nuevos carriles de atención de peaje como en la mayor incidencia de trabajos de conservación para mitigar los daños del tránsito vehicular. En este caso, aun cuando el tráfico sea una variable que no puede ser controlada ni por la Administración ni por el concesionario, un adecuado esquema de asignación, determinado por la aptitud técnica en las actividades de conservación, supone trasladar el riesgo de conservación y operación al concesionario, lo que supondría asumir los mayores costos por el incremento del tráfico vehicular (personal para la atención de nuevos carriles, adquisición de una mayor cantidad de material y contratación de nuevo personal para el mantenimiento de la vía).

Cabe señalar que, como excepción a la regla general, una parte de los riesgos operativos puede no ser asumida por el concesionario, específicamente, en lo que corresponde a la elevación de los precios de los insumos o inflación. Al respecto, Guasch considera como una posibilidad válida que este riesgo sea asumido por los usuarios (2005, p. 155), lo cual se vería reflejado en un incremento nominal (y no real) de las tarifas al ser ajustadas por la inflación.

1.2.4.4. Riesgo de ingresos

Este riesgo se manifiesta de tres maneras:

- a) Posibilidad de que las tarifas sean modificadas por el concedente.
- b) Posibilidad de que la demanda o el tráfico sea insuficiente para recuperar la inversión.
- c) Posibilidad de que no se pague al concesionario por no contar con la disponibilidad de la infraestructura o no cumplir con los niveles de calidad establecidos.

El primer riesgo específico consiste en que el concedente modifique las tarifas por razones sociopolíticas. Cabe señalar que este riesgo es únicamente relevante en el caso de las APP autofinanciadas, es decir, en aquellas que se sostienen económicamente en forma exclusiva con pagos provenientes de los usuarios y que no demandan cofinanciamiento. Por tanto, no se trata de un riesgo relevante para efectos de la presente investigación.

El segundo riesgo consiste en la posibilidad de que los ingresos provenientes de los usuarios no sean suficientes para asegurar la sostenibilidad del proyecto. Este riesgo es el determinante para decidir si la concesión es autofinanciada o cofinanciada. Tratándose de proyectos con elevada rentabilidad social, pero con un riesgo muy elevado de que los ingresos no permitan cubrir el financiamiento o la inversión, resulta necesario que el Estado asuma el compromiso de incorporar en el mecanismo de pagos de la concesión un cofinanciamiento a favor del concesionario, de lo que se infiere que el riesgo de ingresos por tráfico en las concesiones cofinanciadas es asumido por el concedente, a menos que el concesionario haya incurrido en una subestimación de los costos de operación y mantenimiento, en cuyo caso, si los ingresos no resultan ser suficientes, ello deberá ser asumido por él mismo.

Finalmente, el tercer riesgo, que es el que interesa para efectos de la presente investigación, está referido a la posibilidad de que el concesionario perciba menores pagos por la falta de infraestructura o por no haber alcanzado los niveles de servicio (Baca & Ortega, 2013, p. 36). Tratándose de concesiones cofinanciadas, este riesgo de ingresos asociado a la disponibilidad o simplemente “riesgo de disponibilidad” está relacionado con la contingencia de falta de pago por parte del concedente, al no haber cumplido previamente el concesionario con poner a disposición de los usuarios la infraestructura pública o con proveer los servicios en los estándares contractual o legamente establecidos. En el caso de proyectos de ejecución de nuevas obras de

infraestructura, el riesgo de disponibilidad de la infraestructura, es decir, la posibilidad de que la infraestructura no exista o no esté lista para ser usada conforme a sus términos de diseño (Ortega, 2012, p. 8) no se manifiesta mediante la posibilidad de aplicar deducciones al pago del Concesionario sino a la eventualidad de que no se efectúe pago alguno por la falta de disponibilidad de la infraestructura en los plazos contractuales, razón por la cual el riesgo de disponibilidad está íntimamente asociado al riesgo constructivo, en lo referido a las demoras en la ejecución de las obras.

Dado que los riesgos deben ser asignados y soportados por la parte que puede realizar acciones para impedir que el evento riesgoso se produzca, el riesgo de disponibilidad debe estar asignado al concesionario, pues su desempeño en cuanto a sus obligaciones constructivas y de operación es el factor determinante para la existencia de la infraestructura o en la calidad de los servicios. En principio, de él depende directamente que los usuarios puedan acceder a la infraestructura o recibir un servicio con los estándares contractual y legalmente establecidos. Por tal razón, el riesgo de disponibilidad debe recaer sobre el concesionario (MEF, 2016, p. 18).

1.2.4.5. Riesgo regulatorio

Es el riesgo asociado a la variación del marco normativo, lo que puede generar sobrecostos durante la etapa constructiva o incluso durante la explotación del proyecto. El MEF señala que este riesgo es compartido por las partes, razón por la cual en los CC se introducen mecanismos de restablecimiento del equilibrio económico financiero en caso de modificaciones normativas, que se activan solo cuando se superen ciertos límites de disminución de ingresos o de incremento de costos (MEF, 2016, p. 15).

Cabe señalar que el MEF hace referencia a una compartición de riesgos, en el sentido de que la modificación normativa puede traer consigo un

incremento en las cargas o una disminución de los ingresos del concesionario, como también una liberación de obligaciones o un incremento de sus ingresos. Sin embargo, queda claro que, si se trata de una modificación normativa que amplía el espectro de obligaciones del concesionario, el riesgo regulatorio recae en el concedente, el que deberá compensar al concesionario por la afectación derivada de la modificación del marco legal aplicable, que produzca una variación en los costos o ingresos que supere los límites establecidos contractualmente.

Dado que el proyecto ha sido concebido para el cumplimiento de determinados estándares establecidos en un marco legal determinado, el cambio en las disposiciones aplicables puede incrementar los costos constructivos u operativos, si dichos estándares son más exigentes o si requieren de insumos más costosos para su cumplimiento. En este caso, la fuente de riesgos es la potestad normativa, la cual es monopólica y descansa únicamente sobre la Administración. Por tal razón, dado que las acciones de esta tienen más aptitud para influir sobre el riesgo regulatorio (abstenerse de expedir nuevas disposiciones normativas) en comparación con el concesionario (que poco o nada puede hacer para impedir la aprobación de un nuevo cuerpo normativo), lo esperable es que sea la Administración la que asuma el riesgo regulatorio, lo cual supondrá eventualmente internalizar los mayores costos constructivos o incluso tolerar que la construcción se ejecute con los estándares aprobados durante el diseño del proyecto.

A diferencia de lo propuesto en los Lineamientos del MEF, que es concordante con la práctica histórica en materia de concesiones de infraestructura en el Perú, la literatura especializada recomienda asignar este riesgo al concesionario o al concedente, en función del tipo de la disposición normativa objeto de cambio (Guasch, 2005, p. 157):

- (i) Si se trata de una variación normativa general, como el cambio de las disposiciones ambientales o tributarias, o por ejemplo la

incorporación de una obligación transversal a todas las actividades económicas, como la implementación del Libro de Reclamaciones, el riesgo debería ser asumido por el inversionista.

- (ii) En cambio, si se trata de una variación normativa que incide directa y específicamente en el proyecto, como por ejemplo la modificación del Manual Geométrico de Carreteras o de las características técnicas de las edificaciones aeroportuarias, el riesgo debería ser asumido por el concedente.

1.2.4.6. Riesgo de financiamiento

Se ha señalado que los riesgos no implican en sentido estricto un incumplimiento sino únicamente la posibilidad incierta de la afectación de la economía de los contratos, a través del incremento en la onerosidad de las prestaciones o de la disminución de los beneficios esperados. Es importante recordar ello, pues en sentido estricto, la noción de “riesgo de financiamiento” está más asociada a un incumplimiento que a un riesgo propiamente dicho. De hecho, Ruiz & García (2006), Dammert (2009) y Guasch (2005) hacen referencia a riesgos de carácter financiero específicos como la variación del tipo de cambio o de las restricciones a la convertibilidad de moneda extranjera, pero no a un “riesgo de financiamiento” propiamente dicho.

Sin embargo, es posible entender al riesgo de financiamiento como lo concibe el MEF, es decir, como la imposibilidad de completar la suscripción de un contrato de financiamiento en los plazos previstos en el CC (MEF, 2016, p. 12). Concretamente, es un riesgo asociado a la posibilidad de lograr o no lo que se conoce como “cierre financiero” (Alborta et al., 2011, p. 29). Asumir el riesgo de financiamiento supone que, en caso no fuera posible conseguir que un tercero (acreedor permitido) financie el proyecto, este debe ser solventado con recursos propios. También podría significar que quien asume este riesgo esté obligado a soportar las consecuencias de la caducidad de la concesión

por incumplimiento de la obligación de obtener el cierre financiero (MEF, 2016, p. 12).

Ahora bien, en el Perú, la definición legal de APP es extensa, pues abarca a todo proyecto de infraestructura o servicios públicos en el que se comparten y distribuyen riesgos, preferentemente privados. Dentro de dicha definición hay espacio para los proyectos en los cuales el riesgo de financiamiento es asumido tanto por el concesionario como por el concedente. La fórmula de asignación de riesgo a ser elegida en cada caso particular debe ser aquella genere mayor valor al proyecto, considerando que *“el esquema de identificación, asignación y distribución de riesgos es inherente a cada contrato y a cada sector, y a la capacidad de cada una de las partes de tomar el riesgo y mitigarlo”* (Alborta et al., 2011, p. 28).

En el primer caso, es decir, cuando el concesionario asume el riesgo, este se obliga a conseguir el financiamiento de los recursos que serán destinados para la ejecución de las obras de infraestructura, con la seguridad de que, después de culminar una parte o la totalidad de las obras, percibirá ingresos provenientes del concedente, que serán utilizados para el repago del financiamiento. En el segundo caso, el concedente es quien se encarga de financiar directa o indirectamente el proyecto, ya sea poniendo a disposición del concesionario por adelantado los recursos para ejecutar las obras de infraestructura o asumiendo compromisos financieros irrevocables con terceros, los cuales deberán ser horados por el concedente, independientemente de que el concesionario ejecute o no las obras de infraestructura.

Si bien ambas opciones son legalmente válidas, la práctica usual en las concesiones de infraestructura es que sea el concesionario quien se encargue de financiar a su cuenta y riesgo la ejecución del proyecto (Bravo, 2012a, p. 198), lo que supone que él mismo logre el cierre financiero (Alborta et al., 2011, p. 29). En efecto, parece ser que cuando en la literatura especializada se hace referencia a una APP cofinanciada,

lo ordinario es que se entienda que se esté haciendo alusión a una en la que el riesgo de financiamiento sea asumido por el concesionario. Por ejemplo, Barrantes explica que una de las ventajas de las APP cofinanciadas, es que, si bien el Estado no se libera de su obligación de destinar recursos públicos, como sí lo hace en las concesiones típicas (o autofinanciadas), el Estado se beneficia con la reducción de sus costos al transferir las responsabilidades de operar, mantener o ampliar la infraestructura, máxime si se considera que es el concesionario quien adelanta los recursos para realizar las obras, con la expectativa de recibir futuros pagos periódicos por parte del Estado (Barrantes, 2009, p. 334).

En ese mismo sentido, Mairal describe cómo funcionan los contratos de ejecución de obras con financiamiento privado, como las APP cofinanciadas, y los contrapone con los contratos de obras con financiamiento público. En los últimos, el Estado financia la obra directamente, vía pagos adelantados, o indirectamente, mediante compromisos de pago con instituciones financieras respecto de los cuales no puede sustraerse aun cuando el contratista no cumpla con ejecutar la obra adecuadamente. En cambio, según Mairal, en las APP cofinanciadas, es el inversionista privado quien asume el compromiso con la institución financiera, produciéndose el repago por parte del Estado una vez que la infraestructura esté disponible (2013, p. 207). Como se puede apreciar, para el referido autor, aquellos proyectos de APP que se constituirían válidamente en el Perú en los cuales el riesgo de financiamiento recaería en el concedente, tendrían más bien una mayor semejanza con las obras públicas tradicionales que con las típicas APP en las que dicho riesgo es asignado al concesionario.

La ventaja de transferir el riesgo de financiamiento al concesionario, como lo destaca Mairal (2013, p. 207) es que el concedente recién queda obligado a efectuar desembolsos con cargo al presupuesto público, cuando la totalidad o una parte de la infraestructura está disponible. De esa manera, el riesgo de financiamiento se encuentra

íntimamente vinculado al riesgo de disponibilidad. Si el contrato de APP se diseña de tal forma que se asigne al concesionario la obligación de conseguir el financiamiento, tendrá incentivos para ejecutar la obra y obtener ingresos para liberarse cuanto antes de su deuda. En cambio, si es el concedente quien retiene el riesgo de financiamiento y paga anticipadamente al concesionario o asume compromisos financieros no dependientes de los avances constructivos.

No es de extrañar, entonces, que el MEF señale como práctica recomendada que el riesgo de financiamiento sea asumido por el concesionario (2016, p. 12), pues en dicho esquema de distribución de riesgos recomendado por el MEF, el inversionista privado percibe los pagos del Estado en un escenario en que el Estado tiene certeza de la ejecución de obra. Por tanto, al transferir el riesgo de financiamiento al concesionario, el Estado implícitamente también transfiere junto con aquel, el riesgo de disponibilidad de la infraestructura. Sin perjuicio de lo antes expuesto, es pertinente señalar que la literatura viene reconociendo algunas ventajas derivadas de que el Estado se involucre en la obtención del financiamiento, tales como el evitar primas riesgo excesivamente altas, obtener tasas de interés más atractivas para la bancabilidad del proyecto y disminuir el costo financiero total (Tassara, Gárate, & Cánepa, 2009, p. 152; Tantaleán, 2016, p. 212).

CAPÍTULO 2

LAS ADENDAS Y LA REASIGNACIÓN DE RIESGOS

En este *segundo capítulo* se analizan las razones legítimas que justifican la suscripción de adendas a los CC, desde el enfoque de la Teoría de la Mutabilidad y de los Contratos Incompletos. Además, se estudian los principales peligros que traen consigo las renegociaciones contractuales cuando las motivaciones de estas no responden al interés público. Finalmente, se efectuará un análisis del marco normativo que regula la suscripción de adendas y su vinculación específica con la redistribución de riesgos.

El propósito de este capítulo es abordar las teorías que defienden la necesidad de recurrir a las adendas como mecanismos que permiten complementar la regulación contractual de los aspectos sobrevinientes y no previstos en la redacción original de los CC, siempre que el resultado de la renegociación contractual se oriente a satisfacer objetivos de interés público; así como exponer los riesgos que encierran las adendas que responden a intereses subalternos o son el resultado de una renegociación en la que los incentivos de los contratantes no están alineados con el interés público.

2.1. SUSTENTO DE LAS RENEGOCIACIONES DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

Se ha definido a las adendas como un mecanismo para que el Estado y el concesionario acuerden modificar, incluir o eliminar cláusulas del CC primigenio, con la finalidad de mejorar las estipulaciones contractuales (Mendiola et al. 2011, p. 59). En efecto, la suscripción de una adenda es la actuación conjunta del concedente y concesionario que sella la renegociación contractual con la modificación, incorporación, sustitución o eliminación de una o más cláusulas del CC.

Ahora bien, ¿cuál es razón por la que puede ser necesario recurrir a una renegociación contractual? Ante el riesgo de que un CC pueda verse afectado en la continuidad de su ejecución, las partes pueden recurrir justamente a la renegociación contractual y a la suscripción de adendas como un mecanismo convencional para reconducir la situación a su normal desarrollo (Huapaya, 2013b, p. 321). En general, la renegociación contractual es una posibilidad con la que cuentan las partes para redefinir los términos y las condiciones previamente pactadas. Siendo una de las razones posibles de recurrir a ella

la necesidad de superar alguna contingencia o restituir la ejecución del contrato a un estado de normal desenvolvimiento.

De modo específico, parece ser que, en los CC, la renegociación y la suscripción de adendas es un fenómeno especialmente frecuente. Al respecto, Suto *et al* dan cuenta de que, hasta diciembre de 2011, momento en que el Estado Peruano había suscrito 27 CC de ITUP, había firmado 76 adendas, a una razón de casi tres adendas por contrato en promedio. Asimismo, es interesante notar que el 12% de las adendas fueron suscritas dentro del primer año de concesión y un 45% durante los tres primeros años (2013, pp. 86-88).

De hecho, la renegociación de CC de ITUP no es exclusiva del Perú. Se ha calculado que el 78% de los contratos de dicho sector suscritos en América Latina y el Caribe han sido objeto de renegociaciones y que, en promedio, transcurren 0,9 años entre una renegociación y otra (Guasch, Benitez, Portabales, & Flor, 2016, pp. 51-52).

Ahora bien, ¿ello a qué se debe? La justificación para la suscripción de adendas a los CC, subyace en la idea de que estos son, por definición, contratos incompletos (Guasch, 2005; Menchola & Chamorro, 2015; Suto et al., 2013) y además contratos de larga duración (Mendiola *et al*, 2011; Pérez Hualde, 2015; Shimabukuro, 2015). Dichas características explicarían la necesidad y legitimidad de las renegociaciones.

Por otro lado, la literatura advierte también cuáles son los peligros que encierran las renegociaciones, tales como el favorecimiento injustificado a los concesionarios (Engel, Fischer, & Galetovic, 2014) y la probada correlación entre institucionalidad débil y captura del Estado con la alta incidencia de renegociaciones contractuales (Guasch, 2005).

A continuación, se analizarán las características antes señaladas de los CC: su no completitud y su “larga duración”.

2.1.1. El Contrato de Concesión como contrato incompleto

Suto *et al* (2013, pp. 36-37) atribuyen la no completitud o imperfección de los CC a la concurrencia de los siguientes cinco factores:

- a) La imposibilidad o, más precisamente, los elevados costos de describir en forma detallada todas las eventuales contingencias que podrían incidir en su desenvolvimiento.
- b) Aquellas ocurrencias que son de difícil comprobación o identificación por parte de terceros, como los tribunales.
- c) Las contingencias imprevisibles.
- d) La racionalidad limitada de los agentes al perfeccionar el contrato.
- e) La eventual variación de los cambios de los objetivos de gobierno.

Ciertamente, durante la elaboración del contrato, los agentes se enfrentan a un primer problema: los límites a su propia racionalidad por la connatural e inevitable naturaleza humana. Esta restricción está asociada, más que a la imposibilidad de prever las contingencias, al hecho de que las partes podrían incurrir en omisiones o yerros involuntarios, a partir de los cuales la voluntad expresada no sea idéntica a la voluntad real.

Ahora bien, incluso superando esta primera barrera, es decir, que las partes hayan plasmado en el contrato exactamente todo lo que querían acordar, es posible que algunas contingencias eventuales no sean susceptibles de ser siquiera imaginadas por las partes. Si se exigiera que las partes previeran todas las posibles ocurrencias que pudieran impactar en la economía de los contratos, probablemente estos nunca terminarían de ser redactados. Además, aun en el supuesto negado de que las partes pudieran prever todas las posibles contingencias (incluso la invención de tecnologías inexistentes o la ocurrencia de nuevas categorías de desastres naturales aún no acontecidos), muy probablemente no podrían detallar absolutamente todas las condiciones contractuales, pues quizá ello suponga que las partes inviertan muchísimo tiempo en la elaboración del contrato, incluso mayor que el plazo de ejecución.

Por último, aunque los tres problemas anteriormente señalados pudieran ser teóricamente superados, es importante notar que durante la ejecución del contrato puede ser necesario requerir la intervención de un tercero con capacidad para verificar la ejecución del contrato, como un Tribunal. Este tercero también

adolesce de una racionalidad limitada, por lo que podría no estar en capacidad de interpretarlo correctamente o hacerlo cumplir.

Todos estos problemas referidos a la no completitud de los contratos se explican esencialmente a partir de la racionalidad limitada de los agentes, puesto que de esta se derivan todos los otros problemas: elevados costos de identificar todas las contingencias, imposibilidad de prever todas las ocurrencias o de comprender el contrato y verificar su cumplimiento. Así lo entienden explican Huamaní & Vargas, para quienes las renegociaciones por este motivo son herramientas provechosas y útiles para la mejora del diseño del contrato y el incremento del bienestar de la sociedad (2011, p. 93).

Ahora bien, es importante señalar que la no completitud de los contratos no es una característica exclusiva de los CC. Es más bien inherente, prácticamente, a todos los contratos. Sin embargo, esta problemática es especialmente notoria en los CC, debido a la forma en la que se concluyen los CC de infraestructura, a saber, como fruto de una negociación estructurada dentro de un proceso de selección (Menchola & Chamorro, 2015, p. 92).

En efecto, además de los problemas de no completitud que son comunes a todos los contratos, esta característica se ve reforzada en los de concesión, pues no son conformados como consecuencia de una negociación bilateral en todos sus extremos, sino únicamente sobre la base de una pre-redacción a cargo de PROINVERSIÓN, la cual se integra en la versión final del contrato con el contenido de la oferta técnica y económica del postor ganador. En efecto, los postores no intervienen en la elaboración del contrato, sino que únicamente pueden decidir si aceptan o no llevar a cabo el proyecto de inversión, de acuerdo a los términos del contrato desarrollado por el Organismo Promotor de la Inversión Privada⁷, el cual podría haber aceptado o rechazado las sugerencias de los postores durante el proceso de selección (Menchola & Chamorro, 2015, p. 92).

⁷ PROINVERSIÓN asume esa competencia en el caso de los proyectos de infraestructura del Gobierno Nacional, así como en todas las iniciativas privadas cofinanciadas y en los proyectos que le sean encargados por los Gobiernos Locales y Regionales. En todos los CC del presente trabajo, la etapa de selección ha sido conducida por PROINVERSIÓN.

Uno de los problemas asociados a la no completitud y específicamente a la racionalidad limitada es el referido al diseño deficiente del contrato. Ciertamente, aunque este riesgo es mitigable y no debería ser frecuente, en la eventualidad de que se lograra identificar una deficiencia crítica en el diseño original, las partes no tendrían más remedio que renegociar el CC (Shimabukuro, 2015, p. 28).

Por todas las razones antes expuestas, no resulta ser extraño que los CC sean objeto de múltiples modificaciones. Más bien, como afirma Pérez Hualde, lo normal, ordinario y esperable es que sea modificado, no que permanezca inalterable. Se trata de un contrato que necesariamente en algún momento de su ejecución va a experimentar cambios y ambas partes así lo asumen *ab initio*, es decir, desde su conformación. (2009, p. 276).

2.1.2. El Contrato de Concesión como un contrato de larga duración

Además de su característica de contrato incompleto, reforzada en función de su especial modo de estructuración, las concesiones son otorgadas mediante los denominados “contratos de larga duración”. Ello se debe a que las concesiones normalmente requieren de un prolongado intervalo de tiempo, con el propósito de que durante su vigencia se logre completar la ejecución del proyecto de infraestructura y se recupere la inversión (Menchola & Chamorro, 2015, p. 92).

El típicamente largo horizonte temporal de las concesiones acentúa la ordinaria imprevisibilidad de las contingencias que existe al momento de la suscripción del contrato. Esto se debe a que la probabilidad de que ocurran eventos no contemplados se mantiene por extensos períodos, de veinticinco o treinta años, en los cuales se torna inevitable que aparezcan distintas variables no reguladas, que ameriten una modificación contractual (Shimabukuro, 2015, p. 45).

Esta necesidad racional y legítima de modificar CC, incluso en sucesivas o reiteradas oportunidades, resulta determinante para sostener que la ejecución de aquellos contratos se rige por el principio de “mutabilidad”, en virtud de la cual las obligaciones asignadas a cada parte no se cumplen en forma instantánea o inmediata, sino como parte de un proceso que se desarrolla en un intervalo de

tiempo (Pérez Hualde, 2015, p. 84). De ello se deriva que los CC sean dinámicos y típicamente variables.

Obviamente, esta mutabilidad, que por definición es opuesta a la estabilidad o intangibilidad del contrato original, no debe ser comprendida como una habilitación para que las partes modifiquen irrestrictamente el CC ante cualquier evento que pueda presentarse y respecto del cual convengan abordarlo contractualmente. Shimabukuro, quien pregona la tesis del principio de mutabilidad de la concesión como un instrumento positivo para lograr la satisfacción del interés público, advierte que la aplicación del principio de mutabilidad no debe promover la aprobación de modificaciones no orientadas a preservar el interés público y a satisfacer de una mejor forma las necesidades colectivas (2015, p. 20).

De otro lado, es pertinente recordar que se había señalado como un quinto factor determinante de la no completitud de los CC la posibilidad de cambio en los objetivos de gobierno. Dicho factor guarda especial relación con la duración de los CC, pues si se toma en cuenta que el período gubernamental en el Perú es de cinco años y las concesiones se otorgan por veinticinco años o más, los concesionarios podrían verse expuestos a la posibilidad de que, al iniciar cada quinquenio, los sucesivos gobiernos reordenen sus objetivos y prioridades y, por tanto, influyan en la ejecución del CC. Dejando de lado el riesgo político de expropiación de la concesión, es posible que el gobernante de turno pretenda, por ejemplo, reorientar el trazo de una carretera concesionada, construir un terminal aeroportuario adicional o incorporar más trenes para el servicio de transporte ferroviario, razón por la cual podría justificarse que el concesionario y el concedente acuerden nuevas condiciones contractuales, siempre que dichas modificaciones obedezcan a razones de interés público y no se produzcan como una suerte de despliegue de comportamientos estratégicos u oportunistas de las partes.

2.2. LOS PELIGROS DE LAS RENEGOCIACIONES CONTRACTUALES

En virtud del principio de mutabilidad de los CC, el concedente y el concesionario pueden renegociar las condiciones contractuales pactadas y suscribir adendas para incorporar contingencias no previstas o para atender exigencias de interés público no contempladas en el contrato original, debido a su naturaleza incompleta y a su larga duración. No obstante, en algunos casos las renegociaciones podrían no tener por finalidad el bienestar colectivo y obedecer más bien a intereses subalternos, es decir, a las prioridades de los funcionarios de turno o de los accionistas del concesionario. Cuando esto ocurre, las renegociaciones pueden distorsionar la concesión e incluso anular las ventajas potenciales de una APP, como el hecho de evitar que se ejecuten proyectos que son “elefantes blancos” o que se generen beneficios a los concesionarios, sin que estos asuman nuevas obligaciones de inversión (Engel, Fischer, & Galetovic, 2014).

Estas renegociaciones interesadas u oportunistas repercuten directamente en el concesionario cuyo contrato es objeto de modificación, pues se reducen los incentivos para que este se esfuerce por cumplir sus obligaciones o administre los riesgos que le han asignado, dado que siempre podrá recurrir en última instancia a la renegociación con el propósito de cambiar el contenido de las prestaciones a su cargo. Asimismo, este tipo de renegociaciones no agota sus efectos en la distorsión del contrato que es objeto de modificación, sino que se constituye en una señal general a todo el sistema concesional diseñado para la provisión de infraestructura, de que el contrato siempre podrá ser objeto de modificación. Finalmente, esto incide críticamente en la ciudadanía, la que percibirá al sistema de concesiones como un instrumento pervertido y puesto a disposición de intereses ajenos a la colectividad (Guasch, 2005, pp. 54-55; Shimabukuro, 2015, p. 25).

Entre las razones que explican la mayor incidencia de renegociaciones injustificadas, es decir, aquellas que no se sustentan en la no completitud de los contratos o en una comprensión del principio de mutabilidad alineada con el interés público, Guasch sostiene que existe una correlación entre captura del Estado, corrupción y probabilidad de renegociación, la cual disminuye con señales de alta institucionalidad, como la existencia de una agencia reguladora, y más bien aumenta en circunstancias oportunas

para desplegar comportamientos estratégicos, como la cercanía a épocas electorales o mayor afinidad entre los adjudicatarios y el Gobierno (2005, p. 103).

Como se puede apreciar, las renegociaciones pueden constituirse en instrumentos muy positivos si se recurren a ellas por razones legítimas, aunque abusar de ellas o utilizarlas por motivos equivocados inciden negativamente no solo en la propia concesión involucrada sino en la estructura del sistema concesional. De alguna manera, se puede decir que las modificaciones contractuales ilegítimas, es decir, aquellas que no tienen por finalidad superar alguna contingencia no prevista en el contrato original o que introduzcan nuevos elementos en el contrato por razones que no podrían justificarse desde el punto de vista de la conveniencia o necesidad públicas, generan el germen de su propia destrucción, pues en última instancia, su toxicidad pone en riesgo el sistema concesional en su conjunto.

Un aspecto adicional por tomar en cuenta es que, si bien una adenda analizada individualmente puede ser calificada como legítima por resolver una contingencia surgida como producto de un diseño deficiente del CC, ello no impide juzgar la acción del Estado en su conjunto. Para ilustrarlo, correspondería asumir que en el texto original de un CC se asignaron erróneamente los riesgos, aun cuando esto fue advertido en su oportunidad por algunos de los funcionarios que participaron en la estructuración del proyecto o que emitieron opinión a la versión final del contrato, y que mediante la suscripción de una adenda se corrige dicha deficiencia en la asignación. En tal caso, aunque la adenda misma no es criticable, su suscripción podría haber sido evitada si el diseño del contrato no hubiera sido equívoco.

Lo antes señalado es especialmente relevante pues si bien algunas renegociaciones pueden tener lugar como consecuencia del acontecimiento de contingencias imprevistas, otras en realidad atienden a posibles ocurrencias que *“no son tan imprevistas”*, sino que son identificables en la literatura especializada, y por tanto evitables con un adecuado diseño del contrato o del proceso de selección y con el desarrollo de mecanismos institucionales que incentiven o contribuyan al cumplimiento de las obligaciones contractuales (Montesinos & Saavedra, 2012).

Por lo antes expuesto, es innegable que el Estado no puede desconocer la naturaleza mutable de los CC, es decir, no puede prohibir normativamente que los CC sean objeto de modificación, pues hay motivos lícitos y legítimos para la existencia de adendas (Huapaya, 2013b, p. 323; Shimabukuro, 2015; Pérez Hualde, 2015). Sin embargo, el Estado tampoco puede pecar de ingenuo, habilitando a las partes a configurar con absoluta libertad la forma y el contenido de las adendas resultantes de las renegociaciones contractuales, pues los peligros que encierran las renegociaciones contractuales son gravísimos, trastocando incluso al mismo sistema de concesiones (Guasch, 2005, pp. 54-55; Shimabukuro, 2015, p. 25).

Por tanto, es deseable y hasta necesario establecer disposiciones que, sin impedir el libre ejercicio de la renegociación, tengan por finalidad incentivar al concedente y a los concesionarios a suscribir adendas alineadas con el interés público y, por el contrario, disuadir las renegociaciones con otros fines.

A continuación, se revisará cómo el Estado Peruano ha regulado el procedimiento de renegociaciones contractuales y de suscripción de adendas, con el propósito de incentivar una adecuada aplicación del principio de mutabilidad y de disuadir las renegociaciones motivadas por intereses subalternos u oportunistas. Se pondrá especial énfasis en el tema central de la presente investigación: la asignación de riesgos.

2.3. LAS ADENDAS A LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN EN EL MARCO NORMATIVO PERUANO

2.3.1. Evolución normativa

Hacer referencia a los antecedentes normativos es especialmente relevante en el presente trabajo, pues todas las adendas que constituyen el estudio han sido perfeccionadas y suscritas con el marco legal anterior⁸.

⁸ Salvo por la adenda al CC del Aeropuerto Internacional de Chinchero, ahora resuelto por decisión unilateral del MTC y que, por tanto, no forma parte del objeto de estudio de la presente investigación, todas las demás han sido perfeccionadas y suscritas con el marco legal anterior.

2.3.1.1. Texto Único Ordenado de Concesiones y Reglamento

El literal d) del artículo 32 del Texto Único Ordenado UO de Concesiones reconocía la facultad de modificar los CC, de acuerdo con lo que resultara más conveniente para las partes, conforme al artículo 33 del mismo cuerpo normativo, que establecía lo siguiente:

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

a.- La naturaleza de la concesión;

b.- Las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas; y,

c.- El equilibrio financiero para ambas partes.

Como se puede apreciar, el TUO de Concesiones habilitaba a las partes a modificar el CC cuando resultase “conveniente” y les exigía respetar en lo posible la naturaleza de la concesión, las condiciones económicas y técnicas y el equilibrio económico financiero.

La expresión “en lo posible” disminuía la intensidad del mandato normativo, generando una suerte de obligación de medios, cuyo cumplimiento se podía acreditar con el agotamiento de los esfuerzos para conservar las condiciones antes señaladas, sin que estas fueran intangibles, es decir, sin que las Partes estuvieran obligadas a que el resultado de la renegociación fuese la replicación de las mismas condiciones.

En el Reglamento del TUO de Concesiones, no se utilizó el término “conveniente”, sino que se restringió la facultad de modificar los CC a los supuestos en que su ejercicio resultara “necesario”, manteniéndose por lo demás la pauta normativa de conservar las tres condiciones antes señaladas.

En opinión de los autores de la presente investigación, existiría cierta contradicción entre ambas normas (TUO y Reglamento), pues las ideas

que transmiten los términos “conveniente” y “necesario” son absolutamente disímiles. Por una parte, el TUO –con rango de Ley– permitía renegociar siempre que ambas partes obtuvieran provecho, mientras que su Reglamento limitaba dicha opción a aquellos casos en que fuese indispensable para la continuidad de la ejecución contractual. Cabe señalar que esta contradicción es calificada como una ambivalencia normativa por Suto *et al* (2013, pp. 66-67).

Como fuera, lo cierto es que sea que la adenda persiguiera reactivar un proyecto, asegurar su continuidad o generar algún provecho compartido, las partes debían procurar, en la medida de lo posible, mantener:

- (i) La naturaleza del proyecto, es decir, el objeto y la modalidad de la concesión. Por ejemplo, se alteraría la naturaleza si una concesión autofinanciada fuese convertida en subsidiada o cofinanciada, o si una concesión de construcción y explotación se transformara en una de mantenimiento, operación y explotación, liberándose al concesionario de su obligación constructiva (Suto *et al* 2013, p. 67).
- (ii) Las condiciones económicas y técnicas, lo que incluye, por ejemplo, el importe y la oportunidad del pago de cofinanciamiento o los parámetros de calidad e ingeniería (Suto *et al* 2013, p. 67).
- (iii) El equilibrio económico financiero, es decir, el balance equitativo y recíproco entre costos y beneficios, determinado al momento de la suscripción del CC (Suto *et al* 2013, p. 68). Debe tomarse en cuenta que lo que debe procurar mantenerse no es un equilibrio objetivo o técnicamente comprobado, sino el equilibrio conformado a partir del conjunto de cargas y derechos asumidos originalmente por las partes, aun si cuantitativamente no fueran equivalentes (Pérez Hualde, 2009, p. 278).

Llama la atención que el TUO de Concesiones no haya incluido una referencia expresa a la asignación de riesgos, que como ya se ha

indicado, es la preocupación esencial del Estado para transferir una obra de infraestructura o de servicios públicos al sector privado, mediante una APP. Probablemente esto se deba a una asimilación de la asignación de riesgos dentro de la ecuación del equilibrio económico financiero de la concesión, compuesta por obligaciones, cargas, riesgos y derechos. De hecho, en la literatura nacional, la asignación de riesgos es considerada como un componente del equilibrio económico financiero (Dammert, 2009, p. 339) o, en todo caso, se afirma que una modificación en los riesgos puede repercutir en una alteración de dicho equilibrio (Suto *et al* 2013, pp. 67-68).

2.3.1.2. Primera Etapa del Decreto Legislativo N° 1012

El Decreto Legislativo N° 1012 estableció formalmente el régimen de APP en el Perú, sin sustituir ni derogar el TUO de Concesiones. Por tanto, el mandato de respetar “en lo posible” la naturaleza del proyecto, las condiciones económicas y técnicas originalmente pactadas y el equilibrio económico financiero, no sufrió ninguna variación.

El primer Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, aprobado por Decreto Supremo N° 146-2008-EF, ratificó el contenido de dicha obligación legal exigible a ambas partes en lo que respecta a la suscripción de adendas y además introdujo una serie de reglas referidas al procedimiento de modificación contractual en su artículo 9, que fue a su vez objeto de sucesivos cambios a través del Decreto Supremo N° 144-2009-EF y del Decreto Supremo N° 106-2011-EF⁹.

⁹

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

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

La sección final del numeral 9.2 del artículo 9 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012 contiene una redacción prácticamente idéntica a la del TUO de Concesiones y su Reglamento, en lo que se refiere a la obligación de las partes de conservar la naturaleza de la concesión, los parámetros originalmente acordados y el equilibrio económico-financiero. Asimismo, las reglas incorporadas en el citado Reglamento son las siguientes:

- (i) La exigencia previa de contar con opiniones previas del Organismo Regulador (OSITRAN, en el caso de concesiones de ITUP) y del MEF, así como la oportunidad y los plazos para el requerimiento y emisión de las referidas opiniones.

Es preciso anotar que la disposición no otorgaba un carácter vinculante a la opinión del Organismo Regulador, sino únicamente establecía la condición de que fuese emitida de modo previo. En cambio, respecto de la opinión del MEF sobre las modificaciones al cofinanciamiento o las garantías, sí se exigía que esta fuese necesariamente favorable. Nótese que el Reglamento establece un régimen cerrado sobre las materias respecto de las cuales el MEF puede emitir opinión, a diferencia del texto del actual Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, que establece una fórmula abierta.

- (ii) La obligación del concedente de evaluar la conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección en caso la adenda planteara la

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

9.2. Durante los primeros tres (3) años contados desde la fecha de su suscripción, los sectores competentes no podrán suscribir adendas a los contratos de APP, salvo que se tratara de: a) la corrección de errores materiales; b) de requerimientos sustentados de los acreedores permitidos vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato; o c) de precisar aspectos operativos para la mejor ejecución del contrato o se sustentara la necesidad de adelantar el programa de inversiones y dicha modificación no implicase un cambio del contrato, de autosostenible a cofinanciado, ni se aumentasen los pagos a cargo del Estado previstos en el contrato. En cualquier caso, las partes procurarán respetar en lo posible la naturaleza de la APP, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio financiero para ambas partes”.

modificación del objeto del proyecto o el costo total del proyecto en más del 15%.

En virtud de esta disposición, en caso el costo total del proyecto no se incremente en más del 15%, el concedente se encontraría habilitado para asumir que lo más conveniente sea encargar las nuevas inversiones u obligaciones al mismo concesionario. No obstante, si el costo supera dicho límite cuantitativo, el concedente ya no puede asumir dicha conveniencia, sino que se encuentra obligado a efectuar un análisis sobre los beneficios que supondría que el concesionario sea el encargado de ejecutar las nuevas inversiones, y compararlos con aquellos beneficios que se podrían obtener en caso se convoque a un nuevo proceso de selección.

La prohibición de suscribir adendas dentro de los tres primeros años, salvo en caso de¹⁰:

- Corrección de errores materiales.
- Requerimiento sustentado de los acreedores permitidos.
- Precisión de aspectos operativos o adelantamiento en la ejecución del programa de inversiones.

Ahora bien, ¿cuál es la lógica de la limitación? En principio, disuadir los eventuales comportamientos estratégicos que hagan que los procesos de selección sean únicamente un mecanismo para formalizar una adjudicación irregular, pues la oferta técnica o económica ganadora podía quedar sin efecto de inmediato en virtud de la modificación contractual.

Aunque dicha preocupación pueda ser comprensible, respecto de esta limitación de suscripción de adendas durante los primeros tres años, se ha sostenido que *“no cumple el objetivo de reducir la suscripción de adendas durante el periodo inicial de los contratos*

¹⁰ Cabe señalar que, en el texto original del Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 146-2008-EF, sin ser modificado, las tres excepciones antes indicadas no habían sido previstas normativamente.

de concesión y es, además, contrario a la naturaleza incompleta de estos, cuya renegociación es un proceso natural” (Suto et al, 2013, p. 81) y que además no debería ser aplicable respecto de los CC suscritos antes de la incorporación de dicha restricción (Menchola & Chamorro, 2015).

Sobre el particular, el tema en cuestión es propicio para un debate en extenso, pero no podría ser abordado en la presente investigación, pues resulta ajeno a sus objetivos. Sin embargo, pareciera ser que el Estado hubiera equivocado el camino al concentrarse en establecer limitaciones de orden temporal para la suscripción de adendas, cuando lo deseable es que tanto el equilibrio económico financiero como las condiciones de competencia permanezcan inmutables no solo durante los tres primeros años sino durante todo el plazo de la concesión.

Probablemente, una regulación idónea para atender la problemática de la suscripción de adendas lesivas u oportunistas no consista en establecer limitaciones en función del número de años desde la suscripción, pues de nada sirve prohibir que estas se firman durante los tres primeros años, si finalmente pueden ser suscritas exactamente a partir del primer día del año cuarto de la concesión. Más bien, quizá lo más apropiado sea una fórmula normativa que transmita enfáticamente el mensaje de que las adendas que modifiquen el equilibrio económico o las condiciones de competencia son nulas, independiente del momento de su suscripción, en sustitución del mandato más flexible de conservar dichas características contractuales *“en lo posible”*.

2.3.1.3. Segunda Etapa del Decreto Legislativo N° 1012

Mediante Decreto Supremo N° 127-2014-EF se aprobó el segundo Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, en cuyo artículo 15 se introdujeron las siguientes reglas al régimen de modificación de CC¹¹:

- (i) Manteniéndose la prohibición de suscripción de adendas durante los tres primeros años, se suprimió la posibilidad de suscribir adendas en casos se sustentase la necesidad de adelantar el programa de inversiones, reduciéndose únicamente el alcance de la excepción a la precisión de aspectos operativos, y se mantuvieron los dos supuestos: corrección de errores materiales y requerimiento de acreedores permitidos.

11

“Artículo 15.- Causales y procedimiento para la modificación de los contratos de Asociación Público Privada

15.1 Las modificaciones a los contratos de Asociación Público Privada procurarán no alterar su diseño original, la distribución de riesgos, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas ni el equilibrio económico financiero para ambas partes. Las modificaciones a los contratos de Asociación Público Privada deberán ser debidamente sustentadas por la entidad.

Los contratos de Asociación Público Privada que prevean la introducción de inversiones adicionales al proyecto deberán incluir las disposiciones necesarias para que dichas inversiones adicionales se aprueben de acuerdo al procedimiento de modificación contractual previsto en el presente artículo.

Asimismo, si la modificación contractual propuesta desvirtuara el objeto del proyecto original o involucrara un monto adicional que supere el quince por ciento (15%) del Costo Total del Proyecto, la entidad, siempre que la naturaleza del proyecto lo permitiera, evaluará la conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección como alternativa a negociar una modificación al contrato de Asociación Público Privada.

15.2 Durante los primeros tres (03) años contados desde la fecha de su suscripción, las entidades no podrán suscribir adendas a los contratos de Asociación Público Privada, salvo que se tratara de:

a) La corrección de errores materiales;

b) Los requerimientos sustentados de los acreedores permitidos vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato;

o,

c) La precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato.

15.3 La modificación de los contratos de Asociación Público Privada requerirá la opinión previa del organismo regulador correspondiente, cuando se trate de proyectos bajo su competencia. Asimismo, se requerirá la opinión no vinculante del Organismo Promotor de la Inversión Privada que estuvo a cargo del proceso de promoción de la inversión privada que originó el contrato de Asociación Público Privada, la cual estará orientada a brindar información sobre el diseño original del contrato, su estructuración económica financiera y su distribución de riesgos. En caso la modificación contractual altere el cofinanciamiento o las garantías, se requerirá previamente la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, para lo cual la entidad deberá adjuntar la opinión del organismo regulador y del Organismo Promotor de la Inversión Privada, según corresponda.

La opinión de las entidades deberá ser emitida dentro de un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción de la solicitud de opinión. Transcurrido el plazo máximo sin que la entidad hubiese emitido su opinión, se entenderá que esta es favorable.

En caso las entidades requirieran mayor información para la emisión de su opinión, dicho pedido de información podrá efectuarse por una sola vez dentro de los tres (03) días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud de opinión. En este supuesto, el cómputo del plazo se suspenderá y una vez recibida la información requerida, se reiniciará el mismo”.

- (ii) El mandato de “procurar no alterar” la naturaleza del proyecto, el equilibrio económico financiero y las condiciones técnicas y económicas convenidas, se extendió a la distribución de riesgos.

Esta referencia expresa contribuye a visibilizar esta condición esencial y connatural de las APP, de modo tal que, aun cuando no se prohíbe la variación en la asignación de riesgos, el concedente queda obligado a justificar que agotó los esfuerzos para no modificar dicha distribución y que, en todo caso, dicha variación merece la pena, pues con el resultado de la renegociación se obtuvo beneficios superiores para la sociedad.

- (iii) Se dispuso que toda ejecución de inversiones adicionales sea acordada vía adenda.

Posteriormente, el referido artículo 15 fue modificado por Decreto Supremo N° 376-2014-EF, incorporándose las siguientes reglas¹²:

¹²

“Artículo 15.- Causales y procedimiento para la modificación de los contratos de Asociación Público Privada
15.1 Las modificaciones a los contratos de Asociación Público Privada procurarán no alterar su diseño original, la distribución de riesgos, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas ni el equilibrio económico financiero para ambas partes. Las modificaciones a los contratos de Asociación Público Privada deberán ser debidamente sustentadas por la entidad.
Los contratos de Asociación Público Privada que prevean la introducción de inversiones adicionales al proyecto deberán incluir las disposiciones necesarias para que dichas inversiones adicionales se aprueben de acuerdo al procedimiento de modificación contractual previsto en el presente artículo.
Asimismo, si la modificación contractual propuesta desvirtuara el objeto del proyecto original o involucrara un monto adicional que supere el quince por ciento (15%) del Costo Total del Proyecto, la entidad, siempre que la naturaleza del proyecto lo permitiera, evaluará la conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección como alternativa a negociar una modificación al contrato de Asociación Público Privada.
15.2 Durante los primeros tres (3) años contados desde la fecha de su suscripción, las entidades no podrán suscribir adendas a los contratos de Asociación Público Privada, salvo que se tratara de:
a) La corrección de errores materiales;
b) Los requerimientos sustentados de los acreedores permitidos vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato.
c) La precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato.
En dichos supuestos, la entidad evaluará que las adendas no modifiquen las condiciones de competencia que fueron establecidos en los respectivos procesos de promoción.
15.3 La modificación de los contratos de Asociación Público Privada requerirá la opinión previa del organismo regulador correspondiente, cuando se trate de proyectos bajo su competencia. Asimismo, se requerirá la opinión no vinculante del Organismo Promotor de la Inversión Privada que estuvo a cargo del proceso de promoción de la inversión privada que originó el contrato de Asociación Público Privada, la cual estará orientada a brindar información sobre el diseño original del contrato, su estructuración económica financiera y su distribución de riesgos. Asimismo, se requerirá previamente la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, en aquellos casos que altere el cofinanciamiento, las garantías, así como ante cambios en los parámetros económicos y financieros del Contrato y aquellos cambios que puedan generar modificaciones al equilibrio económico financiero del contrato de Asociación Público Privada o que puedan generar contingencias fiscales al Estado. Para la emisión de la opinión del Ministerio de Economía y Finanzas, la entidad pública deberá adjuntar el sustento correspondiente que incluya la opinión del organismo regulador y del Organismo Promotor de la Inversión Privada, según corresponda; así como el acuerdo al que hayan arribado las partes.

- (iv) Se estableció expresamente la obligación del concedente de verificar que las adendas que se suscriban durante los tres primeros años bajo los supuestos de excepción no modifiquen las condiciones de competencia.

A diferencia del mandato de “procurar no alterar”, respecto de las condiciones de competencia durante los tres primeros años, el segundo Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012 establece que, con la suscripción de adendas, dichas condiciones no podían ser modificadas.

- (v) Se extendió el alcance de la opinión del MEF, que antes se reducía a la modificación del cofinanciamiento y las garantías, a efectos de que esta verse también sobre “cambios en los parámetros económicos y financieros del Contrato” y “aquellos cambios que puedan generar modificaciones al equilibrio económico financiero del contrato de APP o que puedan generar contingencias fiscales al Estado”.

En lo que respecta a la facultad del MEF de opinar sobre cambios en los parámetros económicos y financieros del CC equivale, de hecho, a que el MEF opine prácticamente de modo previo en todos los temas que son objeto de renegociación, pues de una u otra manera casi todos los aspectos relevantes del contrato son parámetros económicos y financieros: la tarifa, el plazo de la concesión (en la medida que la recuperación de la inversión se asocia al plazo de explotación), el monto de las inversiones, la calidad de los servicios

De no contar con la opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, la adenda es nula de pleno derecho y no surtirá efectos.

La opinión de las entidades deberá ser emitida dentro de un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción de la solicitud de opinión. Transcurrido el plazo máximo sin que la entidad hubiese emitido su opinión, se entenderá que esta es favorable.

En caso las entidades requirieran mayor información para la emisión de su opinión, dicho pedido de información podrá efectuarse por una sola vez dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud de opinión. En este supuesto, el cómputo del plazo se suspenderá y una vez recibida la información requerida, se reiniciará el mismo”.

(en tanto una variación de esta pueda estar asociada a un mayor o menor costo para su provisión), la extensión del área física de la concesión (en tanto su incorporación supone incurrir en nuevos costos de operación y mantenimiento), entre otros.

(vi) Se precisó que las adendas suscritas sin contar con la opinión previa favorable del MEF son nulas de pleno derecho.

2.3.1.4. Las adendas según el Decreto Legislativo N° 1224 y su Reglamento

Partiendo del último antecedente normativo, a saber, la Segunda Etapa del Decreto Legislativo N° 1012, se analizarán las novedades introducidas por el Decreto Legislativo N° 1224 y su Reglamento:

(i) Las adendas no pueden alterar el equilibrio económico financiero ni las condiciones de competencia del proceso de promoción

De acuerdo con el artículo 22 del Decreto Legislativo N° 1224 y el numeral 53.1 del artículo 53 del Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF, es condición *sine qua non* para la suscripción de una adenda, que esta no modifique el equilibrio económico financiero y que mantenga inalterables las condiciones de competencia del proceso de promoción.

Al respecto, como se ha señalado, por equilibrio económico financiero se entiende el balance declarado recíprocamente por las partes al momento de la suscripción del contrato de la concesión, respecto de las obligaciones y derechos asignados a cada uno (Suto *et al* 2013, p. 68). Por ejemplo, habría una alteración del equilibrio económico-financiero si con una adenda se incrementaría el plazo de la concesión, manteniéndose el importe del cofinanciamiento anual o de la tarifa, sin exigir ninguna obligación adicional en materia de inversión o calidad al concesionario.

Respecto de las condiciones de competencia, estas se relacionan con el principio de igualdad o inalterabilidad en la etapa de ejecución del contrato, cuyo propósito es impedir que, vía adenda, el adjudicatario obtenga beneficios que, de haber sido conocidos por los competidores, estos hubiesen podido presentar ofertas distintas a las presentadas y eventualmente adjudicarse la concesión (Shimabukuro, 2015, p. 30). Por tanto, se trataría de una adenda vedada, si uno de los factores de competencia hubiese sido el menor cofinanciamiento a favor del concesionario y precisamente con la adenda se incrementa el valor del cofinanciamiento o se introduce un pago adicional no contemplado en el proceso de promoción.

Es importante precisar que, al menos aparentemente, la prohibición de modificar las condiciones de competencia pareciera estar redactada en un sentido absoluto, lo cual implicaría que en ningún caso podría cambiarse alguna de las condiciones de competencia, aun cuando ello fuera necesario para salvaguardar el interés público. Al respecto, se sostiene que el respeto al principio de igualdad o inalterabilidad debe entenderse relativizado en aquellos casos en que se deba efectuar alguna modificación en las obras o servicios, por razones de interés público (Shimabukuro, 2015, p. 30). Ello significaría, por ejemplo, que, si a través de una adenda se incorporaran obras adicionales dentro de una concesión, no se alterarían las condiciones de competencia si se incrementara el monto del cofinanciamiento, aun si este hubiese sido el factor de competencia.

- (ii) Se reitera el mandato de “procurar mantener” la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto.

Tal como se ha desarrollado en extenso en el primer capítulo, existe una vinculación indisoluble entre asignación de riesgos y APP. Siendo la concesión una modalidad de APP, durante su ejecución

rige el criterio de asignación y distribución de riesgos a la parte que se encuentre mejor preparada para soportarlo, controlarlo o mitigarlo.

De nada serviría contar con un diseño perfecto del esquema de asignación de riesgos en el CC primigenio si después las partes lo modifican arbitraria e injustificadamente vía adenda. Por tanto, es importante que la legislación prevea la necesidad de que las partes se esfuercen por conservar la asignación de riesgos originalmente pactada. Habría una alteración de la distribución de riesgos contraria a ley si, por ejemplo, en el CC se hubiera pactado que la oportunidad de pago del cofinanciamiento se produciría en función del avance constructivo y mediante una adenda se acordara que el pago es efectuado al inicio de las obras.

Ahora bien, debe notarse que, a diferencia de las condiciones de competencia y el equilibrio económico financiero, respecto de la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto, el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224 no establece una obligación de resultados, sino una obligación de medios, lo que supone que se tendrá por cumplida la obligación de “procurar mantener” si se logra justificar que la variación en la asignación de riesgos es indispensable para superar alguna contingencia crítica no prevista en el contrato original por la propia naturaleza de “contrato incompleto” inmanente a los CC o porque quizá la deficiencia en el contrato original hubiese consistido justamente en una equivocada o ineficiente asignación de riesgos (Shimabukuro, 2015, p. 28).

En lo que respecta a la naturaleza del proyecto, esta se alteraría, por ejemplo, si una concesión autofinanciada fuese convertida en subsidiada o cofinanciada, o si una concesión de construcción y explotación se transformara en una de mantenimiento, operación y explotación (Suto *et al* 2013, p. 67).

Respecto de ambas condiciones, es decir, el esquema de asignación de riesgos como la naturaleza del proyecto, las partes tienen el deber de procurar mantenerlas inalterables, no siendo esta una obligación de resultados, a diferencia del mandato imperativo de conservar el equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción.

- (iii) Las propuestas de modificación contractual son analizadas en un proceso de evaluación conjunta en el que intervienen el concedente, el Organismo Regulador y el MEF.
- (iv) Una vez culminado el proceso de evaluación conjunta, se solicita opinión previa al Organismo Regulador, el MEF y la Contraloría.

Cabe señalar que la opinión del MEF, tal como se establecía en el Segundo Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012 versa no solo sobre los supuestos de modificación del cofinanciamiento o las garantías, sino que bajo el esquema de *numerus apertus*, se exige que el MEF se pronuncie sobre modificaciones de los parámetros económicos o financieros, lo que prácticamente incluye a todos los aspectos susceptibles de ser modificados, con excepción de los errores materiales.

Finalmente, en lo que respecta a la opinión de la Contraloría, esta se restringe únicamente a “aquellos aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado”.

- (v) PROINVERSIÓN conduce el proceso de evaluación conjunta en el caso de modificaciones propuestas durante los tres primeros años contados desde la suscripción del contrato.
- (vi) Se sustituye la excepción que habilita a la suscripción de adendas durante los tres primeros años, referida al requerimiento de los acreedores permitidos, por una causal más genérica: “*Hechos*”

sobrevinientes a la adjudicación de la buena pro que generan modificaciones imprescindibles para la ejecución del proyecto”.

2.3.2. La alteración en la asignación de riesgos mediante adendas en el marco normativo peruano

Considerando los antecedentes normativos, así como el marco legal actual, es posible apreciar que la suscripción de adendas que modifiquen el esquema de asignación de riesgos del CC vigente no es necesariamente ilegal.

Durante la vigencia del TUO de Concesiones y su Reglamento, hasta antes de la entrada en vigor del Decreto Legislativo N° 1012, la regulación sobre adendas no incluía una referencia expresa al esquema de asignación de riesgos. Sin embargo, conforme se advierte en la literatura se asumía como un componente del equilibrio económico-financiero la distribución de riesgos (Dammert, 2009, p. 339; Suto *et al* 2013, pp. 67-68), razón por la cual incluso OSITRAN consideraba que para evaluar si con una adenda se modificaba el equilibrio económico financiero, primero se debía identificar los riesgos asociados a la modificación, para luego ser comparados con el esquema original de riesgos.

Siendo la asignación de riesgos un componente del equilibrio económico financiero y dado que en el TUO de Concesiones y su Reglamento no se establecía una obligación de resultados de conservar dicho equilibrio, sino un mandato de mantenerlo “en lo posible”, respecto de la asignación de riesgos existía un deber de procurar conservar el esquema original, pero no una prohibición absoluta de variarlo. De modo tal que, si la adenda implicaba modificar la asignación de riesgos, pero la propuesta resultaba ser alineada con el interés público y conveniente para ambas partes o necesaria para ejecutar el proyecto y superar una contingencia no previsible, se trataría de una adenda válida y legítima.

Durante la vigencia de la Primera Etapa del Decreto Legislativo N° 1012, la regulación sobre modificaciones contractuales tampoco incluía una referencia expresa a la asignación de riesgos. Sin embargo, al mantenerse el mandato de

respetar “en lo posible” el equilibrio económico financiero y siendo la distribución de riesgos un factor que incide en aquel, el concedente asumía una obligación de medios al evaluar la modificación contractual propuesta, de modo tal que lo deseable era evitar los cambios en el esquema de asignación de riesgos. No obstante, al igual que durante el período de vigencia únicamente del TUO de Concesiones y su Reglamento, el concedente podía permitirse cambiar la distribución de riesgos si la adenda resultaba conveniente o necesaria.

La Segunda Etapa del Decreto Legislativo N° 1012 fue determinante para visibilizar la distribución de riesgos como un aspecto esencial en la renegociación de CC, diferente del equilibrio económico financiero, en sentido estricto. Esta separación conceptual supone restringir la noción de equilibrio al balance declarado y aceptado entre cargas y derechos correspondientes a cada parte, apartándola del esquema de asignación de riesgos, específicamente asociado a la determinación de la parte encargada de soportar la ocurrencia de eventos propios o externos que pueden afectar la economía del contrato.

Ahora bien, aun cuando el Segundo Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012 estableció la obligación de respetar tanto el equilibrio económico financiero como la asignación de riesgos de modo separado, no incluyó alguna prohibición de carácter absoluto. En consecuencia, la asignación de riesgos, al igual que el equilibrio económico financiero, podía ser variada legítima y lícitamente, aunque el concedente debía evitar en lo posible producir algún impacto en el esquema de distribución de los riesgos.

Es importante advertir que, a partir de la entrada en vigor del Segundo Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, el alcance de la opinión del MEF se extendió a todos los parámetros económicos o financieros de la concesión. Implícitamente, ello supuso una habilitación al MEF para pronunciarse sobre los cambios en la asignación de riesgos.

Finalmente, a partir de la entrada en vigor del Decreto Legislativo N° 1224 y su Reglamento, se mantuvo la tendencia de diferenciar los conceptos de equilibrio económico financiero y asignación de riesgos, pero además dicha diferencia

conceptual estuvo aparejada de una distinción en la orientación normativa respecto de ambos aspectos:

- (i) Respecto del equilibrio económico financiero, se introdujo una prohibición expresa de la alteración del equilibrio económico financiero; y,
- (ii) En cuanto a la asignación de riesgos, se mantuvo una suerte de obligación de medios, es decir, un deber de evitar que la modificación impacte sobre ella.

De esa manera, se tiene que el esquema de distribución de riesgos puede ser modificado en caso el motivo de la renegociación estuviera alineado con el interés público y siempre que el cambio en el CC no impactara en el equilibrio económico financiero (ni en las condiciones de competencia del proceso de promoción).

Sin embargo, en caso la reasignación de riesgos estuviera acompañada de una variación en el equilibrio económico financiero, la adenda contravendría el mandato legal previsto en el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, consistente en procurar mantener la asignación de riesgos.

En conclusión, en todos los regímenes jurídicos, desde el TUO de Concesiones hasta el vigente, no existe una prohibición absoluta de la variación en la asignación de riesgos, aunque sí una obligación de agotar todos los esfuerzos porque el texto resultante de la renegociación altere lo menos posible la asignación de riesgos y únicamente cuando resulte estrictamente necesario para salvaguardar el interés público, asociado al objeto de la concesión.

2.4. VARIACIONES JUSTIFICADAS E INJUSTIFICADAS EN LA ASIGNACIÓN DE RIESGOS

De acuerdo con lo explicado en el presente capítulo, la modificación contractual es lo ordinario y previsible durante la ejecución de CC de ITUP, debido a su larga duración y a su característica de contratos incompletos, que son características que legitiman la suscripción de adendas. La inmutabilidad de los CC es más bien una extrañeza. Por tanto, se podría considerar que, en principio, las modificaciones contractuales, mediante

la suscripción de adendas, vienen acompañadas de una presunción de legitimidad o corrección.

No obstante, como también se advirtió, las adendas podrían ser instrumentos que introducen variaciones a los CC por razones ajenas al interés público. Es por dicha razón que los distintos regímenes, desde el TUO de Concesiones hasta el Decreto Legislativo N° 1224, han establecido límites a la suscripción de adendas.

Uno de dichos límites o parámetros, que ha estado presente en todos los regímenes jurídicos, de forma implícita en el TUO de Concesiones y en la Primera Etapa del Decreto Legislativo N° 1012, y de forma explícita en la Segunda Etapa del Decreto Legislativo N° 1012 y en el Decreto Legislativo N° 1224, es la prohibición relativa de suscribir adendas que alteran la asignación de riesgos.

Para superar dicha prohibición, es necesario que la adenda se encuentre alineada con el interés público asociado al objeto de la concesión, es decir, contribuya a la continuidad del proyecto o atienda una necesidad de relevancia pública y que las partes eviten, en la medida de lo posible, alterar la asignación de riesgos. Esto último se consigue de la siguiente manera:

- (i) Que la modificación contractual **no altere** la asignación de riesgos; o,
- (ii) Que el impacto en la distribución de riesgos **sea el menor posible o mínimo**; o en último caso,
- (iii) Que, si hubiese variación y esta no fuese mínima, la modificación contractual genere **beneficios equivalentes para ambas partes** o, en todo caso, no genere una situación significativamente más ventajosa para una de las partes.

Sobre la base de lo indicado, para efectos del análisis de las modificaciones contractuales que son objeto de la presente investigación, se considerará que la variación de riesgos introducida mediante una adenda es justificada, cuando sea esencial para la continuidad del proyecto o responda a una necesidad afín al interés público y que además la alteración sea mínima o, si en caso la alteración fuera significativa, no coloque a una de las partes en una situación mucho más ventajosa que su contraparte.

Tabla 1: Modificaciones contractuales justificadas o injustificadas, en lo relativo al cumplimiento del deber de procurar no alterar la asignación de riesgos

Característica			Resultado
Alineada con el interés público	Magnitud de la variación de los riesgos	Ventaja para las partes	
Sí	Nula / Mínima	Equivalente	JUSTIFICADA
Sí	Nula / Mínima	No equivalente	JUSTIFICADA (*)
Sí	Significativa	Equivalente	JUSTIFICADA
Sí	Significativa	No equivalente	INJUSTIFICADA
No	Irrelevante		INJUSTIFICADA

- (*) Se trataría de una modificación justificada, considerando exclusivamente el cumplimiento del deber de procurar no alterar la asignación de riesgos. Sin embargo, no se descarta que la modificación pueda impactar, por ejemplo, en el equilibrio económico financiero.



CAPÍTULO 3: LAS MODIFICACIONES A LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN COFINANCIADOS DE ITUP DE USO PÚBLICO EN EL PERÚ

En el presente capítulo se estudian los esquemas de asignación de riesgos en los CC cofinanciados de ITUP, así como la estructura de riesgos resultante de las modificaciones contractuales. Asimismo, se presentan los resultados del análisis, es decir, si las modificaciones contractuales alteraron la asignación de riesgos y, de ser el caso, si estas variaciones fueron justificadas.

3.1. MODIFICACIONES CONTRACTUALES OBJETO DE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN

A octubre de 2017, existen 16 concesiones cofinanciadas de ITUP vigentes, cuyos CC han sido objeto de modificación mediante 56 adendas, distribuidas en 13 CC. El detalle se muestra en la tabla siguiente:

Tabla 2. CC cofinanciados de ITUP vigentes y adendas

ITUP	N°	CC cofinanciado	Adendas
Red Vial	1	CC IIRSA Norte	7
	2	CC IIRSA Sur T1	2
	3	CC IIRSA Sur T2	8
	4	CC IIRSA Sur T3	7
	5	CC IIRSA Sur T4	7
	6	CC IIRSA Sur T5	3
	7	CC Canchaque	3
	8	CC Huaral-Acos	2
	9	CC Valle del Zaña	1
	10	CC Longitudinal de la Sierra Tramo 2	0
Aeropuertos	11	CC 1° Grupo de Aeropuertos	8
	12	CC 2° Grupo de Aeropuertos	3
Ferrocarriles	13	CC Línea 1	4
	14	CC Línea 2	1
Puertos	15	CC del Terminal Portuario de Yurimaguas-Nueva Reforma	0
Otras ITUP	16	CC de la Hidrovía Amazónica	0

El propósito del presente trabajo es analizar si las modificaciones contractuales introducidas con cada una de las 56 adendas han modificado la asignación de riesgos de las concesiones y si, de ser el caso, dicha variación ha sido justificada, para lo cual se seguirán los criterios indicados en la sección 2.4 del segundo capítulo.

Los temas que son materia de las modificaciones contractuales introducidas mediante las 56 adendas se aprecian a continuación:

Tabla 3. Materia de cada Adenda

CC	Adenda	Materia
CC IIRSA Norte	1	<ul style="list-style-type: none"> Sustitución, incorporación o eliminación de obras e inversiones Plazos para la prestación de los servicios
	2	<ul style="list-style-type: none"> Sustitución, incorporación o eliminación de obras e inversiones
	3	<ul style="list-style-type: none"> Acreedores Permitidos Incorporación del Régimen de CRPAO Liquidación y pago en caducidad
	4	<ul style="list-style-type: none"> Solución de controversias
	5	<ul style="list-style-type: none"> Monto o porcentaje de obras adicionales y monto total
	6	<ul style="list-style-type: none"> Monto o porcentaje de obras adicionales y monto total
	7	<ul style="list-style-type: none"> Monto o porcentaje de obras adicionales y monto total
CC IIRSA Sur T1	1	<ul style="list-style-type: none"> Aceptación de obras
	2	<ul style="list-style-type: none"> Pago del cofinanciamiento y ajustes
CC IIRSA Sur T2	1	<ul style="list-style-type: none"> Costo de Transitabilidad
	2	<ul style="list-style-type: none"> Costo de Transitabilidad
	3	<ul style="list-style-type: none"> Acreedores Permitidos Incorporación del Régimen de CRPAO Liquidación y pago en caducidad
	4	<ul style="list-style-type: none"> Variaciones de Metrados
	5	<ul style="list-style-type: none"> Variaciones de Metrados Solución de controversias
	6	<ul style="list-style-type: none"> Variaciones de Metrados Monto o porcentaje de obras adicionales y monto total Costo de Transitabilidad
	7	<ul style="list-style-type: none"> Monto o porcentaje de obras adicionales y monto total
	8	<ul style="list-style-type: none"> Mantenimiento Periódico y de Emergencia Plazos para la prestación de los servicios
CC IIRSA Sur T3	1	<ul style="list-style-type: none"> Costo de Transitabilidad

CC	Adenda	Materia
	2	<ul style="list-style-type: none"> • Costo de Transitabilidad
	3	<ul style="list-style-type: none"> • Acreedores Permitidos • Incorporación del Régimen de CRPAO • Liquidación y pago en caducidad
	4	<ul style="list-style-type: none"> • Variaciones de Metrados
	5	<ul style="list-style-type: none"> • Variaciones de Metrados • Monto o porcentaje de obras adicionales y monto total • Solución de controversias • Costo de Transitabilidad
	6	<ul style="list-style-type: none"> • Variaciones de Metrados • Monto o porcentaje de obras adicionales y monto total
	7	<ul style="list-style-type: none"> • Mantenimiento Periódico y de Emergencia
CC IIRSA Sur T4	1	<ul style="list-style-type: none"> • Costo de Transitabilidad
	2	<ul style="list-style-type: none"> • Costo de Transitabilidad
	3	<ul style="list-style-type: none"> • Acreedores Permitidos • Incorporación del Régimen de CRPAO • Liquidación y pago en caducidad
	4	<ul style="list-style-type: none"> • Solución de controversias
	5	<ul style="list-style-type: none"> • Variaciones de Metrados
	6	<ul style="list-style-type: none"> • Variaciones de metrados • Costo de Transitabilidad
	7	<ul style="list-style-type: none"> • Mantenimiento Periódico y de Emergencia • Plazos para la prestación de los servicios
CC IIRSA Sur T5	1	<ul style="list-style-type: none"> • Sustitución, incorporación o eliminación de obras e inversiones • Aceptación de obras
	2	<ul style="list-style-type: none"> • Pago de cofinanciamiento y ajustes
	3	<ul style="list-style-type: none"> • Sustitución, incorporación o eliminación de obras e inversiones
CC Canchaque	1	<ul style="list-style-type: none"> • Adecuación del Régimen de CRPAO
	2	<ul style="list-style-type: none"> • Pago de cofinanciamiento y ajustes
	3	<ul style="list-style-type: none"> • Cuenta de Eventos Catastróficos del Fideicomiso
CC Huaral-Acos	1	<ul style="list-style-type: none"> • Pago de cofinanciamiento y ajustes
	2	<ul style="list-style-type: none"> • Aceptación de Obras
CC Valle de Zaña	1	<ul style="list-style-type: none"> • Aceptación de Obras
CC 1° Grupo de Aeropuertos	1	<ul style="list-style-type: none"> • Régimen de Bienes de la Concesión e Interferencias
	2	<ul style="list-style-type: none"> • Régimen de Bienes de la Concesión e Interferencias
	3	<ul style="list-style-type: none"> • Acreedores Permitidos
	4	<ul style="list-style-type: none"> • Régimen de Bienes de la Concesión e Interferencias
	5	<ul style="list-style-type: none"> • Sustitución, incorporación o eliminación de obras e inversiones

CC	Adenda	Materia
		<ul style="list-style-type: none"> • Monto o porcentaje de obras adicionales y monto total • Pago de cofinanciamiento y ajustes
	6	<ul style="list-style-type: none"> • Adecuación del Régimen de CRPAO
	7	<ul style="list-style-type: none"> • Solución de controversias
	8	<ul style="list-style-type: none"> • Cambio de requisitos del personal clave
CC 2° Grupo de Aeropuertos	1	<ul style="list-style-type: none"> • Régimen de Bienes de la Concesión e Interferencias
	2	<ul style="list-style-type: none"> • Pago de cofinanciamiento y ajustes
	3	<ul style="list-style-type: none"> • Cambio de requisitos del personal clave
CC Línea 1	1	<ul style="list-style-type: none"> • Acreedores Permitidos • Pago de cofinanciamiento y ajustes
	2	<ul style="list-style-type: none"> • Aspectos operativos
	3	<ul style="list-style-type: none"> • Pago por supervisión
	4	<ul style="list-style-type: none"> • Sustitución, incorporación o eliminación de obras e inversiones
CC Línea 2	1	<ul style="list-style-type: none"> • Acreedores Permitidos • Pago de cofinanciamiento y ajustes • Régimen de Bienes de la Concesión e Interferencias

La Tabla anterior evidencia que los 13 CC que han sido objeto de modificación contractual a través de 56 adendas, representan en total 81 aspectos modificados. Dado que las adendas, en su mayoría, regulan temas que son objeto de modificaciones contractuales recurrentes, llevar a cabo un estudio individualizado de cada adenda puede ser repetitivo. Para evitar ello, se ha decidido agrupar las modificaciones contractuales en función de la materia que regulan. En la Tabla 4, se muestra cuáles han sido los temas recurrentes materia de modificación contractual y a través de qué adendas:

Tabla 4. Agrupación de las adendas por modificaciones recurrentes

Materia general	Tema específico	Adendas
Financiamiento	Acreedores Permitidos	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Norte, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 3 • CC Línea 1, Adenda N° 1 • CC Línea 2, Adenda N° 1 • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 3

Materia general	Tema específico	Adendas
	Incorporación del Régimen de CRPAO	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Norte, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 3
	Modificación del Régimen de CRPAO	<ul style="list-style-type: none"> • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 6 • CC Canchaque, Adenda N° 1.
Bienes de la Concesión	Régimen de Bienes de la Concesión e interferencias	<ul style="list-style-type: none"> • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 1 • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 2 • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 4 • CC 2° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 1 • CC Línea 2, Adenda N° 1
Obras	Variaciones de metrados	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 4 • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 5 • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 6 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 4 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 5 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 6 • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 5 • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 6
	Sustitución, incorporación o eliminación de obras e inversiones	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Norte, Adenda N° 1 • CC IIRSA Norte, Adenda N° 2 • CC IIRSA Sur T5, Adenda N° 1 • CC IIRSA Sur T5, Adenda N° 3 • CC Línea 1, Adenda N° 4 • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 5
	Monto o porcentaje de obras adicionales y monto total	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Norte, Adenda N° 5 • CC IIRSA Norte, Adenda N° 6 • CC IIRSA Norte, Adenda N° 7. • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 6 • CC IIRSA Sur T2, Adenda 7. • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 5 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 6. • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 5
	Aceptación de Obras	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Sur T1, Adenda N° 1. • CC IIRSA Sur T5, Adenda N° 1. • CC Huaral-Acos, Adenda N° 2 • CC Valle de Zaña, Adenda N° 1

Materia general	Tema específico	Adendas
Ingresos	Pago del cofinanciamiento y ajustes	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Sur T1, Adenda N° 2 • CC IIRSA Sur T5, Adenda N° 2 • CC Canchaque, Adenda N° 2 • CC Huaral-Acos, Adenda N° 1 • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 5 (Estudios Técnicos Previos) • CC 2° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 2 • CC Línea 1, Adenda N° 1
Mantenimiento	Mantenimiento Periódico y de Emergencia	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 8. • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 7. • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 7
	Costo de Transitabilidad	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 1 • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 2 • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 6. • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 1 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 2 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 5. • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 1 • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 2 • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 6.
Explotación	Plazos para la prestación de los servicios	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Norte, Adenda N° 1. • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 8. • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 7. • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 7
Otros	Solución de controversias	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Norte, Adenda N° 4 • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 5 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 5 • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 4 • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 7
	Liquidación y pago en caducidad	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Norte, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 3
	Cambio de requisitos del personal clave	<ul style="list-style-type: none"> • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 8 • CC 2° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 3

La Tabla anterior muestra que hay 15 temas recurrentes de modificación contractual, esto significa que se encuentran presentes, como mínimo, en 2 adendas. Los 15 temas

recurrentes se encuentran distribuidos en 78 modificaciones contractuales introducidas mediante 53 adendas, quedando excluidas las siguientes:

- a) Adenda N° 3 al CC Canchaque, que incorpora modificaciones sobre la cuenta de eventos catastróficos del fideicomiso, aspecto que es exclusivo de dicha adenda.
- b) Adenda N° 2 al CC Línea 1, que versa sobre aspectos operativos ferroviarios, tema que sólo se encuentra presente en dicha adenda.
- c) Adenda N° 3 al CC Línea 1, que incorpora variaciones sobre el pago de supervisión, aspecto contractual que es regulado únicamente a través de dicha adenda.

A continuación, se procederá a efectuar el análisis paralelo y conjunto de las 78 modificaciones contractuales introducidas mediante 53 adendas, agrupadas en 15 temas recurrentes:

Tabla 5. Síntesis de la delimitación del objeto de estudio

Objeto de estudio	Cantidad
CC	13
Adendas a los CC	53
Modificaciones contractuales	78
Temas recurrentes	15

3.1.1. Modificaciones referidas a la definición de Acreedores Permitidos

El término “acreedor permitido” hace referencia a la entidad financiera de confianza que respalda, económicamente, al proyecto objeto de la concesión (Contraloría, 2015, p. 118). En los CC, se suele establecer una definición restringida de acreedores permitidos, por lo que termina siendo necesario suscribir adendas para extender sus alcances. A continuación, se muestra el detalle de la variación introducida mediante las siete adendas que integran este grupo:

Tabla 6. Variación en la definición del alcance de los Acreedores Permitidos

Adenda	Objeto de la variación
CC IIRSA Norte, Adenda N° 3	Se incluye a los patrimonios fideicometidos o sociedades tituladoras, constituidos en el Perú o el extranjero.
CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 3	
CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 3	
CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 3	
CC Línea 1, Adenda N° 1	Se incluye a las personas naturales o jurídicas que adquieran valores o instrumentos de deuda en el mercado de valores mediante oferta privada.
CC Línea 2, Adenda N° 1	Se permite contar con un agente de garantías y un agente administrativo para las operaciones de endeudamiento garantizado permitido
1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 3	Se incluye a los patrimonios fideicometidos o sociedades tituladoras, constituidos en el Perú o en el extranjero.

Respecto de la variación en la extensión de la definición de acreedores permitidos, las adendas versan en cinco oportunidades (CC IIRSA Norte; CC IIRSA Sur T2, T3, T4 y CC 1° Grupo de Aeropuertos) sobre la inclusión de patrimonios fideicometidos o sociedades tituladoras, en un caso (CC Línea 1) sobre la posibilidad de incluir a los adquirentes de instrumentos de valores mobiliarios en el mercado de valores y en el caso más reciente (CC Línea 2) sobre la calificación temporal como acreedor permitido del representante de los adquirentes de los valores mobiliarios, hasta su colocación.

Al respecto, existe un consenso en la literatura nacional sobre la ausencia de uniformidad en la regulación contractual del alcance de los acreedores permitidos, reconociéndose la necesidad de contar con una definición homogénea y previsible desde el diseño original del contrato (Suto *et al* 2013, p. 133; Elías, 2015, p. 122), cuyo alcance sea menos estrecho, con el propósito de contar con mayores opciones de financiamiento y disminuir sus costos, razón por la cual se ha recomendado incorporar las operaciones de financiamiento con patrimonios fideicometidos y sociedades tituladoras, así como las de adquisición de valores mobiliarios desde el diseño del contrato original (Suto *et al* 2013, pp. 93, 133). Asimismo, en una interesante propuesta de cláusula modelo de acreedor

permitido, se advierte que quienes la propusieron se anticiparon a la necesidad de considerar como acreedor permitido al representante del adquirente de los valores mobiliarios (Suto *et al* 2013, pp. 134- 135). Por tanto, se puede apreciar que existe documentación suficiente en la literatura que aboga por una definición amplia desde el diseño original del contrato, debido a la disminución de los costos de financiamiento, razón por la cual se podría entender que las adendas que tienen por objeto acercarse a la referida cláusula modelo estarían justificadas.

Se ha llegado a reconocer, incluso desde la propia Contraloría (2015, p. 214), en el caso puntual de la Adenda N° 3 al CC 1° Grupo de Aeropuertos, que la extensión del alcance de la definición de acreedores permitidos genera un menor costo de deuda. Ciertamente, en el caso de la Adenda N° 3 al CC 1° Grupo de Aeropuertos, la incorporación del patrimonio fideicometido como acreedor permitido implica independizar los activos, lo que produce una reducción en el costo financiero del endeudamiento (OSITRAN, 2008). Asimismo, en el análisis de la propuesta que derivó en la suscripción de la Adenda N° 1 al CC Línea 2, se señaló que el cambio produce una disminución en el costo de financiamiento y otorga una mayor flexibilidad en las operaciones de endeudamiento. Al mismo tiempo se señala que los cambios no producen una alteración en la distribución de riesgos originalmente prevista en el contrato. (OSITRAN, 2014).

En ese sentido, este tipo de modificaciones parecerían estar, en principio, plenamente justificadas. Sin embargo, llama la atención que se sostenga que la adenda no altere la asignación de riesgos y al mismo tiempo se afirme que el costo del financiamiento que asume el Concesionario disminuye. ¿Cómo se explica ello? Al respecto, tal como se indicó en el segundo capítulo, el riesgo de financiamiento es asumido por el Concesionario y está asociado tanto a las demoras inciertas en su obtención como a la tasa de endeudamiento. En ese sentido, es indudable que, si una extensión de la definición de acreedores permitidos impacta favorablemente en las opciones de financiamiento, en cierto modo, se mitiga el riesgo asignado al Concesionario.

No obstante, el hecho de que la modificación contractual incida positivamente en el riesgo, es decir, que permita administrarlo mejor, no se constituye una

alteración en la asignación de los riesgos. Ello puesto que el cambio no produce una transferencia total o parcial del riesgo financiero, es decir, el concesionario no se despoja de una porción del riesgo, trasladándolo al concedente. Lo que ocurre es que, sin experimentar una reubicación del riesgo, al diversificarse las opciones de financiamiento, se consigue mitigar su magnitud. De esta manera, el riesgo, aunque menor, permanece asignado al concesionario.

Es verdad que este tipo de adendas generan una disminución en las cargas o costos del concesionario, por lo que podría exigírsele al concesionario, a contramano, asumir obligaciones distintas. En caso el Concedente no hubiera planteado alguna medida compensatoria, la adenda podría tener alguna falencia relacionada con el equilibrio de las prestaciones del contrato, pero ello no se traduce en puridad en una alteración de la asignación de riesgos propiamente dicha. En conclusión, efectuando un análisis referido estrictamente a la variación en el esquema de distribución de riesgos, se tiene que este tipo de modificaciones contractuales puede incidir en los riesgos, pero no produce una transferencia o reasignación de estos.

3.1.2. Modificaciones referidas a la introducción de CRPAO en el esquema de pagos

El régimen de ingresos de una concesión cofinanciada consiste, básicamente, en el reconocimiento y pago de dos conceptos periódicos a favor del concesionario: (i) Un pago por las obras, que típicamente se denomina PAO - Pago Anual por Obras; y (ii) un pago por el mantenimiento y la operación, normalmente denominado PAMO - Pago Anual por Mantenimiento y Obras.

En la presente sección se aborda únicamente lo referido al PAO, específicamente, en lo que se refiere a su oportunidad de cobro. La lógica de las APP es que el concesionario procure el financiamiento de las obras y que se encargue de su construcción, generándose el derecho a exigir el PAO como contraprestación después de culminada la obra (Ruiz & García, 2006, p. 250). Sin embargo, durante la ejecución de los CC, surgieron algunos problemas relativos

a la bancabilidad de los proyectos, de modo tal que se efectuó un reajuste en el esquema de ingresos para facilitar el financiamiento (Contraloría, 2015, p. 184).

Con ese propósito, se efectuó una modificación paralela y homogénea mediante la Adenda N° 3 del CC IIRSA Norte y de los CC IIRSA Sur T2, T3 y T4. En virtud de dicha adenda, se introdujo en los cuatro CC antes indicados el esquema de financiamiento a través de Certificados de Reconocimiento del PAO – CRPAO.

Antes de la suscripción de la respectiva Adenda N° 3, el derecho a cobrar el PAO surgía con la culminación de las etapas, que eran dos (como en el caso del CC IIRSA Norte) o tres (como en el caso del CC IIRSA Sur T2). Dicha culminación se acreditaba con la expedición del último Certificado de Avance de Obra – CAO por parte del Regulador, el cual generaba el derecho de cobro por parte del concesionario. Este modelo contractual se correspondía con un esquema de riesgo de ingresos asumido por el concesionario, en el cual el derecho de cobro del PAO surgía recién a partir de la culminación de cada etapa, que son dos o tres en cada contrato. Sirva como ejemplo ilustrativo lo regulado en el CC IIRSA Sur T4: De acuerdo con su Cláusula 8.23, el concesionario tenía derecho a percibir el 14.5%, 19% y 16.5% del PAO, a partir de la expedición del último CAO correspondiente a la Primera, Segunda y Tercera Etapa, respectivamente.

Después de la suscripción de la Adenda N° 3 en los cuatro CC antes mencionados, se introdujo el mecanismo de CRPAO, que funciona como un título de reconocimiento de deuda, conforme se describe a continuación.

Una vez que el Regulador emite el CAO, al constatar efectivamente el avance en la ejecución de un hito constructivo, sin necesidad de que la obra se encuentre totalmente disponible, el concedente emite un certificado denominado CRPAO con las siguientes características: se comporta como una garantía soberana, es libremente transferible bajo exclusiva discreción de su titular, no están sujetos a ningún tipo de evaluación de desempeño u otra condicionante, son irrevocables, entre otras (Bravo, 2012b pp. 69-71). De esa manera, este CRPAO puede ser transferido por el concesionario a terceros en el mercado de capitales, quienes lo proveen de fondos para continuar con la ejecución de los hitos constructivos

posteriores, a cambio de recibir del concedente el pago por el importe comprometido en el CRPAO (Bravo, 2012b pp. 69-71; Tantaleán, 2016, p. 212). Un detalle importante a considerar es que una vez emitido el CRPAO, el concedente no puede oponerse al cumplimiento de su obligación, pues son intangibles, irrevocables y no están condicionados al resultado final de contar o no con la disponibilidad de la infraestructura (Bravo, 2012b p. 73; Banco Mundial, 2014, p. 61).

Sirva de ilustración del funcionamiento del régimen de CRPAO el siguiente ejercicio aplicable a la Adenda N° 3 al CC IIRSA Norte. En dicho contrato, se establecen dos etapas de ejecución de obra. La primera representa un 70% de la obra, mientras que la segunda un 30%. Si se expide un CAO que representa un incremento de 30% a 40% de las obras de la primera etapa, entonces se tiene que el avance de obra correspondiente a dicho CAO es de 10%. Por alcanzar dicho hito constructivo, el concesionario tendría derecho a percibir un pago anual durante quince años, igual a $30\% \cdot 10\% \cdot \text{PAO}$. Expresando dicha cantidad anual en un importe semestral, el concesionario tendría derecho a percibir una cantidad igual a $50\% \cdot 30\% \cdot 10\% \cdot \text{PAO}$. Dicho importe es el que se refleja en cada uno de los 30 CRPAO que se expiden y que pueden ser transferidos en el mercado de capitales por el concesionario.

Cabe recordar que hasta antes de suscribir la Adenda N° 3 en los cuatro CC, el riesgo de ingresos asociado a la ejecución de las obras era asumido íntegramente por el concesionario, pues el derecho de cobro del PAO surgía con la expedición del último CAO correspondiente a cada una de las etapas. Sin embargo, con el esquema de CRPAO, los derechos de cobro del concesionario son exigibles con la expedición de cada CAO, es decir, al culminar un solo hito constructivo. Aunque podría sostenerse que la idea subyacente de la concesión consistente en construir primero y pagar después se mantiene (Bravo, 2012b p. 66), no cabe duda de que la asignación de riesgos sí experimenta una variación, puesto que ahora el riesgo de ingresos asociado a la disponibilidad de la infraestructura es compartido con el concedente. Ello debido a que el concesionario no tiene que esperar a culminar la totalidad de la obra para exigir el pago de una fracción del

PAO, pudiendo acceder a los recursos del cofinanciamiento en plazos cortos “como si se tratara de una obra pública” (Contraloría, 2015, p. 184).

Como ya se ha explicado, para que una adenda no tenga problemas de legitimidad con relación a la asignación de riesgos, no es necesario que estos se mantengan inalterables. Es más bien condición suficiente que la modificación contractual (i) esté alineada con el interés público de ejecutar el proyecto y (ii) cumpla con alguno de los presupuestos siguientes: mínima variación de riesgo o generación de ventajas equivalentes para ambas partes. Habiendo determinado que la Adenda N° 3 a los cuatro CC altera la distribución del riesgo de ingresos, es preciso saber si esta variación es justificada.

Difícilmente podría señalarse que la incorporación del régimen de CRPAO no haya coadyuvado a la ejecución del proyecto. De hecho, la retribución de obras mediante CRPAO es aceptada por el Banco Mundial como un mecanismo de financiamiento de APP (2014, p. 60), que ha sido calificado como exitoso e innovador (Bravo, 2012b pp. 69-72), y como muy apropiado en un escenario de poca experiencia en APP para proyectos de alta complejidad y gran envergadura como las dos carreteras interoceánicas (Tantaleán, 2016, p. 213). Sin perjuicio de que no se puede dejar de advertir que la receptividad de este régimen de financiamiento en los contratos de concesión ha decaído, debido a que su emisión repercute en un incremento de la deuda pública (Suto *et al* 2013, p. 98), no puede desmerecerse las ventajas en cuanto a la disminución del costo de financiamiento y que están suficientemente documentadas.

Ciertamente, no es pretensión de los autores de la presente investigación formular cuestionamientos al régimen mismo de financiamiento mediante CRPAO. Sin embargo, en ausencia de prejuicios, corresponde determinar si su incorporación mediante las modificaciones contractuales bajo análisis alteró o no justificadamente el riesgo asignado en los CC. Para tal efecto, debe verificarse que la variación del esquema de asignación de riesgos haya sido mínima o, de ser significativa, que haya producido beneficios equivalentes para ambas partes.

Lo primero está descartado, pues el esquema de asignación de riesgo cambia radicalmente, dado que el concesionario ha trasladado una importante parte del riesgo de ingresos, que ha sido asumido más bien por el Estado, el que puede incluso terminar pagando a terceros, aun si la obra no llegara a completarse. Con relación a la supuesta existencia de ventajas para ambas partes, queda claro que los concesionarios se ven claramente beneficiados con las modificaciones contractuales, por el derecho de exigir la emisión de los CRPAO como título intercambiable por avances en la ejecución de las obras, sin tener que esperar a la culminación del último hito constructivo correspondiente a cada etapa para el cobro del PAO en cuotas semestrales. Por tanto, hace falta observar qué medida compensatoria recibió a cambio el concedente. Al respecto, se tiene que la única ventaja ostensible es posible advertirla en la concesión de la IIRSA Norte, en la que el concesionario se comprometió a ejecutar las obras de la segunda etapa en la mitad de plazo, reduciéndose de 48 a 24 meses. No es posible identificar un beneficio semejante en las otras tres concesiones.

Es importante aclarar que cualquier argumento que defienda la legitimidad de la adenda en el sentido de que el concedente gana porque el proyecto llega a ejecutarse no es admisible, pues la adenda no era una condición jurídica *sine qua non* para contar con la infraestructura y llevar adelante la concesión. El concesionario, con o sin adenda, debía ejecutar la obra indefectiblemente, pues de lo contrario incurría en un grave incumplimiento del CC.

Es preciso insistir en que no se pretende soslayar las ventajas del esquema de financiamiento a través de CRPAO, el cual ha sido incorporado en el texto primigenio de otros CC, como los CC IIRSA Sur T1 y T5. Sin embargo, al efectuarse un análisis objetivo respecto del impacto en la asignación de los riesgos, provocado por la incorporación del régimen de CRPAO mediante modificaciones contractuales, se observa que ello produjo una significativa transferencia al concedente del riesgo de ingresos asociado a la disponibilidad de la infraestructura, lo que generó una situación mucho más ventajosa para el concesionario, sin que el concedente percibiera algún beneficio compensatorio equivalente, salvo en el caso de la Adenda N° 3 al CC IIRSA Norte, en virtud de la cual, se adelantó la ejecución de las obras de la primera etapa. En ese sentido,

las Adendas N° 3 a los CC IIRSA Sur T2, T3 y T4 alteraron injustificadamente la asignación de riesgos previamente pactada por las partes.

3.1.3. Modificaciones referidas a la modificación del esquema de CRPAO

En los dos contratos señalados en la Tabla 7 el texto contractual previo a las adendas ya preveía una referencia expresa a los CRPAO, aunque con contenido distinto de los cuatro contratos antes analizados.

Tabla 7. Modificación del esquema de CRPAO

Adenda	Objeto de la modificación
CC Canchaque, Adenda N° 1	Sustitución del fideicomiso de financiamiento en sustitución del fideicomiso de titulación
CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 6	Eliminación del fideicomiso de titulación. Libre disponibilidad y transferencia de los CRPAO por parte del concesionario.

Con relación a la asignación de riesgos, lo esencial es que en ambos contratos ya se había previsto la noción de hitos constructivos y la emisión de CAO que generaban derecho de cobro por la culminación de los hitos. Las adendas mantuvieron el esquema de pago por hito constructivo; por tanto, no alteraron la asignación de riesgos en lo referido a los ingresos del concesionario.

Con la Adenda N° 1 del CC Canchaque, el concesionario dejó de transferir al Fideicomiso de Titulación el CAO y el CRPAO, pues el derecho de cobro por el avance de obra pasó a estar contenido únicamente en el CRPAO. En ese sentido, el concesionario, en virtud de la adenda, sólo transfiere el CRPAO a un Fideicomiso de Financiamiento, que le entrega los fondos para continuar con la ejecución de los hitos posteriores, quedándose con el dominio del CRPAO. Por su parte, el concedente efectúa el pago por el CRPAO al Fideicomiso de Financiamiento, el cual se encarga de colocar el CRPAO en el mercado de valores. Como se puede apreciar, en lo que respecta a la asignación de riesgos, no se produce ninguna variación.

Con la Adenda N° 6 al CC 1° Grupo de Aeropuertos, se precisó que el CRPAO era expedido como un reconocimiento del derecho al pago por el avance de la obra. Asimismo, se abandonó el uso del Fideicomiso de Titulización para la colocación de los CAO y CRPAO, otorgándose al concesionario la posibilidad de transferir libremente el CRPAO después de la emisión del CAO por la culminación del hito. De esta manera, el esquema de riesgo compartido referido a los ingresos no cambió: El derecho de cobro surge con la culminación del hito, no antes de éste, pero tampoco con la disponibilidad total de la infraestructura.

Lo que resulta debatible de esta adenda es que se ha llegado a sostener que su aprobación supuso migrar de un esquema de hitos constructivos a hitos financieros (Contraloría, 2015, p. 219), puesto que en la modificación del Anexo XVIII se efectuó una separación de hitos en función de su valor, precisándose que el cumplimiento de la ejecución física se verifica únicamente respecto de aquellos expedientes técnicos cuyo presupuesto total no supera los 4 millones de dólares. Aparentemente, ello podría inducir a pensar que la adenda derivó en que el concedente asumiera un riesgo que no estaba previsto, al pagar por adelantado por una obra solo existente en los libros contables, pero no materialmente. Sin embargo, en el texto original del Anexo XVIII del CC se advierte que, desde el texto original del CC, se había establecido la posibilidad de que el concedente emita un CAO denominado “CAO por partidas” a favor del concesionario, aun cuando la obra física no se hubiera ejecutado, siempre que el concesionario acreditara el desembolso total del valor del hito y otorgara fianza por el 25% del valor del CAO, en cuyo caso, el “CAO definitivo” se expediría con la acreditación del cumplimiento del hito constructivo físico. Como se puede advertir, de alguna manera el contrato ya contemplaba una especie de hito financiero, como sustituto del hito constructivo.

La Adenda N° 6 mantuvo dicha posibilidad al prever la opción de emitir CAO parciales por el avance de la obra no observado por OSITRAN y ofrecer una carta fianza por el porcentaje observado, para acceder al desembolso del 100% del CAO. Por tanto, el riesgo de no contar con la disponibilidad de la infraestructura se ha mantenido desde el inicio de la concesión y el instrumento utilizado para su

mitigación fue y es la carta fianza. En ese sentido, la Adenda N° 6 del CC 1° Grupo de Aeropuertos no altera la asignación de riesgos.

Es importante señalar que el presente análisis no debe ser entendido como un juicio de valor positivo de la Adenda N° 6 del CC 1° Grupo de Aeropuertos en lo referido a la introducción de hitos financieros. Más bien, queda claro que este esquema de pagos, en el que se retribuye al concesionario por las inversiones efectuadas, independientemente de que esto se refleje o no en el avance físico, supone compartir en un mayor grado el riesgo de disponibilidad de la infraestructura con el concedente; por tanto, su incorporación en los CC debería desaconsejarse. Sin embargo, es importante reiterar que el mecanismo de pago mediante hitos financieros, en puridad, no fue introducido mediante la Adenda N° 6 del CC 1° Grupo de Aeropuertos, sino que había sido establecido desde su configuración inicial en el inciso a.2 del numeral 5 del Anexo XVIII, en el que se contemplaba la posibilidad de expedir CAO por partidas en caso de desembolso total del valor del hito y el otorgamiento de fianza por el 25% del valor del CAO.

3.1.4. Modificaciones sobre bienes de la concesión e interferencias

En este grupo se incluye a las modificaciones sobre los regímenes de bienes de la concesión. Cabe precisar que no forman parte de este grupo de adendas aquellas que introducen adiciones o modificaciones a los CC, como consecuencia de incumplimientos en la entrega de los terrenos, las cuales son agrupadas en función del contenido de la modificación contractual y no del evento que las origina. Por ejemplo, en el grupo de adendas que regulan la aceptación de obras se hace referencia a cuatro CC que experimentaron cambios en las reglas sobre dicha materia, los cuales fueron motivados debido a la necesidad de solucionar los inconvenientes surgidos por el incumplimiento del concedente en la entrega de los terrenos. Como se puede apreciar, la agrupación de adendas en el presente trabajo no está determinada en función del motivo de su suscripción, sino de su contenido, es decir, del objeto de la modificación contractual. En ese contexto, las adendas que integran este grupo y que se analizan a continuación son aquellas que efectúan modificaciones sobre los bienes de la concesión o sobre su régimen contractual.

En el texto original del CC del 1° de Aeropuertos de Provincia, el concedente se había reservado el derecho de entregar en concesión o no, en los primeros dos años, los Aeropuertos de Piura, Chiclayo y Pisco (denominados “Aeropuertos Adicionales”), debido a que su titularidad recaía en el Ministerio de Defensa, lo que suponía previamente la adquisición de dichos aeropuertos por parte del MTC, como concedente.

En virtud de la Adenda N° 1 al CC del 1° Aeropuertos de Provincia, se incorporaron precisiones sobre los Aeropuertos Adicionales, referidas a que la concesión excluiría la infraestructura del lado aire, es decir, las pistas de aterrizaje y calles de rodaje, las cuales serían cedidas al concesionario para la realización de actividades constructivas, de mantenimiento y explotación a título de derecho de uso. La diferencia de esta modalidad de transferencia con la concesión radica en que el concesionario no cuenta con exclusividad en el derecho de uso, pues de acuerdo con lo que convenga el Ministerio de Defensa con el MTC, la Fuerza Aérea del Perú (FAP) podría acceder irrestrictamente a las pistas de aterrizaje y calles de rodaje. Cabe señalar que en el Anexo N° 11 del CC, ya se reconocía, en el caso de los aeropuertos de Piura y Chiclayo, la administración exclusiva de la FAP sobre ciertas calles de rodaje, próximas a la infraestructura de los Grupos Aéreos FAP. Sin embargo, el cambio introducido con la adenda permite no sólo que la FAP acceda a las calles de rodaje que se había reservado, sino que cuente con disponibilidad permanente del lado aire de los Aeropuertos Adicionales de Piura, Chiclayo y Pisco.

En lo estrictamente referido a la asignación de riesgos, no se advierte que el cambio señalado incida sobre ellos. Quizá podría sostenerse, en cambio, que la adenda produjo un cambio en el equilibrio de las prestaciones, al restringirse el alcance del derecho de la concesión a un escenario de no exclusividad en el lado aire de los Aeropuertos Adicionales. En contra de dicha alegación, pesa el argumento de que el concedente podía haber optado, sin derecho a reclamación por parte del concesionario, por no transferir los Aeropuertos Adicionales. Entre las opciones opuestas de entrega de estos en iguales condiciones que los demás y la no transferencia, el concedente adoptó por una alternativa intermedia,

consistente en la entrega de la infraestructura con obligaciones específicas de acceso irrestricto a la FAP.

En la misma Adenda N° 1 se acordó la entrega del Aeropuerto de Pisco. Posteriormente, con las reglas ya establecidas sobre el uso no exclusivo de la pista de aterrizaje y calles de rodaje, mediante las Adendas N° 2 y N° 4, el concedente efectuó la entrega de los aeropuertos de Chiclayo y Piura. La entrega de los tres Aeropuertos Adicionales significó una transferencia del concedente al concesionario del riesgo constructivo, de mantenimiento y de operación; sin embargo, dicha variación no fue propiamente una innovación introducida con las adendas, sino que se trataba de una posibilidad contemplada originalmente. Asimismo, a cambio de dichos riesgos asumidos, el concesionario adquirió el derecho a la explotación de los servicios aeroportuarios, así que los pactos generan ventajas equivalentes para ambas partes.

Tabla 8. Adendas sobre Aeropuertos Adicionales del CC 1° Grupo de Aeropuertos

Adenda	Objeto de la modificación	Impacto en los riesgos
1	Se precisó que, en los Aeropuertos Adicionales, el concesionario no tendría la concesión de las pistas de aterrizaje y calles de rodaje. Por razones de seguridad nacional, el concesionario las administraría y explotaría a título de uso no exclusivo, el que podría ser compartido con la FAP. Asimismo, se entregó el aeropuerto de Pisco.	La entrega de los aeropuertos supone una transferencia del riesgo constructivo y de mantenimiento y operación al concesionario. Sin embargo, se trata de una variación que no surge a partir de las adendas, sino que era una posibilidad contemplada en el diseño original del CC. Por tanto, no se produce una alteración en la asignación de riesgos originalmente pactada.
2	Se entregó el aeropuerto de Chiclayo.	
4	Se entregó el aeropuerto de Piura	

El CC 2° Grupo de Aeropuertos también experimentó una modificación en materia del régimen de bienes de la concesión. Sobre el aeropuerto de Andahuaylas se había establecido una regulación contractual semejante a los Aeropuertos Adicionales del CC 1° Grupo de Aeropuertos, en el sentido de que el concedente se reservó el derecho de efectuar su entrega en un plazo de dos años contados a partir de la fecha de suscripción. Sin embargo, dicha transferencia no podía

materializarse porque CORPAC S.A. no había podido efectuar la transferencia previa a favor del MTC, debido a que el aeropuerto de Andahuaylas se encontraba en un predio que se superponía con las áreas pertenecientes a dos comunidades campesinas, las cuales contaban con inscripción en el Registro de Predios de Andahuaylas. Dado que el plazo de dos años para la transferencia sería insuficiente para completar la entrega a favor del concesionario, las partes acordaron precisar que el plazo se computaría a partir de que CORPAC S.A. efectuara la entrega previa del aeropuerto.

Sobre la asignación de riesgos, se tiene que la entrega del aeropuerto significaría una transferencia del Estado al concesionario del riesgo constructivo, de mantenimiento y operación, a cambio de la explotación. El CC facultaba al concedente a transferir dichos riesgos o a retenerlos. Con la Adenda N° 2 al CC 2° Grupo de Aeropuertos, dicha atribución no sufre menoscabo alguno, por lo que, en puridad, con la postergación de plazo para el ejercicio del derecho potestativo de entregar o no el aeropuerto, no se produce ninguna variación en los riesgos. Si bien en apariencia la adenda libera al concedente por el cumplimiento tardío en su obligación de saneamiento de predios, en puridad, respecto del aeropuerto de Andahuaylas, el concedente no había asumido alguna obligación concreta de saneamiento sobre dicha infraestructura, pues su entrega era sólo potencial y sin derecho a reclamación por parte del concesionario en caso no se hubiese producido. Con la adenda, ambas partes ganan, pues el concedente extiende el plazo para decidir si entrega o no el aeropuerto, al mismo tiempo que ejerce las acciones de saneamiento predial, mientras que el concesionario mantiene su derecho expectatio de recibir el aeropuerto.

Finalmente, en el CC Línea 2 se efectuó una variedad de modificaciones al régimen de entrega de bienes y a las obligaciones derivadas de dicha entrega, como consecuencia de los graves problemas ocasionados por las interferencias, cuya remoción y liberación estaba a cargo originalmente del concedente. Las modificaciones introducidas mediante la Adenda N° 1 al CC Línea 2, así como su incidencia en los riesgos, se pueden apreciar en la siguiente Tabla:

Tabla 9. Modificaciones introducidas mediante Adenda N° 1 al CC Línea 2

Materia	Antes	Después	Justificación	Incidencia en los riesgos
Cronograma Actualizado de Ejecución de Obras	El plazo para culminar las obras de las Etapas 1-A, 1-B y 2 era de 810, 1320, y 1860 días calendarios, respectivamente.	Se acordó elaborar un Cronograma Actualizado de Ejecución de Obras, en función del Nuevo Cronograma de Entrega de Áreas de la Concesión.	La obra se volvió irrealizable en dichos plazos, pues el concedente no efectuó la entrega de las áreas en concesión, debido a la presencia de interferencias.	El riesgo constructivo se mantiene asignado al concesionario, el que sin embargo no puede responder por los sobrepazos ocasionados por el incumplimiento de obligaciones del concedente. En puridad, sólo se trata de una postergación del cumplimiento de las obligaciones del concedente.
Nuevo Cronograma de Entrega del Área de Concesión	El plazo para la entrega de áreas de la concesión era para las Etapas 1-A-a, 1-A-b, 1-A-c, 1-A-D y 2 vencía a la fecha de cierre y a los 10, 120, 150, 450 y 930 días calendarios, respectivamente.	Se aplazó la entrega del área de la concesión.	Se consideró necesario sincerar los plazos de entrega de las áreas de la concesión, debido a que la cantidad de interferencias encontradas superó en 50% a 70% el número previsto en el proyecto referencial.	

Materia	Antes	Después	Justificación	Incidencia en los riesgos
Valorización de avance	Las valorizaciones se determinaban en función de los avances considerados en la propuesta técnica del concesionario.	Las valorizaciones se determinan en función de los avances contemplados en el Cronograma Actualizado de Ejecución de Obras.	Al haber quedado desfasados los avances previstos en la propuesta del concesionario, por la falta de entrega de áreas de la concesión, fue necesario actualizar la regulación contractual y compatibilizarla con los nuevos cronogramas.	No se produce una alteración en la asignación de riesgos. Sin embargo, es necesario advertir que, como producto de la falta de previsión de la existencia de interferencias por parte del concedente, se desvirtúa la propuesta técnica del concesionario, tanto así que si la adenda hubiese sido planteada después de la entrada en vigor del Decreto Legislativo N° 1251, no podría haber sido aprobado por establecerse de modo expreso la imposibilidad de efectuar modificaciones contractuales que contravengan las condiciones de competencia.
Fase de Ejecución de Inversiones Obligatorias	Para ejecutar las inversiones obligatorias se requería concurrentemente de la aprobación del EDI de material rodante y de los EDI de la primera etapa.	Para ejecutar las inversiones obligatorias se requiere alternativamente del EDI de material rodante o del primer EDI correspondiente a la primera etapa.	El propósito de esta modificación radica en la necesidad de compensar la demora ocasionada por la entrega de áreas de concesión.	No se produce una alteración de los riesgos de diseño y construcción, los cuales permanecen asignados al concesionario.

Materia	Antes	Después	Justificación	Incidencia en los riesgos
Interferencias	El CC establecía que el encargado de remover las interferencias era el concedente.	El CC permite que el concesionario efectúe la remoción y liberación de interferencias, a costo del concedente.	El propósito de esta modificación consiste en conseguir la colaboración del concesionario para agilizar el saneamiento de las áreas.	No se produce transferencia de riesgos, pues en el propio CC se establece que la responsabilidad de la liberación de interferencias recae en cualquier caso en el concedente. Sin embargo, se afecta al proceso competitivo, porque las ofertas podrían haber sido sustancialmente distintas, si los postores hubieran contado con información real sobre las interferencias.
Interferencias adicionales	El CC ya contemplaba la noción de interferencias adicionales, infiriéndose que se trata de un concepto distinto de las interferencias propiamente dichas (redes de agua y desagüe, conexiones de electricidad, redes de telecomunicaciones, redes de combustible) y precisaba que su costo sería de cargo del concesionario.	Se ratifica explícitamente que las interferencias adicionales son distintas a la remoción de las interferencias propiamente dichas, que pueden ser identificadas en el EDI o durante las obras y que su financiamiento está a cargo del concesionario.	Sólo explicita la diferencia conceptual entre los tipos de interferencias, que ya formaba parte del diseño original del CC.	No hay incidencia en los riesgos.
Toma de posesión	Se preveía la existencia de un solo tipo de acta de recepción de áreas de la concesión	Se establece que el acta de recepción podrá suscribirse incluso advirtiendo la existencia de interferencias, de las cuales se dejará constancia. Luego de su liberación por parte del concesionario, se levanta un acta complementaria, a partir de la cual se produce la toma de posesión.	El propósito de esta modificación es obtener la colaboración del concesionario en la liberación de interferencias.	No se alteran los riesgos.

Materia	Antes	Después	Justificación	Incidencia en los riesgos
Pacios taller	No existía excepción alguna para la toma de posesión en Patios Taller.	Se permite que, con el acta de recepción de los Patios Taller, aun si se deja constancia de las interferencias, se inicien las obras constructivas. Sin embargo, el plazo se computa desde la liberación total de interferencias.	Con la modificación introducida se espera compensar las demoras producidas por la falta de entrega oportuna de las áreas liberadas.	Respecto de los patios taller se produce una minimización del riesgo constructivo en lo referido a los sobrepazos, pues materialmente se concede un mayor plazo de ejecución al concesionario. Sin embargo, no hay propiamente una redistribución, pues la parte del riesgo asociado a la liberación de áreas siempre estuvo a cargo del concedente.
Plazo para elaborar los EDI	Los plazos eran de 9 meses (para el tramo 5), 25 meses (para los tramos 3, 4 y 6) y 34 meses (para los tramos 1, 2, 7 y 8).	Los plazos se incrementaron a 18, 34 y 43 meses.	Según el concedente, esta modificación obedece a un ajuste para concordar los plazos con el Nuevo Cronograma de Entrega de las Áreas de la Concesión.	En el texto original del CC los plazos para la elaboración de los EDI eran independientes de las entregas de áreas. Esta adenda redistribuye el riesgo de diseño, ocasionando que ambas partes soporten las demoras. Esta modificación sería injustificada, salvo por el hecho de que, aun cuando no se reconozca, es una medida compensatoria a favor del concesionario, porque los demás aspectos de la adenda tienen por finalidad salvar al concedente de su propio incumplimiento.
Obras	Como condición previa a las obras se requería la toma de posesión total de las áreas correspondientes a cada etapa y la aprobación de los EDI respectivos.	Se permite iniciar las obras en cada etapa con la toma de posesión parcial, la aprobación del primer EDI correspondiente a dicha etapa (específicamente al área otorgada) y la liberación de las interferencias en dicha área.	El propósito de esta modificación radica en la necesidad de compensar la demora ocasionada por la entrega de áreas de concesión.	No se produce una alteración de los riesgos de diseño y construcción, los cuales permanecen asignados al concesionario.

Materia	Antes	Después	Justificación	Incidencia en los riesgos
Pago de la RPI	La RPI (retribución por inversión) se pagaba por emisión de CAO, a partir de la explotación de la Segunda Etapa o del mes 65, si esta se postergaba por más de tres meses.	Los RPI-CAO, correspondientes a los CAO emitidos a partir del mes 65 en adelante, se pagarán en el mes siguiente.	El CC no había contemplado la posibilidad de que las inversiones se ejecuten con tanto retraso, como producto de las interferencias.	La modificación respeta la asignación original del riesgo de ingreso, en virtud de la cual sólo se paga por avance de obra. Si bien con la modificación se acorta el plazo de espera para el cobro de los RPI-CAO ello obedece a la imprevisión de las interferencias. Asimismo, genera ventajas para ambas partes, pues libera al concedente de su incumplimiento y viabiliza el pago en períodos más cortos para el concesionario.
Plazo para subsanar observaciones a las obras	El CC original permitía que el Regulador expida un CAO en caso la obra presente observaciones sólo hasta por 5%. En caso se exceda dicho porcentaje, no se expedía CAO sino hasta la subsanación respectiva, la que debía producirse en un plazo de 10 días.	Con la modificación introducida, se permite que el concesionario subsane las observaciones durante el próximo trimestre.	El Regulador y el concedente sostienen que ello contribuirá a la bancabilidad del proyecto.	Esta modificación altera el riesgo constructivo, que consiste en que los sobrepazos son soportados por el concesionario. No existe correlación alguna entre esta modificación y el motivo de la adenda, la presencia de interferencias.
Pago en caso de inejecución del Cronograma de Ejecución de Obras	El CC no preveía la posibilidad de pago en caso no se cumpliera con la totalidad del avance correspondiente al Cronograma, por causas no atribuibles al concesionario.	Con la modificación introducida, se establece que el Concedente reconozca al Concesionario el avance físico ejecutado, en caso no se logre concretar el avance total correspondiente al Cronograma Actualizado, por la falta de liberación de interferencias.	Lógicamente, el CC tenía una redacción demasiado optimista, pues asumía un escenario de cumplimiento pleno por parte del concedente. No estaba prevista la ocurrencia de la contingencia que efectivamente se presentó, la falta de liberación de interferencias.	La modificación no altera el riesgo, pues se respeta el principio de que la obra es pagada siempre después de su ejecución. Asimismo, la imposibilidad de cumplimiento total del avance previsto en el Cronograma no sólo no es atribuible al concesionario, sino que es además imputable al concedente, el que administra el riesgo constructivo asociado al saneamiento de predios.

Conforme se puede apreciar, básicamente, la modificación contractual obedece a la necesidad de regular el imprevisto escenario de falta de liberación de interferencias, evento riesgoso que finalmente ocurrió y cuya carga de soportarlo estaba asignado desde el origen del CC al concedente. Efectuando un análisis de cada modificación, se advierte que casi en su totalidad no inciden en la asignación de riesgos y cuando lo hacen, están alineadas con el interés público o no generan ventajas inequitativas.

Sin embargo, se ha identificado que hay un aspecto modificado supuestamente con ocasión de la problemática provocada por las interferencias, aunque en puridad no guarda mayor relación con ello. Se trata de la extensión del plazo de subsanación de observaciones, lo que se constituye en una transferencia al concedente del riesgo constructivo asociado a los sobreplazos. Sin embargo, la alteración de riesgos, aunque genera cierta ventaja para el concesionario, no lo habilita al cobro anticipado por la parte no subsanada, ya que la expedición del CAO se mantiene condicionada a la subsanación de observaciones. Asimismo, esta ventaja podría ser interpretada como una medida compensatoria a favor del concesionario, por el previo incumplimiento del concedente en la liberación de interferencias.

De otro lado, es importante advertir que esta modificación contractual revela otro problema en el diseño de las concesiones, a saber, que la omisión de la identificación de la liberación de interferencias podría haber sido determinante para la formulación de ofertas técnica y económicamente distintas.

3.1.5. Modificaciones que regulan la compensación por variaciones en los metrados

Este tema es el que quizá más sospecha haya levantado respecto de la legitimidad de las adendas, pues la regulación contractual de las variaciones en los metrados en los CC IIRSA Sur T2, T3 y T4, se ha constituido en la habilitación para la transformación de los presupuestos referenciales de US\$ 253, US\$ 350 y US\$ 235 millones, en inversiones reales de US\$ 602, US\$ 508 y US\$ 459

millones, produciéndose un incremento del 92% sobre la inversión referencial proyectada (Suto *et al* 2013, p. 114).

Antes de presentar el objeto de los cambios introducidos mediante las adendas, es pertinente advertir que, respecto de esta materia contractual, el problema vinculado al incremento significativo del presupuesto de inversión y, por tanto, del monto pagado por el concedente por concepto de obras, no surge de las adendas, sino del diseño contractual. Las adendas únicamente tienen por objeto efectuar precisiones al texto original o de regular los escenarios de agotamiento del presupuesto comprometido por el Estado.

Asimismo, es importante precisar que el esquema de pagos por las obras, aplicable a los tres CC, era uno de precios unitarios -en oposición al de suma alzada, en el que constructor ejecuta la obra por un monto absoluto y asume el riesgo por los sobrecostos-, con lo cual la oferta económica se limita a comprometer precios por cada metro o kilómetro a ser construido, identificado en una partida presupuestal (Suto *et al* 2013, p. 111), lo que significa que si resulta que (i) para una determinada partida, se deben construir más “metros” de carretera, o (ii) se deben ejecutar partidas no consideradas, el monto a ser pagado al constructor incrementa, en función de los costos de las nuevas partidas o de la cantidad aumentada de “metros”.

Debe considerarse además que en los tres CC, existen diferencias entre los importes correspondientes a las obras, definidos en (i) el presupuesto referencial estimado por el Estado, (ii) el expediente técnico presentado por el concesionario durante el concurso de proyectos integrales y (iii) el proyecto de ingeniería de detalle correspondiente a cada obra. La elaboración de cada instrumento se realiza sucesivamente y con una disminución cada vez más significativa del margen de error en el diseño, por la información del terreno (geología) y el trazo (ingeniería) que se adquiere mientras más se adentra el inversionista en el proyecto. Si bien el esquema de precios unitarios responde a la necesidad de ajustar el presupuesto, conforme el constructor cuente con información cada vez más detallada, que supone identificar la presencia de elementos críticos no contemplados en las versiones más rudimentarias o genéricas del proyecto, que

hagan necesario incrementar la cantidad de unidades o “metros” por construirse, este régimen constructivo alienta al constructor a plantear el mayor incremento posible de unidades o “metros”, con el propósito de obtener mayores ingresos, razón por la cual puede ser necesario fijar límites al incremento del presupuesto por partidas o del costo total del proyecto o, en todo caso, limitar el empleo del esquema de precios unitarios a casos excepcionales como la presencia de fallas geológicas (Suto *et al* 2013, p. 151).

El detalle de la variación de la regulación contractual de los CC IIRSA Sur T2, T3 y T4, con relación a las variaciones de metrados es el siguiente:

Tabla 10. Adendas sobre variaciones de metrados

Adenda	T2	T3	T4
Texto original	<p>El concesionario podía identificar variaciones en los metrados respecto del Proyecto Referencial, utilizado para formular su oferta.</p> <p>Se fijó un porcentaje de variación “máximo” de 10% respecto del PAO. Sin embargo, se permitió que el concedente evaluara la conveniencia de, alternativamente, liberar al concesionario por la ejecución de la diferencia de metrados o por pagar un monto adicional al PAO.</p> <p>El concesionario podía proponer el reajuste de los metrados, debido a la identificación de materiales de corte no previstos en el Proyecto Referencial.</p> <p>El concesionario podía plantear la necesidad de incorporar nuevas subpartidas no contempladas en el Proyecto Referencial.</p>		
4	<p>Se sustituyó la referencia al Proyecto Referencial por el Expediente Técnico, puesto que al presentar su oferta técnica el concesionario había propuesto ejecutar Obras Alternativas en sustitución de algunas partidas del Proyecto Referencial.</p> <p>Se precisó que los metrados que sólo podían cambiar serían los del expediente técnico, es decir, los correspondientes a las partidas del Proyecto Referencial que no fueron sustituidas por Obras Alternativas.</p>		<p>No se modificó esta sección del CC.</p>

Adenda	T2	T3	T4
5	<p>Al haberse producido ejecutado obras después de la variación de metrados, el monto destinado al PAO no iba a ser suficiente, razón por la cual mediante Decreto de Urgencia N° 045-2008 se autorizó al concedente a disponer de mayores recursos para el pago del monto que excedía el presupuesto de la obra, denominado "PAO Contractual".</p> <p>Mediante la Adenda se dispuso que las obras que correspondían al presupuesto en exceso se ejecutarían en un "Período Transitorio" (Tramo 2) y "Período Final" (Tramo 3), en el cual los pagos se efectuarían en función de las valorizaciones mensuales, abandonando el esquema de hitos constructivos.</p>		<p>Se establece una regla diferenciada hasta el CAO 12, que correspondía al avance acumulado hasta la suscripción de la adenda. Hasta ese CAO, la valorización emitida en los CRPAO incluía el ajuste de los metros referenciales y de los nuevos metrados producto de las subpartidas incorporados, por un porcentaje de 35.5% de gastos generales y 10% de utilidad.</p> <p>A partir del CAO 13, que se expida desde la Adenda en adelante, el porcentaje de gastos generales sería de 27%.</p>

Adenda	T2	T3	T4
<p style="text-align: center;">6</p>	<p>Se ratificó lo regulado respecto del “Período Transitorio” para el “Período Final”.</p> <p>Se previó el concepto de obras en “sectores inestables”, las que pueden requerir variaciones en metrados derivadas de soluciones no definitivas, sino graduales o parciales, es decir, que podrían reajustarse cada vez que el concesionario lo planteara al Regulador.</p> <p>En el “Período Final” se puede ejecutar Obras Adicionales y Accesorias, las que son pagadas con cargo a los recursos del concedente. Asimismo, se incrementó el monto máximo de obras adicionales.</p>	<p>Se precisó que en el “Período Final” se podría ejecutar Adicionales y Accesorias, las que son pagadas con cargo a los recursos del concedente. Asimismo, se incrementó el monto máximo de obras adicionales.</p>	<p>Al haberse producido ejecutado obras después de la variación de metrados, el monto destinado al PAO no iba a ser suficiente, razón por la cual mediante Decreto de Urgencia N° 045-2008 se autorizó al concedente a disponer de mayores recursos para el pago del monto que excedía el presupuesto de la obra, denominado “PAO Contractual”.</p> <p>Mediante la Adenda se dispuso que las obras que correspondían al presupuesto en exceso se ejecutarían en un Período Final, en el cual los pagos se efectuarían en función de las valorizaciones mensuales, abandonando el esquema de hitos constructivos.</p> <p>Se previó el concepto de obras en “sectores inestables”, las que pueden requerir variaciones en metrados derivadas de soluciones no definitivas, sino graduales o parciales, es decir, que podrían reajustarse cada vez que el concesionario lo planteara al Regulador.</p>

Adenda	T2	T3	T4
7	Se incrementó el monto total del Período Final.	-	-

Como se puede apreciar, fue el diseño original de los CC el que incluyó una cláusula de reajuste automático del alcance de las obras y del importe, pues siempre que se advirtiera la necesidad de ejecutar mayores metrados, el concesionario podía plantear al concedente la ejecución de la obra por un monto adicional al PAO. Claro está, lo que no se había tomado en cuenta fue que el presupuesto referencial podía ser largamente superado, agotándose el monto del concedente destinado al proyecto, con lo cual las partes se vieron en la necesidad forzada de regular el escenario para el Período Transitorio y Período Final. Es más, se efectuó una calificación separada para las obras sobre sectores inestables y las obras adicionales a ejecutarse durante dichos períodos, las que cuentan con un presupuesto independiente.

Con relación a los riesgos, no se advierte que las adendas hayan efectuado una variación, sino que desde la versión original de los tres CC, se efectuó una asignación inapropiada del riesgo de diseño, ya que se permitió que el concesionario, durante la ejecución de las obras, formule su pedido de incremento los metrados. El esquema original fue propicio para que, en un ámbito especializado con evidentes asimetrías de información, el concesionario pudiese controlar la necesidad real de ejecutar o no un incremento de metrados y la magnitud de dicho aumento. No es propósito de esta investigación emitir juicio de valor sobre la necesidad de los incrementos, porque escapa a la especialidad de los autores. Sin embargo, incluso asumiendo que la variación en los metrados pudiese haber sido necesaria, un CC con reglas transparentes y equilibradas desde su versión original podría haber cautelado de mejor forma los intereses del concedente, evitándose incurrir en adendas que multiplicaron el costo total del proyecto.

Cabe destacar que, comparando los CC IIRSA Tramo 2, 3 y 4 con los CC de los tramos vecinos 1 y 5, en estos últimos, a pesar de que las obras también se han ejecutado sobre tramos geográficamente complicados, el Estado no ha efectuado

ningún pago adicional por variaciones de metrados, porque las obras son ejecutadas a suma alzada (OSITRAN, 2013, p. 20; Rosselló Abogados, 2017).

Aun cuando el riesgo de diseño debe ser asignado al concesionario, no parece ser irrazonable reconocer la posibilidad de que el expediente técnico deba tener algunos ajustes en función de la cantidad de metrados a ser construidos. Por consiguiente, adoptar un esquema rígido de suma alzada sobre la propuesta técnica, elaborada sobre un proyecto referencial deficiente, podría haber sido también una decisión equivocada, que probablemente hubiera tenido que ser corregida mediante adendas, pues el proyecto de la carretera interoceánica era realmente complejo. Es por ello por lo que probablemente una mejor alternativa habría sido pactar la obra a suma alzada con un monto definitivo e intangible, pero determinado después de la aprobación del Proyecto de Ingeniería de Detalle – PID para cada etapa, que incluye una única variación de metrados respecto del Proyecto Referencial y el Expediente Técnico, siempre que el PID hubiese sido presentado en un plazo máximo de seis meses desde la entrega de los terrenos para cada etapa. Las partidas no incorporadas en el PID o los metrados subestimados tendrían que haber sido internalizados por el concesionario, lo que no ocurrió pues como se señala en la Cláusula Cuarta de la Adenda N° 5 de los CC IIRSA Sur T2 y T3, se ejecutaron variaciones de metrados incluso no contempladas en el PID.

Esta opción también guarda relación con el hecho de que una vez determinada la obra definitiva y su respectivo presupuesto, se podría haber aplicado el régimen de hitos constructivos y CRPAO para toda la obra, en vez del discutible régimen de pagos del Período Final, que consiste en pago en función de la valorización mensual omitiendo los hitos previstos en el Proyecto de Ingeniería de Detalle y que para el concesionario no representa ningún tipo de riesgo de ingresos asociado a la disponibilidad de la infraestructura para el concesionario.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario señalar que el problema de incremento de costos de los proyectos, además del diseño de los CC bajo la modalidad constructiva de precios unitarios, se origina porque los estudios técnicos que el concedente brinda para formular la oferta técnica de los postores son meramente

referenciales y presentan más bien omisiones y deficiencias (Suto *et al* 2013, p. 111). Ello ocasiona que se generen diferencias considerables –y evitables- entre los montos del proyecto referencial y los montos ejecutados, lo que provoca un desbalance en el presupuesto del Estado, e incide negativamente en el endeudamiento público así como en el proceso de selección del concesionario (Mendiola *et al*, 2011, p. 76). Por ello, debe considerarse como una obligación impostergable del Estado asegurarse que los estudios técnicos sean lo suficientemente sólidos, que generen certeza para ambas partes y que contribuyan a la presentación de una oferta técnica sólida del concesionario, a efectos de disminuir la incidencia de adendas por deficiencias en los estudios. Difícilmente el concedente podrá negociar una adenda en una posición más favorable o incluso negarse a la propuesta de renegociación que le plantee el concesionario, si el contenido de los proyectos es tan deficiente que legitima a este último a ofrecer una solución que puede no ser equitativa desde la perspectiva de la asignación de riesgos o el equilibrio económico financiero.

3.1.6. Modificaciones referidas a la sustitución, incorporación o modificación de obras y otras inversiones

En esta sección se analiza si las modificaciones sobre el alcance de las obligaciones constructivas alteraron o no los riesgos asignados en los CC. Concretamente, se verificará si la sustitución o incorporación de obras y otras inversiones, como la adquisición de material tractivo y rodante, en el caso de las concesiones de servicios de transporte ferroviario, produjeron una alteración en la asignación de los riesgos. Se excluye del análisis realizado en esta sección, la regulación contractual sobre obras e inversiones adicionales, que será objeto de estudio de la sección siguiente.

La primera modificación sobre sustitución o incorporación de inversiones se encuentra contemplada en la Adenda N° 1 al CC IIRSA Norte, que modificó el alcance de las obras constructivas en las nuevas estaciones de peaje de Pucará (km 90+000) y Olmos (98+700), pues estas fueron sustituidas por estaciones existentes al momento de constituir la concesión, ubicadas en las siguientes locaciones: Km 122+000 y 8+000, respectivamente. De esta manera, la adenda

alteró la asignación de riesgos originalmente pactada, que consistía en que el riesgo constructivo asociado a las estaciones de peajes recayera totalmente en el concesionario. Sin embargo, dicho riesgo terminó siendo retenido por el concedente, al incorporarse dentro de la concesión, unidades que habían sido previamente construidas por éste. Esta variación de riesgos, si bien puede obedecer al interés público de no provocar un gasto innecesario en la duplicación de infraestructuras preexistentes, es injustificada, pues no se advierte que, como correlato de la reducción del alcance constructivo, se pactara una disminución en el PAO o alguna medida compensatoria a favor del concedente.

Mediante la Adenda N° 2 al CC IIRSA Norte las partes acordaron adelantar tres obras de la Segunda Etapa, incorporándose dentro de la Primera Etapa, a saber, los tramos Dv. Olmos-Piura y Piura-Paita. Asimismo, como correlato, se modificó el contenido de los hitos constructivos de la Primera Etapa, previstos en el Anexo XI, puesto que se incorporó como condición para la emisión de los Certificados de Avance de Obra – CAO, un avance porcentual de ejecución de las obras adelantadas.

Cabe señalar que, en la redacción original del CC IIRSA Norte y que se conservó hasta la adenda bajo análisis, la emisión de la totalidad de los CAO de cada etapa, es decir, la culminación de la Primera y la Segunda Etapa, generaba el derecho del concesionario a exigir el pago de las fracciones del PAO durante los 180 próximos semestres (15 años). De esa manera, el riesgo de ingresos asociado a la disponibilidad de la infraestructura había sido asignado al concesionario, dado que éste sólo tenía derecho a percibir ingresos al culminar la totalidad de obras de cada etapa. Con la segunda adenda, esta regla se mantuvo: primero se debían completar las obras de cada etapa y luego pagar por ello. Por tanto, no se produjo una alteración en la asignación de riesgos. Sin embargo, ello sí fue objeto de variación no justificada mediante la suscripción de la Adenda N° 3, que introdujo el régimen de CRPAO.

A diferencia de los supuestos de exclusión o adelantamiento de obras introducidos en las adendas al CC IIRSA Norte, en el CC IIRSA Sur T5 se acordó la sustitución e incorporación de obras no contempladas originalmente. La

Adenda N° 1 al CC IIRSA Sur T5 tuvo por objeto incorporar un sub tramo dentro del tramo Puente Gallatini – Humajalso de la Carretera Binacional Ilo – Desaguadero en sustitución de un subtramo del Tramo Puente Montalvo – Puente Camiara que ya había sido objeto de obras en virtud de un contrato suscrito el 16 de abril de 2007 entre Provías y el Consorcio Ilo; asimismo, al haberse detectado que un subtramo del tramo Puente Gallatini – Humajalso interfería con el proyecto regional de irrigación “Pasto Grande”, se sustituyó dicha subtramo con la Vía de Evitamiento de Azángaro.

Cabe señalar que las modificaciones a las obras a cargo del concesionario no alteraron los riesgos de construcción, mantenimiento o ingresos, pues los dos primeros permanecieron siendo retenidos por el concesionario, mientras que, respecto del tercero, no se produjo modificación alguna al régimen de CRPAO propio del CC original, de modo tal que el pago por las obras se produce previa expedición del CAO por culminación de hito constructivo.

Sin embargo, lo que llama la atención de la Adenda N° 1 al CC IIRSA Sur T5 es que el CC fue suscrito en octubre de 2007 y previamente en abril de 2007, Provías ya había contratado al Consorcio Ilo para la ejecución de obras en uno de los sub tramos sustituidos mediante la adenda. Esto permite evidenciar una falta de planificación de los tramos viales que serían finalmente incluidos en el CC. A pesar la precisión anterior, es posible concluir que la sustitución efectuada por la adenda produjo, al menos cualitativamente, una especie de compensación de los tramos viales del CC produciendo efectos equivalentes a los originalmente consignados en el contrato en cuanto a los nuevos tramos incluidos.

De otro lado, a través de la Adenda N° 3 al CC IIRSA Sur T5 se incorporó dentro de la concesión la construcción de la segunda calzada de la autopista Puno-Juliaca, respecto de la cual el concedente había declarado en el CC su intención de construirla. En ese sentido, con la Adenda N° 3 se transfirió totalmente el riesgo constructivo del concedente al concesionario, respecto de dicha sección vial, bajo el enfoque de asignación eficiente de riesgos propio de las APP. Asimismo, debe tomarse en consideración que la adenda contribuyó a atender una necesidad de relevancia pública y generó ventajas equivalentes para ambas partes: la

existencia de la carretera, para el concedente, y el pago por las obras, a favor del concesionario. En ese orden de ideas, se podría sostener que la alteración en la asignación de riesgos estaría justificada.

Cabe destacar que la construcción de dicha calzada no era un proyecto reciente ni imprevisible. Más bien, la futura existencia de la segunda calzada fue expresamente prevista en el CC IIRSA Tramo 5, tanto así que se reconoció la posibilidad de encargar al concesionario la elaboración de los estudios e incluso la opción del concedente de entregarle la calzada para su mantenimiento y operación.

Ciertamente, la incorporación tardía de la obra en la concesión obedeció a una reserva del concedente sobre la elección de la modalidad de ejecución de las obras de la segunda calzada, reserva que fue ejecutada previa realización de un análisis comparativo por parte del concedente, previo a la adenda, en el que se determinó que la ejecución del proyecto como APP era preferible sobre la opción de realizarlo mediante obra pública tradicional y que la realización de un nuevo proceso de promoción sólo por dicha obra podía haber generado innecesarios costos de transacción de carácter administrativo y que su posterior ejecución podía generar probables problemas de coordinación entre los operadores, lo cual fue aceptado por el Regulador (OSITRAN, 2015).

Lo que podría ser cuestionable, asumiendo una posición bastante suspicaz es que el diseño original del CC IIRSA T5 provocó determinadas condiciones de competencia, que excluían la construcción de la mencionada Segunda Calzada, la que, de haber formado parte del proceso de promoción de la inversión privada, podría haber generado resultados competitivos diferentes en el concurso. Sin perjuicio de ello, esta omisión no podría ser atribuible al concesionario, sino únicamente al concedente. Asimismo, en cualquier caso, la reserva de la ejecución posterior de la obra incluso por APP podía haber generado, independientemente de quién hubiera sido elegido como adjudicatario, en el concesionario una expectativa de que el tramo sea incorporado dentro de la concesión.

Mediante la Adenda N° 5 al CC del 1° Grupo de Aeropuertos se introdujeron los conceptos de obra adicional y deductivo de obra, con el propósito de que, si por razones justificadas las partes convienen en incorporar nuevas obras o excluir algunas obras de la conclusión, el concedente reconozca la nueva inversión o reduzca proporcionalmente el pago, según corresponda. Estas modificaciones no alteran el riesgo constructivo o de ingresos, pues, en cualquier caso, los sobrecostos y sobreplazos de obras siempre deben ser soportados por el concesionario y el pago por las obras se produce previa culminación de los hitos constructivos. Lo único riesgoso de esta adenda, si cabe la redundancia, en cuanto a la asignación de riesgos, no es su contenido *per se*, sino la probabilidad de que los agentes actúen oportunistamente en la ejecución de la adenda, no respecto de la incorporación de nuevas obras adicionales pues esta posibilidad no es extraña en las concesiones, sino respecto de la reducción del alcance de las obras, pues aun cuando la disminución proporcional pueda generar un impacto positivo en el presupuesto público, una determinación equívoca de la demanda o de las necesidades de los usuarios puede perjudicarlos severamente.

Mediante la Adenda N° 4 al CC Línea 1 el concesionario se obligó a realizar las siguientes nuevas inversiones: a) Remodelación de cinco estaciones, b) mejoras en el sistema eléctrico, c) segundo acceso al patio de Villa El Salvador, d) ampliación de vías de estacionamiento en el patio de Bayóvar y e) nuevos enlaces o cambiavías; así como la adquisición de 20 trenes de 5 coches y 39 coches. Como contraprestación, se pactó la cantidad de kilómetros garantizados a partir de la operación del servicio con 25 trenes a más, siendo que la adquisición de 24 trenes estaba prevista como inversión obligatoria.

Es importante señalar que la retribución al concesionario se efectúa mediante el pago por kilómetro tren (PKT) recorrido. No obstante, tratándose de una concesión cofinanciada, una cantidad determinada de kilómetros está garantizada, en función de las inversiones realizadas. En este caso, la adenda introdujo las condiciones contractuales relativas a la cantidad de kilómetros garantizados a partir de la operación del servicio con 25 trenes. En términos cualitativos, no se advierte que haya una afectación al esquema de riesgos de operación o de ingresos, pues con o sin adenda, este último había asignado en

forma compartida: Hasta la cantidad garantizada, el riesgo es asumido por ambos, pues el concedente debe pagar todos los kilómetros garantizados efectivamente recorridos y aquellos no recorridos por causas no atribuibles al concesionario. Ello se mantiene inalterable con la modificación contractual.

El único cambio que experimenta dicho régimen es que la adenda precisa cómo se realiza el reconocimiento de kilómetros, señalando que el pago se efectúa por todos los kilómetros garantizados, sin descontar aquellos que no hubieran sido recorridos; no obstante, al mismo tiempo, la adenda introduce una penalidad equivalente al valor del PKT por la cantidad de kilómetros no recorridos por causas no atribuibles, más los intereses generados desde el pago garantizado por parte del concedente hasta el pago de la penalidad por parte del concesionario. En términos financieros, la aplicación de una penalidad con intereses por los kilómetros no recorridos contra el pago total de los kilómetros garantizados es equivalente a un pago sin descuento de los kilómetros efectivamente recorridos. De cierta forma, se puede advertir que hay una transferencia de riesgo en perjuicio del concedente, pues el pago se efectúa, en cualquier caso, sin necesidad de que las partes se adentren en una discusión sobre el incumplimiento imputable o no, postergándose para un análisis posterior a cargo del concedente sobre ello. Sin embargo, dicha transferencia es compensada con el *enforcement* para el pago de la penalidad, cuya omisión acarrea la ejecución de la carta fianza. De tal manera que la distribución del riesgo de ingresos termina siendo equivalente a la prevista en el texto contractual previo a la adenda.

En síntesis, salvo la modificación contenida en la Adenda N° 1 al CC IIRSA Norte, las demás modificaciones sobre sustitución, incorporación o modificación de obras e inversiones no alteran la asignación de los riesgos constructivos, de operación o de ingresos. Sin embargo, específicamente, la Adenda N° al CC IIRSA Sur T5, a pesar de que no alteró el riesgo, reveló la deficiente planificación del Estado en la ejecución de las obras viales de construcción y mantenimiento, pues la introducción de otros subtramos en la concesión fue la respuesta a la contratación simultánea por parte de Provías Nacional, es decir, del propio

concedente, de actividades constructivas mediante el régimen de contratación pública.

3.1.7. Modificaciones de los montos o porcentajes máximos de obras adicionales

Algunos CC cofinanciados han experimentado modificaciones sobre el monto máximo del valor de obras adicionales o adendas que introducen el concepto de obras adicionales, que son inversiones no contempladas originalmente en el proyecto referencial o expediente técnico primigenio.

En el primer grupo (monto máximo del valor), se encuentran las Adendas N° 5, 6 y 7 del CC IIRSA Norte; las Adendas N° 6 y 7 del CC IIRSA Sur T2 y las Adendas N° 5 y 6 del CC IIRSA Sur T3. El segundo conjunto (concepto) sólo tiene una integrante: la Adenda N° 5 del CC del 1° Grupo de Aeropuertos.

En primer lugar, corresponde señalar que, independientemente del contenido de las adendas, el hecho de prever en los CC el mecanismo de obras adicionales responde a la lógica de atender alguna contingencia social no prevista. Asimismo, en general, las modificaciones contractuales que varían el porcentaje máximo de obras adicionales o el monto total correspondiente a obras adicionales no alteran el riesgo constructivo ni de ingresos, pues el pago por estas obras se produce necesariamente después de su culminación. De ningún modo, estas adendas pueden constituirse *per se* en instrumentos de alteración de la asignación de los riesgos.

Es más, el mecanismo de obras adicionales puede ser sumamente necesario para atender alguna problemática social no previsible al momento de la suscripción del contrato. Por ejemplo, con la Adenda N° 5 al CC IIRSA Norte se pactó un aumento de US\$ 53 millones para obras adicionales, al surgir una necesidad de inversión no contemplada en el proyecto original, a saber, la obra de acceso terrestre al Nuevo Terminal Portuario Yurimaguas Nueva Reforma (Suto *et al* 2013, p. 114), por lo que se trata de una modificación consecuente con la característica de no completitud de los contratos.

Sin embargo, es posible que el mecanismo de obras adicionales se convierta un vehículo que (i) incorpora en la concesión obras que no son realmente necesarias o (ii) elude la competencia en el proceso de promoción, al incorporar obras indispensables no incluidas en el proyecto referencial. Lo particularmente complicado es que la identificación de esto se vuelve demasiado costosa porque, en cualquier caso, se requerirá el consenso de ambas partes en calificar la obra como necesaria y no prevista, por lo que el riesgo de que la adenda sea nociva dependerá esencialmente de las cualidades personales de los involucrados, lo cual está asociado a la fortaleza de las instituciones.

En la legislación vigente se ha intentado fijar un coto al abuso del mecanismo de obras adicionales para eludir la competencia, estableciendo un porcentaje referencial de 15%. En caso las inversiones superen dicha cifra, la ley establece que el Estado debe evaluar la conveniencia de iniciar un nuevo proceso de promoción de la inversión privada. En opinión de los autores, dicha regulación es innecesaria, pues la evaluación de conveniencia, consistente en la comparación de las opciones que generan mayor valor por dinero, debe efectuarse, en cualquier caso, sea que la nueva inversión represente un porcentaje ínfimo o significativo. El porcentaje sólo tendría utilidad si fuera un verdadero tope normativo, que incentivaría al Estado, al momento de diseñar la concesión, a incorporar todas aquellas inversiones que puedan ser previsiblemente necesarias. Claro está, un tope inflexible excluiría aquellas inversiones no previsibles. Sin embargo, si lo que se pretende seriamente es consolidar la institucionalidad, probablemente deba considerarse que, con una regla tan flexible para modificar el importe o el porcentaje máximo de inversiones adicionales, el Estado siempre tendrá infinitas oportunidades para determinar el alcance de un proyecto, incluso durante su ejecución, por lo que los incentivos para lograr una configuración original adecuada son sumamente débiles. Por el contrario, esta regulación fortalece y tolera, más bien, el “derecho” del Estado a equivocarse.

Finalmente, la no incorporación de un mayor número de obras adicionales no perjudica al concesionario, pues la asignación de riesgos y el equilibrio económico financiero no dependen de las proyecciones extracontractuales sino de las

cargas, obligaciones, riesgos y derechos expresados en los CC. La concesión debe obedecer a una finalidad pública y sus alcances deben estar lo más delimitados posibles desde su suscripción. No debe ser considerada como un instrumento que facilite al concesionario la confección de una cartera de proyectos de inversión ajenos al diseño original del CC, que puedan ser incorporados vez tras vez bajo el mecanismo de inversiones adicionales.

3.1.8. Modificaciones de las condiciones para la aceptación de obras

Los CC de ITUP suelen incluir cláusulas en las cuales se regula las condiciones para que el Estado Peruano, a través del Regulador (OSITRAN) otorgue conformidad a la totalidad de las obras ejecutadas. Ello es particularmente importante pues permite verificar si una de las prestaciones esenciales que integran el proyecto otorgado en concesión, es decir, la construcción de la infraestructura (las otras son el mantenimiento y la operación), fue adecuada y oportunamente ejecutada.

Estas cláusulas a veces han sido objeto de modificación contractual, lo que puede impactar en la forma en la que el Estado Peruano decide dar conformidad a las obras ejecutadas por el concesionario e incluso si, como contraprestación por la construcción de las obras, debe dar cumplimiento a una obligación económico-financiera previamente asumida. A continuación, se estudian las modificaciones contractuales referidas al régimen de aceptación de obras.

Mediante la Adenda N° 1 al CC IIRSA Sur T1, se modificaron las cláusulas referidas a la aceptación de las obras de construcción. Específicamente, se agregó la posibilidad de que el concesionario solicite la aprobación de las obras de construcción cuando estas se encuentran culminadas en un 98%, permitiéndose además dar inicio a las actividades de mantenimiento periódico y la posibilidad de la emisión del décimo (10/10) CAO hasta completar el 98 % de las obras de construcción con el correspondiente pago.

Desde la versión original del contrato se contempla el régimen de CRPAO, lo que supone que, con la emisión de cada CAO, el concesionario adquiere el derecho

a que el concedente le expida los CRPAO, concretamente 40 títulos semestrales equivalentes al porcentaje de avance de obra (10%), multiplicado por el PAO dividido entre 2 (para convertirlo en un importe semestral).

$$V_{CRPAO} = 10\% * \frac{PAO}{2}$$

Como se puede apreciar el riesgo de ingresos es compartido por las partes, puesto que se ha adoptado un esquema de pago por hito constructivo, en virtud del cual el concedente no paga por adelantado, sino únicamente con la verificación del cumplimiento del hito y, por su parte, el concesionario tiene derecho al cobro del PAO según el avance en la ejecución de las obras (Bravo, 2012b p.131), sin la necesidad de que haya culminado la totalidad de las obras.

La adenda bajo análisis cambia el esquema de asignación de riesgos de ingresos respecto del último hito constructivo pues con dicha modificación se permite que el décimo CAO se expida al verificar un avance de obra equivalente al 98% y no al 100% y consecuentemente se genera el derecho del concesionario de exigir la expedición de CPRPAO al alcanzar el mismo porcentaje (98%).

En principio, la variación en la asignación de riesgos no es cuestionable *per se*. Si el cambio (i) obedece a una necesidad pública y (ii.a) es poco significativo o genera ventajas equivalentes para ambas partes (ii.b). Sobre el primer punto, el motivo de la adenda fue la falta de entrega de terrenos para la construcción de estaciones de peaje de Pirchihua y Casinchihua, lo cual impedía completar el 100% de las obras y el inicio de las actividades de mantenimiento periódico en las obras culminadas que no podían ser aceptadas, por razones atribuibles al concedente (OSITRAN, 2011, p.18).

En ese sentido, es evidente que la adenda contribuyó a la continuidad del proyecto al permitirse la expedición del CAO y la consecuente aplicación de las actividades de mantenimiento sobre el tramo aceptado. Asimismo, la variación del riesgo de ingresos del concesionario fue mínima (cumplimiento del 100% de las obras al 98%) y necesaria, puesto que la no culminación impedía la ejecución

de actividades para conservar el valor de las obras, lo cual como ya se indicó, fue provocado por el incumplimiento del concedente.

Un fenómeno parecido sucedió en la concesión gemela del CC IIRSA Sur T5. Por razones igualmente atribuibles al concedente, a saber, la falta de entrega de los terrenos, no se podía completar el 100% de la obra, razón por la cual, mediante la Adenda N° 1 al CC IIRSA Sur T5 fue necesario que se autorizara a expedir un CAO por el 95% del avance de obra. Igualmente, en este caso, se trata de una variación mínima en la asignación del riesgo de ingresos.

De otro lado, el pacto introducido en la Adenda N° 2 al CC Huaral-Acos tuvo como objetivo remediar el incumplimiento del concedente de su obligación de entregar los terrenos. De acuerdo con el CC, el inicio de las actividades de conservación y explotación de las obras ejecutadas procedía a partir de su aceptación total. Como es lógico, la aceptación total tendría que estar precedida de la construcción total y ésta a su vez de la entrega de la totalidad de los terrenos. Sin terreno, no se podía ejecutar la obra en su totalidad y, en consecuencia, no se podía conseguir la aceptación total y el ulterior inicio de las actividades de conservación y explotación.

Al fallar el concedente en su obligación primigenia de entregar los terrenos para la construcción de la unidad de peaje, se consiguió un avance acumulado de obra del 96.14%, faltando únicamente ejecutar el porcentaje correspondiente precisamente a la infraestructura no entregada (OSITRAN, 2016a, pp. 11-13). La concesión data del 2009 y las obras, salvo la unidad de peaje por falta de entrega de las áreas, habían sido culminadas en el 2012. Recién en el año 2016, el concedente puso a disposición del concesionario el terreno para construir la unidad de peaje. Cuando se culminó la construcción de esta última infraestructura pendiente, el concedente no aceptó las obras, porque todas las demás, que se habían completado en el 2012, ya no presentaban los niveles de servicio exigidos en el CC, debido al desgaste de la carretera como consecuencia del tráfico vehicular.

Para solucionar este problema, se suscribió la Adenda N° 2 bajo análisis, con el propósito de aceptar las obras en el estado en el que se encuentren y permitir dar el inicio a las actividades de mantenimiento y explotación. Asimismo, dado que la obligación primigeniamente comprendida como mantenimiento suponía que éste se realizaría sobre una carretera recién culminada, al no haberse podido ejecutar dicho mantenimiento por causas imputables al concedente, las Partes acordaron efectuar una suerte de mantenimiento especial denominado “Conservación Vial Periódica”, con cargo a los recursos del concedente.

Una situación semejante a la descrita ocurrió en la ejecución del CC Valle del Zaña, razón por la cual se suscribió la Adenda N° 1, para permitir la aceptación de las obras en el estado actual, sin cumplir los niveles de servicio, por la imposibilidad de dar inicio a la actividad de mantenimiento por la falta de culminación total de obras derivada de la falta de entrega del terreno para construir la unidad de peaje. En este caso, la concesión data igualmente del 2009 y en el año 2012 se culminaron todas las obras, salvo la construcción del peaje, lo que ocurrió en septiembre de 2014, previa entrega tardía del terreno en noviembre de 2013 (OSITRAN, 2016b). Para solucionar este problema derivado del incumplimiento del concedente en la entrega de terrenos y del diseño de la obra, se acordó aceptar la obra en la situación física al momento de solicitud de aprobación y la realización de actividades para restitución de los niveles de servicio, denominadas “Conservación Vial Inicial”, con cargo a los recursos del concedente.

Las dos últimas adendas si bien están asociados al riesgo constructivo, se relacionan específicamente con un elemento particular de dicho riesgo que escapa al concesionario, consistente en la expropiación y disponibilidad de los terrenos. Este aspecto es de tanta relevancia que el MEF (2016, pp. 4-6) lo considera como un riesgo independiente asignado al concedente, puesto que a diferencia del riesgo estrictamente asociado a los sobreplazos y sobrecostos de la construcción, que puede ser mejor administrado por el concesionario en función de su experiencia y aptitudes, la expropiación es una facultad inherente al *ius imperium* y por tanto la actuación del concedente es determinante para el

resultado de la gestión, mientras que las acciones del concesionario son, a lo sumo, estrictamente colaborativas.

Ahora bien, la adenda no incide en la forma de distribución del riesgo constructivo vinculado a la expropiación de terrenos, sino que desarrolla los resultados por la ocurrencia del evento riesgoso. Como se ha señalado en el capítulo 2, un riesgo consiste en la probabilidad incierta de que ocurra o no un hecho que pueda afectar negativamente en la economía del contrato. En este caso, el evento riesgoso es la falta de expropiación de los terrenos, y el resultado negativo es el incumplimiento en la obligación del concedente de entregar los terrenos, lo que ocasionaría desde una perspectiva civil, la resolución total o parcial del Contrato por culpa del concedente y la consecuente indemnización por daños y perjuicios a que tendría derecho el concesionario, el que quedaría liberado de sus obligaciones contractuales.

En el diseño de estos CC se había asumido un escenario optimista de saneamiento total de los terrenos, razón por la cual no se incorporaron cláusulas que gobiernen la ejecución contractual frente a una imposibilidad de continuar con las obras por culpa del concedente. La Adenda N° 2 al CC Chancay y la Adenda N° 1 al CC Valle del Zaña introdujeron dicha regulación, sin alterar la asignación del riesgo constructivo vinculado a la expropiación de terrenos, que sigue siendo asumido por el concedente.

Lo discutible del diseño original de los CC es que el Estado asume, quizá por orgullo o por temor de los funcionarios a ser señalados por colocarse anticipadamente en el supuesto de incumplimiento por parte del concedente, que no tendrá problemas en el saneamiento de los terrenos, lo cual ha derivado en que en estos dos casos, las obras válidamente ejecutadas por el concesionario se deterioraran y el concedente se viera forzado a reconocer una compensación adicional al concesionario por la conservación vial. Obviamente, efectuando un estudio marginal de las adendas, es decir, en el momento en que corresponde decidir si se reconoce o no al concesionario el costo por la restitución del estado de la vía, difícilmente se podría haber llegado a una solución diferente. Sin embargo, no se logra comprender por qué el Estado, a pesar de la experiencia

ganada durante la ejecución de los CC, concretamente al afrontar problemas de expropiación de terrenos, no incorpora una cláusula realista que regule las condiciones contractuales aplicables en un escenario de falta de saneamiento o entrega de terrenos.

Ciertamente, las sugerencias que plantea la literatura especializada están vinculadas, más bien, a prevenir que ocurra la problemática de imposibilidad de expropiación, como (a) contar con plena disponibilidad de los terrenos antes (i) del inicio del proceso de promoción de la inversión privada, (ii) del *otorgamiento* de la buena pro o (iii), en extremo, de la fecha de cierre; o b) constituir un fideicomiso de fondo de liberación de terrenos con cargo a los recursos del concesionario; o c) una modificación del marco legal aplicable al saneamiento de terrenos (Suto *et al* 2013, pp. 138-147). Aunque no es propósito de la presente investigación efectuar un análisis exhaustivo del problema de expropiación de terrenos, cabe agregar que los autores coinciden con las recomendaciones antes planteadas. Sin embargo, aun sin llegar a prever las condiciones contractuales y legales para prevenir el riesgo de no expropiación, es posible que los CC incorporen cláusulas contractuales que asuman un escenario menos optimista y que lo regulen, de tal manera que no se tenga que asumir costos adicionales para restituir los niveles de servicio por la falta de aceptación de las obras. Una alternativa podría ser pactar, desde el diseño del CC, la aceptación parcial en caso de falta de entrega de terrenos e incluso la autorización al concesionario para efectuar las actividades de mantenimiento y explotación en los subtramos concluidos, con una contraprestación del PAMO correspondiente al porcentaje de obra culminada.

3.1.9. Modificaciones referidas al pago del cofinanciamiento

Los cambios que se analizan a continuación están referidos a los ajustes de los componentes de la retribución al concesionario, normalmente denominados PAO (Pago Anual por Obras) y PAMO (Pago Anual por Mantenimiento y Operación), así como a su forma de pago o facturación.

En virtud de la Adenda N° 2 al CC IIRSA Sur T1 las partes acordaron reflejar el ajuste del PAMO aplicable al primer y último trimestre calendario de la explotación en la Cuenta del Mantenimiento Periódico del Fideicomiso de Administración. Cabe indicar que con el PAMO el concedente retribuye al concesionario por la ejecución de las actividades de mantenimiento, esencialmente el Mantenimiento Periódico.

En la versión original del contrato, el PAMO experimenta un ajuste durante el primer y último trimestre calendario de la explotación, que consiste en multiplicar el PAMO trimestral por el resultado de dividir el número de días de operación de la concesión entre 90. Ello debería haberse visto reflejado en la Cuenta de Mantenimiento Periódico del Fideicomiso de Administración. Sin embargo, en el Apéndice 4 del Anexo XIII no se precisó que el reajuste resultaba de aplicación a la porción trimestral de PAMO que se abonaba en la Cuenta de Mantenimiento Periódico.

Mediante esta adenda, se advierte que las partes precisaron que el reajuste previsto para el PAMO debía también ser aplicado en la Cuenta de Mantenimiento Periódico. Esta precisión no produce un impacto en la asignación de riesgos (OSITRAN, 2011b, pp.5-6), puesto que se trata de una simple replicación de los efectos del ajuste del PAMO.

Respecto de la Adenda N° 2 al CC IIRSA Sur T5, se tiene que en dicho CC, al igual que con el CC IIRSA T1, el ajuste del PAMO durante el primer y último trimestre tendría que haberse visto reflejado en la Cuenta de Mantenimiento Periódico del Fideicomiso de Administración. Sin embargo, en el Apéndice 4 del Anexo XIII no se precisó que el reajuste resultaba de aplicación a la porción trimestral de PAMO que se abonaba en la Cuenta de Mantenimiento Periódico.

Esta adenda permitió precisar que el reajuste previsto para el PAMO debía también ser aplicado en la Cuenta de Mantenimiento Periódico, lo cual no produce un impacto en la asignación de riesgos.

La Adenda N° 2 al CC Canchaque tampoco introduce propiamente una modificación del esquema de pago de cofinanciamiento, sino únicamente se constituye en una rectificación de un error material de la fórmula del fPAOi (fracción del PAO ajustada por la variación de precios de los insumos). El error consistía en que para el cálculo del fPAOi se consideraba dos veces la fracción de avance de obra, una en el fPAO (fracción del PAO, erróneamente) y otra en el fi (proporción del avance de obra). Ello suponía que la fracción ajustada del PAO debía considerar la fracción del PAO, multiplicada por la fracción del avance de obra, lo que era un error material evidente, pues la fracción de avance debía ajustar una sola vez al PAO, por lo que su corrección no altera la asignación de riesgos.

La Adenda N° 1 al CC Huaral-Acos tuvo exactamente el mismo propósito que la adenda señalada en el párrafo anterior, a saber, corregir el error material al haberse hecho doble referencia al “f” (fracción del PAO), tanto en fPAO como en fi. Tratándose de una corrección de error material, no se estaría produciendo una alteración en la asignación de riesgos.

La Adenda N° 5 al CC del 1° Grupo de Aeropuertos sólo precisa la forma de pago de los estudios técnicos previos, respecto de los cuales existía certeza que debían ser pagados, aun cuando no derivaran en la ejecución de obras físicas. OSITRAN había interpretado, en su oportunidad, sobre la base de lo precisado en la Circular N° 30 a las Bases del Concurso, que los estudios debían ser retribuidos con cargo al PAO. Con la Adenda N° 5 se explicitó lo interpretado por OSITRAN, razón por la cual no se produjo alguna alteración en la asignación de los riesgos.

Por último, la Adenda N° 2 al CC del 2° Grupo de Aeropuertos tuvo como objeto acordar que el pago y la correspondiente factura de los componentes del cofinanciamiento sean considerados independientemente, a efectos de corregir la distorsión en el cálculo del IGV, proveniente de la suma agregada de sus componentes. El problema de la fórmula surgía cuando, en el período trimestral, los ingresos regulados superaban al PAMO, en cuyo caso se debía restar el 50% de la diferencia de dichos conceptos al total del cofinanciamiento. El problema surgía puesto que el IGV se aplicaba al monto resultante, de modo tal que el IGV

que el concesionario había pagado a sus proveedores volvía a ser pagado por el concesionario al concedente, con la devolución del cofinanciamiento negativo.

Para corregir dicha distorsión tributaria se dispuso que cada concepto sea pagado y facturado separadamente. En términos económicos, no se generó un perjuicio al concedente o un beneficio al concesionario, pues se mantuvo la regla de que éste pagase al concedente la mitad de la diferencia entre los ingresos regulados y el PAMO en los trimestres superavitarioros, asimismo con la segregación de la fórmula se corrigió la distorsión que en ella incurría, pues el IGV no podía ser aplicado al resultado global de la fórmula.

Ahora bien, aunque en términos estrictamente contractuales, la adenda sólo genera beneficios al concesionario, el análisis de conveniencia no resulta ser trascendente, pues el texto vigente en el CC antes de la suscripción de la Adenda N° 2 contravenía la normativa tributaria, por lo que se requería una adecuación normativa, a efectos de que el CC quedase redactado como siempre tendría que haber sido formulado desde su versión original. Como un detalle a tomar en cuenta es que, en el CC del Primer Grupo de Aeropuertos, el pago y la facturación de los componentes del cofinanciamiento se efectúan por separado, razón por la cual en dicho CC no ha sido necesario introducir esta modificación.

3.1.10. Modificaciones en materia de mantenimiento periódico y de emergencia

El mantenimiento es una de las prestaciones esenciales de los CC, que consiste en la realización de distintas actividades permanentes, recurrentes o excepcionales, destinadas a conservar o recuperar los niveles de servicio de la infraestructura, concretamente de la red vial.

De acuerdo con el Reglamento Nacional de Gestión de Infraestructura Vial, aprobado por Decreto Supremo N° 034-2008-MTC y los distintos CC de infraestructura vial; se distinguen tres tipos de mantenimiento:

- a) Rutinario, que consiste en la realización de actividades permanentes, como mantenimiento de la señalética, limpieza de calzadas y alcantarillas,

tratamiento de fisuras y bacheos de menor magnitud, con el propósito de mantener el tránsito de la vía, acorde con los niveles de servicios establecidos para la infraestructura.

- b) Periódico, que consiste en la ejecución de actividades recurrentes y programadas con cierta frecuencia, con el propósito de restituir los índices de capacidad estructural de la vía, como la renovación del pavimento y mantenimiento de sus niveles de rugosidad, entre otros.
- c) De emergencia, que consiste en la ejecución de tareas ocasionales destinadas a recuperar los niveles de servicio afectados por ocurrencias extraordinarias, distintas al normal uso de la infraestructura.

La Adenda N° 8 al CC IIRSA Sur T2, y las Adendas N° 7 a los CC IIRSA Sur T3 y T4 modificaron la regulación contractual referida tanto al mantenimiento de emergencia como al mantenimiento periódico. El texto introducido de las adendas es prácticamente de idéntico contenido, razón por la cual el análisis que se presenta a continuación es útil respecto de las tres modificaciones contractuales mencionadas.

Con relación al *mantenimiento periódico*, los CC, antes de la suscripción de las adendas, había previsto un tiempo útil de la infraestructura de diez años, reservando el mantenimiento periódico a una decisión conjunta de las partes a partir del décimo año, desde la aceptación de la totalidad de las obras. Asimismo, los CC establecían que el Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO) debía pagarse igualmente a partir de la aceptación de la totalidad de las obras. Los recursos del PAMO debían ser utilizados en el mantenimiento rutinario y la prestación de los servicios, así como en el mantenimiento periódico, para el cual se preveía un importe prestablecido, a ser destinado a una cuenta especial de un fideicomiso denominada “Cuenta de Mantenimiento Periódico” (CMAP). Lo llamativo de estos CC es que, desde su versión original, establecían que las obligaciones de mantenimiento periódico se agotaban con la extinción de los recursos acumulados en la CMAP.

En ese sentido, los tres CC habían asignado parcialmente el riesgo de mantenimiento, es decir, el riesgo de sobrecostos o subestimación de costos en el mantenimiento, al concedente. Ello pues se señalaba que el concesionario respondía por su obligación de mantenimiento periódico solo hasta los recursos depositados en la CMAP por el concedente. Esta forma de asignación del riesgo de mantenimiento es contraria a la práctica recomendada por la literatura, según la cual dicho riesgo debe ser internalizado por el concesionario (MEF, 2016, p. 11).

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que esta inadecuada asignación de riesgos, contrario a la esencia de las APP, es reforzada con la suscripción de las adendas antes mencionadas, en virtud de las cuales se adelanta la ejecución de las actividades de mantenimiento periódico a la aceptación de las obras, es decir, las adelanta diez años. En principio, de una observación preliminar, este simple cambio aparentemente no influye en la asignación de riesgos, pues si bien el concesionario queda obligado a ejecutar el mantenimiento periódico anticipadamente, se le permite también disponer simultáneamente de los recursos de la CMAP. Sin embargo, entre líneas, lo que genera la adenda es un riesgo de mantenimiento adicional, que será asumido por el concedente cuando el concesionario devuelva los bienes de la concesión.

La lógica original del CC era que el concesionario asumiera por diez años únicamente la obligación de mantener los niveles de servicio exigidos para las actividades de mantenimiento rutinario, y que a partir del décimo año desde la aceptación de las obras, el concesionario realice actividades de conservación o restitución más intensivas, a través del mantenimiento periódico. Dado que el CC preveía, desde su origen, que este último tipo de mantenimiento se agotaba con la extinción de los recursos de la CMAP, tenía sentido que dicho mantenimiento se realizara a partir del décimo año desde la aceptación de las obras, puesto que de esa manera, los recursos de la CMAP serían utilizados durante un horizonte temporal relativamente corto, lo que permitía que estuvieran disponibles hasta momentos próximos a la transferencia de la infraestructura al concedente, de modo que este la recibiera en óptimas condiciones de conservación.

El efecto de la modificación contractual es que, al ejecutarse anticipadamente el mantenimiento periódico, los recursos de la CMAP también se agotan anticipadamente, de modo tal que, desde la extinción de dichos recursos, el concesionario solo podrá realizar actividades de mantenimiento rutinario, lo cual incide en el estado de conservación de la infraestructura que será entregada al concedente al finalizar la concesión. De modo tal que los costos de mantenimiento en los que este último incurrirá serán mayores que aquellos que habría asumido si no se hubiera anticipado la ejecución del mantenimiento periódico.

Cabe señalar que la modificación contractual podría ser aún más cuestionable si se interpretara la Cláusula 8.24B del CC original de modo tal que se entendiera que durante diez años, contados desde la aceptación de las obras, el mantenimiento rutinario tendría que haber sido suficiente durante dicho intervalo para el cumplimiento de todos los niveles de servicio exigidos en el CC. Respecto de este tipo de mantenimiento, el CC no limita el alcance de su obligación a los recursos provenientes del PAMO, sino que es ejecutado a riesgo y ventura del concesionario. Al permitirse ejecutar anticipadamente el mantenimiento periódico, el concesionario podría tener incentivos para disminuir el esfuerzo en el mantenimiento rutinario, a fin de incluir dichas acciones dentro del mantenimiento periódico, el cual, a diferencia del rutinario, no es ejecutado a riesgo y ventura del concesionario, sino únicamente hasta el límite presupuestal previsto en la CMAP.

En síntesis, independientemente de la interpretación que se asuma de la Cláusula 8.24B del CC, lo que es innegable es que la modificación contractual impacta perjudicialmente en los intereses del concedente, pues al acabarse anticipadamente los recursos de la CMAP, no podrán ejecutarse labores de mantenimiento periódico en el horizonte temporal más cercano a la terminación de la concesión, lo que repercute negativamente en el estado de conservación de la infraestructura e incrementa los costos que serán asumidos por el concedente, con cargo al presupuesto público, para la restitución del buen estado de la infraestructura vial.

De otro lado, en lo que respecta al *mantenimiento de emergencia*, los CC, desde su versión original, establecían que su financiamiento no se conseguía con cargo al PAMO, sino a través de la cobertura de pólizas de seguro tomadas por el concedente, o incluso directamente de los recursos propios del concedente. A diferencia de ese tipo de trabajos, el mantenimiento rutinario no demanda más recursos que los incorporados en el PAMO.

Esta diferenciación de categorías es importante, porque una definición más extensa del mantenimiento de emergencia puede comprometer financieramente al concedente en mayor medida. Justamente, el propósito de las modificaciones contractuales bajo análisis fue supuestamente precisar el alcance de la obligación de mantenimiento de emergencia, señalando que *“consiste en tareas de ejecución ocasional, de carácter extraordinario, efectuadas con el propósito de recuperar niveles de servicio del Área de la Concesión que se ha deteriorado por efecto de la acción extraordinaria de factores climáticos, factores geológicos, factores inherentes a fenómenos naturales u otros factores externos, caso fortuito o fuerza mayor, diferentes del normal uso de la infraestructura vial, así como la estabilización de taludes y control de la erosión de los mismos”*. Mediante la adenda se incorporó en la definición de mantenimiento de emergencia el texto subrayado. En opinión de los autores de la presente investigación, el objeto de la modificación fue incluir dentro del alcance del mantenimiento de emergencia a las actividades de “estabilización de taludes y control de la erosión”. Esta posición es contraria a la que sostienen Suto *et al* 2013 (p. 195), para quienes el objeto de la modificación fue más bien excluir dichas tareas del alcance del mantenimiento de emergencia. Debe reconocerse que el texto es ambivalente, y que puede interpretarse que la estabilización de taludes y control de la erosión se encuentran incluidas dentro de la proposición excluyente que inicia con “diferentes del normal uso (...)”, o más bien dentro de la definición global que inicia con “consiste en tareas de ejecución ocasional (...)”. En el primer caso se entendería que se exceptúa del mantenimiento de emergencia tanto al deterioro por el normal uso de la vía como a la estabilización de taludes y control de la erosión. En el segundo caso se comprendería que el mantenimiento de emergencia únicamente excluye al deterioro por el normal uso de la vía.

La posición de los autores de la presente investigación es que el objeto de la modificación contractual fue asignarle el segundo sentido a la definición de mantenimiento de emergencia, es decir, incluir a la estabilización de taludes y control de la erosión. A favor de esta interpretación, pueden considerarse las siguientes razones:

- a) No había necesidad de precisar que la estabilización de taludes y control de la erosión no formaba parte de las actividades de mantenimiento de emergencia, pues los propios CC ya habían incorporado dichas labores como parte del mantenimiento rutinario.
- b) Si se efectúa una comparación con los dos CC de los tramos vecinos de la carretera IIRSA Sur, se advierte que en los CC IIRSA Sur T1 y T5, las definiciones de mantenimiento de emergencia son casi idénticas a las incorporadas con las adendas bajo análisis, solo con la añadidura textual “ocasionado por más de 300 m³ de derrumbe”, al final del término “estabilización de taludes y control de la erosión de los mismos”. Ello significa que en dichos CC la expresión “así como la estabilización (...)” es inclusiva dentro de la definición de mantenimiento de emergencia.
- c) OSITRAN efectuó sendas interpretaciones de oficio a los tres CC en el año 2013 sobre las definiciones de mantenimiento de emergencia, con relación a la estabilización de taludes y control de las erosiones, al advertir que dichas tareas formaban parte tanto del mantenimiento rutinario como del mantenimiento de emergencia, precisando que su calificación dentro de una u otra categoría depende del volumen del derrumbe vinculado a dichas actividades: Si el derrumbe es de hasta 50 m³ mensuales, se trata de mantenimiento rutinario; si el volumen del derrumbe es superior, el mantenimiento califica como de emergencia.

En ese sentido, hay razones sólidas para pensar que el objeto de la modificación contractual de la definición de mantenimiento de emergencia era trasladar actividades propias del mantenimiento rutinario (a costo del concesionario) al mantenimiento de emergencia (a costo del concedente), lo que significa que una

parte del riesgo de mantenimiento asociado a la subestimación de costos, asumido originalmente por el concesionario, fue trasladado al concedente.

Es importante señalar que no es el propósito de los autores de la presente investigación cuestionar la validez técnica de la fórmula adoptada en la adenda, con riesgo compartido en la atención de los derrumbes, en función de su volumen. De hecho, en los CC IIRSA Sur T1 y T5, como se ha señalado, se establece una calificación diferente para las actividades de estabilización de taludes en función del volumen del derrumbe. Sin embargo, es innegable que las modificaciones contractuales producen una alteración significativa del riesgo de mantenimiento, en perjuicio del concedente, sin que éste se beneficie con una medida compensatoria.

3.1.11. Modificaciones de las condiciones de pago del Costo de Transitabilidad

Bajo la denominación “Costo de Transitabilidad” en los 3 CC cuyas adendas componen esta sección –CC IIRSA Sur, T2, T3 y T4- se califica al costo que incurre el concesionario respectivo en mantener el tránsito vehicular en todo el tramo concesionado durante el período de construcción de las obras. Asegurar la transitabilidad, aunque está relacionado a las obras, no es una prestación constructiva en sentido estricto, sino una obligación de mantenimiento de carácter vinculante, cuya exigibilidad no es posterior a la culminación de las obras sino que se extiende durante toda la etapa constructiva (Contraloría, 2015, p. 290). Como contraprestación por la transitabilidad, el concedente, en los 3 CC, asumió la obligación de pago por concepto de Costo de Transitabilidad. A continuación, se presenta cómo ha variado la regulación contractual de esta materia en los 3 CC:

Tabla 11. Regulación de Costos de Transitabilidad en CC IIRSA Sur T2, 3 y 4

Tema / CC	IIRSA Sur Tramos 2, 3 y 4			
	Original	A1	A2	A6/A5/A6
Objeto	Asegurar transitabilidad durante construcción	Reconocer que las actividades de transitabilidad se iniciaron antes de la construcción y adelantar el pago del primer semestre.	Corregir la restricción del alcance de la obligación, precisando que no solo se limita a vehículos ligeros.	Extender la obligación de transitabilidad al período final posterior al período original de construcción.
Período de obligación	Durante construcción			Período Final
Forma de pago	7 semestres			2 semestres adicionales
Monto	\$ 12'220 400,00 / \$ 12'458,780.00 / \$ 16'420,820.00			+2'500,00.00
Alcance de obligación	Tránsito de todo tipo de vehículo	Tránsito de vehículos ligeros y a velocidades medias.	Tránsito de todo tipo de vehículos y a velocidades medias según Plan de Transitabilidad	
Condiciones para pago	<ul style="list-style-type: none"> a) Presentar Programa de transitabilidad (recursos, valorización y oportunidad de ejecución). b) Presentar informe sustentado al fin de semestre. c) Regulador determina el monto y procedencia del pago. 	<ul style="list-style-type: none"> a) Presentar Programa de transitabilidad (recursos, valorización, oportunidad de ejecución y niveles de servicio con velocidades medias). b) Concedente aprueba el Plan. c) Regulador supervisa ejecución del Plan. d) Presentar informe sustentado al fin de semestre. e) Regulador determina el monto y procedencia del pago. 		
Incumplimiento	No se establecía consecuencia por incumplimiento.	Penalidades		

Como se puede apreciar, en los tres CC, con la Adenda N° 1 se introdujo algunos cambios positivos, como la necesidad de aprobación previa del Plan de Transitabilidad por parte del Regulador y la posibilidad de imponer penalidades, con la finalidad de disciplinar al concesionario en caso de desviación del estándar contractual. Sin embargo, el cambio más trascendental de la Adenda N° 1 alteró la asignación de riesgos, pues supuso restringir el alcance de la obligación de transitabilidad sólo a los vehículos ligeros, trasladándose el riesgo de mantenimiento indirectamente al concedente, a través de la afectación de los usuarios de vehículos no ligeros. Esta variación en el riesgo produjo una disminución en la carga obligacional del concesionario sin que, a contramano, ello provocara una reducción en el monto del pago por costo de transitabilidad (Contraloría, 2015, pp. 176-178). De esta manera, se puede concluir que la Adenda N° 1 alteró injustificadamente la asignación de riesgos.

La Adenda N° 2 corrigió el error en el que se incurrió en la Adenda N° 1, extendiendo el alcance de la obligación a todo tipo de vehículos, y manteniendo los cambios positivos introducidos en la Adenda N° 1. Por tanto, reubicó el riesgo que había sido ilegítimamente trasladado al concedente y los usuarios, siendo asignado nuevamente al concedente. Por tanto, esta alteración de riesgo fue justificada, ya que obedeció a un interés de enmienda de las Partes.

La Adenda N° 6 en los CC IIRSA Sur T2 y T4 y la Adenda N° 5 en el CC IIRSA Sur T3 simplemente extendieron, en su respectiva concesión, la obligación de transitabilidad al Período Final a cambio de la contraprestación correspondiente, debido al interés del concedente de continuar con las obras distintas a las del período constructivo ordinario, determinado por la Primera, Segunda y Tercera Etapa. Por tanto, se trata de una adenda que simplemente prorroga las mismas prestaciones contractuales sin variar la distribución de los riesgos.

En conclusión, se tiene que, con relación al Costo de Transitabilidad, la Adenda N° 1 alteró el riesgo de mantenimiento injustificadamente, la Adenda N° 2 corrigió dicha alteración y las Adendas N° 5 (en el caso del CC IIRSA Sur T3) y N° 6 (en el caso de los CC IIRSA Sur T2 y T4) no inciden en la distribución de los riesgos.

3.1.12. Modificaciones de los plazos para la prestación de los servicios

La técnica recomendada de asignación del riesgo de ingresos, asociado a la disponibilidad del servicio, es que éste sea asignado al concesionario (MEF, 2016, p. 11). Ello supone que éste no puede experimentar ingreso alguno por concepto de explotación, sino recién a partir de la puesta en marcha del servicio.

En los cuatro contratos antes indicados, la retribución por la operación denominada “Pago Anual por Mantenimiento y Operación – PAMO” se encuentra asociada al inicio de la explotación. La noción de “explotación” está vinculada, por un lado, al cobro de los peajes y, por otro, a la prestación de los servicios a los usuarios (Shimabukuro, 2015, p. 22; Cornejo, 2006, p. 216). Dichos contratos prevén en su Cláusula 8.1 que la explotación es un deber pues supone asegurar la operatividad de los tramos y la provisión de los servicios obligatorios, tales como el remolque de vehículos averiados en la vía y la atención de emergencias. En ese sentido, lo ordinario sería que el derecho a cobrar el PAMO surja al momento en que se verifica la puesta en operación de los servicios a favor de los usuarios a cargo del concesionario. En el texto previo a la suscripción de las cuatro adendas bajo análisis en esta sección se reflejaba este criterio de asignación de riesgos: El PAMO se cobra a partir de la explotación de los servicios, que debía coincidir con el inicio de su prestación.

Sin embargo, en el CC IIRSA Norte, existía una particularidad, a saber, que se había efectuado una desvinculación entre explotación y prestación de los servicios dispuestos. Concretamente, se había pactado que el PAMO se pague a partir de la fecha de inicio de la explotación, que ocurría en dos momentos distintos, en función del tipo de obras: i) a partir de la toma de posesión en el caso de las obras existentes y ii) a partir de la aceptación de las obras de la primera y segunda etapa, a cargo del concesionario; no obstante, al mismo tiempo, se había señalado que la prestación del servicio de remolque a través de grúas se inicie a los 90 días de la fecha de vigencia de obligaciones de contrato, la que se determinaba únicamente en función del cumplimiento de condiciones de carácter financiero, aspectos independientes de los hechos determinantes para el inicio de explotación: toma de posesión y aceptación de las obras.

De esa manera, el texto original del contrato generaba una ruptura en el vínculo explotación – prestación de servicio – PAMO. Esto se corrigió con la Adenda N° 1, que estableció que la prestación del servicio iniciaría a partir de la fecha de inicio de explotación, la cual se determina de la siguiente manera, de acuerdo a la Cláusula 8.10: Si el sub tramo corresponde a una obra existente, el inicio de explotación coincide con la toma de posesión o entrega de la vía; mientras que si el sub tramo corresponde a una obra a ser ejecutada por el concesionario, la explotación inicia con el momento en que el concesionario tiene derecho a empezar a percibir la fracción del Pago Anual por Obras correspondiente a cada etapa, es decir, con la aceptación de las obras. Por tanto, con la adenda bajo análisis no se alteró la asignación de riesgo, sino únicamente se efectuó una corrección necesaria.

En el caso de la Adenda N° 8 al CC IIRSA Sur T2, la Adenda N° 7 al CC IIRSA Sur T3 y la Adenda N° 8 al CC IIRSA Sur T4, se advierte que las partes acordaron anticipar el inicio de la prestación de los servicios y de la explotación. La redacción vigente hasta antes de la suscripción de dichas adendas suponía que los concesionarios debían iniciar la explotación de la concesión, lo que supone prestar los servicios obligatorios y cobrar el PAMO al concedente y el peaje a los usuarios, una vez transcurridos 12 meses desde la conclusión de la totalidad de las obras. Con las adendas en cuestión, se pactó que el inicio de la explotación se produciría una vez transcurrido un plazo de 30 días contados a partir de la culminación de la construcción de las unidades integradas de peaje y pesaje.

Cabe agregar que, según el texto vigente de los 3 CC hasta antes de la suscripción de las adendas, el concedente estaba obligado a pagar el 25% del PAMO durante el lapso de 12 meses, limitado por la culminación de las obras y el inicio de la explotación, momento a partir del cual el concedente debía pagar el 100% del PAMO. Con la modificación contractual, al eliminarse el intervalo de tiempo, el concedente quedó obligado únicamente a pagar el 100% del PAMO desde el inicio de la explotación, aunque con la ventaja de que este también marcaba el punto de partida del cobro de los peajes, lo cual en suma disminuyó las cargas económicas para el concedente. En ese sentido, aunque hubo un

adelantamiento en la oportunidad para que las partes controlen los riesgos de operación y de ingresos, por parte del concesionario y del concedente, respectivamente, esta modificación contractual, en principio, resultó ser justificada pues se introdujeron beneficios significativos y equitativos para ambas partes.

Ahora bien, en el caso puntual de la Adenda N° 7 al CC IIRSA Sur T4, existe una particularidad que llama la atención, no presente en las otras 2 adendas, a saber, que el anticipo en el inicio de la explotación y la prestación de los servicios fue parcial, pues excluyó a un tipo de sub tramos denominados “sectores inestables” y “sectores críticos”, sobre los cuales el concesionario no quedó obligado a proveer los servicios, concediéndosele más bien la opción de continuar con la ejecución de las obras en dichos sectores, sin contar con un plazo predefinido. En realidad, la Adenda de “adelantamiento” de servicios tuvo dos efectos: Postergación en el inicio de la construcción y explotación en los sectores inestables y críticos y anticipo en el resto de sub tramos de la concesión.

Es importante precisar que, sin adenda, el plazo para la culminación de todos los sectores de la carretera de la CC IIRSA Sur T4 era único respecto de toda la concesión, pero en virtud de la adenda se efectuó una segmentación de los sectores, postergando indefinidamente la ejecución de las obras en los sectores inestables y críticos. Ello supuso una alteración en la asignación del riesgo constructivo, entendido como el deber de soportar las demoras y los sobrecostos en la construcción, y del riesgo de disponibilidad de servicios (MEF, 2016, pp. 4, 11), pues se trasladó al concedente el deber de esperar por la ejecución de las obras y el inicio de los servicios en dichos sectores.

Es pertinente aclarar que los autores de la presente investigación no pretenden efectuar juicio de valor alguno sobre la validez técnica de la calificación de los sectores como inestables o críticos. Más bien se asume que dicha determinación corresponde a la verdad. Por lo tanto, puede resultar atendible que, habiéndose identificado la presencia de estos sectores, el concesionario solicite la postergación de la ejecución de las obras y, con ello, indefectiblemente, la transferencia en la asignación de riesgos.

Sin embargo, a pesar de estas razones fundadas, para que una adenda que varíe los riesgos sea considerada como legítima debe cumplir dos condiciones: i) o altera los riesgos mínimamente o ii) genera ventajas equitativas para ambas partes. En el caso de la Adenda N° 7 al CC IIRSA Sur T4, se tiene que esta generó beneficios para ambas partes únicamente respecto del adelantamiento de la explotación y del pago del 100% del PAMO. Sin embargo, en lo que se refiere a la postergación de la ejecución de las obras y la explotación en los sectores inestables, no se advierte que el concedente haya recibido alguna compensación equitativa. Por consiguiente, se trataría de una adenda no justificada.

Tabla 12. Modificación del inicio de la explotación y prestación de los servicios

Adenda	Antes	Después	Efecto
CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 8	<ul style="list-style-type: none"> - Plazo para el inicio de explotación: 12 meses desde el fin de la construcción de todas las obras. - Pago durante 12 meses: 25% del PAMO. 	<ul style="list-style-type: none"> - Plazo para el inicio de explotación: 30 días desde la construcción de las unidades de peaje. - Pago durante la explotación: 100% del PAMO. 	<ul style="list-style-type: none"> - Se adelanta el inicio de prestación de los servicios. - Se adelanta el inicio del cobro de peajes (a favor del concedente). - Se elimina el pago del 25% del PAO antes de la explotación.
CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 7	<ul style="list-style-type: none"> - Pago durante la explotación: 100% del PAMO. 		
CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 7	<ul style="list-style-type: none"> - Plazo para el inicio de explotación: 12 meses desde el fin de la construcción de todas las obras. - Pago durante 12 meses: 25% del PAMO. - Pago durante la explotación: 100% del PAMO. 	<ul style="list-style-type: none"> - Plazo para el inicio de explotación: 30 días desde la construcción de las unidades de peaje, salvo en los sectores inestables y críticos. - Ampliación de plazo incierta para sectores inestables y críticos. - Pago durante la explotación: 100% del PAMO. 	<ul style="list-style-type: none"> - Se posterga el inicio de prestación de los servicios en los sectores inestables y críticos. - Se adelanta el inicio de prestación de los servicios en los demás subtramos. - Se adelanta el inicio del cobro de peajes (a favor del concedente). - Se elimina el pago del 25% del PAO antes de la explotación.

En cambio, la Adenda N° 8 al CC IIRSA Sur T 2 y la Adenda N°7 al CC IIRSA Sur T3 no alteraron el riesgo constructivo. Asimismo, si bien mediante dichas

modificaciones contractuales se adelantó la operación y prestación de los servicios, a contramano, se generó el derecho del concesionario a percibir el 100% del PAMO. En consecuencia, no produjeron una alteración de los riesgos. Ahora bien, a pesar del reconocimiento de la utilidad de las dos adendas a que se ha hecho referencia, es necesario advertir que, en el terreno de los hechos no se ha podido apreciar todas las ventajas de la Adenda N° 8 al CC IIRSA Sur T2, pues el concedente no ha podido cumplir con la transferencia de los terrenos para la construcción de las unidades integradas de peaje y pesaje, por razones no atribuibles al concesionario. Ello ha derivado en que, para no perjudicar a los usuarios, el concesionario preste los servicios obligatorios y perciba el 100% del PAMO, el cual es pagado íntegramente con fondos públicos, al no existir estaciones de peaje ni recaudación (Contraloría, 2015, p. 198).

3.1.13. Modificaciones a la cláusula de solución de controversias

De la redacción original de la Cláusula 16 de los CC IIRSA Norte, IIRSA Sur T2, T3 y T4 y el CC del 1° Grupo de Aeropuertos, referida a solución de controversias y concretamente sobre arbitraje, se aprecia que la modificación incidió en el plazo de emisión del laudo de sesenta días siguientes a la instalación del Tribunal, debido a que se adecuó al plazo establecido en el Reglamento Procesal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

De la revisión del mencionado reglamento se aprecia que el plazo de treinta días es susceptible de ser ampliado en quince días. Asimismo, se establece que en casos excepcionales y cuando no exista acuerdo entre las partes, el Consejo Superior de Arbitraje autorizará un plazo o prórroga mayor. Sobre, ello la excepcionalidad establecida por el Reglamento permitiría concluir que en los mencionados casos en que sí exista acuerdo entre las partes de la concesión existen la posibilidad de establecer plazos mayores los establecidos por el Reglamento Procesal de Arbitraje de la CCL.

La modificación de este aspecto no incide en ningún riesgo originalmente asignado en los CC revisados e inclusive no guarda relación con los riesgos identificados en la presente investigación. En ese sentido, las cinco adendas que

integran este grupo de modificaciones contractuales sobre la cláusula de solución de controversias (Adenda N° 4 al CC IIRSA Norte, Adenda N° 5 al CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 5 al CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 4 al CC IIRSA Sur T4 y Adenda N° 7 al CC 1° Grupo de Aeropuertos) no alteran la asignación de riesgos por no encontrarse referidas a riesgo alguno.

3.1.14. Modificaciones a las reglas de liquidación y pago en caso de caducidad

Dentro de esta categoría se encuentran las Adendas N° 3 a los CC IIRSA Norte, IIRSA Sur T2, T3 y T4, que modificaron las condiciones referidas a la caducidad por decisión unilateral del concedente.

Es importante considerar que estas adendas fueron suscritas con motivo de un requerimiento de los acreedores permitidos, y que la modificación del régimen de liquidación en caso de caducidad fue una medida complementaria a la principal transformación introducida mediante la Adenda N° 3, la incorporación del régimen de CRPAO, que trajo consigo la transferencia del riesgo de ingresos asociado a la disponibilidad de la infraestructura al concedente.

De acuerdo con la regulación contractual previa a la suscripción de la Adenda N° 3, el concesionario adquiriría el derecho de cobro del PAO, mediante el pago de cuotas semestrales equivalentes al 50% del PAO durante 15 años, únicamente a partir de la conformidad de las obras de cada etapa. En ese sentido, si antes de la culminación de las obras, el concedente resolvía el CC por decisión unilateral, el concesionario se veía expuesto a la pérdida de su inversión. Para tal efecto, el CC preveía como indemnización el reconocimiento de dicha inversión, que representaba una cantidad equivalente al porcentaje de avance de obra, multiplicado por la mitad del PAO correspondiente a cada etapa de inversiones. Asimismo, el CC regulaba la fórmula indemnizatoria en caso de caducidad por decisión unilateral del concedente, en un escenario de culminación de obras. En la Tabla 13 se muestra la regulación específica aplicable a cada CC, antes de la Adenda N° 3:

Tabla 13. Reglas en caso de caducidad por decisión unilateral del concedente antes de la modificación contractual

CC	Caducidad antes de culminación de obras	Caducidad en caso de culminación de obras
CC IIRSA Norte	<p>Pago en 24 meses de una suma equivalente al porcentaje de PAO que representa cada etapa de obra, multiplicada por el porcentaje de avance de obra.</p> <p>Asumiendo un avance de 75% de la primera etapa y 50% de la segunda etapa, la indemnización asciende a:</p> <p><u>1° Etapa:</u> $30 \times 75\% \times 35.32\% \times \text{PAO}$ $= 7.95 \times \text{PAO}$</p> <p><u>2° Etapa</u> $30 \times 50\% \times 14.68\% \times \text{PAO}$ $= 2.2 \times \text{PAO}$</p>	<p>Pago en 24 meses del valor traído a valor presente del 100% del MIPAO, ajustado por el calendario de pagos (considera 30 cuotas semestrales del PAO por el porcentaje de avance de obra).</p> <p><u>1° Etapa:</u> $30 \times 35.32\% \times \text{PAO}$ $= 10.6 \times \text{PAO}$ (traído a valor presente)</p> <p><u>2° Etapa</u> $30 \times 14.68\% \times \text{PAO}$ $= 4.4 \times \text{PAO}$ (traído a valor presente)</p>
CC IIRSA Sur T2	<p>Pago en 24 meses de una suma equivalente al porcentaje de PAO que representa cada etapa de obra, multiplicada por el porcentaje de avance de obra.</p> <p>Asumiendo un avance de 75% de la primera etapa, 50% de la segunda etapa y 25% de la tercera etapa, la indemnización asciende a:</p> <p><u>1° Etapa:</u> $30 \times 75\% \times 14.5\% \times \text{PAO}$ $= 3.26 \times \text{PAO}$</p> <p><u>2° Etapa</u> $30 \times 50\% \times 19\% \times \text{PAO}$ $= 2.85 \times \text{PAO}$</p> <p><u>3° Etapa</u> $30 \times 25\% \times 16.5\% \times \text{PAO}$ $= 1.24 \times \text{PAO}$</p>	<p>Pago en 24 meses del valor traído a valor presente del 100% del MIPAO, ajustado por el calendario de pagos (considera 30 cuotas semestrales del PAO por el porcentaje de avance de obra).</p> <p><u>1° Etapa:</u> $30 \times 14.5\% \times \text{PAO}$ $= 4.35 \times \text{PAO}$ (traído a valor presente)</p> <p><u>2° Etapa</u> $30 \times 19\% \times \text{PAO}$ $= 5.7 \times \text{PAO}$ (traído a valor presente)</p> <p><u>3° Etapa</u> $30 \times 16.5\% \times \text{PAO}$ $= 4.95 \times \text{PAO}$ (traído a valor presente)</p>
CC IIRSA Sur T3	<p>Pago en 24 meses de una suma equivalente al porcentaje de PAO que representa cada etapa de obra, multiplicada por el porcentaje de avance de obra.</p> <p>Asumiendo un avance de 75% de la primera etapa, 50% de la segunda etapa y 25% de la tercera etapa, la indemnización asciende a:</p> <p><u>1° Etapa:</u> $30 \times 75\% \times 14.5\% \times \text{PAO}$ $= 3.26 \times \text{PAO}$</p> <p><u>2° Etapa</u> $30 \times 50\% \times 19\% \times \text{PAO}$ $= 2.85 \times \text{PAO}$</p> <p><u>3° Etapa</u> $30 \times 25\% \times 16.5\% \times \text{PAO}$ $= 1.24 \times \text{PAO}$</p>	<p>Pago en 24 meses del valor traído a valor presente del 100% del MIPAO, ajustado por el calendario de pagos (considera 30 cuotas semestrales del PAO por el porcentaje de avance de obra).</p> <p><u>1° Etapa:</u> $30 \times 14.5\% \times \text{PAO}$ $= 4.35 \times \text{PAO}$ (traído a valor presente)</p> <p><u>2° Etapa</u> $30 \times 19\% \times \text{PAO}$ $= 5.7 \times \text{PAO}$ (traído a valor presente)</p> <p><u>3° Etapa</u> $30 \times 16.5\% \times \text{PAO}$ $= 4.95 \times \text{PAO}$ (traído a valor presente)</p>
CC IIRSA Sur T4	<p>Pago en 24 meses de una suma equivalente al porcentaje de PAO que representa cada etapa de obra, multiplicada por el porcentaje de avance de obra.</p> <p>Asumiendo un avance de 75% de la primera etapa, 50% de la segunda etapa y 25% de la tercera etapa, la indemnización asciende a:</p> <p><u>1° Etapa:</u> $30 \times 75\% \times 14.5\% \times \text{PAO}$ $= 3.26 \times \text{PAO}$</p> <p><u>2° Etapa</u> $30 \times 50\% \times 19\% \times \text{PAO}$ $= 2.85 \times \text{PAO}$</p> <p><u>3° Etapa</u> $30 \times 25\% \times 16.5\% \times \text{PAO}$ $= 1.24 \times \text{PAO}$</p>	<p>Pago en 24 meses del valor traído a valor presente del 100% del MIPAO, ajustado por el calendario de pagos (considera 30 cuotas semestrales del PAO por el porcentaje de avance de obra).</p> <p><u>1° Etapa:</u> $30 \times 14.5\% \times \text{PAO}$ $= 4.35 \times \text{PAO}$ (traído a valor presente)</p> <p><u>2° Etapa</u> $30 \times 19\% \times \text{PAO}$ $= 5.7 \times \text{PAO}$ (traído a valor presente)</p> <p><u>3° Etapa</u> $30 \times 16.5\% \times \text{PAO}$ $= 4.95 \times \text{PAO}$ (traído a valor presente)</p>

Como se puede apreciar, el texto previo a la suscripción de la Adenda N° 3 de los CC reconocía a los concesionarios el derecho de reclamar una indemnización en caso de caducidad por decisión unilateral del concedente, por un importe equivalente al valor actualizado de su inversión. En caso la caducidad ocurriera antes de la culminación de las obras, la indemnización denominada "IPAO" se

ajusta por el porcentaje de avance. En tanto, si la caducidad se declara después de la culminación de las obras, la indemnización denominada “MIPAO” es equivalente a la suma de total de PAO a ser pagados, traída a valor presente.

A diferencia de un escenario en el que el CC mantiene su vigencia y los pagos debían efectuarse semestralmente, al caducar la concesión por decisión unilateral del concedente, dichos pagos se efectúan, en sustitución, en un solo pago en un plazo máximo de veinticuatro (24) meses. Esta regla aplicable a los 4 CC se detalla de un modo más explícito en los CC IIRSA Sur T2, T3 y T4, en cuya cláusula 14.4 se establece que las indemnizaciones “IPAO” y “MIPAO” sustituyen a la obligación del Concedente de efectuar los PAO adeudados. Aunque no se indica lo mismo de manera tan expresa en el CC IIRSA Norte, la lógica subyacente es la misma: En caso de caducidad por decisión unilateral, el pago de la indemnización “IPAO” o “MIPAO” excluye la obligación de efectuar los PAO.

En virtud de las Adendas N° 3 a los 4 CC, la fórmula contractual de la liquidación y pago es sustituida por las siguientes reglas:

Tabla 14. Reglas en caso de caducidad por decisión unilateral del concedente después de la modificación contractual

CC	Indemnización
CC IIRSA Norte	Pago en 24 meses de indemnización con el siguiente importe: <ul style="list-style-type: none"> a) Antes del cumplimiento del 60% de las obras: 2*PAO b) Después del cumplimiento del 60% de las obras: US\$ 16'000,000 como mínimo (aproximadamente 54%*PAO) c) Después de la culminación de las obras: US\$ 8'000,000 (aproximadamente 27%*PAO)
CC IIRSA Sur T2	Pago en 24 meses de indemnización con el siguiente importe: <ul style="list-style-type: none"> a) Antes del cumplimiento del 60% de las obras: 2*PAO b) Después del cumplimiento del 60% de las obras: 50%*PAO c) Después de la culminación de las obras: 2*PAMO (US\$ 9'526,000 o 30%*PAO)

CC	Indemnización
CC IIRSA Sur T3	Pago en 24 meses de indemnización con el siguiente importe: a) Antes del cumplimiento del 60% de las obras: 2*PAO b) Después del cumplimiento del 60% de las obras: 50%*PAO c) Después de la culminación de las obras: 2*PAMO (US\$ 11'918,000 o 29.2%*PAO)
CC IIRSA Sur T4	Pago en 24 meses de indemnización con el siguiente importe: a) Antes del cumplimiento del 60% de las obras: 2*PAO b) Después del cumplimiento del 60% de las obras: 50%*PAO c) Después de la culminación de las obras: 2*PAMO (US\$ 9'366,000 o 36.8%*PAO)

A continuación, se presenta una comparación de los montos indemnizatorios, lo cual permite evidenciar el impacto del cambio en la regulación contractual, asumiendo un escenario de ejecución del 50% de las obras (antes del cumplimiento del 60%), del 75% de las obras (después del cumplimiento del 60%) y del 100% en cada CC.

Tabla 15. Comparación de los montos indemnizatorios antes y después de la suscripción de la Adenda N° 3

CC	Indemnización antes de la Adenda N° 3	Indemnización después de la Adenda N° 3
CC IIRSA Norte	Pago en 24 meses de indemnización con el siguiente importe: a) Antes del cumplimiento del 60% de las obras: $30 \cdot 50\% \cdot (35.32\% + 14.68\%) \cdot \text{PAO} = 7.5 \cdot \text{PAO}$ b) Después del cumplimiento del 60% de las obras: $30 \cdot 75\% \cdot (35.32\% + 14.68\%) \cdot \text{PAO} = 11.25 \cdot \text{PAO}$ c) Después de la culminación de las obras: $30 \cdot 100\% \cdot (35.32\% + 14.68\%) \cdot \text{PAO} = 15 \cdot \text{PAO}$	Pago en 24 meses de indemnización con el siguiente importe: a) Antes del cumplimiento del 60% de las obras: 2*PAO b) Después del cumplimiento del 60% de las obras: 54%*PAO c) Después de la culminación de las obras: 27%*PAO)

CC	Indemnización antes de la Adenda N° 3	Indemnización después de la Adenda N° 3
CC IIRSA Sur T2	Pago en 24 meses de indemnización con el siguiente importe:	Pago en 24 meses de indemnización con el siguiente importe: a) Antes del cumplimiento del 60% de las obras: 2*PAO b) Después del cumplimiento del 60% de las obras: 50%*PAO c) Después de la culminación de las obras: 30%*PAO
CC IIRSA Sur T3	a) Antes del cumplimiento del 60% de las obras: $30*50%*(14.5%+19%+16.5\%)*PAO = 7.5*PAO$ b) Después del cumplimiento del 60% de las obras: $30*75%*(14.5%+19%+16.5\%)*PAO = 11.25*PAO$ c) Después de la culminación de las obras: $30*100%*(14.5%+19%+16.5%)*PAO = 15*PAO$	Pago en 24 meses de indemnización con el siguiente importe: a) Antes del cumplimiento del 60% de las obras: 2*PAO b) Después del cumplimiento del 60% de las obras: 50%*PAO c) Después de la culminación de las obras: 2*PAMO (US\$ 11'918,000 o 29.2%*PAO)
CC IIRSA Sur T4		Pago en 24 meses de indemnización con el siguiente importe: a) Antes del cumplimiento del 60% de las obras: 2*PAO b) Después del cumplimiento del 60% de las obras: 50%*PAO c) Después de la culminación de las obras: 2*PAMO (US\$ 9'366,000 o 36.8%*PAO)

La Adenda N° 3 produce un impacto evidente en el monto indemnizatorio: disminuye en cualquier escenario. De alguna manera podría señalarse que esto está alineado en cierto modo con el interés público, pues el concedente podría terminar pagando una indemnización menor en caso determine que el proyecto deja de ser relevancia pública o si mantener un vínculo con el concesionario puede ser perjudicial, por alguna razón. Sin embargo, esta comparación es engañosa. La disminución del monto indemnizatorio mediante la Adenda N° 3 ha venido aparejada de la incorporación del régimen de CRPAO. Como se señaló en el análisis de la sección correspondiente, la caducidad de la concesión es inoponible a los CRPAO ya emitidos. En ese sentido, en cualquier escenario de

avance de obra comprobado, el concedente ya habrá emitido a favor del concesionario 30 CRPAO correspondientes al porcentaje de avance de obra, lo que implica que el concedente ha asumido un compromiso irrevocable para con el tenedor del CRPAO equivalente a un 50% del PAO equivalente, multiplicado por el avance de obra certificado.

En consecuencia, en caso el concedente declare la caducidad por decisión unilateral, el concesionario mantiene el derecho de intercambiar los CRPAO emitidos según el avance de obra y además tiene el derecho a exigir el pago del monto indemnizatorio en un plazo de veinticuatro (24) meses. Antes de la suscripción de la Adenda N° 3, el concesionario sólo tenía derecho a percibir la indemnización "IPAO" o "MIPAO" en sustitución del PAO.

No discutimos el hecho de que este cambio introducido como consecuencia de un requerimiento de los acreedores permitidos podría haber sido indispensable para la continuidad del proyecto. Sin embargo, en estricto, el concesionario estaba obligado a ejecutar el proyecto sin las facilidades y beneficios inequitativos que fueron introducidos únicamente a su favor mediante la Adenda N° 3.

Estas cuatro modificaciones contractuales agravan la alteración en la asignación de riesgos de ingresos, provocada mediante la introducción del régimen de CRPAO, pues además de recolocar el riesgo asignado al concesionario, trasladándolo al concedente, en la práctica, extinguen el ejercicio de la facultad de caducidad por decisión unilateral del concedente, pues incrementa sustancialmente los costos. De hecho, si el concedente se vale de dicha facultad, la cláusula indemnizatoria sólo tendría efecto resarcitorio, pero no liberatorio, dado que los compromisos firmes expresados en los CRPAO son irrevocables.

3.1.15. Modificaciones a la calificación del personal clave del concesionario

Sobre el personal clave, en los CC del 1° y 2° Grupo de Aeropuertos se pone especial énfasis en la calificación requerida para el personal que se desempeña en la gerencia general, comercial, de operaciones, así como la gerencia de mantenimiento e inversiones y la jefatura de seguridad.

Con la Adenda N° 8 al CC 1° Grupo de Aeropuertos y la Adenda N° 3 al 2° Grupo de Aeropuertos, se efectuaron las siguientes modificaciones a los requisitos del personal clave de los concesionarios:

Tabla 16. Modificación de los requisitos del personal clave

Puesto	Requisito inicial	Perfil modificado	Efecto de la adenda
Gerente General	Se requiere profesional en administración, economía, ingeniería o afines	Se agrega la profesión de derecho.	Se flexibiliza las carreras profesionales requeridas.
	Conocimientos de normas y procedimientos OACI	Conocimientos de normas y procedimientos OACI acreditados, pudiendo acreditarse hasta dentro de los seis (6) meses posteriores al nombramiento.	Se flexibiliza la acreditación del conocimiento, con posterioridad al nombramiento
	Experiencia en cargos gerenciales por diez años, así como en cargos gerenciales en la industria por un período no menor a tres (3) años.	Experiencia en cargos gerenciales en general por diez años o en la industria por cinco años.	Se flexibiliza la experiencia en cargos generales siendo i) cargos gerenciales por un período no menor a diez (10) años o ii) en la industria (aeropuertos, aerolíneas y otros relacionados), por un periodo no menor a cinco (5) años.

Puesto	Requisito inicial	Perfil modificado	Efecto de la adenda
Gerente de Operaciones	A fin de determinar la experiencia en cargos gerenciales se considerará la referida a los aeropuertos con un tráfico mayor a 1,000,000 pasajeros anuales	Se disminuye la cantidad de tráfico de los aeropuertos que acreditan la experiencia considerando un tráfico mayor a 500,000 pasajeros anuales.	Se advierte la reducción de los requisitos.

Del detalle del cuadro anterior, es posible concluir que con las adendas en cuestión se pretende conseguir una flexibilización de los requisitos del personal clave. Propiamente esto no está asociado directamente a la relocalización de algún riesgo específico. Sin embargo, es necesario recordar que una de las principales razones que justifican la existencia de las APP es la posibilidad de transferir los riesgos operativos al sector privado en atención a su profesionalidad y especialización (Suto *et al*/ 2013, p. 18) y que el déficit de infraestructura pública no puede ser cubierto por el Estado, por la deficiencia tanto de recursos financieros como humanos (Contraloría, 2015, p. 19). Precisamente estos últimos son relevantes para que los inversionistas privados puedan administrar los riesgos inherentes a las actividades de provisión y explotación de la infraestructura.

Cuando una adenda relaja los requisitos de calificación profesional que deben ser cumplidos por el personal clave del concesionario se está habilitando a que éste contrate personal con menor experiencia y conocimiento especializado, lo cual disminuye los atributos del concesionario que le permiten mitigar aquellos riesgos para cuyo control necesita de la calificación y la experiencia de su personal clave.

Un relajamiento en las exigencias de solvencia profesional aplicables al personal clave aumenta el ámbito de incertidumbre sobre la capacidad de respuesta y administración del concesionario ante los riesgos inherentes a la ejecución del CC. Ello incide en el riesgo de operación pues lo incrementa, sin embargo, no se produce en puridad una relocalización o transferencia de dicho riesgo, el cual permanece asignado al concesionario.

3.2. CATEGORIZACIÓN DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES RECURRENTE

Después de haber efectuado un análisis exhaustivo de las 78 modificaciones contractuales distribuidas en 54 adendas suscritas a los 13 CC cofinanciados de ITUP vigentes, que por lo menos han sido modificados en una oportunidad, corresponde verificar si la hipótesis planteada por los investigadores es correcta.

Tentativamente se había planteado, como respuesta a la interrogante sobre la existencia de modificaciones contractuales que alteren injustificadamente la asignación de riesgos en los CC cofinanciados de ITUP vigentes, que hay tres categorías de modificaciones contractuales:

- (i) Un primer grupo, conformado por las modificaciones que no alteran la distribución de riesgos;
- (ii) Un segundo grupo, conformado por las modificaciones que producen una alteración del esquema de distribución de riesgos, pero legítimamente, es decir, se sustentan en razones de interés público y generan ventajas equivalentes para ambas partes o producen una variación poco significativa pero muy necesaria para resolver una contingencia prevista.
- (iii) Un tercer grupo, integrado por las modificaciones contractuales que reconfiguran la asignación de riesgos de modo injustificado, a través la introducción de variaciones que no responden al interés público o que transforman drásticamente el esquema de distribución de riesgos, sin que ello produzca resultados equitativos para las partes.

A continuación, se presenta el resultado de la investigación. En primer lugar, nótese en la Tabla 17 el resultado del análisis comparativo de modificaciones contractuales por tema recurrente específico.

Tabla 17. Resultados del análisis comparativo

Tema específico	Adendas	Resultado
Acreedores Permitidos	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Norte, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 3 • CC Línea 1, Adenda N° 1 • CC Línea 2, Adenda N° 1 • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 3 	<ul style="list-style-type: none"> • No alteran los riesgos, si bien inciden en el riesgo de financiamiento, no lo reubican o trasladan al concedente.
Incorporación del Régimen de CRPAO	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Norte, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 3 	<ul style="list-style-type: none"> • A pesar de las ventajas introducidas en materia de disminución de costos financieros, la adenda altera significativamente el riesgo de ingresos, sin que produzca beneficios cualitativamente equivalentes para las partes, salvo en el caso de la Adenda N° 3 al CC IIRSA Norte, en virtud de la cual se acortó el plazo de ejecución de obras de 48 a 25 meses.
Modificación del Régimen de CRPAO	<ul style="list-style-type: none"> • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 6 • CC Canchaque, Adenda N° 1. 	<ul style="list-style-type: none"> • No alteran la asignación de riesgos, pues las adendas mantuvieron el esquema de pagos por hitos constructivos. • En el caso particular de la Adenda N° 6 al Primer Grupo de Aeropuertos de Provincias, la aparente inclusión de hitos financieros realmente no fue así, pues desde el texto original se permitía la expedición de CAO por partidas, con cargo a la presentación de una carta fianza, aun sin haber culminado el hito.

Tema específico	Adendas	Resultado
Régimen de Bienes de la Concesión e interferencias	<ul style="list-style-type: none"> • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 1 • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 2 • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 4 • CC 2° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 1 • CC Línea 2, Adenda N° 1 	<ul style="list-style-type: none"> • Las adendas referidas a los CC 1° Grupo de Aeropuertos y 2° Grupo de Aeropuertos están referidas únicamente a la entrega de los denominados “Aeropuertos Adicionales”, lo cual estuvo pactado desde la versión original de los respectivos CC. • En el caso de la Adenda N° 1 al CC Metro de Lima Línea 2, esta introduce múltiples cambios con el propósito de atender la contingencia no prevista de la presencia de interferencias, cuyo riesgo está asociado originalmente al concedente. Salvo por algunas modificaciones que generan ventajas para el concesionario, que pueden ser interpretadas como medidas compensatorias, la adenda no altera los riesgos y si lo hace, se trata de variaciones justificadas.
Variaciones de metrados	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 4 • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 5 • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 6 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 4 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 5 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 6 • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 5 • CC IIRSA Sur T4, Adenda N°6 	<ul style="list-style-type: none"> • Las adendas incrementaron significativamente los costos del concedente, pero en términos cualitativos, no alteraron el riesgo, el cual desde el texto original había sido asignado al concedente, pues el esquema constructivo fue uno de precios unitarios, razón por la cual las deficiencias en el diseño del proyecto referencial provocaron una variación significativa en los costos reales versus los costos del proyecto, afectando el proceso competitivo, aunque en sentido estricto, no se produjo una alteración de los riesgos.
Sustitución, incorporación o eliminación de obras e inversiones	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Norte, Adenda N° 1 • CC IIRSA Norte, Adenda N° 2 • CC IIRSA Sur T5, Adenda N° 1 • CC IIRSA Sur T5, Adenda N° 3 • CC Línea 1, Adenda N° 4 • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 5 	<ul style="list-style-type: none"> • Las adendas no modificaron los riesgos constructivos, de operación o de ingresos, salvo la Adenda N° 1 al CC IIRSA Norte, que alteró injustificadamente el riesgo constructivo, al nunca producirse la transferencia de dicho riesgo pactada en el contrato original, respecto de las estaciones de peaje (salvo una), sin la correspondiente compensación mediante una disminución en el PAO. • La Adenda N° 1 al CC IIRSA Sur Tramo 5 no modificó la alteración de riesgos, pero llama la atención el hecho de que su suscripción revela el deficiente planteamiento de obras de infraestructura a nivel nacional por parte del concedente, pues de modo paralelo al desarrollo de la concesión, Provías Nacional contrató bajo el régimen de contratación tradicional la realización de trabajos de mantenimiento en un sub tramo comprendido en la concesión.

Tema específico	Adendas	Resultado
Monto o porcentaje de obras adicionales y monto total	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Norte, Adenda N° 5 • CC IIRSA Norte, Adenda N° 6 • CC IIRSA Norte, Adenda N° 7. • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 6 • CC IIRSA Sur T2, Adenda 7. • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 5 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 6. • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 5 	<ul style="list-style-type: none"> • Las adendas que modifican el monto o porcentaje máximo de obras adicionales no alteran <i>per se</i> la asignación de riesgos de ingresos o constructivos; sin embargo, su uso frecuente, en un entorno de pobre institucionalidad, genera el riesgo evitable de incorporar obras innecesarias en la concesión o de omitir obras en el diseño original a sabiendas de que pueden ser incorporadas en la concesión, produciendo un baipás en el proceso de selección.
Aceptación de Obras	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Sur T1, Adenda N° 1. • CC IIRSA Sur T5, Adenda N° 1. • CC Huaral-Acos, Adenda N° 2 • CC Valle de Zaña, Adenda N° 1 	<ul style="list-style-type: none"> • Las cuatro adendas surgieron por incumplimiento del concedente en la entrega de los terrenos. De hecho, en las cuatro sí se produjo una transferencia parcial del riesgo. En el caso de las adendas a los CC IIRSA Sur Tramos 1 y 5, se modifica el porcentaje para la expedición del último CAO, pero la variación es poco significativa (de 100% a 98% o 95%). En el caso de las adendas a los CC Chancay y Valle de Zaña, la falta de aceptación total de obras producto de la falta de entrega de terrenos produjo un deterioro previsible en la infraestructura atribuible al concedente, que debía ser asumido por él, razón por la cual se le trasladó el riesgo de mantenimiento. Dicha reasignación de riesgo fue justificada. Lo inaceptable fue su previo incumplimiento.
Costo de Transitabilidad	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 1 • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 2 • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 6. • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 1 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 2 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 5. • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 1 • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 2 • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 6. 	<ul style="list-style-type: none"> • Las Adendas N° 1 a los tres CC alteraron injustificadamente el riesgo, pues aligeraron la obligación de mantenimiento (transitabilidad), de modo tal que los índices se medirían únicamente en función de los vehículos livianos, sin una correspondiente reducción en el pago por transitabilidad. • Las Adendas N° 2 corrigieron dicha deficiencia. • Las demás adendas no inciden en la distribución de los riesgos.

Tema específico	Adendas	Resultado
Pago del cofinanciamiento y ajustes	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Sur T1, Adenda N° 2 • CC IIRSA Sur T5, Adenda N° 2 • CC Canchaque, Adenda N° 2 • CC Huaral-Acos, Adenda N° 1 • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 5 (Estudios Técnicos Previos) • CC 2° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 2 • CC Línea 1, Adenda N° 1 	<ul style="list-style-type: none"> • Las Adendas a los CC IIRSA Sur Tramo 1 y 5 sólo corrigen una incoherencia en la regulación del fideicomiso de mantenimiento, que no reflejaba el ajuste del PAMO previamente definido en el texto original. • Los CC de Canchaque y Chancay habían incurrido en un error material en la fórmula de ajuste del PAO, por lo que fue necesario incorporar la corrección necesaria. • En el CC del Primer Grupo de Aeropuertos se había establecido que los estudios eran remunerables, pero no se había efectuado de qué manera debían ser pagados, razón por la cual se corrigió dicha omisión. • En la Adenda N° 2 al CC del Segundo Grupo de Aeropuertos se corrigió un error en la fórmula del cofinanciamiento, que consistía en que, al consolidar a todos sus componentes, se producía una afectación global del IGV al resultado, cuando no todos los conceptos eran gravables.
Mantenimiento Periódico y de Emergencia	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 8. • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 7. • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 7 	<ul style="list-style-type: none"> • Las tres modificaciones contractuales ocasionan que el concedente asuma mayores riesgos de mantenimiento. • El CC establecía originalmente que la infraestructura vial debía conservarse en perfecto estado únicamente con la ejecución de actividades de mantenimiento rutinario durante los primeros diez años, las cuales se financian únicamente con los recursos de PAMO, sin que el concesionario limite su prestación al saldo disponible de dicha fuente de financiamiento. No obstante, al adelantarse la ejecución del mantenimiento periódico por diez años, como correlato, el concesionario queda habilitado igualmente para disponer de los recursos de la CMAP con anticipación, que al agotarse liberan al concesionario de la realización de nuevos trabajos de mantenimiento periódico. De esta manera, este tipo de mantenimiento no estará disponible para las etapas más tardías de la concesión, lo que significará que el concedente, al recibir la infraestructura, tendrá que asumir mayores costos de mantenimiento, sin experimentar ningún beneficio a cambio de ello. • Respecto del mantenimiento de emergencia, las partes pretendían incluir dentro de sus alcances una actividad que forma parte del mantenimiento rutinario, el que, a diferencia del primero, se financia únicamente con el PAMO, sin que el concesionario limite su prestación al saldo disponible de dicha fuente de recursos. Al ser considerados los trabajos como mantenimiento de emergencia, el concesionario sólo queda obligado a ejecutarlos en la medida que el concedente le provea de recursos y ya no a su riesgo y ventura. De esa manera, se produce una alteración injustificada del riesgo de mantenimiento, en perjuicio del concedente.

Tema específico	Adendas	Resultado
Plazos para la prestación de los servicios	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Norte, Adenda N° 1. • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 8. • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 7. • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 7 	<ul style="list-style-type: none"> • La Adenda N° 1 al CC de IIRSA Norte precisa que el inicio de explotación depende de la entrega de predios (en caso de sub tramos existentes) y de la culminación de obras (en caso de sub tramos nuevos). • Las demás adendas tuvieron como objeto anticipar la explotación de los servicios, lo cual adelantó la transferencia de riesgos al concesionario, pero ello fue justificado, porque generó ventajas para ambas partes: la puesta en marcha de los servicios y la extinción de la obligación a pagar el 25% del PAMO entre la culminación de las obras y el inicio de explotación (a favor del concedente) y el pago del PAMO (a favor del concesionario). • En la Adenda N° 7 al CC IIRSA Sur Tramo 4, se siguió la misma regla, con la excepción de los sectores inestables, respecto de los cuales se postergó indefinidamente la puesta en operación de los servicios, produciéndose una alteración injustificada, pues el concedente no recibió ninguna medida compensatoria.
Solución de controversias	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Norte, Adenda N° 4 • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 5 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 5 • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 4 • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 7 	<ul style="list-style-type: none"> • Las adendas no inciden en los riesgos de las partes.
Liquidación y pago en caducidad	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Norte, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 3 	<ul style="list-style-type: none"> • Las cuatro adendas profundizan la asimetría provocada por la alteración del riesgo de ingresos, introducida mediante el régimen de CRPAO.
Cambio de requisitos del personal clave	<ul style="list-style-type: none"> • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 8 • CC 2° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 3 	<ul style="list-style-type: none"> • Las adendas disminuyen los requisitos profesionales del personal directivo, los que habían sido introducidos con el propósito de mitigar el riesgo de operación. Con su flexibilización, se produce una incidencia negativa en el riesgo, pues este se potencia o incrementa; sin embargo, permanece asignado al concesionario.

Los resultados revelan que, en efecto, algunas renegociaciones contractuales han derivado en la suscripción de adendas que introducen modificaciones que alteran injustificadamente los riesgos, mientras que otras no producen variación alguna o lo hacen por razones justificadas. Las modificaciones recurrentes quedarían clasificadas en las tres categorías planteadas en la hipótesis de la siguiente manera:

Tabla 18. Categorización de modificaciones contractuales

Tema específico	Adendas	Incidencia en el riesgo		
		No alteran riesgo	Alteran riesgo justificadamente	Alteran riesgo injustificadamente
Acreeedores Permitidos	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Norte, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 3 • CC Línea 1, Adenda N° 1 • CC Línea 2, Adenda N° 1 • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 3 	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Norte, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 3 • CC Línea 1, Adenda N° 1 • CC Línea 2, Adenda N° 1 • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 3 		
Incorporación del Régimen de CRPAO	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Norte, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 3 		<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Norte, Adenda N° 3 	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 3
Modificación del Régimen de CRPAO	<ul style="list-style-type: none"> • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 6 • CC Canchaque, Adenda N° 1. 	<ul style="list-style-type: none"> • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 6 • CC Canchaque, Adenda N° 1. 		

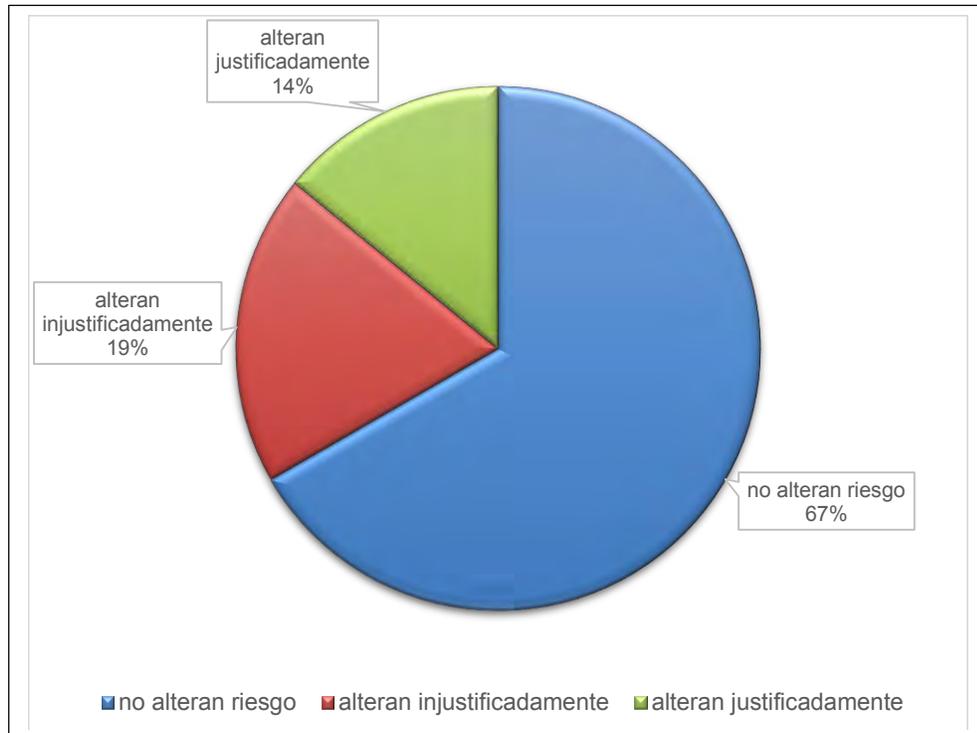
Tema específico	Adendas	Incidencia en el riesgo		
		No alteran riesgo	Alteran riesgo justificadamente	Alteran riesgo injustificadamente
Régimen de Bienes de la Concesión e interferencias	<ul style="list-style-type: none"> • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 1 • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 2 • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 4 • CC 2° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 1 • CC Línea 2, Adenda N° 1 	<ul style="list-style-type: none"> • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 1 • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 2 • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 4 • CC 2° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 1 	<ul style="list-style-type: none"> • CC Línea 2, Adenda N° 1 	
Variaciones de metrados	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 4 • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 5 • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 6 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 4 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 5 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 6 • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 5 • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 6 	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 4 • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 5 • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 6 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 4 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 5 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 6 • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 5 • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 6 		
Sustitución, incorporación o eliminación de obras e inversiones	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Norte, Adenda N° 1 • CC IIRSA Norte, Adenda N° 2 • CC IIRSA Sur T5, Adenda N° 1 • CC IIRSA Sur T5, Adenda N° 3 • CC Línea 1, Adenda N° 4 • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 5 	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Norte, Adenda N° 2 • CC IIRSA Sur T5, Adenda N° 1 • CC IIRSA Sur T5, Adenda N° 3 • CC Línea 1, Adenda N° 4 • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 5 		<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Norte, Adenda N° 1

Tema específico	Adendas	Incidencia en el riesgo		
		No alteran riesgo	Alteran riesgo justificadamente	Alteran riesgo injustificadamente
Monto o porcentaje de obras adicionales y monto total	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Norte, Adenda N° 5 • CC IIRSA Norte, Adenda N° 6 • CC IIRSA Norte, Adenda N° 7. • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 6 • CC IIRSA Sur T2, Adenda 7. • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 5 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 6. • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 5 	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Norte, Adenda N° 5 • CC IIRSA Norte, Adenda N° 6 • CC IIRSA Norte, Adenda N° 7. • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 6 • CC IIRSA Sur T2, Adenda 7. • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 5 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 6. • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 5 		
Aceptación de Obras	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Sur T1, Adenda N° 1. • CC IIRSA Sur T5, Adenda N° 1. • CC Huaral-Acos, Adenda N° 2 • CC Valle de Zaña, Adenda N° 1 		<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Sur T1, Adenda N° 1. • CC IIRSA Sur T5, Adenda N° 1. • CC Huaral-Acos, Adenda N° 2 • CC Valle de Zaña, Adenda N° 1 	
Pago del cofinanciamiento y ajustes	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Sur T1, Adenda N° 2 • CC IIRSA Sur T5, Adenda N° 2 • CC Canchaque, Adenda N° 2 • CC Huaral-Acos, Adenda N° 1 • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 5 (Estudios Técnicos Previos) • CC 2° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 2 • CC Línea 1, Adenda N° 1 	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Sur T1, Adenda N° 2 • CC IIRSA Sur T5, Adenda N° 2 • CC Canchaque, Adenda N° 2 • CC Huaral-Acos, Adenda N° 1 • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 5 (Estudios Técnicos Previos) • CC 2° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 2 • CC Línea 1, Adenda N° 1 		
Mantenimiento Periódico y de Emergencia	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 8. • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 7. • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 7 			<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 8. • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 7. • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 7

Tema específico	Adendas	Incidencia en el riesgo		
		No alteran riesgo	Alteran riesgo justificadamente	Alteran riesgo injustificadamente
Costo de Transitabilidad	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 1 • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 2 • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 6. • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 1 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 2 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 5. • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 1 • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 2 • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 6. 	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 6. • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 5. • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 6. 	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 2 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 2 • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 2 	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 1 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 1 • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 1
Plazos para la prestación de los servicios	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Norte, Adenda N° 1. • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 8. • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 7. • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 7 	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Norte, Adenda N° 1. 	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 8. • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 7. 	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 7
Solución de controversias	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Norte, Adenda N° 4 • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 5 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 5 • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 4 • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 7 	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Norte, Adenda N° 4 • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 5 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 5 • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 4 • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 7 		
Liquidación y pago en caducidad	<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Norte, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 3 			<ul style="list-style-type: none"> • CC IIRSA Norte, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T2, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T3, Adenda N° 3 • CC IIRSA Sur T4, Adenda N° 3
Cambio de requisitos del personal clave	<ul style="list-style-type: none"> • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 8 • CC 2° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 3 	<ul style="list-style-type: none"> • CC 1° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 8 • CC 2° Grupo de Aeropuertos, Adenda N° 3 		

Las 78 modificaciones contractuales analizadas se distribuyen en las tres categorías de la siguiente manera: 52 no alteran la asignación de riesgos, 11 producen una redistribución justificada y 15 introducen variaciones injustificadas del esquema de riesgos, lo que representa un 66.67%, 14.10% y 19.23%, respectivamente.

Gráfico 1. Categorización de las modificaciones contractuales en función de la alteración de los riesgos



Si el análisis efectuado respecto de modificaciones se expresara, de modo consolidado, es decir, ya no en función del número de aspectos modificados, sino respecto de las adendas suscritas, se tendría que 34 adendas no habrían alterado los riesgos, 7 adendas habrían efectuado una redistribución justificada y 12 adendas habrían reconfigurado injustificadamente el esquema de asignación de riesgos por lo menos en un aspecto modificado, conforme se aprecia a continuación:

Tabla 19. Categorización de adendas

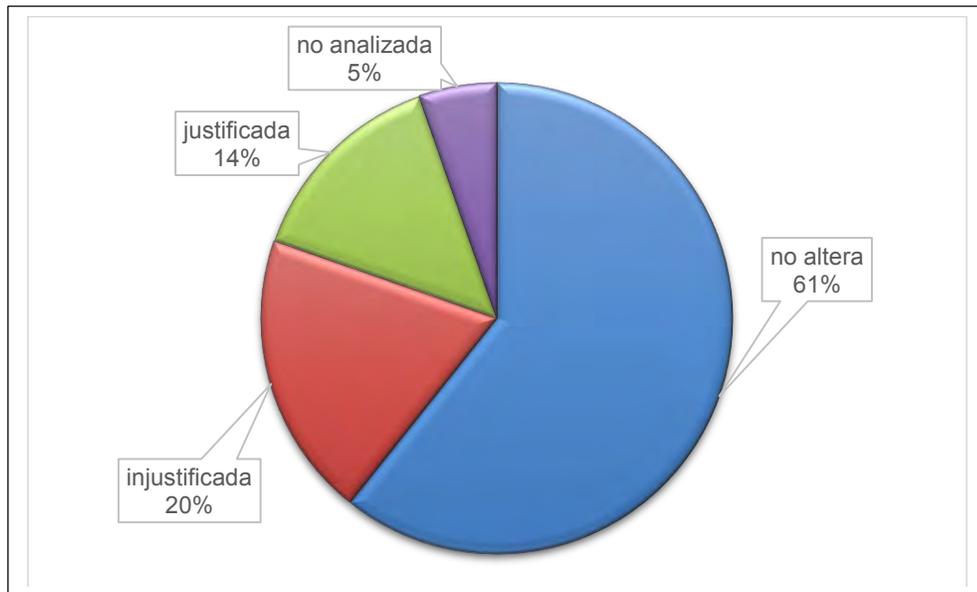
CC	Adenda	Categorización
CC IIRSA Norte	1	Injustificada
	2	No altera riesgos
	3	Injustificada
	4	No altera riesgos
	5	No altera riesgos
	6	No altera riesgos
	7	No altera riesgos
CC IIRSA Sur T1	1	Justificada
	2	No altera riesgos
CC IIRSA Sur T2	1	Injustificada
	2	Justificada
	3	Injustificada
	4	No altera riesgos
	5	No altera riesgos
	6	No altera riesgos
	7	No altera riesgos
	8	Injustificada
CC IIRSA Sur T3	1	Injustificada
	2	Justificada
	3	Injustificada
	4	No altera riesgos
	5	No altera riesgos
	6	No altera riesgos
	7	Injustificada
CC IIRSA Sur T4	1	Injustificada
	2	Justificada
	3	Injustificada
	4	No altera riesgos
	5	No altera riesgos
	6	No altera riesgos
	7	Injustificada
CC IIRSA Sur T5	1	Justificada
	2	No altera riesgos
	3	No altera riesgos
CC Canchaque	1	No altera riesgos
	2	No altera riesgos

CC	Adenda	Categorización
	3	No analizada
CC Huaral-Acos	1	No altera riesgos
	2	Justificada
CC Valle de Zaña	1	Justificada
CC 1° Grupo de Aeropuertos	1	No altera riesgos
	2	No altera riesgos
	3	No altera riesgos
	4	No altera riesgos
	5	No altera riesgos
	6	No altera riesgos
	7	No altera riesgos
CC 2° Grupo de Aeropuertos	1	No altera riesgos
	2	No altera riesgos
	3	No altera riesgos
CC Línea 1	1	No altera riesgos
	2	No analizada
	3	No analizada
	4	No altera riesgos
CC Línea 2	1	Justificada

Los porcentajes de distribución de las adendas en las tres categorías es el siguiente: 60.71% de adendas no alteran la asignación de riesgos, 14.29% varían el esquema de riesgos de modo justificado y 19.64% lo reconfiguran injustificadamente. Dichos porcentajes sumados representan el 94.64%. El 5.36% restante corresponde a las 3 adendas no estudiadas.

La clasificación de las adendas en función de la asignación de riesgos se puede representar gráficamente de la siguiente manera:

Gráfico 2. Categorización de las adendas en función de la alteración de los riesgos



Por las razones antes expuestas, queda demostrado que la hipótesis planteada es correcta, aunque el porcentaje de distribución es disímil, pues la cantidad de adendas que alteran injustificadamente los riesgos es bastante inferior a aquellas que no impactan en el esquema de distribución. Sin perjuicio de ello, es necesario precisar que el análisis de las modificaciones contractuales revela que no todas aquellas que no alteran los riesgos son necesariamente adendas –por decirlo de alguna manera- “buenas”.

Ciertamente, dentro de esta categoría de modificaciones se incluyen a las adendas referidas a las variaciones de metrados y de obras adicionales, que han sido determinantes para el incremento sustancial de los compromisos presupuestales del concedente. Estas adendas no son ni necesariamente provechosas ni necesariamente perniciosas. Sin embargo, su celebración, sobre todo en el caso de las adendas sobre variaciones de metrados, no ha sido el producto de una renegociación orientada a la solución de contingencias no previsibles, sino para viabilizar un proyecto que presentaba deficiencias de origen en los estudios técnicos, así como en el diseño de la obra bajo la modalidad de precios unitarios. Como ya se ha señalado en el estudio de dichas modificaciones, los proyectos se concesionaron con estudios sin la suficiente información técnica requerida, lo que provocó la existencia de diferencias considerables y evitables

entre los montos del proyecto referencial y los montos ejecutados. Aunque no se cuenta con un medio probatorio que indubitablemente demuestre el oportunismo de los concesionarios al renegociar los CC, no cabe duda de que, en un escenario en el que los estudios brindados por el concedente son deficientes, se genera un espacio propicio para que el concesionario plantee soluciones técnicas que podrían no ser las más beneficiosas para el concedente, provocando incluso un mayor compromiso o endeudamiento fiscal.

Asimismo, las modificaciones por obras adicionales tampoco son *per se* nocivas. Sin embargo, no puede descartarse que su uso y abuso pudieran servir para (i) incorporar dentro de la concesión obras que no son realmente necesarias o (ii) eludir la competencia en el proceso de promoción, mediante el encargo directo al concesionario de obras indispensables que debieron formar parte del proyecto referencial.



CONCLUSIONES

Las conclusiones que se obtienen a partir del análisis efectuado como parte de la presente investigación son las siguientes:

- (i) La adecuada distribución de riesgos es una preocupación esencial y consustancial a la existencia y conformación de una APP, razón por la cual los CC, desde su diseño original, deben asignar los riesgos a la parte mejor preparada para administrarlos, controlarlos o soportarlos.
- (ii) A pesar de que un CC pueda tener un diseño impecable desde su concepción, lo ordinario y previsible es que los CC sean objeto de modificación. Es más bien lo extraordinario que no se suscriban adendas, debido a su característica de contratos incompletos y de larga duración. Pese a ello, una liberalización absoluta de las modificaciones contractuales puede conducir a escenarios indeseables de alteración en la asignación de riesgos originalmente establecida.
- (iii) La legislación actual vigente prevé como mandato de las partes al renegociar un CC, procurar no alterar la asignación de riesgos. Dicha obligación no se encontraba expresamente prevista en el TUO de Concesiones o en el Decreto Legislativo N° 1012, pero era un deber tácito, porque la asignación de riesgos era considerada como uno de los componentes del equilibrio económico financiero, respecto del cual las partes tenían la obligación de procurar su estabilidad durante toda la vigencia de la concesión.
- (iv) De los 16 CC cofinanciados de ITUP vigentes, 13 han sido modificados por lo menos una vez. En total, se han suscrito 56 adendas a dichos CC, las cuales abarcan 81 aspectos contractuales modificados.
- (v) Las modificaciones introducidas mediante las adendas son recurrentes, tanto así que solo 3 de ellas regulan aspectos específicos y no repetidos. Las otras 78 están referidas a algún aspecto que es objeto de modificación contractual a través de 2 adendas, como mínimo.

- (vi) El análisis de las 78 modificaciones contractuales, distribuidas en 15 materias recurrentes, ha permitido concluir que la hipótesis planteada es correcta, pues del análisis, se advierte que, con relación a la asignación de riesgos, las modificaciones contractuales pueden ser clasificadas en 3 categorías: a) modificaciones que no alteran los riesgos; b) modificaciones que varían los riesgos justificadamente y c) modificaciones que cambian el esquema de distribución de riesgos injustificadamente.
- (vii) De las 78 modificaciones contractuales, 52 (67%) no alteran la asignación de riesgos, 11 (14%) establecen variaciones de riesgos justificadas y 15 (19%) introducen cambios injustificados sobre el esquema de distribución de riesgos.
- (viii) En la primera categoría, destacan aquellas modificaciones que no inciden de ninguna manera en los riesgos, como los cambios a las cláusulas de solución de controversias; así como aquellas adendas que, aunque varían la intensidad del riesgo, no lo reubican o trasladan, como las que extienden el alcance de la definición de acreedores permitidos o disminuyen los requisitos del personal clave de las concesionarias aeroportuarias.
- (ix) Entre las modificaciones que alteran los riesgos justificadamente, destacan las que tienen por objeto permitir la aceptación parcial de las obras a un avance de ejecución del 95% o 98%, pues la variación del riesgo constructivo y de ingresos resulta ser diminuta y además porque su suscripción responde al incumplimiento previo del concedente en su obligación de saneamiento o liberación de predios.
- (x) Entre las modificaciones que alteran los riesgos injustificadamente, se puede hacer referencia a la introducción del régimen de CRPAO, el cual se incorporó en los contratos con el propósito de disminuir los costos financieros, mediante la emisión de un título intercambiable por la culminación de un determinado hito constructivo, adelantándose la oportunidad de pago al concesionario, quien antes de la modificación tenía derecho a exigir dicho pago sólo después de la culminación de la totalidad de las obras correspondientes a cada etapa. Sin perjuicio de que el régimen de CRPAO pueda tener ventajas que se encuentran debidamente documentadas, su incorporación alteró drásticamente la asignación del riesgo de

ingresos asociado a la disponibilidad de la infraestructura, el cual fue transferido al concedente, sin que este recibiera a cambio alguna medida compensatoria equivalente.

- (xi) Al consolidarse las modificaciones contractuales en los instrumentos mediante las cuales aquellas se formalizan, es decir, en las adendas, se tiene que, de las 56 adendas suscritas, en 34 (61%) no se ha alterado los riesgos, en 8 (14%) se ha efectuado una redistribución justificada, en 11 (19%) se ha reconfigurado injustificadamente el esquema de asignación de riesgos, por lo menos en un aspecto, restando apenas 3 adendas (5%), que no han sido categorizadas por no tratar sobre alguna materia recurrente de modificación contractual.
- (xii) De otro lado, se advierte que si bien hay un gran grupo de modificaciones que no alteran los riesgos, ello no significa que la actuación de las partes, y concretamente del concedente haya sido apropiada. De hecho, a través de algunas modificaciones sólo se ratificó la deficiente asignación de riesgos originalmente pactada. Dentro de este grupo destacan las modificaciones referidas a las compensaciones por variaciones de metrados.
- (xiii) Asimismo, es posible identificar otro grupo de modificaciones contractuales que, si bien no alteran los riesgos injustificadamente, impactan significativamente en los compromisos financieros que asume el concedente, como es el caso de las adendas mediante las cuales se eleva el monto que puede destinar el concedente a la ejecución de obras adicionales. La existencia de este tipo de adendas, si bien no es nociva *per se*, propicia el despliegue de comportamientos estratégicos. Aunque en apariencia una modificación de esta naturaleza podría ser presentada como un instrumento necesario para atender una preocupación derivada del pedido de la ciudadanía por ejecutar una obra no contemplada en el proyecto referencial concursado o licitado, en realidad podría tratarse de un vehículo para eludir la competencia en el proceso de promoción de la inversión privada. Por ejemplo, si la falta de incorporación de una obra en el proyecto referencial no hubiera obedecido a una real imprevisión sino a una omisión intencional o negligente, con pleno conocimiento del diseñador de que la obra puede ser posteriormente incluida a

través de una adenda, la suscripción de esta concretaría una afectación a las condiciones de competencia, pues si la obra o la nueva inversión a ser ejecutada hubiera formado parte del proyecto referencial original, probablemente las ofertas técnicas y económicas de los demás postores habrían sido distintas.



RECOMENDACIONES

Las recomendaciones que se formulan, con el propósito de evitar la suscripción de adendas que puedan alterar injustificadamente la asignación de riesgos, son las siguientes:

- (i) En primer lugar, mal haría el Estado si se dejara influir por aquellos que cuestionan la existencia de adendas, calificándolas como instrumentos que son utilizados para formalizar acuerdos estratégicos que responden únicamente a intereses privados, y que sostienen que el Estado siempre asume mayores riesgos como resultado de las renegociaciones contractuales.

Tanto la teoría como la evidencia empírica demuestran que las adendas son necesarias y que no siempre son instrumentos que provocan una variación en la asignación de riesgos en perjuicio del Estado. Más bien, algunas modificaciones responden a la necesidad de remediar los incumplimientos contractuales del concedente.

- (ii) Asumir una visión desideologizada permite estimar a las adendas en su justa medida: son instrumentos en los que el concedente y el concesionario materializan el resultado de una renegociación contractual. En teoría, la suscripción de una adenda tendría que ser concordante con el interés público, razón por la cual, en la presente investigación, el análisis de las modificaciones contractuales ha sido efectuado bajo la presunción de su legitimidad. Sin embargo, la bondad o maldad de la adenda dependerá del desempeño, los principios y los intereses de los negociadores.

Dado que la suscripción de adendas está precedida de una inevitable etapa previa de renegociación, en la que intervienen seres humanos con sus propios principios e intereses, es indispensable que las normas que regulan las adendas orienten a las partes, y concretamente a los funcionarios del Estado, a efectuar las modificaciones contractuales que sean concordantes con el interés público, y que se abstengan de suscribir adendas ajenas a dicha finalidad.

La actual regulación dispone que las partes, al modificar los CC, deben procurar no alterar la asignación de riesgos. Sin embargo, no establece de modo expreso cómo se acredita el cumplimiento de este deber. Si bien existen lineamientos para la asignación de riesgos, estos pueden ser útiles para el diseño de nuevos CC, pero podrían no ser lo suficientemente pertinentes para los CC vigentes, respecto de los cuales la forma de asignación no necesariamente sigue la práctica recomendada.

Se sugiere que, normativamente, se establezca que, para efectos del cumplimiento del deber de procurar no alterar la asignación de riesgos, el texto contractual resultante deberá cumplir con las siguientes condiciones:

1. Primero: Debe contribuir a la viabilidad en la ejecución del proyecto y al cumplimiento de las prestaciones esenciales del CC, así como a la atención de una necesidad pública no prevista por las partes en el CC original. No responden a estas características, por ejemplo, aquellas modificaciones contractuales que dejan sin efecto la aplicación de penalidades o que extinguen componentes del proyecto, a menos que se trate de medidas compensatorias por incumplimiento de la contraparte.
2. Segundo: La asignación de riesgos originalmente pactada debe mantenerse inalterable, preferentemente. En caso la variación en el esquema de riesgos fuese inevitable, el efecto de la modificación contractual debe ser alguno de los dos siguientes:
 - a. La variación en el riesgo debe ser mínima o poco significativa. Esta característica no es propia de modificaciones contractuales en virtud de las cuales se invierte la regla de asignación de un riesgo concreto. Por ejemplo, en las adendas de introducción del régimen de CRPAO, el riesgo de ingresos asociado a la disponibilidad de la infraestructura se invirtió: lo tenía el concesionario y fue absorbido por el concedente.
 - b. Si la variación de riesgos es drástica o significativa, entonces la modificación contractual debe producir beneficios equivalentes para ambas partes. No se debe admitir, por tanto, que una modificación contractual, por más

indispensable que sea para la ejecución del proyecto, en virtud de la cual se reasignen los riesgos originalmente pactados, no esté acompañada de una medida compensatoria a favor de la parte que no se beneficia con la redistribución.

- (iii) Finalmente, dado que la rendición transparente de cuentas debe considerarse como una obligación esencial del Estado, para fortalecer la institucionalidad y la confianza en las instituciones, es indispensable que la asignación de riesgos de un CC sea fácilmente identificable por la ciudadanía.

Con el propósito de que la ciudadanía conozca del impacto que producen las modificaciones contractuales y pueda confiar en las APP como instrumentos útiles para el desarrollo de la infraestructura y la mejora en la gestión de los servicios públicos, debe contar con herramientas que le permita reconocer fácilmente cuáles son los compromisos y riesgos que asume el Estado y cómo estos van cambiando con las modificaciones contractuales.

Sin embargo, una de las dificultades en la realización del presente trabajo ha sido la necesidad de deducir la forma de asignación de riesgos. Como se señaló en esta investigación, riesgo no es sinónimo de obligación sino la probabilidad incierta de que ocurra algún evento propio o ajeno que impacte negativamente en la economía del contrato. Por tanto, para identificar qué parte asume cada riesgo, no es suficiente determinar cuáles son las obligaciones a cargo de las partes, sino que es necesario interpretar el CC y leer entre líneas, para reconocer el riesgo subyacente y su forma de asignación.

Ahora bien, para el concedente o PROINVERSIÓN este ejercicio resulta ser mucho menos costoso que para los demás ciudadanos, puesto que la información obra en su poder. Por consiguiente, se sugiere que el concedente o PROINVERSIÓN ponga a disposición de la ciudadanía los esquemas de asignación de riesgos de cada CC, describiendo en una tabla cuáles son los riesgos distribuidos, quién los asume, cómo se espera que sean administrados y cuál es la consecuencia por un manejo inadecuado del riesgo. Por ejemplo, el esquema de asignación de riesgos de un CC de infraestructura vial debería incluir al riesgo constructivo (cuál es el riesgo), que

estaría asignado al concesionario (quién lo asume), lo que significa que este debe asegurarse de cumplir con su obligación constructiva en el plazo previsto en el CC (cómo se espera que sea administrado), bajo apercibimiento de que no se le retribuya con el PAO o se le aplique una penalidad de un porcentaje determinado de la UIT por día de retraso (cuál es la consecuencia por un manejo inadecuado del riesgo). El mismo esquema de asignación de riesgos debe ser actualizado en caso el CC experimente una modificación, con el propósito de que la ciudadanía identifique de qué manera y en qué magnitud ha impactado la adenda en la distribución de los riesgos.



BIBLIOGRAFÍA

1. Alborta, G. R., Stevenson, C., & Triana, S. (2011). *Asociaciones público- privadas para la prestación de servicios Una visión hacia el futuro* (IDB-DP No. 195). Recuperado el 10 de octubre de 2017 de: <http://services.iadb.org/wmsfiles/products/Publications/36514441.pdf>
2. Baca Oneto, V., & Ortega Sarco, E. (2013). Los esquemas contractuales de colaboración público-privada y su recepción por el Derecho peruano. *Revista de Derecho Administrativo*, 13, pp. 33–49.
3. Banco Mundial. (2014). Aspectos Básicos de las APP: ¿Qué y por qué? In Banco Mundial (Ed.), *Asociaciones Público Privadas. Guía de Referencia 2.0AS* (pp. 17–63). Washington DC: Banco Mundial.
4. Barrantes, R. (2009). Los fundamentos económicos de las concesiones de infraestructura y servicios públicos. *Revista de Derecho Administrativo*, 7, pp. 329–337.
5. Bravo, S. (2012a). Esquemas de financiamiento de las Asociaciones Público Privadas en el Perú. *Revista de Derecho Administrativo*, 12 (1), pp. 197–208.
6. Bravo, S. (2012b). *Innovaciones en los Esquemas de Financiamiento de Asociaciones Público Privadas en América Latina : Mejores Prácticas*. Banco Mundial.
7. Contraloría General de la República. (2015). *Causas y efectos de las renegociaciones contractuales de las Asociaciones Público -Privadas en el Perú*. Lima: Contraloría General de la República.
8. Cornejo, R. (2006). Inversión Privada en Obras Públicas de Servicios Públicos: Una Mirada desde el Sector Público. *Themis*, 52, pp. 211–229.
9. Dammert, A. (2009). Equilibrio Económico Financiero en los Contratos de Concesión en Obras de Infraestructura. *Revista de Derecho Administrativo*, N° 7, pp. 338–345.
10. De La Torre, A., & Rudolph, H. (2016). *Los Siete Pecados de Alianzas Público-Privadas Deficientes*. Recuperado el 10 de octubre de 2017 de: <http://documents.worldbank.org/curated/en/235741468180535650/pdf/102050-REVISED-SPANISH-Los-Siete-Pecados-de-Alianzas-Publico-Privadas-Deficientes.pdf>.
11. Elías, S. (2015). Tratamiento del Endeudamiento Garantizado Permitido en los Contratos de Concesión de Infraestructura de Transporte Aeroportuario. *Derecho & Sociedad*, 45, p. 122.
12. Engel, E., Fischer, R., & Galetovic, A. (2014). *Economía de las Asociaciones Público*

Privadas: Una guía básica. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

13. Felices, E. (2005). Asociaciones Público Privadas para el Financiamiento de Infraestructura: El Nuevo Rostro del Project Finance. *Themis*, 50, pp. 137–150.
14. Garrido, E. (2003). El New Public Management Y El Gobierno a través de Contratos en el Reino Unido. *Revista de Administración Pública*, 163(Septiembre-diciembre), pp. 391–417.
15. Guasch, J. L. (2005). *Concesiones en Infraestructura: Cómo hacerlo bien.* (Antoni Bosch, Ed.). Washington DC: World Bank.
16. Guasch, J. L., Benitez, D., Portabales, I., & Flor, L. (2016). The renegotiation of Public Private Partnerships Contracts (PPP): An Overview of its recent evolution in Latin America. *Revista Chilena de Economía Y Sociedad*, (Junio), pp. 42–63.
17. Hare, P. (2013). PPP and PFI: The political economy of building public infrastructure and delivering services. *Oxford Review of Economic Policy*.
<https://doi.org/10.1093/oxrep/grt007>
18. Huapaya, R. (2013a). Diez Tesis sobre las Asociaciones Público Privadas. *Revista de Derecho Administrativo*, 13, pp. 15–32.
19. Huapaya, R. (2013b). Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura (con especial referencia al marco jurídico de promoción de la inversión privada e. *Ius Et Veritas*, 46(Julio), pp. 284–329.
20. Huapaya, R., & Vergaray, G. (2007). Algunos apuntes en relación con la participación público-privada y su vinculación con el derecho administrativo y la inversión en infraestructura y servicios públicos. *Revista de Derecho Administrativo*, 3, pp. 95–126.
21. Kerf, M., Gray, R. D., Irwin, T., Levesque, C., Taylor, R. R., & Klein, M. (1998). *Concessions for infrastructure A guide to their design and award.*
22. Mairal, H. (2013). Los riesgos en la financiación privada en los proyectos públicos. *Revista de Derecho Administrativo*, N° 13, pp. 201–222.
23. Martin Tirado, R. (2013). El Laberinto Estatal: Historia , evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú. *Revista de Derecho Administrativo*, 13, pp. 305–313.
24. Menchola, M. (2016). El Riesgo de Diseño en los Contratos de Concesión de Infraestructura Vial. *Revista de Derecho Administrativo*, 16, pp. 61–74.
25. Menchola Arana, M., & Chamorro Vilca, M. (2015). Algunas Reflexiones sobre Ejecución

- de los Contratos de Concesión: Interpretación, Modificación y Solución de Controversias. *Derecho & Sociedad*, N° 45, pp. 91–102.
26. Mendiola, A., Alvarado, F., Chocano, Z., Cotrado, A., García, L., & Aguirre, C. (2011). *Factores críticos de éxito en concesiones viales en el Perú*. Lima: ESAN.
 27. Mier Barrios, P. (2010). Los riesgos, su identificación, asignación y amortización en los Contratos del Estado. *Revista de Ingeniería de Universidad de Los Andes*, N° 32, pp. 95–117.
 28. Ministerio de Economía y Finanzas. (2016). Lineamientos para la Asignación de Riesgos den los Contratos de Asociaciones Público Privadas. Lima.
 29. Montesinos, J., & Saavedra, E. (2012). *Algunos Alcances en torno a la Institucionalidad y Renegociación de Concesiones en la Infraestructura de Transporte de Uso Público en Perú*. Recuperado el 1 de julio de 2017 de: fen.uahurtado.cl/wp-content/uploads/2010/07/l-277.pdf
 30. Nieto, E. (2004). La Financiación Privada de Obras y Servicios Públicos en el Reino Unido (De Private Finance Initiative a Public Private Partnerships). *Revista de Administración Pública*, N° 164, pp. 389–406.
 31. Oelckers Camus, O. (1980). Los Riesgos y el Equivalente Económico en el Contrato Administrativo de Obra Pública. *Revista de Derecho PUC de Valparaíso*, 4, pp. 179–210.
 32. Ortega, A. (2012). Asignación de Riesgos en las Concesiones de Autopistas de Peaje españolas: ¿qué debemos mejorar? *Gestión Joven Revista de La Agrupación Iberoamericana Joven de Contabilidad Y Administración de Empresas*, N° 9, pp. 6–19.
 33. OSITRAN. (2008). Informe N° 015-08-GRE-GAL-OSITRAN - Tercera solicitud de modificación del contrato de concesión del Primer Grupo de Aeropuertos Regionales de la República (Contrato de Concesión de la empresa “Aeropuertos del Perú”).
 34. OSITRAN. (2013). Informe de Desempeño de las Concesiones de Carreteras de la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana - IIRSA.
 35. OSITRAN. (2014). Informe N° 037-2014-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN - Opinión sobre la propuesta de Primera Adenda al Contrato de Concesión de la Línea 2 y Ramal Av. Faucett - Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao.
 36. OSITRAN. (2015). INFORME N° 024-15-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN.PDF.
 37. OSITRAN. (2016a). Informe de Desempeño 2016 Concesión Tramo Vial - Dv. Pasamayo - Óv. Chancay - Huaral - Acos.

38. OSITRAN. (2016b). Informe de Desempeño 2016 Concesión Valle del Zaña.
39. Pedreschi, W. (2009). Notas sobre el régimen actualmente aplicable a las Concesiones de Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos de ámbito municipal. *Revista de Derecho Administrativo*, 7, pp. 251–274.
40. Pérez Hualde, A. (2009). Renegociación de contratos de gestión de servicios públicos. *Revista de Derecho Administrativo*, 7, pp. 275–284.
41. Pérez Hualde, A. (2015). El Contrato de Concesión de Servicios Públicos como Contrato “de Larga Duración”. *Derecho & Sociedad*, 45, pp. 81–89.
42. PROINVERSIÓN. (2005). *Las Asociaciones Público Privadas en el Perú* (No. 4). Lima. Retrieved from www.proinversion.gob.pe
43. Rebollo, A. (2009). *Capítulo I. Experiencia Española en Concesiones y Asociaciones Público – Privadas para el desarrollo de Infraestructuras Públicas: Marco General. Experiencia Española en Concesiones y Asociaciones Público – Privadas para el desarrollo de Infraestructuras Públicas: Marco General*. Madrid: Programa de Impulso a las Asociaciones Público Privadas en México - PIAPPEM.
44. Ridaó i Martín, J. (2014). La colaboración entre el sector público y el sector privado en proyectos complejos de infraestructuras y servicios públicos. Una revisión crítica del marco legal en España. *Revista Española de Ciencia Política.*, Núm 34, pp. 89–117.
45. Rocha C., L. A., Sánchez S., A., & Rivas C., M. (2014). Modelos de Asociación Público Privada en la Provisión de Infraestructura: La Experiencia Internacional y el Desarrollo de Autopistas en México. *Gestión Y Estrategia*, N° 45(Enero/Junio), pp. 39–66.
46. Rosselló Abogados. (2017). APP vs. Obra Pública. *Diario Gestión*, 28 de Junio.
47. Ruiz, G., & García, C. (2006). Aspectos Económicos e Institucionales Relativos al Diseño de Contratos de Concesiones Viales. *Themis*, 52, pp. 239–254.
48. Sánchez Valderrama, D. F. (2011). De la estimación, tipificación y asignación de riesgos en la Contratación Estatal. *Universidad de La Sabana*, pp. 1–22.
49. Shimabukuro T., N. (2015). El Principio de Mutabilidad o Flexibilidad en la Modificación del Contrato de Concesión de Servicios Públicos y Obras Públicas de Infraestructura Suscrito en el Marco Jurídico de Asociaciones Público – Privadas. *Derecho & Sociedad*, 45, pp. 15–34.
50. Suto, F., Azaña, R., Chamorro, M., León, L., & Menchola, M. (2013). *Renegociación de contratos de concesión en infraestructura de transporte: diagnóstico, análisis y propuestas de mejora*. (ESAN - Cendoc, Ed.). Lima.

51. Tantaleán, M. (2016). Una Mirada Al Escenario Nacional e Internacional de las Asociaciones Público Privadas. *Revista de Derecho Administrativo*, N° 16, pp. 107–123.
52. Tassara, D., Gárate, D., & Cánepa, C. (2009). Garantías que otorga el Estado en las concesiones de infraestructura. *Ius Et Veritas*, 19(39), pp. 146–161.
53. Toro Cepeda, J. (2009). *Experiencia Chilena en Concesiones y Asociaciones Público Privadas para el desarrollo de Infraestructura y la provisión de Servicios Públicos Informe Final*. Santiago de Chile: Programa de Impulso a las Asociaciones Público Privadas en México - PIAPPEM.

