

Sobre el riesgo de diseño y riesgo normativo en los contratos de concesión de infraestructura vial

About the design risk and regulatory risk in the road concession contracts¹

Muriel Menchola Arana

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN. Máster en Ciencias Jurídicas por la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona - España). Asociada Senior del Área de Infraestructura del Estudio Rosselló Abogados.

Miguel Ángel Paz Sime

Abogado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Magíster en Regulación de los Servicios Públicos por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado Senior del Área de Infraestructura del Estudio Rosselló Abogados

RESUMEN

El artículo expone y analiza la forma en la que se asignan los riesgos de diseño y de cambios en las leyes en los contratos de concesión de infraestructura vial, como modalidad de Asociación Público - Privada, con la finalidad de identificar oportunidades de mejora en la arquitectura y composición de estos contratos, así como en el marco normativo vigente.

PALABRAS CLAVE

Asignación de Riesgo | Riesgo de Diseño | Riesgo Normativo | Asociación Público Privada | Contratos de Concesión

ABSTRACT

This paper exposes and analyzes how the design and regulatory risks are allocated in road infrastructure concession contracts, as a Public-Private Partnership modality, in order to identify opportunities to improve the architecture and composition of these contracts, as well as in the legal framework.

KEY WORDS

Risk Allocation | Design Risk | Regulatory Change Risk | Private Partnerships | Concession Contracts

SOBRE EL ARTÍCULO

El siguiente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 22 de noviembre de 2019 y aprobado para su publicación el 24 de junio de 2020.

1 La responsabilidad por lo que se afirme en el presente trabajo pertenece exclusivamente a los autores y no compromete ni adelanta en modo alguno la opinión de la firma legal o de la empresa para la cual prestan sus servicios profesionales los autores

SUMARIO

1. Introducción: El Contrato de Concesión como una modalidad de Asociación Público-Privada; 2. El riesgo de diseño; 2.1 definición y alcances, 2.2 asignación y mitigación del riesgo, 2.3 Problemas en la asignación de diseño, 2.4 Propuestas de mejora; 3. Riesgo de cambio normativo, 3.1 Definición y alcances, 3.2 Asignación y mitigación, 3.3 Problemas de mitigación del riesgo de diseño en el Perú. 3.3.1 La pretendida aplicación de la cláusula de equilibrio en los supuestos de ius variandi, 3.3.2 Cuando los cambios normativos sobre el objeto del contrato son indispensables para la satisfacción de derechos fundamentales, 3.3.3 Las dificultades operativas en la aplicación de la típica cláusula de equilibrio económico-financiero, 3.4 Propuestas de mejora, 3.4.1 Sobre las modificaciones legales equivalentes al ius variandi, 3.4.2 Sobre la operatividad de la cláusula de equilibrio económico-financiero, 3.5 Conclusiones; 4. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN: EL CONTRATO DE CONCESIÓN COMO UNA MODALIDAD DE ASOCIACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

Hoy en día, el marco normativo vigente se encuentra comprendido principalmente por el Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos (en adelante, la Ley de APP) y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 240-2018-EF (en adelante, el Reglamento de APP), marco que nos brinda una definición de las Asociaciones Público-Privada, siendo una de sus modalidades contractuales, los contratos de concesión.

Al respecto, el Artículo 20 de la Ley de APP establece que las Asociaciones Público-Privadas (en adelante, APP) constituyen una modalidad de participación de la inversión privada para el desarrollo de proyectos de infraestructura pública (redes viales, redes multimodales, vías férreas, aeropuertos, puertos, plataformas logísticas, infraestructura urbana de recreación y cultural, infraestructura penitenciaria, de riego, de salud y de educación, entre otros), servicios públicos (los de telecomunicaciones, energía y alumbrado, de agua y saneamiento y otros de interés social, relacionados a la educación, la salud y el ambiente, en este último caso, aquellos como el tratamiento y procesamiento de residuos, entre otros), servicios vinculados a éstos últimos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica, en otras palabras, se trata de la participación del sector privado en proyectos que tienen como finalidad la satisfacción del interés público. En ese sentido, son partes de una APP, por un lado, el Estado, a través de alguna de sus entidades públicas y, por el otro lado, uno o más inversionistas.

Sin embargo, aún más relevante son las características sustanciales e intrínsecas con las que cuentan los contratos de APP, entre ellos, el contrato de concesión. Algunas de ellas se encuentran expresamente reconocidas por el marco normativo vigente y otras por la doctrina especializada. Consideramos necesario realizar un repaso sucinto de dichas características, pues ello nos permitirá posteriormente identificar que el diseño de los contratos de concesión aún puede ser objeto de mejoras; a continuación, lo indicado:

- a) **Se tratan de contratos de larga duración.** – Ello se debe principalmente al horizonte de tiempo necesario para la recuperación de la inversión en el proyecto y, asimismo, se tratan de proyectos que se derivan de una evaluación técnica y económica-financiera que contempla factores o variables dinámicas como, por ejemplo, el crecimiento de la demanda, el desarrollo urbano del área de influencia del proyecto, el tipo de cambio, la inflación, la tecnología existente, entre otros. Este tipo de característica se encuentra expresamente reconocida en el inciso 20.1 del artículo 20 de la Ley de APP y en el inciso 29.1 del artículo 29 del Reglamento de APP.

b) Se tratan de contratos sujetos al Principio de Adecuada Distribución de Riesgos.

– Este principio se encuentra reconocido en el artículo 4 de la Ley de APP (2018), el cual establece que: “(...) En los proyectos de Asociación Público-Privada se efectúa una adecuada distribución de riesgos entre las partes, de manera que sean asignados a aquella parte con mayor capacidad para administrarlos, considerando el perfil de riesgos del proyecto”. Lo anterior supone que, desde la estructuración del proyecto y diseño del contrato, será necesario identificar los riesgos que se pueden presentar y asignar cada uno de ellos a la parte que se encuentre con mayor capacidad para administrar dichos riesgos. Con relación a la asignación de riesgos (risk allocation), tenemos que Hovy (2015) señala lo siguiente:

The concept of risk allocation in PPPs is relatively straightforward: risks should be allocated to the party best able to manage them. In other words, the party that is best able to understand a risk, control the likelihood of the risk occurring and/or minimize the impact of the risk should also be responsible for managing it. When the party that manages the risk also bears its financial cost, it will face incentives to mitigate the risk”²

En otras palabras, de acuerdo con la literatura especializada, debe asignarse la gestión del riesgo a aquella parte que se encuentra en mejor posición para entender el riesgo, controlar la posibilidad de su ocurrencia o mitigar su impacto en el proyecto.

Dicho entendimiento ha sido recogido en los Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociación Público Privadas aprobados por el Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, MEF) mediante la Resolución Ministerial N° 167-2016-EF/15, en donde encontramos lo siguiente: “La asignación de riesgos entre el concesionario y el concedente debe orientarse a aquél que esté en mejores condiciones de **evaluarlos, controlarlo y administrarlo**”. (Ministerio de Economía y Finanzas, 2016, 30 de mayo).

Cabe mencionar que la normativa en materia de APP no ha recogido alguna definición de riesgo, por lo que, por lo que, debemos recurrir a la literatura especializada, la que nos ayuda a entender como “riesgo” a aquella posibilidad de que un evento de realización incierta afecte la onerosidad de las prestaciones en un contrato (Oelckers, 1980, p. 179), o que los resultados de un proyecto sean “peores que lo planeado” (Barrantes, 2009, p. 331), ya sea por el incremento en los costos o por una pérdida de rentabilidad social o económica.

En ese sentido, los contratos de concesión contemplan las diversas obligaciones y derechos que tienen las partes ante la ocurrencia de un determinado riesgo. A modo de ejemplo, podemos mencionar que en un contrato de concesión que supone la implementación de nuevas unidades de peaje o ajustes en el peaje éste debería contemplar qué sucederá si se presentan protestas sociales que impiden ello (riesgo de Fuerza Mayor). Otro ejemplo es el caso de un proyecto en donde el Estado obliga al inversionista privado a desarrollar una infraestructura pública, que debe cumplir con ciertos estándares de calidad, pero que el diseño definitivo de ingeniería ha sido desarrollado y entregado por el Estado. En este caso, el contrato de concesión debe contemplar qué sucederá si el diseño no permite alcanzar dichos

2 “El concepto de asignación de riesgos en las APP es relativamente sencillo: los riesgos deben asignarse a la parte mejor capacitada para gestionarlos. En otras palabras, la parte que mejor puede comprender un riesgo, controlar la probabilidad de que ocurra el riesgo y / o minimizar el impacto del riesgo también debe ser responsable de gestionarlo. Cuando la parte que gestiona el riesgo también tiene su costo financiero, enfrentará incentivos para mitigar el riesgo” (Traducción libre)

parámetros de calidad o qué sucede si el diseño deviene en inejecutable (riesgo de diseño).

- c) **Se tratan de contratos incompletos.** - Esta característica se deriva específicamente de los altos costos de transacción que conllevaría plasmar en un contrato de larga duración todos y cada una de las posibles contingencias que se podrían presentar y sus consecuencias; lo que tiene a su vez origen en la limitada racionalidad y/o capacidad de los agentes para prever la totalidad de contingencias y sus posibles efectos en el proyecto objeto del contrato (Guasch, 2005, p. 95-103) (Tirole, 1999, p. 741-742). Ello conlleva que en los contratos de concesión es imposible incluir absolutamente todos los acuerdos necesarios para todos y cada uno de los riesgos que se pueden presentar en este tipo de proyectos.

Por último, existe un elemento adicional que debe considerarse forma parte no sólo de los Contratos de Concesión, como Asociación Público-Privada, sino de todo contrato, nos referimos a aquellas normas imperativas que forman parte de nuestro sistema jurídico como, por ejemplo, el Principio de Buena Fe, recogido en el artículo 1362 del Código Civil. Conforme a lo dispuesto en esta norma, todo contrato debe negociarse, celebrarse y ejecutarse bajo el Principio de Buena Fe. El hecho de que nos encontremos ante un contrato en el que una de las partes es el Estado Peruano, no excluye la aplicación del Principio de Buena Fe, al cual éste y el inversionista privados también se encuentran sujetos. Empero, no sólo debe considerarse este principio, sino que, en general, debe considerarse que los contratos de concesión no se encuentran aislados y exentos de las reglas imperativas que forman parte de nuestro sistema jurídico, con elementos distintos a lo que es el common law. Nos referimos a ello, debido a que la mayoría de la literatura especializada en materia de APP, cuyo término en inglés es Public Private Partnerships (PPP), y las recomendaciones con relación al diseño de APP, se derivan de la experiencia y práctica de proyectos de APP sujetos al common law, por lo que las recomendaciones relacionadas en función a este último no deben ser consideradas de automática aplicación a nuestros proyectos de APP, sino que requieren de un análisis más exhaustivo a la luz de los principios y normas imperativas de nuestro sistema jurídico.

Como ya hemos manifestado, conocer la naturaleza de una APP, así como las características y elementos a los cuales se encuentra sujeto, constituyen grandes herramientas para identificar que aún existen mejoras que pueden ser implementadas en el diseño de los Contratos de Concesión. En las siguientes líneas, realizaremos un análisis de dos tipos de riesgos: el riesgo de diseño y el riesgo de cambios normativos, a fin de contribuir a la discusión sobre las propuestas de mejoras que se pueden realizar en el marco normativo y/o en la estructuración y diseño de los contratos de concesión de infraestructura vial.

2. RIESGO DE DISEÑO

2.1 Definición y alcances

Podemos señalar, de forma enunciativa, que el riesgo de diseño se refiere a que se presente durante la ejecución de un contrato de concesión cualquiera de las siguientes eventualidades: (i) que la mala calidad de diseño o los defectos de diseño afecten la operatividad o funcionalidad de la infraestructura o servicio, lo que incluso puede tener incidencia en la seguridad de los usuarios; (ii) que la mala calidad del diseño o los defectos de diseño no permitan cumplir con los niveles de servicio del contrato de concesión, esto es, con los parámetros de calidad pactados en el contrato de concesión, (iii) que se produzca la destrucción o ruina de la obra; (iv) que la mala calidad del diseño o sus defectos generen sobrecostos o; (v) retrasos en la aprobación del diseño.

Los Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociación Público Privadas aprobados por el MEF (2016) nos brinda también una definición de riesgo de diseño:

Es el riesgo de errores o deficiencias en el diseño que repercuten en el costo o calidad de la infraestructura, nivel de servicio y/o puedan provocar retrasos en la ejecución de la obra o variar las especificaciones técnicas establecidas por el concedente. (p.3)

Con relación a este riesgo, debe tenerse en consideración que existen diversos escenarios que se pueden presentar: existen proyectos en donde el Estado entrega todo el diseño de ingeniería (estudio definitivo de ingeniería), otros casos en que el Estado entrega en estudio de pre inversión, incluyendo con ello la solución de ingeniería a adoptar, pero cuyo diseño definitivo a detalle deberá ser realizado por el inversionista privado y otros en donde el Estado se limita a brindar especificaciones técnicas o términos de referencia que deben ser finalmente desarrollados por el inversionista privado y plasmados en un diseño definitivo de ingeniería sometido a observaciones del Estado y su respectiva aprobación.

2.2. Asignación y mitigación del riesgo de diseño

Como ya hemos mencionado anteriormente, los contratos de concesión, como APP, se encuentran sujetos al Principio de Adecuada Distribución de Riesgos, el cual supone que se asigne el riesgo a quien se encuentra en mejor posición para evaluar, controlar y administrar dicho riesgo.

En adición a ello, ya hemos manifestado que todo contrato se rige por el Principio de Buena Fe, por lo que en las siguientes líneas nos permitimos realizar un análisis de los Lineamientos para el Diseño de los Contratos de APP, aprobado mediante Resolución Directoral N° 001-2019-EF/68.01 (MEF,2019), así como de algunos contratos de concesión, a fin de identificar si estos cumplen con los referidos principios y/o si resulta necesario realizar algunos ajustes al mismo.

2.3. Problemas en la asignación del riesgo de diseño.

En cuanto al riesgo de diseño, hemos identificado que la política general adoptada en nuestro país en la estructuración y diseño de los contratos de concesión de infraestructura vial ha sido que, bajo cualquier escenario, esto es, incluso en el caso en que sea el Estado quien entrega el diseño definitivo de ingeniería de los proyectos, es el inversionista privado quien debe asumir por completo el riesgo de diseño.

Como muestra de ello, tenemos que, en los Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociación Público Privadas, aprobados por el MEF (2016) se indica lo siguiente:

b. Práctica recomendada para la asignación del riesgo:

Si bien la práctica habitual en contratos de APP es que en las Bases del concurso (de Licitación Pública, Concurso de Proyectos Integrales u otro mecanismo competitivo) se establezcan determinadas especificaciones técnicas que deberán contemplar los diseños definitivos, e incluso que el concedente aporte diseño con un alto nivel de desarrollo, será el concesionario quién

deberá diseñar, o hacer suyo el diseño que proporcione el concedente, y asumir por tanto todos los riesgos de los deficiencias, errores u omisiones que este contenga, a fin que sea reflejado en su oferta (p. 2-3).

No bastando ello, en los referidos Lineamientos se añade, como parte de los mecanismos de mitigación de este riesgo, lo siguiente:

El concedente no asumirá ningún riesgo derivado de inconsistencias, defectos o fallas en la documentación técnica suministrada durante la fase de transacción. La aprobación de los estudios definitivos por parte del concedente, no significará en ningún caso la asunción por el concedente del riesgo de diseño o de cumplimiento de los indicadores de calidad y servicio de la infraestructura.

Si bien los Lineamientos antes mencionados han sido publicados recién en el año 2016, ya desde el inicio del programa de concesiones, la política adoptada era trasladar el íntegro del riesgo de diseño a los inversionistas privados.

Para ello, a fin de trasladar dicho riesgo, se incluyen fórmulas de exoneración de responsabilidad que se repiten en casi todas (si no son todas) las Bases de los procesos de promoción de la inversión privada. A continuación, mostramos el texto de las Bases del proyecto Tramo Vial Desvío Quilca – Desvío Arequipa (Repartición) – Desvío Matarani – Desvío Moquegua – Desvío Ilo – Tacana – La Concordia, el cual insistimos se repite en casi todas (si no todas) las Bases de los procesos de promoción de la inversión privada, con algunos ajustes menores:

Cuadro N° 1

Proyecto	Bases
Tramo Vial Desvío Quilca – Desvío Arequipa (Repartición) – Desvío Matarani – Desvío Moquegua – Desvío Ilo – Tacana – La Concordia	<p>“3.4 Limitaciones de Responsabilidad</p> <p>(...)</p> <p>3.4.2 Limitación de Responsabilidad. –</p> <p>El Estado o cualquier dependencia, PROINVERSIÓN, el Comité, o los asesores no se hacen responsables, no garantizan, ni expresa ni implícitamente, la totalidad, integridad, fiabilidad o veracidad de la información, verbal o escrita, que se suministre a los efectos del Concurso o dentro de él.</p> <p>En consecuencia, ninguna de las personas que participe en el Concurso podrá atribuir responsabilidad alguna a cualquiera de las partes antes mencionadas o a sus representantes, agentes o dependientes por el uso que pueda darse a dicha información o por cualquier inexactitud, insuficiencia, defecto, falta de actualización o por cualquier otra causa no expresamente contemplada en este Numeral.</p> <p>3.4.3 Alcances de la Limitación de Responsabilidad</p>

La limitación enunciada en el Numeral 3.4.2 alcanza, de la manera más amplia posible, a toda la información relativa al

Concurso que fuera efectivamente conocida, a la información no conocida y a la información que en algún momento debió ser conocida, incluyendo los posibles errores u omisiones en ella contenidos, por el Estado o cualquier dependencia, organismo o funcionario de éste, o por PROINVERSIÓN, el Comité o sus asesores. Del mismo modo, dicha limitación de responsabilidad alcanza a toda información, sea o no suministrada o preparada, directa o indirectamente, por cualquiera de las partes antes mencionadas.

La limitación de responsabilidad alcanza también a toda información disponible en la Sala de Datos, así como la que se proporcione a través de Circulares o de cualquier otra forma de comunicación, la que se adquiera durante las visitas a las instalaciones relativas al Concurso y las que se mencionan en estas Bases, incluyendo todos sus Formularios y Anexos.”

Como se puede apreciar de los textos citados, la regulación contenida en las Bases de los procesos de promoción de la inversión privada, no son sólo de limitación de responsabilidad sino de absoluta exoneración de responsabilidad del Estado respecto de cualquier información que haya podido ser provista por éste a los concesionarios durante los procesos de promoción de la inversión privada.

Dicha cláusula de exoneración es absoluta abarca también a cualquier error, defecto u omisión de los estudios que hayan sido entregados durante la fase de promoción de la inversión privada.

En adición a ello, tenemos que, en diversos contratos de concesión de infraestructura vial, algunos de los cuales en los que incluso el Estado entrega diseños definitivos de ingeniería, se incluyen cláusulas a través de las cuales se busca trasladar el riesgo de diseño a los inversionistas privados, mediante fórmulas que indican que el concesionario “hace suyo” el estudio entregado por el Concedente o que utiliza dicho estudio “a su propia cuenta y riesgo”.

Ahora bien, ¿es posible que el Concedente se exonere o límite su responsabilidad respecto de estudios técnicos entregados por éste al inversionista privado? En relación con esta interrogante, ya nos hemos referido anteriormente³⁴, y consideramos que ello no es posible en nuestro régimen contractual, es decir, el Estado no pueda exonerarse por completo de su responsabilidad respecto de estudios de ingeniería, por las razones que exponemos en las siguientes líneas.

En virtud de la aplicación del Principio de Buena Fe recogido en los artículos 1362

3 Menchola, M. El Riesgo de Diseño en los Contratos de Concesión de Infraestructura Vial. En: Revista de Derecho Administrativo N° 16. Pp. 61-74

4 Menchola, M. Sobre la aplicación del principio de buena fe en los contratos de concesión de infraestructura vial. En: ACTUALIDAD JURÍDICA N° 274. Septiembre 2016. Pp. 69-75

y 1148⁵ del Código Civil, el inversionista parte de la premisa que los Estudios Definitivos de Ingeniería entregados por el Concedente sirven para su propósito y finalidad. Ello implica que dicho diseño permitirá que la infraestructura funcione, sea segura para los usuarios y pueda cumplir con los niveles de calidad exigidos en el Contrato de Concesión.

No sólo ello, sino que nuestro sistema contractual también contiene otra regla imperativa relevante para el tema materia de análisis: el artículo 1328 del Código Civil (1984), cuyo texto señala:

Artículo 1328.- Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga. También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público.

La citada norma establece claramente que es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo⁶ o culpa inexcusable⁷ sea del deudor o de los terceros de quien éste se valga, como es el caso del proyectista contratado por el Estado. En el caso específico de estudios de ingeniería básica y estudios definitivos de ingeniería, se requiere de la aplicación de conocimientos profesionales y técnicos adecuados, por lo que el Estado deberá responder por cualquier negligencia o impericia durante la elaboración de los estudios (culpa inexcusable)⁸, así como por la omisión dolosa de cualquier regla del arte y/o profesional correspondiente, sea directamente o a través de los terceros de los cuales se valgan.

Por consiguiente, teniendo en consideración los elementos contenidos en la regla del artículo 1328 del Código Civil, si estamos ante estudios definitivos de ingeniería que: (i) no permiten la construcción de la carretera encargada; (ii) sólo llevan a construir una carretera insegura para los usuarios y/o; (iii) no permiten que dicha carretera sea construida conforme a las calidades exigidas en el Contrato de Concesión, esto es, los niveles de servicio; entonces claramente estamos ante casos de dolo o culpa grave (negligencia o impericia) quien elaboró los estudios. Ello significa que en el caso de los estudios entregados al Concesionario para el diseño definitivo o para la ejecución directa (en caso de que el Estado haya elaborado previamente el estudio definitivo de ingeniería), si estos presentan deficiencias que generarían las graves consecuencias antes señaladas, quien debe responder es el Estado. En ese sentido, cualquier estipulación contractual en sentido contrario, será nula en aplicación del artículo 1328 del Código Civil. En suma, no es

5 “Artículo 1148.- El obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el plazo y modo pactados, o en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso”.

6 En relación con el dolo, el Código Civil señala: “Artículo 1318.- Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación.”

7 Respecto a la culpa inexcusable, ésta es definida por el Código Civil en el siguiente artículo: “Artículo 1319.- Incurrir en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.”

8 “En lo que respecta al término “negligencia”, el mismo es susceptible de encuadrarse dentro de lo previsto por el artículo 1319 del Código Civil, precepto que establece que incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación. Ahora bien, ¿Es posible entender a la “impericia” como sinónimo de culpa leve? Pensamos que no, ya que por lo general se entiende a la impericia (falta de pericia) como un elemento susceptible de ser asimilado a la culpa inexcusable(...)”. CASTILLO FREYRE, Mario y CASTRO ZAPATA, Laura. El Contrato de Obra. Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi. Volumen II. 2008. Pág. 954.

posible trasladar dicha responsabilidad al inversionista privado en estos casos y que este asuma la totalidad del riesgo de diseño, con los sobrecostos que de ello se derive.

2.4. Propuestas de Mejora

Lo señalado en el acápite precedente nos indica que resulta conveniente revisar la asignación de riesgo de diseño en los contratos de concesión a la luz del Principio de Adecuada Asignación de Riesgos, como pilar del sistema de APP, así como a luz del Principio de Buena Fe, como pilar de nuestro sistema contractual.

En ese sentido, surge la siguiente interrogante ¿es posible que el inversionista privado asuma la totalidad del riesgo de diseño bajo cualquier circunstancia? Desde nuestra perspectiva, la respuesta a dicha interrogante debe distinguirse y realizarse en función al escenario en que nos encontremos:

- a) Primer escenario. – El Concedente entrega los estudios de ingeniería más detallados, el Expediente Técnico.

Como ya hemos mencionado, el Principio de Adecuada Asignación de Riesgos exige que se asigne el riesgo a la parte que se encuentra en mejor posición de administrar el riesgo. A fin de identificar ello, consideramos necesario revisar el contexto en el que se presentan este tipo de proyectos en los que el Concedente entrega el Estudio Definitivo de Ingeniería:

- i. En función a la complejidad del proyecto, el Concedente toma no menos de un año para desarrollar este tipo de estudios, en algunos casos, hasta dos o tres años;
- ii. Este tipo de estudios de ingeniería requieren la evaluación de distintos elementos a efectos que, finalmente, se identifique las soluciones de ingeniería más adecuadas para las necesidades de comunicación y transportes de las poblaciones aledañas, por ejemplo, estudios de suelos;
- iii. Durante los procesos de promoción de la inversión privada se otorga a los inversionistas privados, generalmente, plazos muy cortos para la revisión y presentación de observaciones y/o comentarios a los estudios de ingeniería; en algunos casos de cuatro meses y otros de hasta un mes y medio. En ninguno de los casos se establece la posibilidad y/o la obligación, de los inversionistas privados de realizar estudios en el terreno de las obras. Lo anteriormente mencionado resulta de gravitante importancia pues cabe destacar que la identidad entre las especificaciones del suelo que se encuentran plasmadas en el estudio de ingeniería del Concedente y aquél que verdaderamente se encuentra en campo es una de las variables más relevantes de cara a identificar si la solución técnica adoptada es adecuada.
- iv. El Concedente generalmente subcontrata la elaboración de este tipo de estudios a proyectistas especializados en la materia. En estos casos, el Concedente participa e interviene en el diseño, pues el resultado del estudio no sólo es producto del servicio brindado por los subcontratistas del Estado, sino que éste, a través de sus órganos competentes realiza observaciones a los estudios y, sólo cuando dichas observaciones son levantadas o subsanadas, se procede con su aprobación.

Ante este contexto, en los casos en que el Estado entrega diseños completos de

ingeniería, ¿quién se encuentra en mejor capacidad de administrar el riesgo de diseño? Por más experiencia y capacidad técnica que pueda tener un inversionista privado en la materia, ¿es posible que éste pueda suplir en unos pocos meses lo que el Concedente ha tardado, en promedio, un año (sino dos o tres) y, ello sin realizar ningún tipo de estudio de suelos? Consideramos que la respuesta a esta interrogante es absolutamente categórica, el Concedente debe ser el responsable por el riesgo de diseño, en aquellos casos en que entrega el Estudio Definitivo de Ingeniería, pues éste tiene mayor tiempo para realizar una evaluación concienzuda de los terrenos, la hidráulica, las soluciones de ingeniería y otros; por lo cual se encuentra en mejor capacidad de administrar dicho riesgo.

Sobre el particular, la única forma en que se podría transferir en este caso el riesgo de diseño al inversionista privado es que durante el proceso de promoción de otorgue un plazo razonable de revisión del Estudio Definitivo de Ingeniería, incluyendo ello la evaluación en campo de los suelos, y que, en dicho caso, se incluye una etapa de observaciones y levantamiento de observaciones o defectos del estudio; lo que alargaría aún más estos procesos de promoción de desarrollo de infraestructura. Sin embargo, insistimos en que con ello se busca implementar figuras forzadas a fin de trasladar por completo un riesgo al inversionista privado, cuando ha sido el Concedente quien se ha encontrado en mejor posición por evaluar, controlar y administrar el riesgo, contratando a proveedores especializados en la elaboración de estudios. Ante dicho contexto, ¿no sería más razonable que sea el Concedente retenga el riesgo de diseño en estos casos y asuma los sobrecostos de la subsanación de dichos defectos? Para ello, podría establecerse mecanismos de validación por parte de un tercero independiente sobre los defectos de los estudios entregados por el Concedente, en caso el inversionista identifique defectos del diseño durante la ejecución contractual. De no ser así, estamos ante un contexto en que la falta de responsabilidad del Concedente (y, por ende, del proveedor especializado contratado para la elaboración del estudio), incentiva la mala calidad de estos estudios, pues no tendrán que afrontar consecuencia alguna.

Hoy en día, para este escenario, los Lineamientos para el Diseño de Contratos de APP recogen lo siguiente:

Las Bases y el Contrato deben establecer expresamente el Estudio Definitivo elaborado por el OPI durante el Proceso de Promoción es de carácter referencial, por lo que el concesionario asume el riesgo derivado del uso de dicho estudio, eliminando la posibilidad de solicitar al concedente el reconocimiento de variaciones en costos o plazos, evitando a su vez la transferencia del riesgo de diseño hacia el concedente.

Si el objetivo es que el Estudio Definitivo del Concedente sea de carácter referencial, entonces deben establecerse plazos para que el Concesionario presente su propio estudio, ésta es la única forma en que es posible transferir el íntegro del riesgo de diseño; caso contrario, en aplicación del artículo 1328 del Código Civil, cualquier regla contractual sobre limitación de responsabilidad del Concedente por el Estudio Definitivo entregado devendrá en nulo. Lo que resulta contrario al Principio de Buena Fe es que al inversionista privado le sea entregado un Estudio Definitivo de Ingeniería que incluya una obra inejecutable total o parcialmente o que no permita cumplir con los niveles de calidad exigidos por el Contrato de Concesión y que aun así se le exija asumir los sobre costos derivados de ello y, además, se establezca que cualquier retraso en la ejecución de la obra por dicha causa, le resultará imputable y, por ende, sujeto a las penalidades correspondientes.

b) Segundo Escenario. - El Concedente entrega los estudios de pre-inversión, lo que

supone que el Concedente indica al Concesionario la solución técnica a adoptar y, por consiguiente, el Concesionario se encarga de desarrollar los Estudios Definitivos de Ingeniería a partir de ello.

La entrega de estudios de pre-inversión por parte del Concedente supone que éste ha evaluado y revisado diversas alternativas de solución y ha optado por una de dichas alternativas de solución, por ejemplo, un paso a desnivel inferior, en vez de un paso a desnivel superior o, por ejemplo, la intervención a nivel de mantenimiento, mas no a nivel de rehabilitación o mejoramiento. En dicho contexto, el Estado debería asumir la responsabilidad derivada de dicha decisión y el inversionista privado la responsabilidad por la calidad del diseño referido a dicha solución técnica, en otras palabras, el riesgo debería ser compartido. El inversionista privado no podría asumir la responsabilidad por el hecho de que la solución técnica elegida por el Concedente no sea la más eficiente, adecuada o no atienda la necesidad pública de la zona. La única forma en que el inversionista privado en este caso asume el riesgo de diseño en su totalidad es que se otorgue a éste, dentro del proceso de promoción de la inversión privada, la posibilidad de revisar ello y, de ser el caso, advertir de lo inadecuado de la solución técnica, planteando otra solución alternativa.

- c) Tercer Escenario. - El Concesionario se obliga a desarrollar todo el diseño definitivo de ingeniería a partir de términos de referencia brindados por el Concedente.

En este tercer escenario, sí es posible, y además deseable, que el inversionista privado asuma la totalidad del riesgo de diseño, cuando las especificaciones son referenciales, mas no cuando los defectos derivan de términos mínimo y vinculantes que tienen finalmente una incidencia en la infraestructura a construir. Si el inversionista privado no puede desligarse de las especificaciones brindadas por el Concedente, entonces no tiene capacidad de control, manejo o gestión respecto de ello. En ese sentido, el Concedente asumiría el riesgo de diseño por las especificaciones técnicas mínimas o vinculantes exigidas al inversionista privado.

Consecuentemente, coincidimos con DAMMERT (2009) quien propone como regla de asignación de riesgos de diseño que el Estado sea responsable por los defectos de diseño que pudieran devenir de las especificaciones técnicas brindadas al Concesionario (p. 338-345). Lo anterior incluso se encontraba reflejado en los Lineamientos de OSITRAN para la emisión de Opinión de los Proyectos de los Contratos de Concesión, que en su momento fueron aprobados en marzo de 2008 mediante el Acuerdo N° 1043-267-08-CD-OSITRAN, en donde se incluyó el siguiente cuadro:

CUADRO N° 2

RIESGOS EN CONTRATOS DE CONCESIÓN

Tipos de Riesgo	Cuál es el Riesgo	Cómo surge	Cómo debe ser asignado
Diseño y desarrollo	Defectos del Diseño	Especificaciones técnicas exigidas pxor el Estado	Riesgo lo asume el Concedente
		Falta de diseño de la propuesta técnica	Concesionario asume el riesgo

Existe un aspecto adicional del riesgo de diseño al cual quisiéramos referirnos: la evaluación y aprobación del expediente técnico. En los Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de APP (MEF), se ha incluido lo siguiente: “La aprobación de los estudios definitivos por parte del concedente, no significará en ningún caso la asunción por el concedente del riesgo de diseño o de cumplimiento de los indicados de calidad y de servicio de la infraestructura” (2016, p.3).

Empero, durante la revisión que realiza al Concedente, éste realiza observaciones que, de no ser subsanadas por el inversionista privado, se impide la aprobación del estudio definitivo. Entonces, ¿qué sucede si la observación del Concedente es la que finalmente genera el defecto de diseño y, por ende, de la infraestructura? Ante dicha interrogante, surge los siguientes potenciales escenarios: (i) el inversionista aceptó sin disconformidad o reserva alguna la observación y procedió con su subsanación o levantamiento o; (ii) el inversionista expresó su disconformidad y la posible afectación de la infraestructura a desarrollar. En el primer caso, el riesgo debería ser asumido por el inversionista, al no advertir de la contingencia y/o riesgos que de ello se podría generar. En el segundo caso, el riesgo deberá ser retenido por el Concedente en dicho extremo del diseño.

Incluso, de la revisión de los contratos de concesión de carreteras, se observa que casi la totalidad de éstos carecen de mecanismos ágiles que permitan resolver casos de controversias técnicas durante la revisión, evaluación y aprobación de los expedientes técnicos; lo que por salud contractual debería incorporarse en los futuros contratos.

Por último, debemos mencionar que el uso de los contratos de concesión, como mecanismo o herramienta para la provisión de infraestructura y servicios públicos, tiene como origen la necesidad de contar con la experiencia y conocimiento de inversionistas privados especializados. En dicha línea, entendemos la intención del MEF de trasladar el íntegro del riesgo de diseño a los concesionarios. Empero, ello no es posible lograrlo, si el Concedente interviene y no suelta el control de las diversas actividades de diseño de ingeniería: entregando un estudio definitivo de ingeniería, estableciendo especificaciones técnicas mínimas o vinculantes e incluso imponiendo observaciones a los concesionarios que pueden encontrarse relacionadas a criterios de ingeniería y no a norma imperativas a aplicar como parte del diseño.

Por consiguiente, si lo que se busca es trasladar el riesgo de diseño en su totalidad a los inversionistas privados, como especialistas en la materia, entonces lo único que debe brindar el Concedente es el tipo de infraestructura y los parámetros de calidad que deben cumplirse. A partir de ello, corresponderá al inversionista elaborar el diseño definitivo que logre dicho objetivo. Sin perjuicio de ello, es necesario que en los nuevos contratos también se regule las consecuencias de encontrar terrenos cuyas características o composición afectan el tipo de infraestructura a construir y/o conlleva la necesidad de cambiar de trazo o de solución técnica a implementar.

3. RIESGO DE CAMBIO NORMATIVO

3.1. Definición y alcances

Como ya se ha señalado, por “riesgo” debe entenderse a aquella posibilidad de que un evento sobreviniente que afecte la onerosidad de las prestaciones en un contrato (Oelckers, 1980, p. 179), es decir, la economía del contrato, o -como se ha dicho en términos más sencillos- que los resultados de un proyecto sean “peores que lo planeado” (Barrantes, 2009, p. 331), ya sea por el incremento en los costos o por una pérdida de rentabilidad social o económica.

Aplicando la definición general de riesgo antes señalado al riesgo específico de cambios normativos o simplemente “riesgo normativo”, éste puede ser entendido como la posibilidad de que, en algún momento durante la ejecución del contrato de concesión, el Estado adopte la decisión incierta de modificar el marco legal aplicable al contrato y ello repercuta en la economía del contrato. Se trata de una “decisión incierta” pues no se conoce con exactitud si se producirá una modificación normativa o no y, sobre todo, cuándo ocurrirá.

El riesgo normativo guarda íntima vinculación con lo que se conoce como el derecho al restablecimiento del equilibrio económico-financiero de los contratos, tal como explicaremos en las siguientes líneas.

Sin embargo, antes de ello, consideramos necesario citar la descripción de riesgo normativo contenida en la ley peruana, específicamente en los Lineamientos de Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociación Público-Privado aprobados por el MEF (2016):

Las empresas concesionarias, como cualquier otra empresa, deben cumplir con la normativa vigente que, en cada momento, resulte de aplicación. Por tanto, ante un cambio regulatorio, el concesionario deberá implementar las modificaciones normativas pertinentes que le sean de aplicación, pudiendo estas modificaciones generar un impacto en costo o en plazo de la obra. Los efectos de la aplicación de una ‘Ley Aplicable’ no se pueden considerar como un evento de Fuerza Mayor (p. 15).

Como se puede apreciar, el MEF asocia el riesgo normativo con el efecto de los cambios en las leyes aplicables sobre los costos o plazos del proyecto. Asimismo, el MEF agrega que los cambios normativos no pueden ser considerados como eventos de fuerza mayor.

Esta separación se explica, desde nuestro punto de vista, en la necesidad de diferenciar los mecanismos de asignación y mitigación de riesgos de dos fenómenos distintos, pero que producen un efecto común: la ruptura del equilibrio económico-financiero. Uno de esos fenómenos es denominado “hecho del príncipe” o *factum principis* y el otro forma parte de lo que se conoce como “teoría de la imprevisión” (Rodríguez, 2011, p. 82; Fuentetaja, 2004, p. 186).

Se entiende como *factum principis*:

Toda actividad de la Administración contratante basada en competencias extracontractuales y susceptible de afectar de manera indirecta la ejecución del contrato, (...) abarca igualmente la actividad de otros poderes públicos, extraños a la relación contractual, que pueda afectar la ejecución del contrato” (Fuentetaja, 2004, p. 189).

En ese sentido, en el marco de un contrato de concesión de infraestructura vial, los hechos del príncipe incluirían tanto a las decisiones normativas generales que adopte el Ministerio de Transportes y Comunicaciones como otras entidades -Ministerio del Ambiente, Ministerio de Cultura, Congreso de la República- que pueden afectar la ejecución del contrato.

En contraste, dentro de los hechos que conforman la “teoría de la imprevisión” se encuentra cualquier circunstancia externa no prevista por las partes que pudiera afectar la economía del contrato (Rodríguez, 2011, p. 82) y que: “debe ser independiente de la voluntad de las partes, o sea, no estar al alcance de ellas impedirlo. Sobre todo, debe ser independiente

de la Administración” (Oelckers, 1980, p. 199). Ello significa que dentro de la categoría de la imprevisión se encuentran aquellos eventos no atribuibles a las partes y ajenos a su control, es decir, los hechos de fuerza mayor.

Aunque ambos fenómenos, las decisiones normativas generales y los hechos de fuerza mayor, pueden afectar el equilibrio del contrato, solo las primeras forman parte del riesgo normativo. Los segundos, en cambio, constituyen una categoría distinta de riesgo, denominada justamente “imprevisión” o “riesgo de fuerza mayor”.

Ahora bien, sobre el riesgo normativo hemos anticipado que, dentro de la categoría de *factum principis*, se incluyen tanto las decisiones normativas adoptadas por la entidad contratante -el MTC en el caso de las concesiones viales- como las que son dictadas por las demás entidades del Estado, siempre que, en ambos casos, dichos cambios legales produzcan algún impacto en la economía del contrato. Sin embargo, corresponde detenernos en un término que no debe pasar desapercibido cuando se habla de riesgo normativo. Según Fuentetaja (2004, p. 189), el *factum principis* es cualquier actividad de la Administración “susceptible de afectar de manera indirecta la ejecución del contrato”. ¿Por qué es preciso que la afectación se produzca de manera “indirecta”? ¿Y qué ocurre cuando, por el contrario, la afectación del contrato es “directa”?

Por afectación “indirecta” se entiende a aquellos supuestos en que la variación de las reglas legales no produce una alteración en las estipulaciones contractuales, pero impactan en la ejecución del contrato. En contraposición, una afectación “directa” es aquella que impacta directamente en el contenido del contrato.

Al respecto, cuando hicimos referencia a las causales de afectación del equilibrio económico-financiero, enunciamos únicamente al *factum principis* y a la teoría de la imprevisión. Sin embargo, omitimos intencionalmente una causal diferente, denominada “*ius variandi*” o “*potestas variandi*”.

Respecto del *ius variandi*, Baño León (2013) explica lo siguiente:

Una de las características sobresalientes de la legislación tradicional de la contratación administrativa ha sido el poder de modificación de los contratos. Este *ius variandi*, presentado por influencia del derecho francés como una potestad exorbitante o frente a la que el contratista solo podría oponer compensaciones económicas, terminó convirtiéndose en muchos casos en un fácil expediente para subvertir el contrato originario, en ocasiones en contra del interés público (p.142).

En sentido semejante, Céspedes (2006) describe el *ius variandi* de la siguiente manera:

Una de las particularidades del régimen jurídico que caracteriza a la figura del contrato administrativo, calificada incluso como la más singular y extraordinaria, es, precisamente, el poder en manos de la Administración de modificar las condiciones estipuladas en el contrato, conocido comúnmente como *ius variandi*. Su esencia reside en la posibilidad atribuida a la Administración Pública de alterar unilateralmente los términos de las obligaciones pactadas, en este caso, con los concesionarios.

En síntesis, el *ius variandi* es la facultad exorbitante de la Administración de cambiar unilateralmente los términos contractuales. Típicamente, se concibe al *ius variandi* como el acto “contractual” a través del cual se modifica una estipulación del contrato administrativo, en oposición al *factum principis* que es un acto “general” o normativo (Rodríguez, 2011, p. 82).

Sin embargo, como hemos destacado, el *factum principis* no solo es un acto general, sino que además produce una afectación indirecta, es decir, no impacta en el contenido del contrato, pero sí en su ejecución. A diferencia del *factum principis*, que produce una afectación indirecta al contrato pues afecta los costos o los ingresos del proyecto debido a un cambio general en el marco legal, el *ius variandi* incide directamente en el contenido contractual.

Ahora bien, aunque el *ius variandi* se le considere clásicamente como un “acto contractual”, es decir, cuya manifestación ocurre mediante la modificación literal de una cláusula por otra, la incorporación de una nueva o la supresión de una existente, existen circunstancias límite en los que el *ius variandi* podría tener la apariencia de *factum principis*, pero produce una afectación directa sobre un contrato particular.

Por ejemplo, si a través de una modificación en las normas técnicas de ingeniería o diseño de infraestructura vial se altera el objeto de un contrato de concesión de una carretera con peaje, mediante el orden de agregar un carril a todas las autopistas o la prohibición de cobrar peaje en determinadas vías, aun cuando dicho “acto general” no modifique el texto de una cláusula particular, se trata de un “acto general” en apariencia, pues incide directamente en el contenido del contrato. No es en realidad un *factum principis* -como lo sería una ley ambiental o de protección del patrimonio cultural, que tienen aptitud para impactar en la economía del contrato, sin modificar su objeto-, sino una modificación directa del contenido del contrato a través de una ley, es decir, se trataría del ejercicio encubierto del *ius variandi* mediante cambios en las leyes o de una modificación legislativa equivalente al *ius variandi*.

La doctrina reconoce que tanto el *factum principis* como el ejercicio del *ius variandi* pueden afectar el equilibrio económico-financiero y habilitar al concesionario a solicitar medidas que busquen su restablecimiento. Por ejemplo, Rodríguez (2011) señala lo siguiente:

Las condiciones tomadas en consideración al momento de presentar la propuesta o celebrar el contrato, deben permanecer equivalentes hasta su término, de tal manera que, si se rompe esa equivalencia, nace para el afectado el derecho a una compensación pecuniaria que la restablezca. (p. 86).

En ese sentido, desde un punto de vista teórico, en caso se produzca alguna de estos fenómenos denominados “áreas administrativas”, el concesionario tendría derecho a exigir el pago de una indemnización monetaria o alguna medida compensatoria alternativa como mayor tarifa, mayor plazo de explotación u otra semejante.

Ello significa que, al menos desde un punto de vista conceptual, el riesgo normativo se puede presentar tanto en la forma de *factum principis*, con cambios generales que impactan indirectamente en el proyecto, como mediante la alteración directa del contenido de las prestaciones contractuales por cambios en las leyes, que sería equivalente al ejercicio del *ius variandi*. Por tanto, en principio, ante la ocurrencia de alguno de esos fenómenos, los inversionistas privados tendrían derecho al restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato.

Sin embargo, en el caso del ordenamiento jurídico peruano, el legislador nacional -específicamente el constituyente- ha preferido adoptar una fórmula diferente. Al respecto, en el artículo 62 de la Constitución se establece lo siguiente:

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

Como se puede apreciar, en la Constitución, el Estado Peruano se ha autoimpuesto la prohibición de modificar cualquier término contractual. Ello, por supuesto, incluye a los términos contenidos en contratos administrativos, siguiendo la regla de que no se puede distinguir donde la ley no distingue. Por tanto, podemos concluir que el Estado Peruano ha renunciado unilateral y explícitamente a modificar los términos contractuales mediante ley, es decir, a ejercer el *ius variandi* legislativamente. De hecho, el Tribunal Constitucional (2004) ha tenido la oportunidad de pronunciarse a favor de la inmutabilidad de los términos de un contrato administrativo, tal como se lee a continuación:

13. Al respecto, este Colegiado ha precisado que de una interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 62° de la Constitución se establece una regla de carácter general, y es que no sólo los términos contractuales contenidos en un contrato-ley, sino que, en general, todo término contractual, «no puede ser modificado por leyes u otras disposiciones de cualquier clase [STC 005-2003-AUTC: Caso Contrato – Ley con Telefónica].

14. Si bien la ordenanza impugnada, en puridad, no modifica términos contractuales, sí deja sin efecto contratos y convenios – lo que es peor- , al utilizar esta vía para declarar su nulidad; es decir, la vulneración del artículo 62° se produce porque ha quebrantado la regla constitucional que dispone que: «los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la Ley». En consecuencia, siendo esa la regla, los artículos 1° y 3° de la Ordenanza N° 7-2003-MDA devienen en inconstitucionales.

De otro lado, aunque podría afirmarse que la facultad de ejercer el *ius variandi* es una prerrogativa implícita y natural de la Administración, mientras no se encuentre contemplada dicha atribución contractual o legalmente no es posible hacer valer de ella. No existe un régimen exorbitante implícito, sino que:

Las potestades y prerrogativas (por ejemplo, *ius variandi* o resolución unilateral del contrato) de la Administración Pública deberán contemplarse expresamente en la legislación correspondiente o en todo caso deben encontrarse plasmadas expresamente en el cuerpo del contrato, con su desarrollo respectivo (Huapaya, 2013, p. 46).

Esa parece ser la posición adoptada por el Estado Peruano respecto de las “facultades exorbitantes”, pues en una controversia arbitral internacional, en la que el Estado Peruano fue el vencedor, la posición de éste -que fue aceptada por el Tribunal Arbitral- era que la decisión de resolver un contrato en particular fue adoptada en el ejercicio de un derecho contractual y no de una prerrogativa exorbitante legal o soberana existente al momento de adoptar dicha decisión. En el fallo del Tribunal Arbitral (CIADI, 2013,) se pueden leer los siguientes interesantes fundamentos:

526. El Tribunal considera que le asiste la razón a la Demandada. En efecto, el Tribunal no está convencido de que la doctrina invocada y una sola sentencia del Tribunal Constitucional constituyan, bajo el derecho peruano, un mandato o precedente de obligatorio cumplimiento conforme al cual la caducidad deba ser considerada como una facultad exorbitante que el Estado pueda ejercer, aun si no la ha pactado contractualmente. (...) Dicho en otras palabras, ni la normatividad peruana ni la doctrina y sentencias citadas permiten concluir que la caducidad sea una facultad exorbitante en el ordenamiento jurídico peruano. De hecho, se reitera, las Partes admiten que no hay en el derecho peruano una norma que consagre la caducidad como facultad exorbitante de la administración. Además, los dictámenes del Prof. Martin y del experto Bullard coinciden en que no existe en el derecho peruano tal norma (Párrafo 524 supra).

527. En este orden de ideas, el Tribunal considera que, a la luz del orden jurídico peruano, y en este caso específico, la facultad de declarar la caducidad del Contrato provino del Contrato mismo. En efecto, el Tribunal encuentra que la prerrogativa de declarar la caducidad nació de la voluntad de las partes contratantes quienes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, negociaron y acordaron cuáles serían las causales para declarar la caducidad del Contrato. De lo anterior se deriva que la MPC contaba con la prerrogativa de declarar la caducidad por la única razón de que las partes así lo habían acordado. En consecuencia, la facultad de la MPC de declarar la caducidad provino del concurso de voluntades de los contratantes, esto es, del Contrato, y no de la voluntad soberana del Estado. (p.153-154)

Así como el Estado ha reconocido y defendido con éxito que la facultad exorbitante supuestamente inherente a la Administración de resolver unilateralmente los contratos de concesión no puede ser ejercida como potestad soberana si no existe una ley que la reconozca, de igual manera la potestad supuestamente natural del Estado de modificar unilateralmente los contratos no existe ni puede ser ejercida mientras no exista una ley habilitante o no haya sido prevista expresamente en el contrato.

Huapaya (2013) amplía su explicación sobre la inexistencia de potestades implícitas, en los siguientes términos:

La construcción dogmática del *ius variandi* unilateral como una ‘prerrogativa’ o ‘potestad’ administrativa de ejercicio unilateral por el concedente, no encuentra reflejo en los contratos públicos de concesión del régimen PIP [promoción de la inversión privada]. De tal suerte que la modificación de estos contratos será posible únicamente por acuerdo de las partes, tal como lo dispone el TUO [norma de concesiones] (...)

En el marco jurídico de PIP en el Perú, no existen prerrogativas o potestades extracontractuales, virtuales o implícitas (que se sobreentiendan incorporadas en los contratos públicos de concesión por considerarse como ‘contratos administrativos’), sino que las mismas deberán incorporarse como

cláusulas exorbitantes expresas debiendo encontrarse pactadas o incorporadas en los contratos para su ejercicio correspondiente. Esto último será posible únicamente cuando exista base legal (‘régimen exorbitante’) que permita su incorporación” (p. 302-305) (Los agregados en corchetes son nuestros y las precisiones entre paréntesis son del autor).

En ese sentido, en el ordenamiento jurídico peruano vigente no hay espacio para la modificación contractual de los contratos por vía legislativa (una suerte de *ius variandi* normativo), sino únicamente del *factum principis*, que no supone una modificación contractual por cambios en las leyes sino de la afectación indirecta de la economía del proyecto a través de normas de alcance general.

Por consiguiente, el riesgo de modificaciones normativas en el ordenamiento jurídico está referido únicamente a la posibilidad incierta -para el concesionario- de que el Estado, ya sea a través de la administración concedente o de otras entidades, expida normas que pueden afectar indirectamente la economía del contrato o la onerosidad de las prestaciones. Se excluye entonces del alcance del riesgo normativo o regulatorio aquellos supuestos de modificación unilateral del contrato, los cuales están vedados por la ley peruana.

Ello significa que, en estricto y a pesar de lo que puedan sostener algunas entidades del Estado sobre el alcance del riesgo normativo y del derecho al restablecimiento del equilibrio económico-financiero, no debería existir legalmente la posibilidad ni el riesgo de que, a través de cambios en las leyes, se modifiquen las condiciones pactadas en los contratos de concesión.

3.2. Asignación y mitigación

Como hemos señalado, en la doctrina administrativa, el riesgo normativo abarca a todos los cambios legales posibles, es decir, tanto al *factum principis* como al *ius variandi* encubierto o *ficto*, atribuciones que son sin duda semejantes pero que producen un impacto claramente distinto respecto de los contratos. Por un lado, el *factum principis* puede encarecer los costos del proyecto a través de una norma de carácter general, como una modificación de la ley laboral que incremente el descanso vacacional o la remuneración mínima vital. En cambio, los cambios del marco legal específico sobre el proyecto impactan directamente en el alcance del contrato, al igual que el *ius variandi* clásico o contractual, como es el caso de una modificación normativa sobre el diseño de la carretera o de la fijación administrativa de la una tarifa tope a todos los peajes.

Dicha diferencia en la naturaleza de ambos fenómenos puede ser trasladada a la diferencia en la forma de administrar el riesgo normativo en uno y otro caso, pues para algunos autores, ante la ocurrencia del *factum principis*, el riesgo normativo debe ser asumido en principio por el inversionista o concesionario salvo que las circunstancias justifiquen que el riesgo sea asumido por el Estado (como en el caso de modificaciones esenciales sobre la economía del contrato), mientras que en el caso específico de que el Estado ejerza su *ius variandi*, el riesgo normativo debe ser asumido íntegramente por el Estado (Guasch, 2005, p. 157).

Para otros autores, el riesgo normativo o regulatorio, sin diferenciar si los cambios son generales o específicos, debe ser asumido íntegramente por el Estado (Alborta, Stevenson & Triana, 2011, p. 28), para lo cual puede valerse por ejemplo de contratos ley o convenios de estabilidad jurídica u otros mecanismos (Dammert, 2009, p. 340), como el restablecimiento del equilibrio económico-financiero.

En ambos casos la posición doctrinaria asumida puede ser defendible. En primer lugar, debe tomarse en cuenta que, en aplicación del Principio de Adecuada Asignación de Riesgos, para la asignación de cualquier riesgo en los contratos de concesión, lo recomendable es que aquel sea asumido por la parte que se encuentra en mejor posición de controlarlo o administrarlo (Barrantes, 2009, p. 331; Dammert, 2009, p. 339-340; Guasch, 2005, p. 152). Por tanto, dado que el Estado se encuentra en mejor posición de evitar que un cambio normativo impacte en un contrato es la parte que cuenta con atribuciones para adoptar la decisión de modificar o no la ley, el riesgo normativo debería recaer sobre él.

Sin embargo, no es menos cierto que, respecto de los cambios generales en las leyes, todas las empresas, se encuentren o no realizan actividades sujetas a regulación económica, acceden al mercado con pleno conocimiento de que el Estado puede ejercer su *ius imperium* y modificar las leyes del país. Por tanto, también podría ser defendible la posición de que no habría razón para exonerar de dicho riesgo, que es ordinario y común para cualquier empresa, a las concesionarias de infraestructura o servicios públicos. En contra de dicho argumento, no obstante, puede sostenerse que, en el caso de estos sectores regulados, el Estado tiene particular interés en que los proyectos se desarrollen y, por tanto, podría otorgar legítimos incentivos a la inversión mediante un mayor nivel de estabilización del marco legal.

En ese sentido, respecto del riesgo normativo en caso de *factum principis*, las posiciones varían, pues hay quienes opinan que este riesgo debe ser compartido, mientras que otros sostienen que este riesgo debe ser asumido íntegramente por el Estado. En cambio, respecto de las modificaciones legales equivalentes al *ius variandi* casi de modo unánime se sostiene que el riesgo normativo debe ser asignado al Estado.

Ahora bien, en el caso del ordenamiento jurídico peruano, el riesgo regulatorio o normativo debe estar acotado exclusivamente a cambios generales en las leyes, pues la modificación legislativa de los términos contractuales pactados se encuentra prohibida, en aplicación del Artículo 62 de la Constitución. Por tanto, en principio, al Estado Peruano solo le correspondería definir cómo asigna el riesgo de *factum principis*, no sobre los cambios legales específicos sobre el objeto contractual.

La forma en la que el MEF (2016) recomienda asignar el riesgo normativo es la siguiente:

b. Práctica recomendada para la asignación del riesgo

Este riesgo es compartido entre el concedente y concesionario al establecer un mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico financiero ante variaciones significativas de los ingresos o costos del proyecto a fin de compensar a la parte afectada (concedente o concesionario).

Conforme al Reglamento de APP, es necesario señalar un límite mínimo de variación de ingresos o costos, para considerar qué equilibrio económico se ha visto afectado. La inclusión de un referente porcentual debe encontrarse

debidamente sustentado, tomando como referencia proyectos de APP

similares dado que el establecimiento de un porcentaje muy bajo, podría equivaler a considerar cualquier efecto como significativo, lo que en el fondo puede significar liberar al concesionario de riesgos que son intrínsecos a su actividad (p. 15).

Como se puede observar, el MEF recomienda adoptar una posición ecléctica con relación al riesgo normativo, pues en caso de variaciones de ingresos o costos que superen un porcentaje contractualmente establecido, corresponde que la parte afectada sea compensada mediante los mecanismos de restitución del equilibrio económico-financiero. Ello significa que si un cambio normativo genera un incremento en costos del 15% en perjuicio del concesionario y en el Contrato de Concesión se ha señalado que el porcentaje aceptable de variación es 10% corresponde que el concesionario sea compensado.

La razón de establecer porcentajes mínimos para la restitución del equilibrio económico-financiero se explica en la necesidad de que el *álea* debe ser anormal, es decir, la causal de restablecimiento debe provocar un impacto no solo efectivo, sino sobre todo extraordinaria y grave para la economía del contrato (Rodríguez, 2011, p. 74-75, 86).

Ahora bien, el hecho de que legalmente se exija que la variación supere el porcentaje contractual para el restablecimiento del equilibrio económico-financiero no significa necesariamente que la compensación deba darse únicamente respecto del exceso. Más bien, una vez verificada la afectación extraordinaria y anormal sobre costos o ingresos, lo que corresponde es que se restituya íntegramente a la parte afectada por el cambio legal. Al respecto, el numeral 37.2 del artículo 37 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362 (2018), Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas (APP) y Proyectos en Activos establece lo siguiente:

Artículo 37. Restablecimiento del equilibrio económico financiero

(...)

37.2 Una afectación se entiende como significativa cuando se hubiesen alcanzado los porcentajes que para tales efectos debe establecer el respectivo Contrato de APP. En estos supuestos, se restablece el equilibrio económico financiero al momento anterior a la afectación significativa producida por los cambios en las leyes aplicables

La disposición transcrita norma no restringe la restitución del mencionado al equilibrio al exceso sobre la variación porcentual establecida en el contrato, sino que simplemente declara que este se restablece al “momento anterior a la afectación”, lo que significa que la compensación debería ser total, una vez acreditada la causalidad entre el cambio legal y la afectación a la economía del contrato, así como que dicha afectación sea significativa.

De la observación de las cláusulas de equilibrio económico-financiero de múltiples contratos de concesión de infraestructura vial (por ejemplo, Autopista del Sol Tramo Trujillo-Chiclayo-Piura-Sullana, IIRSA Centro Tramo 2, Red Vial N° 6: Pucusana-Cerro Azul-Ica, entre otras), se advierte que de forma unánime dichas cláusulas incluyen porcentajes mínimos para que la variación se considere relevante y se exija el restablecimiento del equilibrio.

En síntesis, con relación al *factum principis*, la decisión adoptada por el Estado Peruano es establecer un esquema de compartición de riesgo: Si el impacto de la norma es poco significativo, el riesgo es retenido por el afectado con el cambio legal (el concesionario, usualmente); en cambio, si la afectación es cuantitativamente mayor, el riesgo es transferido a la parte beneficiada o no afectada con el cambio (el concedente, usualmente).

3.3. Problemas en la asignación del riesgo de diseño en el Perú

Si uno observa la regulación normativa y contractual sobre el riesgo normativo pareciera que esta se encontraría libre de discusión y problemas, y que solo correspondería aplicarla, lo que significaría restringir su aplicación a los casos de *factum principis* con afectación significativa.

Sin embargo, la experiencia en la ejecución contractual nos enseña que los cambios en las leyes pueden generar conflictos o incertidumbre sobre los cuales aparentemente no hay certeza sobre su modo de resolución. ¿Cuáles son esos problemas?

3.3.1. La pretendida aplicación de la cláusula de equilibrio a los supuestos de *ius variandi*

De acuerdo con el artículo 62 de la Constitución, es legalmente imposible que el Estado modifique los términos y condiciones pactadas en los contratos a través de leyes posteriores.

Dicha razón debe ser suficiente para que, al revisar e interpretar los respectivos contratos de concesión, las partes entiendan que ninguna acepción del término “cambios en las Leyes Aplicables” puede incluir a aquellos cambios que impacten sobre términos del contrato.

Es así que, por ejemplo, al leer la Cláusula 10.8 del Contrato de Concesión del Tramo 2 de IIRSA Centro, que establece que el Contrato: “Estipula un mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico-financiero al cual tendrán derecho el CONCESIONARIO y el CONCEDENTE en caso que la Concesión se vea afectada, exclusiva y explícitamente debido a cambios en las Leyes y Disposiciones Aplicables”, debe entenderse que la noción de cambios en las leyes se restringen a los supuestos de variación normativa general, como leyes tributarias, aduaneras, laborales, ambientales, de monitoreo arqueológico, entre otras. Pero no incluyen a aquellas nuevas normas técnicas emitidas por el concedente que impongan parámetros de inversión o mantenimiento que sean distintos a los que ya se encuentran previstos expresamente en los contratos de concesión, como los tiempos de atención de las emergencias viales comunicadas por los usuarios o los niveles de luminosidad de las señales sobre el pavimento.

Sin embargo, en nuestra experiencia advertimos que esta comprensión, que debe ser obvia en cumplimiento del marco legal y constitucional, a veces no es compartida por el Concedente o por el Regulador, quienes eventualmente manifiestan o sostienen una interpretación más amplia de la cláusula de equilibrio económico-financiero, incompatible con la prohibición de modificar legislativamente los términos contractuales que se encuentra amparada en nuestra Constitución.

3.3.2. Cuando los cambios normativos sobre el objeto del contrato son indispensables para la satisfacción de derechos fundamentales

Sin perjuicio de que, en principio, la posición jurídica correcta en una discusión

sobre la aplicación de contrato versus ley posterior, es que los cambios legales que alteran los términos contractuales son inoponibles a las partes, puede ocurrir que las modificaciones normativas persigan la satisfacción de algunos derechos constitucionales, igual de importantes que el precepto constitucional de la intangibilidad contractual, como por ejemplo el derecho a la seguridad vial o a la protección de las personas con discapacidad.

En este supuesto, adoptar una posición rígida de inoponibilidad de la ley posterior para que en virtud del contrato se ejecute estrictamente la inversión en los términos allí estipulados puede conducir a resultados no valiosos como la falta de solución de un problema de seguridad o incluso hasta un hipotético desfase de la infraestructura concesionada respecto de la infraestructura no concesionada (poco probable, pero teóricamente posible).

¿Cómo debe proceder en estos casos? ¿Es posible admitir entonces la modificación legislativa de los términos contractuales? Tampoco, pero no debido a la intangibilidad absoluta de los contratos, sino a la existencia de medidas menos invasivas sobre la intangibilidad contractual que garantizan igualmente la satisfacción de los derechos fundamentales.

Imaginemos que entre la fecha de suscripción de un contrato de concesión de infraestructura vial y el inicio de las obras se produce una variación normativa que altera el diseño de la obra y que dicho cambio legal tiene como objeto el dotar de mayor accesibilidad a las personas con discapacidad. Aunque el Concesionario podría invocar el artículo 62 para señalar que la norma posterior es inoponible y exigir que le aprueben el diseño y la obra señalada en los términos contractuales (incompatibles con la norma posterior), podría ocurrir también que el Concedente alegue que existen derechos constitucionales que son igual de importantes con el derecho a la inmutabilidad de los términos contractuales, como el derecho al libre desenvolvimiento de la persona y el derecho a la igualdad y accesibilidad de las personas con discapacidad.

Esta dialéctica podría llevarnos a concluir que el derecho a la inmutabilidad de los términos contractuales debe ceder a los otros derechos que podrían considerarse como más humanos o menos patrimoniales, es decir, que el concesionario quedaría obligado a diseñar y construir la obra conforme a la nueva norma técnica. Sin embargo, dicho razonamiento sería equivocado, pues existiría una medida menos gravosa sobre el derecho a la intangibilidad contractual que no sacrificaría en absoluto los otros derechos.

Como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional (2005), para la intervención sobre un derecho fundamental es necesario que dicha medida supere el denominado test de razonabilidad, compuesto por los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En el caso bajo análisis, se pretendería intervenir sobre el derecho a la intangibilidad de los términos contractuales con la finalidad de satisfacer un derecho fundamental de las personas con discapacidad y probablemente la medida superaría el test del subprincipio de adecuación, porque obligando al concesionario a construir la obra conforme a los nuevos parámetros técnicos y contra el pacto, se permitiría la satisfacción del derecho de las personas con discapacidad.

Sin embargo, dicha intervención no superaría el test del subprincipio de necesidad, que consiste en que “no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado” (Tribunal Constitucional, 2005), pues sí existiría otro mecanismo alternativo que permitiría asegurar la ejecución de la obra con la accesibilidad adecuada para las personas con discapacidad sin afectar la intangibilidad del contrato. ¿Cuál es?

Los contratos de concesión suelen prever una cláusula de inversiones adicionales (con las denominaciones de “obras adicionales”, “obras complementarias” u “obras nuevas”), en virtud de la cual las inversiones no contempladas en el proyecto original que son decididas por el Concedente pueden ser ejecutadas por el concesionario o por un tercero y luego incorporadas a la concesión.

Por ejemplo, en las Cláusulas 6.20 y 6.21 del Contrato de Concesión de la Red Vial N° 6: Pucusana-Cerro Azul-Ica, se establece lo siguiente:

6.20. Si durante la vigencia de la Concesión, el CONCEDENTE determinara la necesidad de realizar Obras Nuevas, podrá autorizar su ejecución previa opinión del REGULADOR. Las Obras Nuevas podrán ser ejecutadas directamente por la SOCIEDAD CONCESIONARIA, en caso de existir mutuo acuerdo entre las Partes. (...)

6.21.- Cuando no exista mutuo acuerdo entre la SOCIEDAD CONCESIONARIA y el CONCEDENTE para la ejecución de las Obras Nuevas, el CONCEDENTE convocará a un procedimiento administrativo de selección para la contratación de la ejecución de las mismas, de conformidad con la normativa vigente en materia de obras públicas observando las disposiciones correspondientes al Sistema Nacional de Inversión Pública en tanto resulten aplicables. En dicho procedimiento podrá participar la SOCIEDAD CONCESIONARIA.

Este mecanismo de inversiones adicionales es muy útil para satisfacer las necesidades contingentes, sobrevinientes o para que, en el cumplimiento de los objetivos de las políticas públicas, el Estado adopte decisiones⁹ de nuevas inversiones, salvaguardando al mismo tiempo el derecho del concesionario a la intangibilidad contractual. Por un lado, la obra se ejecuta indefectiblemente conforme al nuevo diseño normativo se ejecuta en cualquier escenario: con o sin acuerdo con el concesionario. Y, por otro lado, el concesionario no experimenta ningún menoscabo patrimonial y, sobre todo, no sufre una afectación a su derecho a la intangibilidad contractual.

Cabe señalar que el propósito de la cláusula de inversiones adicionales es que el concedente decida ejecutar obras no contempladas en el proyecto original, que luego pasan a ser consideradas como necesarias en el marco de sus objetivos de política pública¹⁰. Por tanto, si a través de un cambio legal, el concedente decide que una obra contractual debe ejecutarse de modo distinto o que debe ejecutarse una obra no prevista en el proyecto original,

9 Siendo el concedente parte del Estado, el modo en que este expresa o comunica cualquier decisión de política pública es a través del ordenamiento jurídico, lo que supone incorporar o modificar disposiciones legales. Por tanto, es a través de la variación de las normas que el Estado manifiesta su voluntad de ejecutar inversiones no previstas en el proyecto original de la concesión, denominadas inversiones adicionales. Sin embargo, es posible también que el mecanismo de inversiones adicionales sea utilizado -como de hecho, viene sucediendo desde siempre- para aquellos casos en que las necesidades de ejecutar obras adicionales no provengan de un cambio normativo sino de la evaluación de conveniencia del concedente o de la reclamación de la ejecución de obras de seguridad vial por parte de la población.

10 El MEF (2016) define a las “inversiones adicionales” de la siguiente manera: “El concepto de inversión adicional comprende aquellas obras o inversiones -no contempladas en el diseño definitivo del contrato-, aprobados por el concedente por considerarlas de necesidad e interés público y vinculadas a la concesión. Es potestativo del concedente determinar la ejecución de dicha inversión adicional conforme el marco legal vigente” (p. 10)

dicha determinación expresada mediante la modificación normativa puede conducir a que el concedente encargue dicha obra al concesionario, en caso de acuerdo, o a que contrate a un tercero para tal efecto.

Por tanto, aun en los casos en que aparentemente esté justificada la modificación normativa equivalente al *ius variandi* para el desarrollo de obras distintas a las previstas en el contrato de concesión, existe una medida menos invasiva e igualmente satisfactoria que permite conciliar y satisfacer simultáneamente los derechos fundamentales de la población beneficiada, así como la intangibilidad contractual, a saber, el mecanismo de inversiones adicionales.

3.3.3. Las dificultades operativas en la aplicación de la típica cláusula de equilibrio económico-financiero

La redacción de la cláusula de equilibrio económico-financiero ha variado parcialmente a través del tiempo. Si bien siempre se ha mantenido la regla de exigir un impacto mínimo para establecer si la afectación es significativa, en los contratos más antiguos dicho impacto se determinaba acumulativamente, tal como se observa en la Cláusula 8.20 del Contrato de Concesión de la Red Vial N° 6:

8.20.- Si por cambios en las Leyes y Disposiciones Aplicables, y/o por actos de gobierno y que tengan exclusiva relación a aspectos económicos financieros vinculados a:

a) La inversión, titularidad u operación de la infraestructura del Tramo Puente Pucusana-Cerro Azul-Ica de la Carretera Panamericana Sur — R01S; o

b) El presente Contrato, con excepción de las disposiciones relacionadas con el Peaje y la Tarifa; y además, si los ingresos brutos anuales de la SOCIEDAD CONCESIONARIA se redujeran en un diez por ciento (10%) o más en un mismo año, o de manera acumulativa en un periodo máximo de cuatro años consecutivos, con respecto al promedio de los ingresos de los dos años de vigencia de la Concesión inmediatamente anteriores, o, alternativamente, los costos y/o gastos anuales de la SOCIEDAD CONCESIONARIA se incrementaran en un diez por ciento (10%) o más en un mismo año, o de manera acumulativa en un periodo máximo de cuatro años consecutivos, con respecto al promedio de los costos y/o gastos de los dos años de vigencia de la Concesión inmediatamente anteriores o el efecto compuesto de la reducción de los Ingresos Brutos anuales de la SOCIEDAD CONCESIONARIA y del incremento de los costos y/o gastos anuales de la SOCIEDAD CONCESIONARIA produjeran un resultado neto igual o mayor a cualquiera de las dos alternativas anteriores, se considerará que el equilibrio económico del presente Contrato se ha visto significativamente afectado, siempre y cuando tales efectos se hayan producido solo como consecuencia de cambios en las Leyes y Disposiciones Aplicables y/o para actos de gobierno.

Asimismo, el MEF señala que “el Contrato puede regular la necesidad de realizar obras correspondientes a inversiones adicionales, entendidas como aquellas inversiones que no fueron comprendidas en el proyecto original, las cuales pueden ser solicitadas por el concedente o propuestas por el concesionario (...) Si durante la vigencia de la Concesión el concedente necesita realizar obras por inversiones adicionales, debe asumir el costo de su implementación, sin perjuicio, que su ejecución se realice por el concesionario o por un tercero, según el marco normativo o contractual respectivo” (2019, p. 17).

Al respecto, no se comprende la razón por la cual se requiere comparar los cuatro años consecutivos presuntamente afectados por el cambio legal con los dos años inmediatamente anteriores. Para empezar, ello imposibilita que se alegue una afectación al equilibrio económico-financiero en los primeros años de la concesión, aun cuando es probable que se dicten normas que produzcan un impacto en las inversiones, como las modificaciones de las normas ambientales o sobre planes arqueológicos o las normas para obtención de licencias. Asimismo, en el caso de la afectación por disminución de los ingresos, ¿qué sentido tiene comparar los años anteriores a la modificación normativa con los años posteriores si es probable que el impacto perjudicial de la norma se neutralice con el crecimiento ordinario del tráfico?

Ahora bien, el texto de la cláusula de equilibrio económico-financiero de contratos más recientes ha omitido la evaluación de la afectación acumulada, como es el caso del Contrato de Concesión del Tramo 2 de IIRSA Centro:

10.8. El presente Contrato estipula un mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico-financiero al cual tendrán derecho el CONCESIONARIO y el CONCEDENTE en caso que la Concesión se vea afectada, exclusiva y explícitamente debido a cambios en las Leyes y Disposiciones Aplicables, en la medida que cualquiera de los anteriores tenga exclusiva relación a aspectos económicos financieros vinculados a los ingresos y costos de inversión, Explotación y Conservación Vial de los Tramos Viales objeto de la presente Concesión.

El desequilibrio se puede dar por las condiciones anteriores y tendrá implicancias en la variación de ingresos derivados del Servicio o la variación de costos, o ambos a la vez; relacionados al Servicio de la Concesión. El restablecimiento del equilibrio económico-financiero podrá ser invocado por algunas de las partes a consideración y se efectuará en base al Estado de Ganancias y Pérdidas del ejercicio anual auditado del CONCESIONARIO donde se verifique las variaciones de ingresos o costos anteriormente referidos.

Sin perjuicio de ello, el CONCEDENTE podrá solicitar mayor información que sustente las variaciones señaladas.

(...)

A pesar de esa aparente mejora, la cláusula presenta un problema diferente, a saber, que establece una regla de evaluación única para cambios en las leyes sobre inversiones y para cambios en las leyes sobre la etapa operativa, a saber, el análisis de los estados de resultados (ganancias y pérdidas), a pesar de que las inversiones (activos) no se registran en dicho estado sino en el estado de situación financiera y de que la evaluación de los ingresos solo es relevante para efectos de determinar si ha habido un cambio relevante sobre la operación.

3.4. Propuestas de mejora

Con relación a los problemas descritos, ¿cuál es la solución jurídica? Asimismo, ¿existe alguna alternativa que pueda mejorar la regulación contractual y normativa?

3.4.1. Sobre las modificaciones legales equivalentes al *ius variandi*

En principio, cualquier modificación legal por parte del Estado de los términos contractuales es inoponible a las partes. Asimismo, incluso en el supuesto de que, a través de cambios normativos se pretenda exigir la ejecución de inversiones necesarias para la satisfacción de derechos fundamentales, lo que corresponde es que el concedente utilice el mecanismo de inversiones adicionales para que con o sin acuerdo con el concesionario ejecute las obras que son necesarias conforme al nuevo marco legal.

De otro lado, consideramos que en el diseño de los nuevos contratos de concesión se podría explorar alternativas distintas para que, de alguna manera, las obligaciones del concesionario se transformen conforme evoluciona el marco normativo.

Al respecto, si bien no es legalmente correcto que el Concedente modifique el contrato mediante normas posteriores, incluso en aquellos supuestos en que las obras persigan la atención o realización de derechos constitucionales, sí es jurídicamente posible que los propios términos contractuales obliguen al concesionario a adaptar sus actividades de inversión, operación y mantenimiento a las modificaciones normativas. Ello sería equivalente a atribuir vía contrato la prerrogativa de *ius variandi*, es decir, establecer una cláusula exorbitante en el sentido estricto, pero en virtud del acuerdo de partes.

Para implementar este diseño, no basta con la actual redacción de la definición de Leyes y Disposiciones Aplicables, que por ejemplo se puede hallar en la cláusula 1.9.56 del Contrato de Concesión de la Autopista del Sol:

1.9.56 Leyes y Disposiciones Aplicables

Es el conjunto de disposiciones legales peruanas de carácter general que regulan el Contrato. Incluyen la Constitución Política del Perú, las normas con rango de ley, los reglamentos, directivas

y resoluciones que pueda dictar cualquier Autoridad Gubernamental competente de conformidad con su ley de creación; las que serán de observancia obligatoria para las Partes.

Aunque podría sostenerse que esta cláusula contiene una habilitación para el ejercicio contractual del *ius variandi*, ello no es así, porque lo que se describe más bien es el *factum principis*: Cambios generales en las leyes dispuestos por la administración concedente o por otra autoridad gubernamental que obligan al concesionario y que impactan en la economía del contrato.

En todo caso, si la intención de quien diseñó los contratos de concesión fue establecer un mandato de reajuste automática del alcance de las obligaciones contractuales debió ser explícito para que, en los propios términos contractuales, se rompiera con la prohibición de modificar el contrato con leyes posteriores mediante el compromiso expreso del propio concesionario de obligarse a adecuar sus inversiones pendientes, operación y mantenimiento a las normas que se emitan. Sin embargo, en nuestra experiencia, no hay evidencia de que aquella hubiese sido la intención o interpretación del concedente de la cláusula de leyes aplicables. Por el contrario, lo que está probado es que el concedente siempre entendió que la redacción de los contratos de concesión no permite exigir a los concesionarios una adecuación automática a las leyes que modifican el alcance contractual de sus obligaciones. De hecho, a

inicios del 2018, planteó a los concesionarios la inclusión de una cláusula “progreso” con la finalidad de adecuarse paulatinamente a los cambios legales (Andina, 2018).

Por ello, si lo que se pretende es tener contratos de concesión dinámicos, que se adecúen a las necesidades de adecuación normativa, lo que correspondería es que en los nuevos contratos o al renegociar los vigentes -si fuera posible y urgente- se introduzca una cláusula progreso. Ahora bien, dado que esta nueva obligación trae consigo la asunción de un deber que el concesionario antes no tenía, a saber, la obligación de adaptar sus prestaciones a las normas emitidas por el Estado, en una atribución semejante al *ius variandi*, pero de fuente contractual, es probable que, como correlato, deba preverse alguna medida compensatoria, como el reconocimiento del costo de la nueva obligación o el otorgamiento de nuevos beneficios.

3.4.2. Sobre la operatividad de la cláusula de equilibrio económico-financiero

En primer lugar, para resolver el problema de la inutilidad de la cláusula frente a cambios en las leyes que impactan en los costos de inversión, debe separarse una regla específica para dicho supuesto.

Observamos que el MEF (2019) ya ha advertido que las deficiencias antes descritas convierten a la cláusula de equilibrio económico-financiero en poco funcional, pues en los “Lineamientos para el diseño de contratos de asociación público-privada” ha recomendado diferenciar los cambios en las leyes que impactan en las inversiones respecto de los que generan una afectación a los costos o ingresos durante la etapa operativa, desvinculando a los primeros de la verificación según los estados financieros. (p.41)

En este sentido, el restablecimiento del equilibrio económico-financiero puede considerar cualquiera de los siguientes supuestos:

- Se presenten variaciones en los costos de inversión realizados por el concesionario desde la fecha de cierre hasta el inicio del periodo de operación, total o por cada etapa, en un equivalente o más a un porcentaje del costo de la inversión, total o por cada etapa, establecido por el concedente, y después de los eventuales ajustes señalados en el Contrato
- Se afecten los ingresos o los costos de operación y mantenimiento del proyecto, según los estados financieros auditados. Por ejemplo, cuando la diferencia entre los ingresos y los costos de operación y mantenimiento del concesionario en la explotación del servicio varíe en el porcentaje establecido en el Contrato.

Asimismo, en caso se implementen las sugerencias de incluir una cláusula de evolución normativa, la cláusula de equilibrio económico-financiero podría establecer expresamente que resulta de aplicación en caso los mayores costos en materia de inversiones y la variación de ingresos o costos por concepto de operación y mantenimiento provengan de normas que modifican los términos contractuales. Como contrapartida, debido a la incertidumbre a la que se expondrían los concesionarios por el incremento del riesgo regulatorio como consecuencia de a la aceptación expresa de someterse al ejercicio contractual del *ius variandi*, lo que correspondería es reconocer algún beneficio compensatorio. Una opción es el reconocimiento íntegro del costo por estas medidas, sin importar si exceden el álea normal.

De esa manera, la cláusula no funcionaría solo para los casos de *factum principis* como es ahora, sino también como un incentivo para aceptar el sometimiento voluntario a los cambios en las

leyes.

3.5. Conclusiones

3.5.1. Sobre el Riesgo de Diseño

- a) El riesgo de diseño es el riesgo que se presenten errores o deficiencias en el diseño que repercuten en el costo o calidad de la infraestructura, nivel de servicio y/o puedan provocar retrasos en la ejecución de la obra o variar las especificaciones técnicas establecidas por el concedente.
- b) La asignación del riesgo de diseño depende del escenario en que nos encontremos, esto es, si el Concedente entrega el estudio definitivo de ingeniería, o si sólo entrega estudios de inversión, o si sólo brinda especificaciones técnicas mínimas. Sin embargo, si lo que se busca es suscribir contratos de concesión aprovechando por completo la experiencia y conocimiento especializado de los inversionistas privados y transferir íntegramente el riesgo de diseño a éstos últimos, lo que corresponde es que se traslade absolutamente todas las actividades de diseño al inversionista.
- c) Lo anterior supone que el Concedente ya no entregue estudios definitivos de ingeniería, ni especificaciones técnicas mínimas, sino que únicamente establezca en las Bases y contrato, los niveles de servicio o los estándares de calidad que deben ser cumplidos por el inversionista y el tipo de infraestructura a construir. A partir de ello, corresponderá al inversionista elaborar el diseño definitivo que logre dicho objetivo. Sin perjuicio de ello, es necesario que en los nuevos contratos también se regula las consecuencias de encontrar terrenos cuyas características o composición afectan el tipo de infraestructura a construir y/o conlleva la necesidad de cambiar de trazo o de solución técnica a implementar.

3.5.2. Sobre el Riesgo Normativo

El riesgo normativo es la posibilidad incierta de que, durante la ejecución del contrato de concesión, se produzca algún cambio normativo que impacte en la economía del contrato.

Teóricamente, el riesgo normativo puede expresarse a través del *factum principis*, como cambios en el marco general que afectan indirectamente al contrato, así como mediante las modificaciones normativas específicas y directas sobre el contenido del contrato, las cuales serían equivalentes al ejercicio de la prerrogativa conocida como *ius variandi*.

No existe marco legal que habilite al Estado a realizar modificaciones unilaterales sobre los contratos a través de leyes posteriores. En aplicación del artículo 62 de la Constitución, se podría señalar que el Estado ha renunciado a realizar modificaciones legales que produzcan efectos equivalentes al *ius variandi*.

No es jurídicamente posible modificar las condiciones contractuales en materia de inversión a través de normas legales, aun cuando pueda existir la necesidad de adecuar el marco legal con efectos a futuro para lograr una mayor satisfacción de los derechos constitucionales de los ciudadanos, debido a que dicha alternativa no supera el test del subprincipio de necesidad. Ello toda vez que existe una intervención menos lesiva sobre el principio de intangibilidad contractual, a saber, el empleo del mecanismo de inversiones adicionales, bajo la denominación que corresponda en cada contrato (obras adicionales, obras complementarias, obras nuevas, entre otras).

Es necesario que en los futuros contratos se incluyan cláusulas de adecuación al marco normativo o cláusulas progreso, suficientemente desarrolladas. Sin embargo, dicha inclusión es posible, con la finalidad de que la inversión, operación y el mantenimiento a cargo del concesionario se adecúen a los parámetros definidos en el marco legal, conforme este evoluciona. Para mitigar el riesgo normativo, lo que correspondería es que se dicten medidas compensatorias a favor del concesionario, adicionales a las contempladas en las actuales cláusulas de equilibrio económico-financiero, diseñadas originalmente para restablecer la economía del contrato en caso de *factum principis*, como el reconocimiento íntegro del mayor costo.

4. BIBLIOGRAFÍA

- 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>
- Andina – Agencia de Noticias (2018). “MTC propone modificar contratos viales para garantizar seguridad del transporte”, artículo publicado el 28 de febrero de 2018 por la Agencia Peruana de Noticias. Recuperado el 19 de noviembre de 2019 de <https://andina.pe/agencia/noticia-mtc-propone-modificar-contratos-viales-para-garantizar-seguridad-del-transporte-700651.aspx>.
- Baño L., J.M. (2013). Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos. Anuario del Gobierno Local 2012. Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local: ¿es esta la reforma?, Instituto de Dret Públic, 141-151.
- Barrantes, R. (2009). Los fundamentos económicos de las concesiones de infraestructura y servicios públicos. Revista de Derecho Administrativo, 7, 329-337
- Castillo, M. y Castro, L. (2008). El Contrato de Obra. Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi. Volumen II. 2008, 954.
- Céspedes G., J- y Paz Sime, M. (2018). Alteración en la Asignación de Riesgos en las Concesiones Cofinanciadas de Infraestructura de Transporte de Uso Público. mediante modificaciones contractuales, 29-30
- Céspedes, A. (2006). La potestas *variandi* de la Administración Pública en los contratos de concesiones de obras y servicios públicos. Revista de Derecho Administrativo - CDA, Núm. 1, 203-206.
- Dammert, A. (2009). Equilibrio Económico Financiero en los Contratos de Concesión en Obras de Infraestructura. Revista de Derecho Administrativo, N° 7, 338-345.
- Fuentetaja, J. (2004). Riesgo y ventura en la concesión de obra pública. Revista de Derecho de la Unión Europea, N°7, 2° semestre-2004, 183-195.
- Guasch, J.L. (2005). Concesiones en Infraestructura: Cómo hacerlo bien, Antoni Bosch, Ed. Washington DC: World Bank.
- Huapaya, R. (2013). 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 en concesión de

servicios públicos y obras de infraestructura. *Ius Et Veritas*, 46 (Julio), 284-329.

Hovy, P. (2013). *Risk Allocation in Public-Private Partnerships: Maximizing value for money*. International Institute for Sustainable Development (IISD), 1-2.

Menchola M. (2016). El Riesgo de Diseño en los Contratos de Concesión de Infraestructura Vial. *Revista de Derecho Administrativo* N° 16.

Menchola M. (2016). Sobre la aplicación del principio de buena fe en los contratos de concesión de infraestructura vial. *Actualidad Jurídica* N° 274. Septiembre 2016.

Oelckers, O. (1980). Los Riesgos y el Equivalente Económico en el Contrato Administrativo de Obra Pública. *Revista de Derecho PUC de Valparaíso*, 4, 179- 210.

Rodríguez, L. (2011). El equilibrio económico en los contratos administrativos, *Revista de Derecho PUCP*, Núm. 66, 55-87.

Tirole, J. (1999). Incomplete contracts: Where do we stand? *Econometrica*, 67(4), 741-781.

CONTRATOS

Agencia de Promoción de la Inversión Privada. (2005, 20 de septiembre) Red Vial N° 6: Pucusana-Cerro Azul-Ica

Agencia de Promoción de la Inversión Privada. (2008,25 de agosto). Autopista del Sol Tramo: Trujillo-Chiclayo-Piura-Sullana,

Agencia de Promoción de la Inversión Privada. (2010, 27 de setiembre). Contrato de Concesión del Tramo 2 de IIRSA Centro: Puente Ricardo Palma-La Oroya-Huancayo y La Oroya-dv Cerro de Pasco.

Agencia de Promoción de la Inversión Privada. (2013, 30 de enero). Contrato de Concesión del Tramo vial desvío Quilca-desvío Arequipa (repartición) – desvío Matarani – desvío Moquegua – desvío Ilo – desvío Tacna – La Concordia.

JURISPRUDENCIA

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones – CIADI (2013). Laudo Final emitido en el Caso CIADI No. ARB/10/2. Convial Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. (Demandantes) c. República del Perú (Demandada), Washington DC. Recuperado de: https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/sicreci/c_arbitrales/convial_laudo_sicreci.pdf

Tribunal Constitucional (2004, 23 de setiembre). Sentencia del Tribunal Constitucional, Eugenio Quispe y 1% de los ciudadanos de Ancón contra la Municipalidad de Ancón, recaída en el Expediente N° 0003-2004-AI/TC. Recuperado el 16 de noviembre de 2019 de: https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/principal-jurisprudencia/?action=categoria_detalle&id_post=144021

Tribunal Constitucional (2005, 3 de junio). Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 3 de junio de 2005, recaída en el Expediente N° 050 y 051-2004-AI/TC, fundamento 109. Recuperada el 17 de noviembre de 2019 de: <https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/>

[gaceta/gaceta/normativas/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.html](http://gaceta.gaceta/normativas/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.html)

NORMAS

Poder Ejecutivo (1984, 24 de julio). Código Civil.

Congreso Constituyente Democrático. (1993, 29 de diciembre). Constitución Política del Perú.

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público. (2008, 12 de marzo). Acuerdo N° 1043-267-08-CD-OSITRAN.

Ministerio de Economía y Finanzas (2016, 30 de mayo). Resolución Ministerial N° 167-2016-EF/15: Lineamientos de Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociaciones Público-Privadas,

Poder Ejecutivo (2018, 30 de julio). Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos (en adelante, la Ley de APP).

Poder Ejecutivo (2018, 30 de octubre). Decreto Supremo N° 240-2018-EF: Reglamento del Decreto Legislativo N°1362,

Ministerio de Economía y Finanzas (2019, 14 de mayo). Resolución Directoral N° 001-2019-EF/68.01