

El riesgo regulatorio y la fuerza mayor en los contratos de Asociación Público Privada: un enfoque desde la adecuada asignación de riesgos y el equilibrio económico-financiero a propósito del COVID-19

Change in law and force majeure in Public - Private Partnership contracts: an approach from the adequate risk allocation and the economic-financial balance regarding COVID-19

Lenin William Mayorga Elías

Abogado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque. Magíster en Derecho de la Empresa con Especialidad en Regulación de Negocios por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Investigador asociado del Grupo de Derecho y Empresa – GIDE de la PUCP. Docente en cursos de especialización en materia de inversión privada en la PUCP y la Universidad ESAN. Actualmente, se desempeña como Director de la Dirección de Política de Inversión Privada en el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF). Correo de contacto: lmayorga@mef.gob.pe

Dayana Lizbeth Cuba Gallardo

Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Maestrando en Regulación de los Servicios Públicos en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Miembro del Consejo de Egresados del Taller de Investigación en Derecho Administrativo (TIDA) de la UNMSM. Actualmente, se desempeña como Abogada de la Dirección de Política de Inversión Privada en el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF). Correo de contacto: dcuba@mef.gob.pe

RESUMEN

A propósito de la crisis sanitaria generada por el COVID-19, el presente artículo analiza el tratamiento jurídico del riesgo de cambio en las leyes y de fuerza mayor, exponiendo los alcances de los principios de adecuada asignación de riesgos y equilibrio económico financiero en los contratos de APP. Para estos efectos, los conceptos mencionados se examinarán según lo previsto por la normativa del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada y, supletoriamente, las reglas de Derecho Civil. Por último, se exponen los resultados de la revisión de las principales acciones adoptadas en el

ABSTRACT

Regarding the health crisis generated by COVID-19, this article analyzes the legal treatment of the risk of change in laws and force majeure, exposing the scope of the principles of Adequate Risk Allocation and Economic-Financial Balance in PPP Contracts. For these purposes, the aforementioned concepts will be examined as provided by the regulations of the National System for the Promotion of Private Investment and, additionally, the Civil Law rules. Finally, the results of the review of the main actions determined in the international context (specifically Spain, the United Kingdom and Colombia)

contexto internacional (específicamente España, Reino Unido y Colombia) sobre los proyectos de infraestructura adjudicados bajo la modalidad de APP frente a la crisis sanitaria.

PALABRAS CLAVE

Asociaciones Público Privadas (APP) | Contratos de Concesión | Equilibrio Económico Financiero | Adecuada Asignación de Riesgos | Fuerza mayor | Cambio en las leyes | Inversión Privada | Infraestructura pública

on the infrastructure projects awarded under the PPP modality against the health crisis are presented.

KEY WORDS

Public-Private Partnerships (PPP) | Concession Contracts | Economic-Financial Balance | Adequate Risk Allocation | Force Majeure | Change in laws | Private Investment | Public infrastructure

SOBRE EL ARTÍCULO

El siguiente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 10 de abril de 2020 y aprobado para su publicación el 29 de junio de 2020.

SUMARIO

1.Introducción; 2. Aspectos jurídicos y económicos de los contrados de APP; 2.1. Las Asociaciones Público Privadas en el Perú; 2.2. Aspectos jurídicos relevantes de los contratos de APP; 2.3. El principio de Equilibrio Económico Financiero (EEF); 2.4. El concepto del “Riesgo” en los contratos de APP; 2.5. Sobre el Principio de asignación de riesgos como parte de la Normativa del SNPIP; 3 El riesgo regulatorio o “cambio en las leyes”; 4. El riesgo derivado de eventos de fuerza mayor o caso fortuito; 5. La regulación de la Fuerza Mayor en el Derecho Civil; 6. ¿Cómo se aplican los conceptos de fuerza mayor, riesgo regulatorio y equilibrio económico financiero en los contratos de APP?; 7. Una mirada a la experiencia internacional ¿Qué medidas han tomado otros países frente al COVID-19 en los contratos de concesión de infraestructura pública?; 8. Conclusiones; 9. Referencias

“La equidad en los contratos públicos es el ecuador que permite mantener el recto balance del equilibrio ecuacional, y es también el parámetro que se utilizará para resolver los altibajos, desequilibrios o fracturas que se ocasionen en la equivalencia por la ruptura de la concurrencia compensada de sus elementos, a través de los reajustes, la renegociación o la reconversión” Roberto Dromi (2006, p.56)

1. INTRODUCCIÓN

Tras la aparición del primer brote de un nuevo coronavirus (COVID-19) en la ciudad de Wuhan, provincia de Hubei, en China, se ha producido una rápida propagación a nivel mundial con un crecimiento exponencial en infectados y muertes. Así, desde que la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró una emergencia de salud pública de interés internacional el 30 de enero de 2020, hasta la redacción del presente artículo, en el mundo se registró que las cifras de casos de contagio por la enfermedad del COVID-19 ya superaban los 3 millones (casos confirmados) y 239,740 muertes¹.

1 Las cifras provienen de la página oficial de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Recuperado en: <https://covid19.who.int/>

Bajo ese contexto, la declaración de emergencia de salud pública a causa de la propagación del nuevo coronavirus en diversos países del mundo, ha enfrentado a sus líderes y organizaciones estatales a numerosos desafíos no solo frente a la crisis sanitaria; sino que se suman a estos, las repercusiones en las diversas actividades económicas, como consecuencia del mismo evento, así como de las declaratorias de emergencia adoptadas por los Estados. Así las cosas, resulta difícil imaginar qué aspecto de nuestras vidas no ha sido afectado por la pandemia².

Respecto a los efectos en América Latina, tenemos que el escenario no es distinto³ pues la OMS ha indicado que, desde el reporte del primer contagio el 26 de febrero de 2020, el incremento del número de casos es realmente alarmante, ya que se han registrado casi 900 mil casos confirmados de COVID-19.

En el Perú, a partir del reporte del primer caso de COVID-19, el Gobierno realizó la declaración de Emergencia Sanitaria a nivel nacional, mediante el Decreto Supremo N° 008-2020-SA⁴ y, solo cuatro días después de ello, se anunció la declaración de Emergencia Nacional a través del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM⁵, siendo uno de los primeros países en América Latina en tomar acción frente a la emergencia sanitaria. Desde ese momento, se han dictado diversas medidas de salud pública y reactivación económica, las cuales han estado orientadas al control, la mitigación y prevención del COVID-19.

Esto a su vez ha generado mayores demandas por parte de la población y el sector privado, obligando a dotar de contenido a un concepto que entendíamos, había sido ampliamente discutido. Nos referimos al rol que ejerce el Estado en un modelo de economía social de mercado⁶.

-
- 2 Al respecto, el Banco Mundial (WB) (2020) desarrolló un informe detallado sobre la situación económica y medidas sociales tomadas por el COVID-19 a nivel mundial.
 - 3 Respecto a la situación de América Latina y el Caribe, véase el trabajo de Nuguer y Powell (2020). Asimismo, Gentilini, Almenfi y Orton (2020) realizan un reporte detallado de las medias adoptadas por diversos países frente a la pandemia del COVID-19, el cual incluye al Perú.
 - 4 Decreto Supremo N° 008-2020-SA, publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 11 de marzo de 2020.
 - 5 Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, precisado por el Decreto Supremo N° 045-2020-PCM y el Decreto Supremo N° 046-2020-PCM; habiéndose prorrogado el plazo original de 15 días, mediante el Decreto Supremo N° 051-2020-PCM, el Decreto Supremo N° 064-2020-PCM y el Decreto N° 075-2020-PCM (cabe precisar que, a la fecha de finalización del presente artículo, las normas de Declaratoria de Emergencia eran las señaladas, sin perjuicio de los posteriores Decretos Supremos que prorrogaron su vigencia).
 - 6 Según la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 008-2003-AI/TC – Precios mínimos: “(...) la economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho. (...) A tal efecto, está caracterizada por los tres elementos siguientes:
 - a) Bienestar Social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.
 - b) Mercado libre; lo que supone, por un lado, el respecto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida prima facie, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios.

Y es que las administraciones públicas tienen un rol fundamental en el manejo de esta crisis sanitaria, pues por un lado, sus acciones deben conciliar la adopción de medidas para preservar la vida de sus ciudadanos, velar por la seguridad y salud pública en tanto son funciones inherentes al Estado; así como asegurar la continuidad de la prestación de los servicios esenciales a la población (Kresalja y Ochoa,1999), sin que ello implique dejar de observar el impacto que las medidas emitidas tendrán en la economía del país y el sector privado.

Particularmente, si bien hasta la fecha se han abordado temas como la necesidad de garantizar la continuidad de servicios públicos de energía, telecomunicaciones y agua potable, la posibilidad del retiro anticipado de los fondos de pensiones de las AFP, o la conveniencia de que el Estado garantice créditos para promover la reactivación económica una vez concluido el Estado de Emergencia; no se ha discutido lo suficiente sobre el impacto que esta crisis sanitaria generará en la provisión de infraestructura pública, principalmente en aquella gestionada bajo la modalidad de asociación publico privada (APP).

Por estos días aún no se ha determinado unívocamente – y probablemente pase algún tiempo antes de que esto suceda –, bajo qué categoría jurídica (legal o contractual) se enmarca este escenario en el que concurren, por un lado, una epidemia de dimensiones globales y por el otro, un conjunto de normas jurídicas dictadas por el gobierno peruano. Lo que sí puede apreciarse con claridad son los primeros efectos de los eventos descritos en los proyectos de APP, tales como el descenso de los niveles de demanda y la paralización de la realización de estudios y de obras, que han generado un importante impacto económico, principalmente por la disminución de los ingresos del proyecto recaudados a través de los peajes y la imposibilidad de continuar la ejecución del proyecto, respectivamente.

Sumado a ello, luego de conocerse la existencia de actos de corrupción cometidos por la empresa Odebrecht -entre otras empresas- la discusión sobre el futuro de las APP en el Perú se ha polarizado aún más, enfocándose probablemente en el rol que debe cumplir el Estado en la economía y en la naturaleza jurídica de los contratos suscritos al amparo de la normativa del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada (SNPIP).

Al respecto, se han manifestado posturas que van desde proponer de manera absoluta el carácter “disponible” de los derechos y obligaciones contenidos en estos contratos, hasta aquellas que defienden de manera indubitable la potestad del Estado para modificar unilateralmente esos mismos contratos, basándose únicamente en el interés público y sin la obligación de compensar; enfrentándose en este momento a la necesidad de definir de manera conjunta cuál es el tratamiento jurídico idóneo para abordar la problemática descrita.

A raíz de ello, el presente artículo analiza el tratamiento jurídico del riesgo de cambio en las leyes y de fuerza mayor, exponiendo los alcances de los principios de adecuada asignación de riesgos y equilibrio económico financiero en los contratos de APP. Para estos efectos, los conceptos mencionados se examinarán según lo previsto por la normativa del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada y, supletoriamente, las reglas de Derecho Civil, con el propósito de ensayar escenarios y alternativas de gestión contractual

-
- c) Un Estado subsidiario y solidario; de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales.

En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social”.

de las partes, frente a la materialización de eventos originados por causas no imputables a las partes que afecten la ejecución del contrato. Por último, se expondrán los resultados de la revisión de las principales acciones adoptadas en el contexto internacional (específicamente España, Reino Unido y Colombia) frente a la crisis sanitaria respecto a la infraestructura pública y los contratos de APP.

Sin ánimo de adelantar conclusiones sin haber realizado el análisis jurídico debido, nos atrevemos a establecer como premisa inicial, que el principio del pacta sunt servanda, debidamente reconocido en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, constituye el pilar fundamental de nuestro análisis, toda vez que permite confiar en que se honrará la palabra dada por el Estado y el Inversionista (Coviello, 2011, p.170), al configurarse lo que en doctrina se denomina la eficacia preceptiva del contrato⁷. Con ello, se busca reafirmar la importancia de los contratos de APP como instrumentos idóneos para la provisión de infraestructura pública, en tanto conllevan inherente a su naturaleza la observancia del principio de adecuada distribución de riesgos y del equilibrio económico financiero.

Finalmente, consideramos pertinente precisar que, si bien la normativa vigente establece que las APP pueden implementarse a través de diversas formas contractuales tales como los contratos de Concesión, operación y mantenimiento, gerencia, así como cualquier otra modalidad permitida por la ley⁸, en el presente artículo se emplearán los términos “contrato de APP” e “inversionista”, para referirse a los “contratos de concesión” y “concesionarios”, respectivamente.

2. ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS DE LOS CONTRATOS DE APP

2.1 Las Asociaciones Público-Privadas en el Perú

Las APP son generalmente definidas como contratos de largo plazo entre una parte pública y una parte privada para el desarrollo o gestión de un activo o un servicio público, en los que el agente privado soporta un riesgo y responsabilidad significativos durante la vigencia del contrato. Además, por definición la remuneración en las APP debe estar ligada significativamente al desempeño, a la demanda o al uso del activo o servicio⁹.

En el Perú, al hablar de APP nos referimos a un régimen jurídico especial que permite ejecutar, principalmente, proyectos de infraestructura y servicios públicos, y cuya regulación sistematizada inició con el Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 059-96-PCM, pasando por los Decretos Legislativos N° 1012 y 1224¹⁰, hasta llegar al Decreto Legislativo 1362, que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público Privadas (Ley de APP) y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF (Reglamento),

7 Sobre el particular, véase Pérez Gallardo (2004, p.111).

8 De conformidad con el numeral 29.4 del artículo 29 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF.

9 Este concepto es recogido por la Guía de referencia versión 3.0 del Banco Mundial (2017) y por la Guía para la certificación en Asociaciones Público Privadas, de APMG (2017).

10 Publicados el 7 de noviembre de 1996, 13 de mayo de 2008 y 25 de setiembre de 2015, respectivamente.

actualmente vigentes¹¹.

Al respecto, la normativa de APP¹² contempla una definición expresa, según la cual las asociaciones público-privadas constituyen una modalidad de participación de la inversión privada, mediante contratos de largo plazo en los que interviene el Estado, a través de alguna entidad pública y uno o más inversionistas privados¹³.

Cabe señalar que, a pesar de haber transitado ya por cuatro marcos normativos, las APP conservan características identificables que las distinguen de otras modalidades de contratación pública. A continuación, señalamos las siguientes:

- Se emplean para desarrollar proyectos públicos: Las APP permiten ejecutar proyectos de infraestructura y servicios públicos, servicios vinculados a estos, así como proyectos de innovación tecnológica e investigación científica. Es decir, se trata de proyectos vinculados al interés público. Según lo señalado por Farquharson, Torres de Mästle, Yescombe y Encinas (2011, p.145), las APP pueden ser consideradas como parte del “menú de soluciones” a la falta de prestación de servicios de infraestructura en los países en desarrollo, pueden ayudar a impulsar el crecimiento económico y el desarrollo y a luchar contra la pobreza.
- Se materializan mediante contratos de largo plazo: El plazo de vigencia de los contratos de APP, incluyendo sus prórrogas puede ser de hasta sesenta (60) años. Este plazo es determinado sobre la base de criterios técnicos como la vida útil de los activos, la modalidad de financiamiento o el periodo necesario para la recuperación de la inversión.
- Permiten empaquetar actividades: Los contratos de APP suelen involucrar el diseño (elaboración de estudios definitivos de ingeniería), financiamiento, construcción, operación y mantenimiento de proyectos de infraestructura pública y servicios públicos.
- Permiten distribuir riesgos: Esta puede ser una de las características más relevantes de la modalidad de APP, dado que permite una adecuada distribución de riesgos entre las partes del Contrato, asignándolos a aquella con mayor capacidad para administrarlos, considerando el perfil de riesgos del proyecto¹⁴.
- El inversionista privado asume un rol protagónico: No solo por participar en cada una

11 Publicado el 23 de julio de 2018, entrando en vigencia el 30 de octubre de 2018, con la publicación del Reglamento de la Ley de APP.

12 Para efectos del presente artículo, al referirnos a la normativa de APP, se deberá entender conjuntamente a: la Política Nacional de Promoción de la Inversión Privada en Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobada mediante Decreto Supremo N° 077-2016-EF, el Decreto Legislativo N° 1362, el Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF, y los lineamientos técnicos-normativos emitidos por el ente rector del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada (SNPIP).

13 De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto Legislativo N° 1362.

14 De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1362.

de las actividades antes mencionadas, sino porque además destina recursos propios¹⁵ y asume gran parte del riesgo derivado de cada una de ellas. En otras palabras, el Estado permite la intervención de los privados en la provisión de infraestructura pública, no solamente como contratistas del Estado al momento de su construcción, sino también como encargados de su diseño, gestión, explotación y, especialmente, de su financiamiento. Por lo tanto, el inversionista “se convierte en un colaborador en la satisfacción del interés público” (Baca Oneto y Ortega, 2013, p.36).

- Generan compromisos al Estado: Estos compromisos se clasifican en: i) Firmes, referidos a obligaciones futuras y ciertas contenidas en los contratos de APP (i.e. pago de cofinanciamiento o entrega de terrenos) y ii) Contingentes, referidos a potenciales obligaciones que serán exigibles si se materializan determinados eventos adversos (i.e. desastres naturales o conflictos sociales). A su vez, la existencia de compromisos firmes y contingentes, así como la necesidad de demandar o no recursos públicos, hacen que las APP puedan clasificarse en autofinanciadas y cofinanciadas.

2.2 Aspectos jurídicos relevantes de los contratos de APP

En primer lugar, es necesario precisar que coincidimos con la idea de considerar superada, al menos para el caso de las APP, la doctrina que diferencia entre contratos administrativos y contratos privados de la administración¹⁶; así como la discusión sobre la existencia de potestades o cláusulas exorbitantes (Huapaya, 2013, p.293), para asumir la noción de un único régimen exorbitante aplicable a esta modalidad de contratación, independientemente de si proviene de la ley o el respectivo contrato.

En efecto, consideramos que las APP se materializan a través de contratos administrativos o más recientemente denominados contratos públicos, entendidos como aquellos celebrados por la Administración y que se sujetan a un régimen jurídico especial, que, para el presente caso, está contenido en las normas del SNPIP y en el propio contrato.

Estos contratos tienen el objetivo de asegurar el cumplimiento de la finalidad pública perseguida por la Administración (provisión de infraestructura o servicios públicos), manteniendo a favor del Estado la capacidad de dirección a través de un régimen exorbitante (Morón y Aguilera, 2019, p.21), pero sin desconocer la posibilidad de aplicar supletoriamente los principios y reglas del derecho civil¹⁷.

A ello debe agregarse que esta aparente amplitud en las prerrogativas estatales encuentra un límite en el Principio de Equilibrio Económico Financiero, que consiste en la equivalencia

15 Estos recursos propios se refieren al capital social mínimo exigido al inversionista durante el Proceso de Promoción y al financiamiento privado que deberá obtener para la ejecución del proyecto.

16 “Ha quedado ya largamente superada la doctrina que diferenciaba entre contratos administrativos y contratos de la administración, según el cual los primeros eran relaciones contenidas de un alto contenido público y elementos estatutarios, mientras que por el otro los segundos eran relaciones en las cuales el Estado se despojaba de su ropaje público y participaba como un contratante privado más. Hoy en día, por el contrario, se reconoce que el contrato administrativo no es una nueva forma de contratar ni una forma de negar el acto voluntario de sujeción de las partes, sino que, por el contrario, no es más que el contrato tradicionalmente entendido, sujeto a reglas especiales.” (Martínez Zamora, 2013, p. 301).

17 Sobre el particular, véase Huapaya Tapia (2013, p.328).

existente entre los riesgos, costos y beneficios pactados al momento de la suscripción de un contrato de APP, la cual debe mantenerse durante todo el plazo de vigencia del proyecto. Es por ello que la normativa del SNPIP establece que incluso en las modificaciones contractuales, debe mantenerse el equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción¹⁸.

Tal como se puede apreciar, los contratos de APP permiten mantener un equilibrio de fuerzas entre las partes, toda vez que el ejercicio del poder de dirección y del régimen exorbitante de la Administración, se encuentran limitados por el concepto de Equilibrio Económico Financiero; de tal suerte que el inversionista en contratos de APP goza de una posición privilegiada frente a otros proveedores del Estado, pues bajo ciertas condiciones, este podría reclamar la restitución del equilibrio económico financiero inicialmente establecido en el respectivo contrato, “a efectos de mantener la finalidad económica que motivó a las partes a suscribirlo” (Pérez Hualde, 2009, p.278).

2.3 El Principio de Equilibrio Económico Financiero (EEF)

Como punto de partida, si bien no ha sido reconocido expresamente en la normativa de APP¹⁹, el equilibrio económico financiero constituye uno de los principios de los contratos públicos en virtud del cual, durante la ejecución del contrato debe mantenerse la relación de equivalencia o de correspondencia que existe desde el inicio entre el conjunto de derechos del contratista y el conjunto de obligaciones a su cargo, según lo originalmente pactado (Morón y Aguilera, 2019, p.151).

Lo anterior se condice con lo manifestado por Santofimio (2009, p.47) según el cual:

“Hay condiciones sobre las cuales se sustentó la propuesta y el contrato finalmente celebrado y que constituyen las condiciones estructurales sobre las cuales se debe ejecutar el contrato; siendo que dichas condiciones están llamadas a permanecer durante la ejecución del contrato, manteniendo necesariamente las obligaciones y derechos originales, también las contingencias y los riesgos previsibles que asumieron, que son las condiciones del equilibrio económico financiero, las cuales, de surgir algún fenómeno que rompan este equilibrio deben de inmediato restablecerse”.

Ello se hace evidente en mayor medida en los contratos de APP o contratos de concesión pues, en razón de su naturaleza, son contratos de larga duración, y durante su vigencia hay diversas razones que pueden afectar el desarrollo de la ejecución contractual, ocasionando un desequilibrio en detrimento de las partes (Huapaya, 2013, p.323). De lo señalado, el principio del equilibrio económico financiero es un derecho inmanente a la Administración y al inversionista, en el marco de la ejecución del respectivo contrato, que involucra su mantenimiento y restablecimiento.

18 Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362.

“Artículo 134.- Modificaciones contractuales

134.1 Las partes pueden convenir en modificar el Contrato de APP, manteniendo el equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del Proceso de Promoción, procurando no alterar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto (...).”

19 Dado que el Decreto Legislativo N° 1362 regula en su artículo 4 los Principios aplicables a todas las fases vinculadas al desarrollo de los proyectos de APP.

Asimismo, el citado principio se erige no solamente respecto de la propuesta económica o al momento de suscribir el contrato, sino también a través de su vertiente negativa, vale decir, la de la ruptura o quiebre del equilibrio económico (Amenós y Nieto, 2012). Respecto a este último, las causas que pueden producir dicha ruptura según la doctrina pueden ser circunstancias como la teoría de la imprevisión o del riesgo imprevisible y del *factum principis*, las cuales tienen carácter externo al contrato²⁰.

Desde la perspectiva de la normativa del SNPIP, si bien la Ley de APP no lo ha recogido expresamente como tal, el equilibrio económico financiero es un principio fundamental de los contratos adjudicados bajo esta modalidad, en tanto constituye un principio de la contratación en general pero, como lo habíamos señalado, al abordarlo desde la perspectiva de los contratos bajo el régimen de la APP, se reconoce una superioridad del inversionista o concesionario frente a otros proveedores del Estado, ya que, cuando haya sido pactado, este puede solicitar la restitución del equilibrio económico financiero a efectos de mantener la finalidad económica del contrato.

Sobre el particular, los Lineamientos para el Diseño de Contratos de Asociación Público Privada²¹ (en adelante, los Lineamientos de Diseño) señalan que, con la suscripción del contrato las partes reconocen hallarse en una situación de equilibrio económico financiero respecto de las responsabilidades, derechos, obligaciones y riesgos que les han sido asignados²². Esto es porque las partes contratan voluntariamente entre ellas y con pleno conocimiento de las obligaciones que están asumiendo. En ese mismo sentido, doctrinariamente se considera que, en los contratos administrativos, en tanto son contratos sinalagmáticos, debe existir reciprocidad en las obligaciones de las partes, de modo que puedan ser consideradas equivalentes (Rodríguez, 2011, p. 57).

Asimismo, la manifestación más conocida de este principio es precisamente la cláusula del mismo nombre, la cual se encuentra expresamente regulada en el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362 y permite incluir disposiciones sobre el restablecimiento del Equilibrio Económico Financiero, únicamente cuando este se vea afectado por cambios en las leyes aplicables²³. Es decir, en caso de que existan variaciones significativas en los ingresos o los costos de los inversionistas, a causa de cambios normativos, las partes pueden solicitar el

20 Sobre el particular, véase Ariño y Villar (1968) y Dromi (2006), en los cuales se desarrolla la teoría de la imprevisión y el *factum principis*.

21 Lineamientos para el Diseño de Contratos de Asociación Público Privada. Aprobados mediante Resolución Directoral N° 001-2019-EF/68.01. Este instrumento normativo recoge las mejores prácticas nacionales e internacionales, para la implementación de proyectos de APP.

22 Sección 9.2.A de los Lineamientos de Diseño de Contratos de APP.

23 “Artículo 37.- Restablecimiento del equilibrio económico financiero

37.1 Los Contratos pueden incluir disposiciones sobre el equilibrio económico financiero en las que se precise que su restablecimiento puede ser invocado por cualquiera de las partes, únicamente cuando éste se vea afectado significativamente debido al cambio de leyes aplicables, en la medida en que dichos cambios tengan impacto directo con aspectos económicos o financieros, vinculados a la variación de ingresos o costos asumidos por el Inversionista.

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”.

restablecimiento del equilibrio económico del contrato a través de los instrumentos previstos en este último, sea mediante pagos, variación de las retribuciones, tarifas, ampliaciones de plazo, u otros que resulten idóneos para tal fin.

Cabe agregar a ello, lo mencionado anteriormente respecto a las modificaciones contractuales, en tanto el artículo 134 del Reglamento de la Ley de APP prevé que, en dicho supuesto, las partes deben mantener el equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción.

De este modo, si bien “la determinación de cuándo procede el reequilibrio económico del contrato es sumamente casuística” (Gallego, 2016, p.112), se puede afirmar que el restablecimiento del Equilibrio Económico Financiero persigue una doble finalidad: (i) primero, se busca otorgar una protección adecuada al inversionista en caso de daños ocasionados por cambios normativos (tendrá un fin compensatorio) y (ii) segundo, se garantiza la continuidad del proyecto de infraestructura o servicios públicos, dado que, al existir una compensación adecuada, se preserva la finalidad económica del contrato y se suprime cualquier incentivo para promover su resolución.

Bajo estas premisas, es correcto afirmar que el principio del Equilibrio Económico Financiero no se agota en los términos de la cláusula del mismo nombre, regulados en el artículo 37 del Reglamento de la Ley de APP, sino que sus alcances, fijados en la firma del contrato de APP, sustentan y armonizan las demás reglas contenidas en el contrato.

De esta manera, si bien la cláusula de equilibrio económico financiero es la manifestación más tangible de dicho principio, también sustenta la existencia de otras reglas comúnmente incorporadas en este tipo de contratos. A modo de ejemplo, es posible regular: i) la obligación de indemnizar al inversionista en caso de que el Estado suspenda o deje sin efecto el contrato de manera unilateral invocando el interés público²⁴ (terminación unilateral) o ii) las emergencias viales causadas por derrumbes²⁵.

Ahora bien, a fin de dotar de contenido a las diversas manifestaciones de este Principio a lo largo de un contrato de APP, es importante conocer previamente el concepto del “riesgo” y la importancia de realizar una asignación eficiente entre el sector público y privado, considerando que las asociaciones público-privadas involucran contratos de largo plazo.

2.4 El Concepto del “Riesgo” en los contratos de APP

En términos generales, el riesgo es “(...) el efecto de la incertidumbre sobre los

24 Al respecto, el artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1362 establece lo siguiente: “Sin perjuicio de la normativa aplicable, los contratos de Asociación Público Privada pueden contener cláusulas que estipulen la indemnización a la cual tiene derecho el inversionista, en caso de que el Estado suspenda o deje sin efecto el contrato de manera unilateral o por su propio incumplimiento”.

25 Sobre el particular, en los Lineamientos de Diseño (sección 3.2. D) se indica lo siguiente: “Así, por ejemplo, en contratos de infraestructura vial, el concesionario puede ser responsable por los derrumbes, hasta un límite establecido de metros cúbicos por evento. Asimismo, el concesionario estará obligado a contratar una póliza de seguros, cuya cobertura mínima se establecerá en el Contrato. En este sentido, cuando el evento exceda los límites, y siempre que no hayan sido cubiertos por los seguros mencionados, corresponderá al cedente asumir el costo de las mayores intervenciones.”

objetivos, (...) generalmente se expresa en términos de causas, eventos potenciales y sus consecuencias”²⁶.

Con base en la definición proporcionada por la Public-Private Partnerships Reference Guide 3.0, define el concepto de “riesgo” como aquella variación impredecible en el valor del proyecto, desde el punto de vista de algunas o de todas las partes interesadas, provenientes de un determinado “factor de riesgo” subyacente (Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Banco Asiático de Desarrollo (BAsD) y Banco Mundial (WB), 2017). Por ejemplo, el “riesgo de la demanda” es el riesgo de que el valor del proyecto, y los ingresos del proyecto, sean inferiores (o superiores) a lo esperado debido a que la demanda es inferior (o superior) a lo proyectado (WB, 2017, p.140).

Del mismo modo, el riesgo puede ser definido como la probabilidad de ocurrencia de un evento futuro que impacte desfavorablemente al proyecto, en términos de costos o plazos, y pueden presentarse durante las fases de diseño, construcción, operación, mantenimiento, e incluso durante la reversión del proyecto al Estado. Por ello, como parte del proceso de promoción, se estiman la probabilidad y el impacto de cada uno de los potenciales riesgos.

2.5 Sobre el Principio de asignación de riesgos como parte de la Normativa del SNPI

Al respecto, la Política Nacional de Promoción de la Inversión Privada en APP contempla que debe existir una adecuada asignación de riesgos entre las partes de un contrato de APP. Así también, la adecuada distribución de riesgos constituye una característica (y un principio²⁷) recogido en la Ley de APP, inherente al modelo de los contratos de APP, siendo una de las principales formas de que las APP puedan obtener un mejor Valor por Dinero²⁸.

De este modo, consideramos importante manifestar que el principio de adecuada asignación de riesgos constituye uno de los aspectos medulares de las APP. En virtud de este principio, se debe considerar que cada proyecto tiene asociado un perfil de riesgos, debiendo estos ser asignados a aquella parte con mayor capacidad para administrarlos²⁹. Es decir, a aquella parte que: (i) tenga el control sobre la materialización del riesgo; o (ii) sin tener el control, pueda gestionarlo a un menor costo.

Cabe precisar que la asignación de riesgos al inversionista no necesariamente implica una situación desfavorable, pues dependiendo de la materialización del riesgo, también

26 Según “The Orange Book” del HM Treasury (2020, p.40), el riesgo es definido como “RISK: is the effect of uncertainly on objectives. Risk is usually expressed in terms of causes, potencial events, and their consequences”.

27 El artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1362 regula el Principio de Adecuada Distribución de Riesgos, según el cual: “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”.

28 El artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1362 regula el Principio de Valor por Dinero, según el cual “En todas las fases de los proyectos de Asociación Público Privada, las entidades públicas titulares de proyectos buscan la combinación óptima entre los costos y la calidad del servicio público ofrecido a los usuarios.”

29 En ese orden de ideas, Iossa, Spagnolo y Vellez (2007, p.18) señala que los proyectos APP se caracterizan por un relevante nivel de transferencia de riesgos al sector privado. No obstante, precisa que la asignación del riesgo en definitiva dependerá de la forma particular de la APP y de las actividades que serán delegadas al sector privado.

podrían generarse beneficios económicos extraordinarios, por ejemplo, en caso de que la demanda se incrementara sustancialmente. De la misma forma, la Guía de la Certificación en Asociaciones Público Privadas de APMG (APM Group, 2016) señala que:

“La asignación de riesgos es el eje central de cada transacción APP, y es necesario comprender profundamente los arreglos de asignación de riesgos como condición previa para la redacción de cada contrato APP. La aplicación apropiada de los principios de asignación de riesgos es lo que determina si un proyecto APP dado puede ser “bancarizable” (es decir, si puede ser financiado por la banca), y si podrá ser de larga duración (es decir, si puede permanecer viable hasta el final de un contrato de largo plazo)”.

Bajo una concepción similar, Irwin (2007, pp. 56 - 62) señala pautas para la asignación eficiente de los riesgos en los proyectos de APP, de modo que cada riesgo deberá asignarse a la parte que: (i) mejor pueda controlar la probabilidad de que ocurra el riesgo; (ii) mejor pueda controlar el impacto del riesgo en los resultados del proyecto, mediante la buena estimación y anticipación de un riesgo y respondiendo a este; y (iii) pueda absorber el riesgo al costo más bajo, si la probabilidad e impacto de los riesgos no pueden controlarse.

En ese mismo sentido, los Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los contratos de APP (en adelante, Lineamientos para la Asignación de Riesgos), aprobados por el Ministerio de Economía y Finanzas³⁰, forman parte de la Normativa del SNPIP³¹ y constituyen una herramienta que permite orientar la identificación de los principales riesgos, considerando la naturaleza iterativa de las distintas fases del desarrollo de la APP, asimismo, se establecen criterios para promover su asignación eficiente.

Los Lineamientos para la Asignación de Riesgos establecen un listado de los riesgos más relevantes del proyecto, dependiendo de la etapa en la que se generen; sin embargo, ello no significa que sean los únicos riesgos que se deban evaluar. Así como la identificación del riesgo depende del tipo de proyecto, la dificultad de ejecución del mismo y los niveles de estudios y desarrollo con los que se cuente sobre dicho proyecto, la asignación de dichos riesgos depende del perfil de riesgos del proyecto. Sobre el particular, los citados Lineamientos dividen los riesgos en dos etapas:

- Riesgo de diseño y construcción: El riesgo de diseño está relacionado a la existencia de errores o deficiencias en los estudios definitivos que repercutan en el costo, plazo o calidad de la infraestructura o servicio. Suele ser asignado al inversionista. Asimismo, el riesgo de construcción se refiere a los eventos que generen sobrecostos o sobreplazos durante el periodo de construcción (estos suelen ser asignados al inversionista).
- Riesgo de Operación y Mantenimiento: Su materialización tiene una incidencia directa en los flujos operacionales del proyecto (ya sea a través de menores ingresos o mayores costos de operación y mantenimiento), lo cual impacta en las rentabilidades inicialmente asumidas por el concesionario y en los flujos destinados al pago de las

30 Aprobados mediante la Resolución Ministerial N° 167-2016-EF/15.

31 De acuerdo con la Segunda Disposición Complementaria Final del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362: “Los lineamientos del SNPIP mantienen su vigencia hasta que éstos sean modificados o sustituidos por norma posterior, emitida por el MEF.”

deudas contraídas para realizar las obras respectivas.

A modo de ilustración, en la Etapa de Diseño y Construcción, se pueden identificar los siguientes riesgos: de diseño, de construcción, de expropiación de terrenos, geológico, de interferencias, ambiental, arqueológico, de obtención de permisos y licencias, de infraestructura existente transferida al concesionario, entre otros. Por su parte, en la Etapa de Operación y Mantenimiento, se pueden identificar los riesgos: de ingresos, de sobrecostos de explotación, de infraestimación de costos de mantenimiento extraordinario o mantenimiento mayor, entre otros.

Asimismo, es conveniente precisar que un mismo evento puede impactar en más de una cláusula o implicar la materialización de más de un riesgo, por ello se debe considerar que existen riesgos que pueden presentarse tanto en la Etapa de Diseño y Construcción como de Operación y Mantenimiento, con la diferencia en el impacto que tengan sobre los costos o plazos de la construcción o en los flujos y operaciones del proyecto.

Sobre la base de lo señalado, a propósito del contexto actual del COVID-19, será importante realizar una aproximación al respecto teniendo en cuenta que, por un lado, tenemos el evento pandemia y, por otro lado, las medidas adoptadas por el Estado peruano concernientes a la declaratoria de emergencia mediante el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM. En ese sentido, hemos identificado que son relevantes para el tema bajo análisis: el riesgo derivado de eventos de fuerza mayor y el riesgo regulatorio. Para mayor entendimiento del tema, las mismas se desarrollan en las siguientes secciones.

3. EL RIESGO REGULATORIO O “CAMBIO EN LAS LEYES”

En la ejecución de los contratos de APP, debemos considerar que los inversionistas o concesionarios se comprometen a dirigir sus actuaciones con observancia de lo dispuesto por la ley o disposiciones aplicables, así como por las condiciones pactadas en la suscripción del respectivo contrato.

Asimismo, es preciso señalar que, en nuestro ordenamiento jurídico, como regla general “no existen islas jurídicas”³², es decir, no pueden configurarse regímenes jurídicos inmutables en el tiempo; a menos que nos encontremos frente un régimen de promoción de la inversión privada particular, como el régimen de estabilidad jurídica³³, pero incluso en este supuesto, la estabilización abarca un espectro acotado de normas, tales como la normativa en materia tributaria, laboral, entre otros. En ese sentido, en principio todas las inversiones se rigen por la normativa vigente. Ello es reafirmado por la práctica habitual en los contratos de APP, la cual se ha caracterizado por incluir cláusulas referidas a la sujeción a las “Leyes y disposiciones aplicables”³⁴.

32 Sobre el particular, Sergio Salinas (2016, p. 336) precisa que, incluso tratándose del Contrato Ley no se puede “validar” cláusulas contrarias a las normas legales vigentes. “No existen “islas jurídicas” en el sistema jurídico peruano”.

33 La incorporación del régimen de estabilidad jurídica fue implementada a inicios de la década de los noventas mediante los Decretos Legislativos 662 y 757.

34 Al respecto, los Lineamientos de Diseño establecen en el literal c) del numeral 9.2, lo siguiente: “Para ello, es necesario que en el Contrato se establezca de manera indubitante los alcances del término «leyes aplicables», las que deberán referirse a las disposiciones legales y reglamentarias peruanas que regulan y/o afectan directamente

Por otro lado, es relevante tener en cuenta que, el Estado no puede renunciar a su potestad regulatoria, en la medida que el marco legal siempre podrá ser modificado por los poderes dotados de capacidad legislativa (Danós, 2013, p.262).

Bajo estas premisas, durante la vigencia de un contrato de APP, caracterizado por conllevar un plazo prologado de ejecución³⁵, la posibilidad de que se produzcan cambios en la legislación que no fueron considerados al inicio de la relación contractual se torna bastante considerable. Estos cambios podrían significar que la ejecución del contrato resulte siendo más costosa que en sus términos originales, ya que el concesionario deberá implementar dichos cambios normativos en sus actividades, pudiendo generarle un impacto en el nivel de ingresos o costos del proyecto³⁶.

En razón a ello, el riesgo de cambio normativo o riesgo regulatorio está vinculado a la ocurrencia de cambios en el marco legal general que afecten la capacidad de desempeño, los ingresos y costos del proyecto. En ese sentido, este podría materializarse debido al cambio de normas técnicas de edificación, de salud pública, tributarias o cambios en la legislación ambiental que impliquen el cumplimiento de estándares más exigentes, por citar algunos ejemplos.

Sobre el particular, el Banco Mundial a través de la Guía de Referencia 3.0 (WB, 2017, p.155) define el concepto de riesgo normativo (change in law) como “el riesgo de que un cambio en la ley general o en las normas afecte al proyecto de forma negativa”. Adicionalmente, la Guía sobre disposiciones contractuales del Banco Mundial (WB, 2019, p. 59) indica que la materialización de un riesgo de cambio en las leyes, puede hacer que la ejecución de un contrato sea más costosa, difícil e incluso imposible bajo los términos originalmente pactados.

En línea con ello, para determinar qué eventos o acciones son consideradas como “cambios en las leyes”, será importante considerar detalladamente el alcance de las disposiciones sobre la legislación, para lo cual se recomienda definir:

- i. Qué es considerado el derecho aplicable (“leyes aplicables”) según el contrato,
- ii. Qué constituye un cambio en la ley aplicable,
- iii. Cuál es la fecha o momento de calificación a partir del cual dicho cambio debe haber ocurrido (por ejemplo, a partir de la firma del contrato); y,
- iv. Qué criterios de previsibilidad resultan aplicables (es decir, si la posibilidad de dichos cambios era de “dominio público”), los cuales deberán ser lo más objetivos posible.

aspectos económicos o financieros que generan variaciones en ingresos o costos.”

35 El artículo 52 de la Ley de APP establece que el plazo del Contrato se cuenta a partir de la fecha de suscripción y no puede superar los sesenta (60) años, salvo aquellas excepciones referidas a plazos menores establecidos en normativa sectorial. Sobre esto último, la Ley del Sistema Portuario Nacional, Ley N° 27943, en el numeral 10.3 del artículo 10 establece que la infraestructura portuaria puede ser entregada en concesión hasta por treinta (30) años.

36 De conformidad con lo señalado en el numeral 9 de los Lineamientos de Diseño.

En ese orden de ideas, el riesgo regulatorio involucra la emisión de actos legislativos o actos derivados de la autoridad, que no es otra cosa que los denominados Actos del príncipe (*fait du prince*, *factum principis*). En ese sentido, según Isabel Gallego (2016) “el *factum principis* alude a medidas administrativas generales que, aunque no modifiquen directamente el contrato, ni lo pretendan tampoco, inciden o repercuten en él haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de este (p.119).

Así también, Brewer-Carias (s.f.) señaló que:

El Acto del príncipe se ha desarrollado en el derecho de los contratos públicos, específicamente en relación con los efectos que pueden tener los actos emitidos por los órganos de los diferentes niveles del Poder Público, sobre el cumplimiento de las obligaciones de las partes, habiéndose aplicado para determinar cuándo un acto de un órgano del Estado, que afecta el equilibrio económico de un contrato público, origina el derecho a que se restablezca dicho equilibrio mediante el pago de una compensación o indemnización por parte del ente público contratante (p.4).

En línea con lo anterior, si los actos normativos afectaran el equilibrio económico de los contratos, se procederá a restablecer el equilibrio alterado mediante las compensaciones correspondientes, es decir, frente a la materialización del riesgo normativo o regulatorio, la parte afectada podrá recurrir al mecanismo de mitigación comprendido por el restablecimiento del Equilibrio Económico Financiero en el respectivo contrato.

Para estos efectos, consideramos relevante citar lo manifestado por Jaime Orlando Santofimio (2009, p. 50) respecto al rompimiento del equilibrio económico como consecuencia de los actos normativos:

El hecho del príncipe como fenómeno determinante del rompimiento de la ecuación financiera del contrato se presenta cuando concurren los siguientes supuestos: (a) la expedición de un acto general y abstracto, (b) la incidencia directa o indirecta del acto en el contrato estatal, (c) la alteración extraordinaria o anormal de la ecuación financiera del contrato como consecuencia de la vigencia del acto, (d) la imprevisibilidad del acto general y abstracto al momento de la celebración del contrato.

Para efectos de determinar a qué parte corresponderá asumirlo, los Lineamientos para la Asignación de Riesgos recomiendan que el riesgo de cambio normativo o cambio en las leyes sea compartido entre ambas partes del contrato de APP. Ello se refleja mediante la inclusión de la cláusula de equilibrio económico financiero en el contrato.

En ese sentido, según Dammert (2009, p.343), en muchos contratos se incorporan cláusulas explícitas destinadas a velar por el equilibrio económico – financiero de los contratos. Estas deben establecer claramente sobre qué base se debe calcular dicho equilibrio y su periodo de aplicación.

Según lo señalado anteriormente, el artículo 37 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362 recoge la inclusión de cláusulas sobre equilibrio económico financiero en los contratos de APP, vinculadas a cambios en las leyes aplicables que impliquen una afectación significativa en el proyecto, que puede ser invocada por cualquiera de las partes, según lo siguiente:

Artículo 37.- Restablecimiento del equilibrio económico financiero

37.1 Los Contratos pueden incluir disposiciones sobre el equilibrio económico financiero en las que se precise que su restablecimiento puede ser invocado por cualquiera de las partes, únicamente cuando éste se vea afectado significativamente debido al cambio de leyes aplicables, en la medida en que dichos cambios tengan impacto directo con aspectos económicos o financieros, vinculados a la variación de ingresos o costos asumidos por el Inversionista.

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.

[Resaltado y énfasis agregado].

De esta manera, la cláusula de restablecimiento del equilibrio económico financiero constituye una respuesta contractual frente a las variaciones significativas de los ingresos o costos del proyecto debido a cambios en las leyes y disposiciones aplicables (riesgo normativo), a fin de compensar a la parte afectada, que podrá ser tanto el Concesionario como el Concedente, ya que el cambio podría beneficiar al privado, al aumentar su margen de beneficio, y dar derecho al Concedente para obtener una compensación.

La asignación compartida del riesgo normativo o regulatorio se plasma en el Contrato a través de la inclusión de cláusulas que disponen umbrales de variación de ingresos o costos, y en base a ello, se evaluará la afectación del equilibrio económico. La práctica usual de los contratos suele fijar un umbral de variación de 10%. A modo de ejemplo, podemos mencionar cambios normativos que generen un impacto en la variación de ingresos del inversionista en un 15%, en cuyo caso corresponderá al Estado compensar al inversionista, en la medida que su variación es un efecto generado por la medida normativa.

En ese sentido, se advierte que el criterio para la compartición del riesgo se concreta en la regulación de la cláusula de equilibrio económico financiero, porque el privado asume una primera variación (del 0% al 10%) y, si se excede dicho umbral, corresponderá una compensación por parte del Estado en los términos establecidos en el respectivo contrato, los cuales pueden implicar pagos directos a favor del inversionista por parte del concedente, ampliación del plazo del contrato, incrementos tarifarios y otros que resulten compatibles con la naturaleza y alcances del proyecto.

Pero, el riesgo no solo tiene el carácter compartido por un umbral de costos sino por un límite temporal, pues el concesionario tolera la materialización del riesgo durante un periodo determinado en el respectivo contrato.

Lo relevante en este punto, es que indistintamente de las reglas aplicables a las compensaciones que deba realizar el Estado Peruano, el inversionista debe conocer los alcances de la Cláusula de Equilibrio Económico Financiero, a efectos de internalizar adecuadamente este riesgo dentro de su oferta económica. De esta manera, cada contrato debe establecer si se compensará total o parcialmente al inversionista por los efectos del riesgo regulatorio, sobre la base de la estructuración realizada durante el proceso de promoción.

Así, regresando al ejemplo anterior, si la medida normativa fue emitida en el año 2020 y

esta impacta negativamente en el proyecto, el concesionario podrá solicitar el restablecimiento del equilibrio en el siguiente ejercicio fiscal, es decir, en el año 2021. En consecuencia, solo después del periodo regulado en el contrato, corresponderá al concesionario sustentar que durante este periodo ha soportado incrementos en sus costos, superiores al umbral acordado originalmente. Y, solo después de que se haya acreditado la ruptura del equilibrio, el Estado procederá a compensar en los términos establecidos en el respectivo contrato.

Recapitulando, conforme a la normativa vigente y a la práctica usual, cuando se materialice el riesgo normativo, corresponde al concesionario tolerar este cambio de las leyes hasta superar el umbral y periodo dispuestos en el contrato (soportando los efectos negativos de la nueva regulación por un tiempo determinado) antes de solicitar alguna compensación al Estado, para lo cual deberá acreditar la afectación alegada.

Por lo tanto, el riesgo normativo constituye la ocurrencia de cambios normativos que impacten en los ingresos o los costos del proyecto, cuya asignación será compartida por las partes. Este carácter compartido se refleja en la cláusula de equilibrio económico financiero en la medida que, el concesionario asume y tolera parcialmente los costos devenidos del riesgo regulatorio, para lo cual esta contiene umbrales de costo y tiempo. De modo que, frente a efectos negativos por el cambio normativo, el Estado deberá compensar al concesionario.

Consecuentemente, el efecto del riesgo normativo o regulatorio es la compensación.

4. EL RIESGO DERIVADO DE EVENTOS DE FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO

En líneas generales, la fuerza mayor está regulada en el ordenamiento jurídico peruano como aquellos eventos, condiciones o circunstancias no imputables a las partes, de naturaleza extraordinaria, imprevisible e irresistible, que impidan a alguna de las partes cumplir con las obligaciones a su cargo o causen su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso; por ejemplo, los desastres naturales, guerras o disturbios civiles, que afecten el proyecto.

Según los Lineamientos para la Asignación de Riesgos, el riesgo de fuerza mayor se origina por causas que no resultarían imputables a ninguna de las partes, remitiéndose a la definición de fuerza mayor contenida en el Código Civil de 1984³⁷. En línea con lo anterior, podemos señalar que el riesgo de fuerza mayor en las APP está vinculado a la ocurrencia de eventos externos e inesperados, cuyo impacto puede materializarse en sobrecostos o sobre plazos, derivados de la imposibilidad de cumplir total o parcialmente con el contrato.

Al respecto, el PPP Risk Allocation Tool 2019 Edition, documento alineado con la “PPP Reference Guide 3.0”³⁸, nos brinda algunos alcances sobre la Fuerza mayor:

- i. Fuerza mayor: Evento que está por fuera del control de las partes contratantes y que lleva que una de ellas o las dos no pueda(n) cumplir con sus obligaciones

37 Artículo 1315.- Caso fortuito o fuerza mayor “Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

38 Sobre el particular, la “PPP Reference Guide 3.0” (Banco Mundial, 2017) considera el riesgo de fuerza mayor como “riesgo no asegurable de que eventos externos fuera del control de las partes del contrato, como desastres naturales, guerra o disturbios civiles, afecten el proyecto.”

contractuales. En las jurisdicciones del sistema jurídico anglosajón o common law, la definición de fuerza mayor típicamente es cuestión de redacción y negociación, mientras que en las jurisdicciones del sistema jurídico de derecho civil normalmente está especificada en el Código Civil.

- ii. Fuerza mayor natural: Evento de fuerza mayor ocasionado por un acto de la naturaleza, como, por ejemplo, un terremoto.
- iii. Fuerza mayor política: Evento de fuerza mayor ocasionado por actos directos del Gobierno, tales como huelga nacional, protesta por actuaciones del Gobierno, o por eventos indirectos que afectan al Gobierno, tales como guerras. Se puede emplear terminología similar como por ejemplo actos materiales adversos del Gobierno o eventos de acción u omisión del Gobierno o que implican riesgo para el comprador.

En cuanto a la asignación del riesgo de fuerza mayor, la Guidance on PPP Contractual Provisions (2019) (WB, 2019) recomienda que este riesgo sea compartido entre el concedente y el concesionario, pues se trata de un evento que escapa del control de las partes del contrato.

Cabe precisar que los Lineamientos para la Asignación de Riesgos también recomiendan una asignación compartida del riesgo. Para estos efectos, en algunos casos, el concesionario asumirá parte del riesgo de fuerza mayor a través de la contratación de determinados seguros, con la finalidad de que se brinden coberturas por los daños ocasionados debido a eventos como terremotos, derrumbes, explosiones, conmoción civil, inundaciones entre otros.

No obstante, en caso de que el concesionario haya cumplido con la contratación de los seguros, pero se produzca un evento que genere daños cuya magnitud exceda la cobertura de la póliza, entonces el Estado puede asumir del riesgo correspondiente la parte no cubierta. De este modo, si la cobertura del seguro resulta insuficiente, esta porción del riesgo de fuerza mayor que no es trasladada al concesionario, es retenida por el concedente.

Sin perjuicio de lo señalado, es importante precisar que, generalmente, el contrato regula las consecuencias de la fuerza mayor, es decir, dispone la forma en la que los efectos de la ocurrencia del riesgo se compartirán entre las partes, o, contiene una lista de eventos de la fuerza mayor, pero, resulta insuficiente para definir los elementos constitutivos de la fuerza mayor.

En razón a ello, consideramos pertinente referirnos al régimen singular de los contratos de concesión, en la medida que “le son aplicables tanto el régimen administrativo, cuya finalidad es salvaguardar el interés público a través de la ejecución de proyectos de infraestructura, así como el régimen civil” (Menchola y Chamorro, 2015, p. 91-102).

De este modo, con el propósito de completar la definición de fuerza mayor y examinar sus implicancias en el contrato de APP, será necesario recurrir al Derecho Civil a efectos de tener mayores alcances respecto a sus elementos constitutivos, requisitos, y sobre todo sus efectos en la relación jurídica contractual.

5. LA REGULACIÓN DE LA FUERZA MAYOR EN EL DERECHO CIVIL

Según Jaime Santofimio (2009, p.10), una aproximación al fenómeno contractual del estado nos llevará a indagar en fuentes normativas y de principios mucho más profundas, lo

cual implica que se penetre irremediabilmente de la normatividad, tipología, contenido y demás disposiciones establecidas en el Derecho Civil.

En el ámbito de las APP, estas se ejecutan mediante contratos de naturaleza sinalagmática, es decir son contratos de prestaciones recíprocas en los que ambas partes asumen los roles de deudor y de acreedor, que son conceptos ampliamente desarrollados en el Derecho Civil. Ello se aprecia particularmente en la etapa de ejecución de los contratos, en la cual se advertirá ineludiblemente la existencia de una estrecha relación entre el régimen del Derecho Civil y el régimen jurídico de los contratos públicos.

En ese orden de ideas, la fuerza mayor o caso fortuito se encuentra regulada en el artículo 1315 del Código Civil de 1984, el cual estipula lo siguiente:

Caso fortuito o fuerza mayor

Artículo 1315.- Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Al respecto, Osterling Parodi (2008, p. 828) ha señalado que la fuerza mayor, desde un punto de vista subjetivo, constituye una causa no imputable pues se trata de un hecho en el que hay ausencia de voluntad directa o indirecta del deudor; es decir no hay autoría moral. Asimismo, desde un punto de vista objetivo, es un acontecimiento extraordinario, imprevisible e irresistible. De esta manera, el artículo 1315 contiene los presupuestos de la fuerza mayor que liberan o eximen de responsabilidad al deudor.

Respecto a la imputabilidad, esta constituye un atributo de las consecuencias de la responsabilidad frente a la inejecución de las obligaciones. De modo que, siendo la fuerza mayor un hecho extraño a la voluntad de las partes del contrato, causado por circunstancias exógenas y ajenas a las partes, su ocurrencia no será imputable a ellas y, por lo tanto, se producirá la exoneración de la responsabilidad por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Asimismo, el Código Civil establece una fórmula conjuntiva para calificar un evento como fuerza mayor o caso fortuito, según el cual se deberá acreditar que el hecho se produjo por causas extraordinarias, imprevisibles e irresistibles.

- i. **Que el acontecimiento sea extraordinario.** - El carácter extraordinario estará referido a aquello que se encuentra fuera del común orden de las cosas. Al respecto, lo extraordinario es, pues, lo que atenta o irrumpe en el curso natural y normal de los acontecimientos, quebrándolos (Osterling Parodi, 2008, p. 829). Este evento resulta fuera de lo común no solo para el deudor, sino que su atipicidad será notoria para todos.
- ii. **Que el evento sea imprevisible.** - La imprevisibilidad implica que bajo la percepción del deudor, no se puede prever con anterioridad la ocurrencia del evento. De modo que, el hecho o evento es imprevisible cuando supera o excede la aptitud normal de previsión del deudor en la relación obligatoria (Osterling Parodi, 2008, p. 829).

Para determinar si un evento constituye fuerza mayor o caso fortuito en términos de imprevisibilidad se requerirá de una evaluación conjunta con la diligencia adoptada

por el deudor, en otras palabras, si se condujo diligentemente en circunstancias normales. En palabras de Felipe Osterling “la imprevisibilidad camina al lado de los deberes de diligencia, prudencia, cuidado” (2008, p. 839).

- iii. **Que el evento sea irresistible.** - La irresistibilidad se encuentra vinculada a la imposibilidad del deudor de soportar, resistir o evitar la ocurrencia del evento. Este concepto se encuentra vinculado a la imprevisibilidad puesto que el deudor no podrá tolerar las consecuencias del evento imprevisto. Sobre el tema, De La Puente Lavalle (2001, p. 604) señala que:

“(…) El requisito de irresistibilidad supone la imposibilidad de cumplimiento por parte del deudor; para que una situación o evento no esté dentro del control razonable o tenga el carácter de irresistible exige que la persona sea impotente para evitarlo, no pudiéndolo impedir, por más que quiera o se esfuerce para ello”.

Asimismo, según Osterling (2008), si bien se ha configurado el carácter extraordinario, imprevisible e irresistible del hecho, la fuerza mayor o caso fortuito involucra la verificación de un nexo causal entre el evento de fuerza mayor y el incumplimiento, que sea sobreviniente, entre otros.

En ese orden ideas, la fuerza mayor implicará, además de lo señalado, lo siguiente:

- a) Que se configure una relación de causalidad entre el evento y la inejecución de la obligación

Al respecto, la ocurrencia de la fuerza mayor o caso fortuito debe de ser la causa que impida al deudor cumplir con sus respectivas obligaciones, es decir, debe existir una relación de causalidad entre el hecho y la inejecución de la prestación (sea total, parcial, tardía o defectuosa). En ese sentido, el evento debe causar la imposibilidad total de cumplir con la prestación para el deudor, de lo contrario, no se le liberaría de responsabilidad.

Esta es la diferencia más significativa respecto a la excesiva onerosidad, que no involucra una imposibilidad total de ejecutar la prestación, sino que, debido a un cambio en las circunstancias, esta puede seguir ejecutándose, pero hacerlo es más costoso o difícil. Debe existir un nexo causal entre el evento de fuerza mayor y la obligación incumplida, lo cual no depende de la situación económica del deudor. Consecuentemente, el supuesto mencionado no genera efectos extintivos de la responsabilidad, a diferencia de la fuerza mayor.

- b) Que el evento sea actual, no potencial

El impedimento de cumplir la prestación debe ser real, inobjetable, cierto, presente; es decir, no debe de tratarse de un evento que aún no se ha producido o solo es potencial (Osterling Parodi, 2008, p. 832).

- c) Que el evento sea sobreviniente y extraño a la voluntad de las partes

El evento es sobreviniente porque se produjo con posterioridad a la constitución de la obligación. Asimismo, el hecho de fuerza mayor no proviene de la voluntad de las partes del contrato, de no ser así, se generaría responsabilidad en

tanto le sería imputable.

De lo señalado, en función a lo regulado en el artículo 1315 del Código Civil, los elementos constitutivos de la fuerza mayor están comprendidos por su carácter extraordinario, imprevisible e irresistible, lo cual, si bien constituye una inejecución de las obligaciones a cargo del deudor, su ocurrencia no le resulta imputable, ya que se produjo por causas ajenas a la voluntad de las partes.

Bajo lo antes descrito, resulta relevante determinar ¿Qué consecuencias generará el incumplimiento de las obligaciones en la ejecución del contrato, si no le resulta imputable a ninguna de las partes? y ¿cómo se gestionará el incumplimiento?

Para este propósito, es necesario tener en cuenta que, en términos generales, la inejecución o incumplimiento de una obligación – sea este absoluto, parcial, tardío o defectuoso – conllevará “el quebrantamiento de la relación jurídica por causa imputable al deudor” (Osterling Parodi, 2008, p.835). Específicamente, en caso dicho incumplimiento se produzca por causas no imputables a las partes, como es la fuerza mayor, el Código Civil aborda este tema en los artículos 1316 y 1317:

“Extinción de la obligación por causas no imputables al deudor

Artículo 1316.- La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor.

Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que, al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil.

También se extingue la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si éste no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiere”.

“Daños y perjuicios por inejecución no imputable

Artículo 1317.- El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación”.

Al respecto, se advierte que el carácter extintivo por causas no imputables al deudor estará marcado o delimitado por la imposibilidad de la prestación. En ese sentido, la magnitud de la imposibilidad del incumplimiento será determinante para conocer cómo o en qué medida se extingue la obligación.

Para este propósito, cuando hablemos de la imposibilidad por causa no imputable a las partes, se determinará bajo los siguientes parámetros, los cuales implicarán determinados efectos:

a) IMPOSIBILIDAD FÍSICA O JURÍDICA

Sumado a los requisitos ya expuestos, el evento que se califica como fuerza mayor debe impedir el cumplimiento de la obligación que se ha pactado en el contrato, es decir, solo si no hay forma física o jurídica de cumplir, recién podremos hablar de una fuerza mayor. En consecuencia, la imposibilidad sea física o jurídica conllevará a la extinción de la obligación.

b) IMPOSIBILIDAD PARCIAL O TOTAL

Al respecto, una imposibilidad total conlleva la extinción de toda la obligación; mientras que la imposibilidad parcial significará que se extinga solo la parte imposible y que el deudor permanezca obligado a ejecutar la porción que sí es posible, es decir, brindar continuidad al proyecto. Cabe señalar que el Código Civil recoge el Principio Periculum est debitoris, en virtud del cual el riesgo de pérdida de la contraprestación corresponde al deudor, si la obligación ha devenido en imposible.

c) IMPOSIBILIDAD TEMPORAL O PERMANENTE

En tanto la imposibilidad tenga una duración limitada en el tiempo; es decir no sea de carácter definitivo, la obligación subsistirá. Por otro lado, al tratarse de una causa no imputable, durante el tiempo que dure la imposibilidad no se le aplicarán penalidades al deudor por el incumplimiento.

Tratándose de imposibilidad permanente, lo cual implica que la imposibilidad se mantendrá en el tiempo, traerá como consecuencia que la obligación se extinga porque su ejecución ya no es viable.

De lo señalado, se advierte que, de una lectura sistemática del artículo 1316 y 1317 del Código Civil, los efectos de la inejecución por causas no imputables al deudor, como la fuerza mayor o el caso fortuito, será: i) la extinción de la obligación, y ii) la inaplicación de penalidades. Ello siempre que no se haya pactado algo distinto en razón de la asignación de riesgos del contrato.

En ese sentido, Osterling Parodi (2008, p.837) señala que la imposibilidad es EXTINTIVA cuando se verifican los siguientes tres requisitos:

1. Que la prestación se torne efectivamente imposible, es decir, si la obligación es física o jurídicamente imposible, esta se extinguirá.
2. Que la imposibilidad se produzca por una inejecución o incumplimiento no imputable a las partes, es decir, como consecuencia de un evento de fuerza mayor o caso fortuito. Si no fuera así, la obligación no se extinguiría, sino que se “transformaría” en la de satisfacer la indemnización de daños y perjuicios.
3. Que el deudor no responda de la fuerza mayor o caso fortuito, es decir, no debe haber un compromiso asumido por el deudor que lo obligue a responder frente a estos eventos.

Con lo mencionado hasta este punto, se puede advertir que la imposibilidad de la ejecución de una obligación por la ocurrencia de un evento no imputable a las partes como

la fuerza mayor tiene un efecto que está relacionado, por un lado, con la conservación del contrato, en la parte no afectada, y, por el otro, la liberación de las obligaciones.

Sumado a ello, en lo concerniente a los contratos con prestaciones recíprocas – como los contratos de concesión o de APP – el Código Civil estipula en el artículo 1431³⁹ los efectos extintivos por la imposibilidad sobreviniente de la prestación, si esta se produjo independientemente de la voluntad de las partes. De modo que, si dicha imposibilidad se produce, el contrato quedará resuelto de pleno derecho, liberando al deudor.

En ese orden de ideas, desde el punto de vista del derecho civil, la ocurrencia de un hecho de fuerza mayor tiene un **EFFECTO LIBERATORIO** para las partes pues, como lo habíamos señalado, la imposibilidad de la ejecución de la prestación involucrará: i) la inaplicación de penalidades, y ii) la extinción de la relación jurídica contractual cuando esta haya perdido el sentido económico para las partes.

En ese sentido, habiendo revisado los conceptos de riesgo normativo o regulatorio y el riesgo de fuerza mayor, se advierte que la materialización de estos conllevará efectos distintos. En ese sentido, mientras que la fuerza mayor, considerando lo analizado desde la óptica del derecho civil, conlleva efectos liberatorios para las partes contractuales, el riesgo regulatorio o de cambio en las leyes generará un efecto compensatorio para la parte afectada.

6. ¿CÓMO SE APLICAN LOS CONCEPTOS DE FUERZA MAYOR, RIESGO REGULATORIO Y EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO EN LOS CONTRATOS DE APP?

Recapitulando lo expuesto en la sección anterior, mencionábamos que, a efectos de definir una imposibilidad extintiva a causa de la fuerza mayor y, de este modo, se desplieguen sus efectos de liberación de obligaciones al deudor, se debían verificar tres requisitos:

1. La prestación deviene en imposible,
2. Debe producirse sin culpa del deudor; y,
3. El deudor no debe estar obligado a responder por la fuerza mayor. Ello significa que, a pesar de que por regla general no le es imputable el hecho, él lo asuma por la regulación contractual o porque hay una ley que así lo dispone expresamente.

Respecto al tercer punto mencionado, es relevante enfatizar que, según la regla general, el deudor no estará obligado a responder por la fuerza mayor porque es un evento no imputable, y ello se mantendrá así siempre que no se haya pactado algo distinto en el contrato. Contrario sensu, si existe alguna cláusula en el contrato donde aquel asume el riesgo (o haya alguna ley que así lo disponga) entonces, no se extinguirá la obligación.

Ello significa que, incluso en el ámbito del derecho civil, el deudor puede estar obligado a responder por la fuerza mayor, cuando así se haya regulado en el cuerpo contractual

39 “Artículo 1431.- En los contratos con prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho. En este caso, el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación y debe restituir lo que ha recibido.

Empero, las partes pueden convenir en que el riesgo esté a cargo del acreedor”.

suscrito. De modo que, la imposibilidad extintiva no se configuraría si el contrato contiene reglas de asignación para su gestión, preservando la relación jurídica.

En el ámbito de los contratos de APP, la disposición mencionada se condice con la lógica del principio de adecuada asignación de riesgos aplicable a las APP, en virtud del cual, los riesgos son asignados a la parte que se encuentre en mejor capacidad para gestionarlos.

Para dichos efectos, la asignación del riesgo se plasmará en la regulación contractual, la cual detallará la forma en la que se asignarán a cada parte, los requisitos, procedimientos y medidas de mitigación. De este modo, se pueden incluir reglas de asignación de riesgos, según lo siguiente:

- Los efectos del evento adverso pueden ser asumidos por una sola parte, ya sea porque lo ocasiona o porque lo puede mitigar a un menor costo que su contraparte.
- Los efectos del evento adverso pueden ser compartidos por las partes, ya sea en función a su magnitud o al agente causante.
- Los efectos del evento adverso pueden ser trasladados a los usuarios.

En línea con lo expuesto, se procederá a plantear diversos escenarios de gestión del riesgo de fuerza mayor en los contratos de APP, a la luz de la imposibilidad extintiva por la inejecución de la prestación del Código Civil, previamente desarrollada. Para estos fines, se utilizarán los parámetros de la imposibilidad total – parcial y temporal – permanente, así como las recomendaciones contenidas en los Lineamientos de Diseño:

a) Escenario 1: Imposibilidad parcial – Temporal

Frente al escenario de imposibilidad temporal y parcial, es decir frente al incumplimiento de determinadas obligaciones del Contrato durante un espacio acotado de tiempo, la ejecución de dichas obligaciones se suspenderá mientras dure el evento de fuerza mayor⁴⁰. Dicha paralización no conllevará la aplicación de penalidades al concesionario ni indemnización al concedente.

A modo de ejemplo, tenemos la ocurrencia de actos de violencia o fuerza en un proyecto de concesión vial originados por la oposición de una comunidad a

40 Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362

“Artículo 111. Suspensión del Contrato

111.1 El Contrato de APP se suspende por las siguientes causales:

1. En caso de guerra externa, guerra civil o fuerza mayor que impidan la ejecución del Contrato o prestación de servicios.

2. Cuando se produzca una destrucción parcial de la infraestructura pública o de sus elementos, de modo que resulte imposible su utilización por un determinado período, en los términos señalados en el Contrato correspondiente.

3. Por cualquier otra causal convenida en el Contrato.

111.2 La suspensión extiende el plazo del Contrato de APP por un período equivalente al de la causa que la originó, salvo disposición contraria en el Contrato.

111.3 Durante el período de suspensión del Contrato de APP se interrumpe el cómputo del plazo de vigencia del Contrato. El Contrato debe incluir los mecanismos para establecer la continuidad del proyecto.”

la instalación de una unidad de peaje, que a pesar de los esfuerzos del concesionario no pueden ser superados. Dicha situación podría representar una imposibilidad parcial pues ello no impide cumplir las demás obligaciones del contrato, tales como el mantenimiento de la vía, atender emergencias viales, o incluso seguir cobrando los peajes respecto de las otras unidades de peaje no afectadas por el evento.

Asimismo, es posible que posteriormente, como producto de acciones de comunicación con la comunidad, la imposibilidad desaparezca al levantarse la medida de protesta, entonces la suspensión de la obligación solo habrá sido de carácter temporal.

Según los Lineamientos de Diseño⁴¹, el Concesionario solicitará la suspensión de la obligación que está impedida de ejecutarse⁴² (parcial), es decir la obligación de proceder a instalar la nueva unidad de peaje. Asimismo, no se aplicarán penalidades al concesionario por ello ni procederá una indemnización al concedente por este concepto. Lo expuesto no limita la pertinencia de evaluar los efectos económicos que puedan generarse en los ingresos del inversionista, así como la responsabilidad que haya asumido el Estado en el respectivo contrato, por la realización de dichos actos.

De lo señalado, se evidencia que la ocurrencia del evento fuerza mayor genera un **EFFECTO LIBERATORIO**, ya que, “de no mediar un eximente de responsabilidad, es probable que se incurra en un incumplimiento contractual que pueda derivar en la aplicación de penalidades contractuales e, incluso, en la terminación del contrato” (Aguirre, 2019, p.69).

b) Escenario 2: Imposibilidad parcial – Permanente

Siguiendo el ejemplo anterior, nos encontramos frente a una imposibilidad parcial debido al evento de fuerza mayor de la violencia social que impide la instalación de la unidad de peaje en el proyecto de concesión, pero esta vez, el evento no puede ser superado en un tiempo considerable, tornándose permanente. En ese supuesto, si bien el concesionario continúa ejecutando las prestaciones no afectadas (parcialmente), esta situación no puede mantenerse indefinidamente.

Los Lineamientos de Diseño disponen que, si el evento que originó la suspensión se extiende más allá del plazo determinado en cada contrato, entonces la parte afectada (la cual puede ser el concesionario o el concedente) podrá proceder con la terminación anticipada del contrato. Sin perjuicio de lo señalado, el contrato puede establecer que las partes acuerden un plazo mayor del efecto suspensivo de

41 La sección 17 de los Lineamientos se encarga del Régimen de suspensión de obligaciones. Entre las principales reglas dispone que son causales de suspensión de obligaciones: i) la fuerza mayor o caso fortuito, ii) el acuerdo de las partes y iii) otros eventos establecidos en el Contrato.

42 El apartado C. de la sección 17.2 de los Lineamientos para el Diseño de Contratos dispone sobre la SUSPENSIÓN TOTAL O PARCIAL DE OBLIGACIONES:

“C. Determinación de suspensión total o parcial de obligaciones

Según los resultados del procedimiento seguido para la determinación de la ocurrencia del evento de suspensión, el concedente podrá determinar si la suspensión de las obligaciones es total o parcial.

Se considera suspensión total cuando el concesionario no pueda ejecutar las obligaciones principales objeto del Contrato, y suspensión parcial cuando el concesionario pueda ejecutar parte de sus obligaciones contractuales o todas sus obligaciones de manera incompleta”.

la obligación, en caso se tenga prevista la solución del evento en un futuro cercano.

Lo anterior denota el carácter compartido del riesgo, ya que el concesionario puede tolerar temporalmente el evento de suspensión, que puede tener una duración de entre 6 y 9 meses, plazo durante el cual no se aplicarán penalidades. Únicamente luego de transcurrido el plazo, se podrá solicitar la terminación anticipada del contrato. Es decir, el concesionario asume por un tiempo los costos de la suspensión si es que así lo hubiera pactado, pero luego de que dicho periodo haya transcurrido podrá invocar su terminación, conforme a lo establecido en el respectivo contrato tras haber perdido interés o sentido económico.

De lo señalado, se puede apreciar que la imposibilidad permanente produjo la liberación del concesionario por el incumplimiento de la obligación, eximiéndolo de la responsabilidad (penalidades) y habilitándolo a resolver el contrato por eventos de fuerza mayor.

Sin perjuicio de lo expuesto, no se limita la posibilidad de que el Concedente asuma los efectos derivados de la fuerza mayor, con el objetivo de garantizar la continuidad del contrato y, consecuentemente de la infraestructura o servicio público afectados. Para ello deberá evaluarse el diseño original del proyecto, por ejemplo, si estamos ante un proyecto autofinanciado, con o sin garantías de ingresos mínimos (IMAG), o cofinanciado; por ser aspectos relevantes para definir el posible grado de afectación del inversionista.

c) Escenario 3: Imposibilidad total – Permanente

Bajo este supuesto, nos referiremos a un contrato de concesión para el diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento de un hospital. Al respecto, la ocurrencia de un terremoto cuya magnitud ocasiona la destrucción total de la infraestructura del proyecto, determinará que las prestaciones no puedan seguir ejecutándose en absoluto y que, además esta sea de carácter permanente pues no se podría superar.

En el caso descrito, la imposibilidad total y permanente generará la resolución del contrato por causas no imputables a las partes⁴³, es decir producirá un efecto extintivo respecto a las obligaciones no ejecutadas, debiendo proceder a la liquidación según los términos del respectivo contrato.

43 Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362

“Artículo 112.- Terminación

112.1 La terminación del Contrato de APP consiste en la extinción de la APP por las causales previstas en el presente Reglamento o en el Contrato.

112.2 La terminación del Contrato de APP se da por:

1. Cumplimiento de plazo del Contrato.
2. Incumplimiento grave del Inversionista, según lo establecido en el Contrato.
3. Incumplimiento grave del Estado, según lo establecido en el Contrato.
4. Acuerdo de las partes.
5. Resolución por parte del Estado por razones de interés público.
6. Destrucción total de la infraestructura pública.
7. Otras causales que se estipulen en el Contrato.”

d) Escenario 4: Imposibilidad total – Temporal

Según los Lineamientos de Diseño, la suspensión total de obligaciones se producirá cuando el concesionario no pueda ejecutar las obligaciones principales objeto del Contrato. En el ejemplo anterior, si la ocurrencia de un evento de fuerza mayor como una inundación de gran magnitud, conlleva la paralización de su operación, entonces el concesionario podrá solicitar la suspensión total del contrato hasta que el evento termine.

De este modo, si por causas de fuerza mayor el concesionario incurre en incumplimiento de sus obligaciones, por ejemplo, la ejecución de obras dentro de un cronograma previsto, el contrato puede regular la ampliación del plazo de vigencia de la concesión por un periodo equivalente a la duración de la suspensión. Es decir, si bien el evento no es imputable a ninguna de las partes, parte del riesgo de la ocurrencia del evento estaría siendo retenido por la entidad pues se opta no por la terminación sino por una ampliación del plazo de la concesión.

En este punto, es importante precisar que la decisión de otorgar una ampliación de plazo no debe considerarse como un contrasentido respecto a la naturaleza liberatoria de la fuerza mayor, como supuesto de fractura del nexo causal, cuyos efectos solo producen la extinción de la obligación y la inaplicación de penalidades. Lo señalado responde a una lectura integral del principio de adecuada asignación de riesgos y el principio de equilibrio económico financiero.

De este modo, la adecuada asignación de riesgos permitirá que el riesgo sea asignado bajo una lógica de eficiencia para gestionarlo, pudiendo ser compartido por las partes, trasladado al concesionario o retenido por el concedente, lo cual sucede incluso si proviene de una causa exógena a la voluntad de las partes, como el evento de fuerza mayor.

Asimismo, la aplicación del principio de equilibrio económico financiero no se agota en la cláusula del mismo nombre, sino que, a pesar de no encontrarse regulado como tal en la legislación de APP, este tiene diversas manifestaciones y su aplicación es transversal a los contratos públicos, dentro de los que se encuentran los contratos de concesión o de APP.

Por tanto, frente a la imposibilidad de ejecutar la totalidad del contrato y siendo esto una habilitación para que se produzca su terminación anticipada, en virtud de la aplicación del principio de asignación de riesgos y del principio de equilibrio económico financiero, es posible adoptar una alternativa que permita que la relación jurídica subsista, disponiendo por ejemplo la ampliación del plazo de la concesión. En palabras del profesor Mario Linares Jara (2006, p.299):

“El principio del mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato consiste en que al verse afectado un contrato cuyo objeto sea de interés público, por un factor imponderable que rompa el equilibrio entre las expectativas económicas justas del contratista y sus prestaciones, el Estado, en vez de proceder a la resolución por la vía civil de la fuerza mayor, restituye el equilibrio económico inicial a favor del contratista, subsistiendo la relación contractual”.

Por ello, siguiendo a Cassagne (citado por Jorge Coviello, 2011, p.66) quien manifestó que “lo verdaderamente esencial es el mantenimiento y la prevalencia del fin del contrato”, consideramos que el Estado puede, en determinados escenarios, retener el riesgo y asumir sus efectos, no solo porque ello resulta más eficiente, sino que esta acción responde al propósito de preservar la relación jurídica contractual en atención a su finalidad pública.

Como conclusión, es preciso señalar que, el contexto actual demanda no solo una respuesta sanitaria o económica sino también jurídica. Para estos efectos, se ha desarrollado conceptualmente el riesgo normativo y de fuerza mayor, vinculados a la actual crisis del COVID-19, realizando una lectura integral de los principios de las APP, las normas del SNPIP y supletoriamente la regulación del Código Civil, en lo que resulte compatible.

Sin perjuicio de lo señalado, consideramos pertinente manifestar que se deberá realizar una revisión exhaustiva de los contratos de APP suscritos por el Estado peruano para conocer bajo qué condiciones estos han sido pactados, los cuales pueden contener disposiciones particulares para gestionar la ocurrencia de eventos como la fuerza mayor, que imposibiliten la ejecución de las obligaciones o cambios normativos que impacten en el esquema económico del proyecto, frente a los cuales las partes pueden proceder a utilizar fondos de contingencia, activar garantías de ingresos mínimos (IMAG), entre otros.

Como parte del presente artículo se ha considerado una muestra aleatoria de contratos de APP, obteniendo que, en principio, pocos de ellos regulan el evento “epidemia” (sin ánimo de entrar a discutir si dicho concepto es asimilable al de pandemia), asignándole consecuencias explícitas. No obstante, lo que si existen son reglas aplicables a los conceptos de fuerza mayor, riesgo regulatorio y equilibrio económico financiero.

A continuación, se reseñan algunas consideraciones previstas en los referidos contratos, sin embargo, es importante precisar que aún está pendiente una larga discusión sobre su procedencia, aplicación y alcances de cara al evento del COVID-19. Así, por ejemplo:

- Aeropuerto Internacional Jorge Chávez

En este Contrato se regula como evento de Fuerza Mayor a las epidemias, plagas o eventos similares. Asimismo, en la Cláusula 13.3 se ha previsto una regla de Apoyo del Concedente en caso de eventos de Fuerza Mayor que permiten incrementos tarifarios, prórroga de la vigencia de la concesión u otras medidas que el Concedente considere pertinentes. Además, este contrato incluye en su Cláusula 26 una regla de Equilibrio Económico Financiero que se aplica en caso de cambios en las Leyes Aplicables vinculadas a los actos de poder ordinario sobre la relación contractual, que impacten en los ingresos o costos del concesionario.

- Línea 2 del Metro de Lima y Callao

En este contrato se establece que, si un evento de fuerza mayor se prolonga por más de 90 días, cualquiera de las partes podrá invocar la caducidad de la concesión. Sin embargo, este contrato no califica expresamente como eventos de fuerza mayor a las epidemias o pandemias. Asimismo, el contrato contiene un mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico financiero en caso de que este se vea afectado exclusiva y explícitamente por cambios en las Leyes y Disposiciones Aplicables. Según la cláusula 9.10 del Contrato, el restablecimiento procederá a partir del inicio de la Explotación.

- Red Vial N° 6: Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica

En este contrato se establece que para que un evento de fuerza mayor sea considerado como causal de resolución, será necesario que el mismo impida durante el plazo de doce meses a alguna de las partes cumplir con las obligaciones sustanciales a su cargo o cause su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, siempre que la parte perjudicada pierda interés en ella o ya no le sea útil y comunique su decisión de resolver el Contrato a la otra parte. Este contrato tampoco califica expresamente al evento epidemia o pandemia como fuerza mayor.

Asimismo, en la cláusula 9.9 se regula el supuesto de Garantía Tarifaria, por la cual se dispone que el Concedente reconozca y pague la diferencia tarifaria entre el peaje contractual y el peaje inferior cobrado a causa de un evento de Fuerza Mayor o por disposición de alguna entidad pública.

Finalmente, en la cláusula 9.10 se establece una garantía de ingresos mínimos en caso de que los ingresos del concesionario sean inferiores a la cantidad estipulada en el contrato. En estos casos, se podrá optar entre lo siguiente: i) que el concesionario descuente dichos montos de la Retribución a favor del concedente o ii) que el concedente proceda a pagar al concesionario la suma restante.

Como puede verse, no existe una regulación ad hoc para el evento y las consecuencias derivadas del COVID-19, sin embargo, es posible encontrar cláusulas que regulen aspectos generales como la fuerza mayor o el riesgo regulatorio, cuya aplicación al COVID-19 deberá realizarse considerando las condiciones propias de cada proyecto.

Los contratos mencionados son una muestra de que la calificación del COVID-19 y el marco regulatorio derivado de su aparición, dependerá de los efectos que genere en la ejecución de cada contrato. En algunos casos, podrá ser considerado como un evento de fuerza mayor y consecuentemente como causal de suspensión de obligaciones, mientras que en otros permitirá activar mecanismos de conservación de la relación jurídica contractual. Incluso, es posible que no genere efectos jurídicos en la relación contractual cuando no exista relación causal entre el evento calificado como fuerza mayor y la imposibilidad de cumplir las obligaciones a cargo de las partes.

En efecto, no es posible hablar de una “Fuerza Mayor Genérica”, sino que esta deberá ser determinada caso por caso, considerando principalmente la asignación de riesgos contenida en el respectivo contrato de APP.

Por lo expuesto, enfatizamos que las autoridades del gobierno y las entidades titulares de los proyectos, particularmente, desempeñan un rol fundamental en la gestión de la crisis, orientando sus decisiones sobre la base de la observancia de la adecuada asignación de riesgos y equilibrio económico financiero, que constituyen principios rectores de las APP, así como del respeto de los términos originalmente pactados, conservando en lo posible, la relación jurídica contractual.

7. UNA MIRADA A LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL ¿QUÉ MEDIDAS HAN TOMADO OTROS PAÍSES FRENTE AL COVID-19 EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA PÚBLICA?

La pandemia del COVID-19 ha provocado respuestas variadas en el contexto

internacional en cuanto a los contratos de asociación público-privada suscritos. Para mayor entendimiento del tema, se efectuará un breve repaso de las acciones adoptadas por España, Colombia y el Reino Unido para afrontar la emergencia sanitaria, las mismas que se desarrollan a continuación:

7.1 España: El régimen “Ad-hoc” creado por el Real Decreto Ley 8/2020

El Gobierno español emitió el Real Decreto Ley 8/2020 (en adelante, RDL 8/2020) de fecha 17 de marzo del 2020 como una respuesta para mitigar los efectos que la crisis sanitaria del COVID-19 y la Declaratoria de alarma, decretada a través del Real Decreto 463/2020⁴⁴ han generado sobre los contratos públicos. La publicación del RDL significa la creación de un “régimen ad hoc” (Gimeno Feliu, 2020), paralelo a la legislación general de contratos regulada por la Ley 9/2017, Ley de Contratos del Sector Público⁴⁵, con carácter temporal y que se aplicará, entre otros, a los contratos de concesión de obra pública y servicios públicos en ejecución.

Nos centraremos en el apartado 4 del artículo 34 del citado Real Decreto Ley, pues este contiene medidas dirigidas a reestablecer el equilibrio económico de los contratos de concesión y de servicios públicos afectados por el COVID-19, como consecuencia de la imposibilidad de ejecutar las obligaciones previstas por parte de las sociedades concesionarias, conforme a sus regulaciones contractuales específicas.

Al respecto, es relevante destacar que la medida contempla dos modalidades de compensación para restablecer el equilibrio de la concesión: i) Extensión del plazo inicial del contrato hasta en un 15% y ii) Modificación de las cláusulas económicas y financieras del contrato⁴⁶.

Sin perjuicio de lo indicado, es relevante manifestar que el artículo 34.4 del RDL 8/2020 ha suscitado críticas⁴⁷ en cuanto a su interpretación y aplicación. Al respecto, destacamos los siguientes puntos:

- i. El COVID-19 y sus declaratorias no son considerados como un evento de fuerza mayor, sino como una “situación de hecho”; y,
- ii. El tercer párrafo del apartado 4 del artículo 34 del RDL restringiría los efectos de la norma únicamente a aquellos casos en los que se presente una “imposibilidad” como consecuencia de la situación de hecho, es decir, se entendería que su aplicación resultaría de una imposibilidad total de su ejecución.

44 Emitido el 14 de marzo del 2020.

45 Ley 9/2017, Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

46 Cabe precisar que, en línea con lo dispuesto en el artículo 270 de la Ley 9/2017 sobre el Equilibrio económico, la compensación económica puede consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de las obras, la modificación en la retribución a abonar por la Administración concedente, entre otras que disponga el contrato.

47 Al respecto, véase Gimeno Feliu (2020), Villar Ezcurra (2020), CCIES (2020) y Lazo (2020).

Una de las primeras apreciaciones críticas fue emitida por la Cámara de Concesionarios y Empresas vinculadas al Sector Público en el ámbito de las Infraestructuras, los Equipamientos y Servicios Públicos (CIIES, 2020) la cual precisó que, en una primera versión del RDL, se consideraba que “(...) la situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado (...) tendrán la consideración de fuerza mayor, dando derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato”.

Respecto al requisito de imposibilidad de la ejecución para otorgar el restablecimiento del equilibrio económico al concesionario, la CIIES ha manifestado que este apartado desnaturaliza la finalidad de la norma pues se estaría realizando una interpretación restrictiva para su aplicación, en el entendido que se debería acreditar que la actividad de la concesión “cesa por completo”, con lo cual su eficacia sería muy reducida.

En la misma línea, Villar Ezcurra (2020) manifiesta que, el caso de las autopistas concesionadas aclara el absurdo de un entendimiento restrictivo del artículo 34.4 del RDL 88/2020 pues, en tanto la actividad concesional de este sector se considera infraestructura crítica, esto “daría lugar al curioso caso de actividades concesionales de alto interés público que se mantienen (a pesar del agravamiento de sus condiciones económicas) sin compensación alguna, junto a actividades concesionales que se paralizan y tienen derecho a la compensación mediante el reequilibrio financiero”. Asimismo, consideramos relevante citar lo señalado por Gimeno Feliú (2020, p.48) cuya crítica es mucho más de fondo, pues cuestiona la emisión misma de la norma, en tanto indica:

“No es probable que en contratos de larga duración como son los concesionales, las medidas frente al COVID19 puedan tener un impacto tal que supongan la ruptura de la economía del negocio concesional (que implica una transferencia de riesgos, no se olvide). La solución legal adoptada por el Real Decreto Ley es un seguro legislativo a las pérdidas ocasionadas temporalmente en la concesión, haciendo que en este período de estado alarma no funcione el reparto de riesgos”.

No obstante, con la emisión del Informe de la Abogacía del Estado del 1 de abril 2020 (Informe de la Abogacía del Estado, 2020, p.5) se interpretó el alcance de la “imposibilidad de la ejecución”, refiriéndose en particular a los contratos de las autopistas concesionadas. En ese sentido, el pronunciamiento establece que “la reducción en el número de vehículos que circula por la autopista o autovía, y la consiguiente disminución de ingresos de la concesionaria, no dan derecho al reequilibrio económico de la concesión conforme al RDL 8/2020”.

Sobre el particular, Lazo Victoria (2020) comparte el sentido de la opinión, para lo cual resalta que, incluso, el Informe de Abogacía da un “un paso más allá” a lo dispuesto por el artículo 34 del RDL 8/2020, pues precisa que la creación del régimen especial responde al propósito de evitar que se acabe renegociando contratos y que se acoten las medidas de compensación a lo dispuesto por la norma emitida⁴⁸.

48 Al respecto, el Informe de la Abogacía del Estado “Consulta sobre la interpretación y aplicación del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020”, se pronunció según lo siguiente:

“Igualmente, se estima que esa reducción de vehículos e ingresos tampoco sería equiparable a ‘fuerza mayor’, a ‘circunstancia imprevisible’ o a ‘factum principis’ (actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinarían de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato) a los efectos de, respectivamente, amparar un reequilibrio del contrato de obras con base las normas

De lo indicado, se entiende que, bajo los términos del RDL 8/2020, la situación de hecho COV ID-19 no es un evento de fuerza mayor y se le brinda un tratamiento diferente al regulado en la Ley de Contratos Públicos; asimismo, una compensación que otorgue el restablecimiento del reequilibrio por estos eventos durante la declaratoria de emergencia solo sería posible si se acredita el incumplimiento o cese total de la actividad, con lo cual no procedería para aquellos proyectos que no han sido suspendidos.

7.2. Colombia: La Resolución 471 de la ANI y el Decreto 482

El estado colombiano, desde la emisión de la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 que declaró la emergencia sanitaria por causa del COVID-19, ha adoptado medidas que buscan mitigar los impactos que la crisis sanitaria ha ocasionado en la prestación de los servicios públicos y gestión de la infraestructura pública que involucran contratos de concesión. En línea con ello, es pertinente hacer mención a dos instrumentos normativos emitidos recientemente: la Resolución 471 de la ANI y el Decreto 482.

Sobre el particular, respecto a la Resolución 471 del 22 de marzo, emitida por la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI)⁴⁹, esta contiene dos aspectos relevantes: i) El séptimo considerando señala que “la emergencia sanitaria a causa del virus COVID-19 en el territorio nacional, constituye un hecho de fuerza mayor, exterior, irresistible e imprevisible”⁵⁰, y ii) Se dispuso la suspensión del cómputo de términos en las actuaciones administrativas y contractuales.

Por otro lado, el Decreto N° 482 del Ministerio de Transporte⁵¹ de 26 de marzo de 2020,

generales aplicables al contrato de concesión (por ejemplo, el vigente 270.2 de la LCSP). Esto se justifica por las razones siguientes:

- Porque el artículo 34 del RDL 8/2020 excluye que la situación de hecho por el Covid-19 sea tratada, a los efectos de la contratación pública, como un caso de fuerza mayor; de ahí que no lo califique como tal y que expresamente declare inaplicables los artículos de la legislación de contratos referidos a la fuerza mayor.
- Porque la aplicación preferente del artículo 34 del RDL 8/2020 a todas las consecuencias contractuales del Covid-19 no permite que, mediante la aplicación de las normas generales sobre reequilibrio de concesiones, se acaben renegociando los contratos de concesión y, por tanto, produciéndose efectos distintos de los de suspensión e indemnización previstos por el artículo 34 del RDL 8/2020.”

49 Al respecto, la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI es una agencia nacional estatal adscrita al Ministerio de Transporte, encargada de planear, coordinar, estructurar, contratar, ejecutar, administrar y evaluar proyectos de concesión (APP), para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración o explotación de infraestructura pública de transporte y servicios conexos o relacionados. Portal web: <https://www.ani.gov.co/>.

50 El considerando 17 de la Resolución N° 471 de la ANI señala:

“Que, la emergencia sanitaria por causa de la presencia del virus COVID-19 en el territorio nacional, constituye un hecho de fuerza mayor, exterior, irresistible e imprevisible, por lo cual es deber de la administración adoptar las medidas transitorias que garanticen la seguridad de la salud de los servidores, la protección de los ciudadanos, así como el respeto por la seguridad jurídica y el debido proceso de los usuarios e interesados en las actuaciones de la ANI, para lo cual se deben adecuar las condiciones de prestación del servicio frente a la inminencia de la situación y su posible interrupción”.

51 Decreto 482 de 26 de marzo de 2020, por el cual se dictan medidas sobre la prestación del servicio público de

contiene disposiciones aplicables en general a los contratos de concesión e infraestructura pública durante la emergencia sanitaria. A continuación, se procederán a reseñar las principales medidas:

7.2.1 Sobre las Concesiones e Infraestructura

a) Respecto a la Infraestructura puesta al servicio público:

Durante el estado de emergencia económica, social y ambiental y el aislamiento preventivo obligatorio, el Centro de Logística y Transporte (CLT)⁵² podrá ordenar la suspensión de cualquier infraestructura dispuesta para la prestación del servicio público de transporte, pues por regla general deberán mantenerse en operación. Asimismo, las entidades titulares encargadas de la prestación del servicio público de transporte deberán adaptar su operación para mantener los esquemas determinados por el CLT o el Gobierno Nacional; y dentro de la época de aislamiento preventivo obligatorio deberán mantener el personal mínimo para garantizar la prestación del servicio público de transporte.

b) Respecto a la Infraestructura en construcción:

El Decreto 482 dispone que, durante el estado de emergencia, en razón a la necesidad operacional o técnica de los procesos constructivos de alguna de las obras específicas indicadas por la autoridad competente, se permite la continuidad de las obras, cumpliendo con los protocolos de bioseguridad indicados por el Ministerio de Salud, de conformidad con lo dispuesto por el CLT.

7.2.2. Medidas en contratos de concesión

En los esquemas de Asociación Público-Privada (APP) que trata la Ley 1508, por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas⁵³, debido a la adopción de medidas por parte del Gobierno nacional que conlleven la disminución en el recaudo de los proyectos, podrán efectuarse prórrogas en tiempo que, sumadas, superen el veinte por ciento (20%) del valor del contrato inicialmente pactado⁵⁴.

Asimismo, cuando se trate de proyectos de iniciativa privada, los contratos podrán

transporte y su infraestructura, dentro del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica.

52 Cabe precisar que la función del CLT consiste en asegurar la continuidad de la prestación del servicio público de transporte, que comprende el servicio de transporte terrestre intermunicipal y el servicio de transporte público masivo (Transmilenio).

53 Ley 1508 de 2012, Ley que establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas.

54 El artículo 13 de la Ley de APP de Colombia dispone que “(...) las solicitudes de adiciones de recursos y el valor de las prórrogas en tiempo sumadas, no podrán superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado”. De este modo, la disposición del Decreto 482 estipula que, como parte de las acciones de compensación que el Estado colombiano reconocería por los efectos de las medidas adoptadas en los proyectos de APP, se habilite que las prórrogas de tiempo de los contratos de APP superen el porcentaje establecido por la Ley 1508.

ser prorrogados por encima del veinte por ciento (20%) del plazo inicial⁵⁵. En ese sentido, la medida establecida por el Decreto 482 habilita la prórroga de tiempo en los mencionados contratos de APP por encima del porcentaje de 20% establecido originalmente en el régimen general de inversión privada de Colombia.

Específicamente sobre los contratos de concesión vial, se dispuso que las entidades públicas tendrán la facultad de suspender unilateralmente los contratos estatales de infraestructura de transporte a su cargo, en el evento de que dicha suspensión: i) Resulte necesaria para el cumplimiento de las medidas derivadas de la declaratoria de emergencia ante la pandemia COVID-19; y, ii) No se haya logrado la suscripción del acta de suspensión de mutuo acuerdo dentro de los dos (2) días siguientes a la comunicación que para esos efectos envíe la entidad pública contratante.

Finalmente, se dispuso la exención del cobro de peajes durante la vigencia de la declaratoria de emergencia para vehículos que transiten por el territorio nacional que realicen actividades consideradas esenciales por el Decreto 457 de 2020.

Reino Unido

El Tesoro Británico (HM Treasury) y la Autoridad de Infraestructura y Proyectos (Infrastructure and Projects Authority, IPA)⁵⁶ se pronunciaron sobre la emergencia COVID-19, en atención a la relevancia de mantener los servicios públicos vitales disponibles para sus ciudadanos. En ese sentido, con fecha 2 de abril de 2020 se publicó la Guía de orientación “Private Finance Initiative and PF2 Projects: Supporting vital service provision in PFI /PF2 (and related) contracts during the COVID-19 emergency” (HM Treasury & Infrastructure and Projects Authority, 2020), siendo los aspectos más relevantes:

Las contrapartes contratantes de PFI (Private Finance Initiatives) deben cooperar para garantizar la prestación continua de servicios públicos durante el período de emergencia. Esto incluirá el mantenimiento de pagos de cargos unitarios (permitiendo a los contratistas de PFI pagar a sus trabajadores y proveedores), revisar los requisitos y estándares de sus contratos (incluidos los cambios de alcance cuando sea necesario) y moderar los regímenes de mecanismos de pago y desempeño cuando sea apropiado.

La emergencia COVID-19 no se considera, y no debe considerarse, como un evento de fuerza mayor, y, por lo tanto, espera que las partes realicen los mejores esfuerzos para la continuidad de la provisión de servicios bajo contratos de PFI en este momento crítico para el país.

55 Los artículos 18 y 21 de la Ley de APP regulan las adiciones y prórrogas de los contratos de APP de Iniciativa privada que requieren desembolsos públicos y de aquellos que no requieren desembolsos públicos:

- Respecto a las IP cofinanciadas, la Ley de APP dispone que “(...) las adiciones de recursos al proyecto no podrán superar el 20% de los desembolsos de los recursos públicos originalmente pactados. En dichos contratos, las prórrogas en tiempo deberán ser valoradas por la entidad estatal competente. Las solicitudes de adiciones de recursos y el valor de las prórrogas en tiempo sumadas, no podrán superar el 20% de los desembolsos de los recursos públicos originalmente pactados.”
- Respecto a las IP autofinanciadas, se ha establecido que estos contratos “(...) no podrán ser objeto de modificaciones que impliquen el desembolso de este tipo de recursos y podrán prorrogarse hasta por el 20% del plazo inicial.”

56 IPA es el centro de especialización del gobierno del Reino Unido para infraestructura y grandes proyectos.

Bajo ninguna circunstancia los requisitos del contrato o los estándares de desempeño deben de disminuir o relajarse hasta el punto de poner en riesgo la salud y la seguridad.

Los contratistas de PFI deben asegurarse de que los planes de contingencia estén actualizados y hayan sido revisados y discutidos con las autoridades contratantes, para permitir la continuidad de los servicios completos en la medida de lo posible, con la finalidad de responder a la emergencia y mantener los servicios públicos vitales, particularmente en todo el NHS.

8. CONCLUSIONES

La situación de emergencia sanitaria originada por el brote del COVID-19 a nivel mundial ha causado un impacto relevante en los contratos de concesión, pues las circunstancias en las que se ejecutaban se han modificado al menos temporalmente, generando inconvenientes y dificultades para el cumplimiento de las obligaciones previstas en muchos de ellos.

Siendo ello así, frente al evento pandemia y la declaratoria de emergencia decretada con el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, es importante diferenciar a nivel conceptual el riesgo regulatorio del riesgo de fuerza mayor, pues su materialización conlleva medidas de gestión particulares y efectos contractuales distintos.

Tal como se ha definido en el presente artículo, el efecto del riesgo regulatorio en la cláusula de equilibrio económico financiero, será la compensación. Por su parte, la fuerza mayor tiene un efecto liberatorio para las partes pues la imposibilidad de la ejecución de la prestación involucrará la inaplicación de penalidades y/o la extinción de la relación jurídica contractual cuando esta haya perdido el sentido económico para las partes.

Frente al contexto del COVID-19, es importante considerar que la invocación de un evento de fuerza mayor debe valorarse en cada caso concreto y no como una “fuerza mayor genérica”, puesto que, tal como se ha desarrollado en el presente artículo, la fuerza mayor implica la imposibilidad o impedimento de cumplir con la obligación, debido a causas externas a las partes del contrato. Por ello, se deberán analizar en los respectivos contratos qué obligaciones son posibles de seguir ejecutándose y qué otras se han visto afectadas por el referido evento. Asimismo, corresponderá verificar si dicho impedimento es temporal o permanente, de lo cual dependerá la adopción de medidas como la terminación anticipada (frente al incumplimiento definitivo), la suspensión temporal (frente al incumplimiento transitorio), o incluso la modificación del contrato.

En consecuencia, en algunos casos el COVID-19 podrá ser considerado como un evento de fuerza mayor y, por lo tanto, como causal de suspensión de obligaciones o caducidad; mientras que en otros permitirá activar mecanismos de conservación de la relación jurídica contractual. Incluso, es posible que no genere efectos jurídicos cuando no exista relación causal entre el evento calificado como fuerza mayor y la imposibilidad de cumplir las obligaciones a cargo de las partes.

Lo anterior se refleja en la diversidad de las acciones adoptadas en el contexto internacional. En España se ha optado por la emisión de normas ad-hoc, alternativas al régimen general de contratación, para abordar las eventuales afectaciones en los contratos de concesión, asignando compensaciones, ya sea mediante una ampliación del plazo de vigencia de la concesión o a través de un reconocimiento económico destinado a restablecer el equilibrio de dichos proyectos. En el caso de Colombia, se ha decretado la suspensión del

cobro de peajes en vías concesionadas, medidas que no han estado exentas de críticas. Como contrapartida, en el Reino Unido se ha optado por abordar las contingencias ocasionadas por la situación del COVID-19 según lo que cada contrato haya previsto y dirigir sus acciones en la línea de la negociación con el inversionista frente a una eventual situación de desequilibrio contractual, instando a la cooperación de las partes contractuales a efectos de mantener la continuidad de la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

Finalmente, sobre la base de todo lo expuesto, coincidimos con el profesor Gimeno Feliú en la medida que “la aplicación correcta de las distintas técnicas jurídicas va a exigir una importante labor de reflexión para alinear debidamente todos los principios e intereses públicos en juego” (2020, p. 48), por ello enfatizamos que el rol que desempeñen las autoridades y las entidades titulares de los proyectos es fundamental en la gestión de la crisis.

9. REFERENCIAS

- Aguirre Ramírez, M. (2019). El excesivo uso de la fuerza mayor para la ampliación de plazos en proyectos del sector eléctrico. *THÉMIS-Revista De Derecho*, 74, pp. 55-75. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/21233>
- Amenós, J. y Nieto, J. (2012). La languideciente vida del principio de equilibrio económico frente a riesgos imprevisibles en la contratación pública. *Revista española de derecho administrativo*, 156, pp. 119-142.
- APMG International (2017). *Public-Private Partnership (PPP) Certification Guide*. Washington, DC: World Bank. Recuperado de <https://ppp-certification.com/pppguide/download>
- Ariño, O. G., Villar, P. J. L., y Escuela Nacional de Administración Pública. (1968). *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Madrid, España: Instituto de Estudios Administrativos.
- Baca, V. y Ortega, E. (2013). Los esquemas contractuales de colaboración público privada y su recepción por el Derecho peruano. *Revista de Derecho Administrativo*, 13, pp. 33-49. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13466>
- Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Banco Asiático de Desarrollo (BAsD) y Banco Mundial (WB). (2017). *Guía de Referencia para Asociaciones Público Privadas*, versión 3.0. Recuperado de: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/ppp-reference-guide-3-0>
- Banco Mundial (WB). (2019). *Guidance on PPP Contractual Provisions*. Washington, DC: World Bank. Recuperado de <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/guidance-ppp-contractual-provisions-2019>
- Banco Mundial (WB). (2020). *La Economía en los Tiempos del Covid-19*. Informe semestral de ALC; abril de 2020. Washington, DC: Banco Mundial. © Banco Mundial. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/33555> Licencia: CC BY 3.0 IGO.
- Brewer-Carías, A. (s.f.). *Sobre la confianza en el cumplimiento de los contratos Públicos*:

el principio del hecho del príncipe en la Contratación administrativa, para garantizar los Derechos de los cocontratantes de la administración. Recuperado de <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2018/09/1217.-Brewer.-art.-EL-PRINCIPIO-DEL-HECHO-DEL-PRINCIPE-EN-LOS-CONTRATOS-P%C3%A9BLICOS.-12-8-2018..pdf>

Cámara de Concesionarios y Empresas vinculadas al Sector Público en el ámbito de las Infraestructuras, los Equipamientos y Servicios Públicos (CIIES) (2020). Nota sobre el contenido del art. 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, de medidas urgentes económicas y sociales sobre el COVID 19, en relación con los contratos de concesión de obras y de servicios. Recuperado de https://www.ccies.org/wp-content/uploads/2020/03/CCIES_RD-8-2020-NOTA-ART-34.pdf.

Coviello, P. (2011). El contrato administrativo: ¿lex inter partes o ius variandi? Derecho PUCP, 66, pp. 169-194. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3135>

Dammert A. (2009). Equilibrio Económico-Financiero en los Contratos de Concesión de Obras de Infraestructura. Revista de Derecho Administrativo, 7, pp. 338-345. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14032>

Danós Ordóñez, J. (2013). Los convenios de estabilidad jurídica o también denominados contratos leyes en el Perú. IUS ET VERITAS, 46, 258-269. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11971>

De la Puente y Lavalley, M. (2001). El contrato en general. Tomo I. Lima, Perú: Palestra Editores.

Dromi, R. J. (2006). Licitación Pública. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Farquharson, Edward, Clemencia Torres de Mästle, E. R. Yescombe, and Javier Encinas. (2011). How to Engage with the Private Sector in Public-Private Partnerships in Emerging Markets. Washington, DC: World Bank. Recuperado de <http://documents.worldbank.org/curated/en/995241468337913618/How-to-engage-with-the-private-sector-in-public-private-partnerships-in-emerging-markets>

Gallego, I. (2016). Circunstancias externas y reequilibrio económico del contrato público. ¿Nuevas perspectivas? Revista Digital De Derecho Administrativo, 15, pp. 115-142. Recuperado de <https://doi.org/10.18601/21452946.n15.07>

Gentilini, U., Almenfi, M., Orton, I. y Dale, P. (2020). Social Protection and Jobs Responses to COVID-19: A Real-Time Review of Country Measures. World Bank, Washington, DC. © World Bank. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/33635> License: CC BY 3.0 IGO.

Gimeno Feliu, J.M. (2020). La crisis sanitaria COVID-19 y su incidencia en la contratación pública. El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, 86-87, pp. 42-53.

Global Infrastructure Hub (GIH). (2019). PPP Risk Allocation Tool 2019 Edition. Recuperado de <https://www.gihub.org/news/gi-hub-risk-allocation-tool-2019-edition/>

HM Treasury. (2020). Orange Book: Management of risk - Principles and Concepts. Disponible

en <https://www.gov.uk/government/publications/orange-book>

Huapaya Tapia, 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 el Perú). IUS ET VERITAS, 23 (46), 284-329. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11973>

Infrastructure and Projects Authority (IPA) and HM Treasury. (2020). Private Finance Initiative and PF2 Projects: Supporting vital service provision in PFI /PF2 (and related) contracts during the COVID-19 emergency. Guidance Note 2 April 2020. Recuperado en

<https://www.gov.uk/government/publications/supporting-vital-service-provision-in-pfipf2-contracts-during-the-covid-19-emergency>

Iossa, E., Spagnolo G. and Vellez M. (2007). Contract Design in Public-Private Partnerships: Report prepared for the World Bank. Washington, DC: World Bank. 10.13140/RG.2.2.19597.79847. Recuperado de

https://www.researchgate.net/publication/237579814_Best_Practices_on_Contract_Design_in_Public-Private_Partnerships

Irwin, Timothy C. (2007). Government Guarantees: Allocating and Valuing Risk in Privately Financed Infrastructure Projects. Directions in Development; Infrastructure. Washington, DC: World Bank. © World Bank. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/6638> License: CC BY 3.0 IGO.

Kresalja Roselló, B. y Ochoa Cardich, C. (1999). Propuesta para un nuevo régimen constitucional. Pensamiento Constitucional, 6 (6), pp. 730-790. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3234>

Lazo Vitoria X. (2020). Contratos de concesión y COVID-19. ¿Una solución ad hoc para el reequilibrio económico? Recuperado de <http://www.obcp.es/opiniones/contratos-de-concesion-y-covid-19-una-solucion-ad-hoc-para-el-reequilibrio-economico>.

Linares Jara, M. (2006). El Contrato Administrativo en el Perú. Revista de Derecho Administrativo, 1, pp. 285-308. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16358>

Martínez Zamora, M. A. (2013). Introducción al Contrato Administrativo en el marco del Régimen de Contratación estatal. Una Aproximación a las Prerrogativas Desbordantes de los Contratos que Celebran las entidades en el marco del Régimen de Contratación estatal. Derecho & Sociedad, 40, 299-309. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12809>

Menchola Arana, M., y Chamorro Vilca, M. (2015). Algunas Reflexiones sobre Ejecución de los Contratos de Concesión: Interpretación, Modificación y Solución de Controversias. Derecho & Sociedad, 45, 91-102. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/15228>

- Morón, J.C. y Aguilera, Z. (2019). Aspectos Jurídicos de la Contratación Estatal. Colección Lo esencial del Derecho. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.
- Nuguer, V. y Powell, A., (2020). Políticas para combatir de pandemia: Informe macroeconómico de América Latina y el Caribe 2020. Banco Interamericano de Desarrollo, DOI <http://dx.doi.org/10.18235/0002284>
- Osterling Parodi F. y Castillo Freyre M. (2008). Compendio de Derecho de las Obligaciones. Lima, Perú: Palestra Editores.
- Pérez Gallardo, L. B. (2004). Código Civil Comentado por los 100 Mejores Especialistas. Tomo VII. Contratos en General. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Pérez Hualde, A. (2009). Renegociación de contratos de gestión de servicios públicos. Revista de Derecho Administrativo, 7, pp. 275-284. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14027>
- Rodríguez, L. (2011). El equilibrio económico en los contratos administrativos. Derecho PUCP, (66), 55-87. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3126>
- Salinas Rivas, S. (2016). El Contrato Ley y la Regulación Tarifaria: ¿Existen Islas Jurídicas? Revista de Derecho Administrativo, 16, 317-336. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16307>
- Santofimio Gamboa, J. (2009). El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. Revista Digital de Derecho Administrativo, 1, pp. 1-57. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2589>
- Villar Ezcurra J.L. (2020). Medidas extraordinarias para las concesiones de servicios y obras en el Real Decreto ley 8/2020 como consecuencia del COVID-19. Recuperado de <https://hayderecho.expansion.com/2020/03/27/medidas-extraordinarias-para-las-concesiones-de-servicios-y-obras-en-el-real-decreto-ley-8-2020-como-consecuencia-del-covid19/>.

LEGISLACIÓN:

- Perú. (2015). Resolución Ministerial N° 048-2015-EF/52. Aprueban los “Lineamientos para la asignación de riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas”. Recuperado en: https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/normas/anexo_RM167_2016_EF15.pdf
- Perú. (2018a). Decreto Legislativo N° 1362. Decreto Legislativo que Regula la Promoción de la Inversión Privada Mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos. Diario Oficial El Peruano. 5-19. Recuperado en: <https://www.mef.gob.pe/es/normatividad-sp-29923/por-instrumentos/decretos-legislativos/17955-decreto-legislativo-n-1362-1/file>

- Perú. (2018b). Decreto Supremo N° 240-2018-EF. Aprueban Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362. Recuperado en: <https://www.mef.gob.pe/es/por-instrumento/decreto-supremo/18427-decreto-supremo-n-240-2018-ef/file>
- Perú. (2019). Resolución Directoral N° 001-2019-EF/68.01. Aprueban Lineamientos para el Diseño de Contratos de Asociación Público Privada. Recuperado de https://www.mef.gob.pe/contenidos/archivos-descarga/Lineamientos_disenno_contratos_APP.pdf
- Colombia. (2012). Ley 1508 de 2012, Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones. Recuperado de <https://secretariageneral.gov.co/transparencia/marco-legal/normatividad/ley-1508-2012>.
- Colombia. (2020a). Resolución 471, Por la cual se establece como medida transitoria la suspensión de términos en las actuaciones administrativas y contractuales que se adelantan en la Agencia Nacional de Infraestructura y se adoptan otras medidas administrativas, por motivos de salud pública. Recuperado de <https://www.ani.gov.co/resolucion-471-de-2020>.
- Colombia. (2020b). Decreto No. 482 de 2020, Por el cual se dictan medidas sobre la prestación del servicio público de transporte y su infraestructura, dentro del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica. Recuperado de <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/decretos-2020/decretos-marzo-2020>
- España. (2017). Ley 9/2017, Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Boletín Oficial del Estado, 73, 25853-25898. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-3824>
- España. (2020a). Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. Boletín Oficial del Estado, 73, 25853-25898. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-3824>
- España. (2020b). Informe de la Abogacía del Estado, del 01 de abril de 2020, Consulta sobre la interpretación y aplicación del artículo 34 el Real Decreto-ley 8/2020. Madrid: Gobierno de España.