

El Principio de Mutabilidad o Flexibilidad en la Modificación del Contrato de Concesión de Servicios Públicos y Obras Públicas de Infraestructura Suscrito en el Marco Jurídico de Asociaciones Público – Privadas”*

Néstor Raúl Shimabukuro Tokashiki**

Resumen:

El presente artículo busca dar luces de la aplicación del principio de mutabilidad en la modificación de los contratos de concesión que se realizan bajo el marco jurídico de asociaciones público-privadas, dando una reflexión doctrinaria y su contraparte normativa en el sistema peruano.

Palabras clave:

Asociaciones público-privadas – Concesión – Contrato – Modificación – Inversión privada

Abstract:

The present article seeks to show the application of the mutability principle in amendments on concession contracts that are made on the legal frame of public-private partnership, giving a doctrinaire vision and also the Peruvian normative treatment.

Keywords:

Public-private partnership – Concession – Contract – Amendment – Private investment

Sumario:

1. El principio de mutabilidad o flexibilidad. 2. La evolución del principio de mutabilidad o flexibilidad. 3. El principio de mutabilidad o flexibilidad en el régimen de modificación del contrato de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura suscrito en el marco jurídico de Asociaciones Público – Privadas. 4. Lineamientos generales para la renegociación del contrato en el marco jurídico de Asociaciones Público – Privadas. 5. Procedimiento para la modificación del contrato de concesión en el marco jurídico de Asociaciones Público – Privadas. 6. Conclusiones.

* La responsabilidad por lo que se afirme en el presente trabajo pertenece exclusivamente al autor y no compromete ni adelanta en modo alguno la opinión de la entidad privada para la cual presta sus servicios profesionales.

** Asociado de Grau Abogados. Egresado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor Adjunto del curso Derecho Administrativo Económico en la PUCP y del curso Seminario de Derecho Administrativo en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM).

1. El principio de mutabilidad o flexibilidad

La ingente doctrina clásica del contrato administrativo ha señalado que el principio que predomina en la ejecución contractual para salvaguardar la satisfacción de las necesidades públicas comprometidas es el de mutabilidad, el cual consiste sin más en la atribución de la *potestas variandi* por parte de la Administración pública, quien podrá variar los términos y condiciones del contrato de manera unilateral o prescindiendo de toda renegociación, por razones de interés público, a efectos de tutelar y garantizar la satisfacción de las necesidades colectivas.

Al respecto, siguiendo a VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, la justificación de la *potestas variandi* que campea en el ámbito contractual administrativo puede ser enunciada en base a los siguientes fundamentos:

"i) La Administración no puede renunciar a sus potestades ni cercenar su libertad en orden a la gestión del interés general. ii) Como consecuencia de ello, no puede verse condicionada por el mantenimiento rígido de los contratos que vaya celebrando, siendo así que el interés general es cambiante, y iii) Es preciso, por tanto, reconocer la posibilidad de que introduzca modificaciones en el objeto de los contratos al objeto de asegurar una mejor realización del mismo o una mejor adaptación a su fines".

Los principios y potestades que rigen la ejecución del contrato de concesión de servicios públicos y de obras públicas de infraestructuras son claros ejemplos de la influencia directa y predominante que tiene la presencia del interés público a lo largo de toda la ejecución contractual, a efectos de satisfacer de la mejor manera posible las finalidades colectivas².

Ahora bien, la importancia del *pacta sunt servanda* dominante, en el Derecho Civil, que predica intangibilidad o inmutabilidad de los términos y condiciones pactadas, pues su contenido es como la ley misma para las partes contratantes, resulta de aplicación directa durante la ejecución de los contratos públicos, como son los casos de los contratos administrativos.

Sin embargo, la doctrina del contrato administrativo enseña que la finalidad del *pacta sunt servanda* queda exceptuada o relativizada, en un segundo plano, en razón a la primacía y tutela del interés público comprometido para satisfacer las necesidades colectivas, sobre los intereses del contratista privado, lo cual fundamenta la desigualdad jurídica existentes entre ambas partes, debido al estado de sujeción del contratista privado a dicho interés colectivo³.

Así, la excepción o relatividad del *pacta sunt servanda* en el campo del Derecho Administrativo, se manifiesta a través del principio de mutabilidad o principio de flexibilidad del contrato administrativo, a consecuencia directa de la *potestas variandi* o modificación unilateral.

En esa línea, entre varios autores, podemos destacar a MONEDERO GIL quien ha expresado que:

"El principio de "pacta sunt servanda" constituye uno de los pilares de la institución contractual y, por supuesto, se ha insistido muchas veces, en el ámbito administrativo a pesar del cuadro de excepciones que lo acompaña. Pero también se ha repetido muchas veces que nuestra institución se caracteriza por ese afán de armonizar el interés público y el interés privado en el seno del contrato y de aquí (...) que admita la existencia de determinadas prerrogativas que alteran y cortapisan el deber general de cumplimiento de la Administración."

Por su parte, ESCOLA, ha señalado que:

"La doctrina está acorde en aceptar que en el régimen contractual administrativo el principio de que las convenciones hechas en los contratos constituyen una regla a la cual las partes -es decir, la administración pública, y el cocontratante particular- deben someterse como a la ley misma, mantiene su vigencia y debe ser aceptado en todo su alcance, aún cuando esté sometido a ciertas restricciones que le otorgan una nueva dinámica, como ocurre por ejemplo, con la inmutabilidad de los términos contractuales, que si es estricta en el derecho privado, es solo relativa en la órbita de los contratos administrativos."

1 VILLAR PALASÍ, José Luis, y VILLAR EZCURRA, José Luis. *Principios de Derecho Administrativo. Tomo III. Contratación Administrativa*. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Madrid, 1983. Pp. 108 - 109. Sin perjuicio de ello, y tomando en cuenta el mismo criterio, pueden revisarse los siguientes trabajos: MONEDERO GIL, José Ignacio. *Doctrina del Contrato del Estado*. Institutos de Estudios Fiscales. Madrid, 1977. Pp. 386 - 398., MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III - A*. Buenos Aires, 1970. Pp. 395 - 403. BERCAITZ, Miguel Ángel. *Teoría General de los Contratos Administrativos*. Segunda Edición. Depalma. Buenos Aires, 1980. Pp. 392 - 394. ESCOLA, Héctor Jorge. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Volumen I. Parte General*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1979. Pp. 391 - 400.

2 ESCOLA. Héctor Jorge. *El Interés público como fundamento del derecho administrativo*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1989. P. 168.

3 Cfr. BERCAITZ, Miguel Ángel. *Teoría General de los Contratos Administrativos*. Segunda Edición, De Palma, Buenos Aires, 1980. Pp. 345-346.

4 MONEDERO GIL, José Ignacio. *Doctrina del Contrato del Estado*. Institutos de Estudios Fiscales. Madrid, 1977. P. 386.

5 Op. Cit. ESCOLA, Héctor Jorge. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Volumen I*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979 Pp. 373.

Asimismo, dicho autor reitera más adelante que:

“El contrato administrativo, es pues la ley entre las partes, y las obliga con idéntica fuerza con que obligan las convenciones hechas en los contratos privados. Los contratos administrativos (...) admiten cierto grado de mutabilidad (...) que queda restringida a límites reducidos, ya que lo estipulado por las partes en el contrato administrativo debe respetarse en su esencia, de modo que no resulten alterados el objeto y el contenido de la convención celebrada.”⁶

Desde una posición más radical, tenemos a BERCAITZ, quien enseña que el principio dominante en la ejecución de los contratos administrativos es el de mutabilidad por ser un rasgo esencial de la figura. Pues bien, dicho autor señala que:

“La regla es, en consecuencia, la mutabilidad del contrato administrativo como uno de sus característicos (...). La mutabilidad del contrato y del estado de subordinación jurídica en que se halla el cocontratante frente a la Administración, atribuyen un carácter específico y propio a los contratos administrativos, sustancialmente distinto del correlativo de inmutabilidad que rige el contrato de derecho privado (...).”⁷

Recientemente, BLANQUER señala al respecto que:

“(...) en el ámbito del Derecho Administrativo se aminora la rigidez del pacta sunt servanda. La satisfacción del interés general tiene primacía sobre la incondicionada fidelidad a lo pactado, y explica que las normas introduzcan distintas dosis de ductilidad o elasticidad en el puro respeto y estricto cumplimiento de los acuerdos alcanzados. Por tanto, se trata de analizar la tensión dialéctica entre la justicia y la seguridad jurídica del pacta sunt servanda; debe ponderarse la justicia colectiva representada por la satisfacción del interés general, pero también la justicia conmutativa para los intereses individuales de las partes del contrato.”⁸

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, podemos apreciar que la doctrina del contrato administrativo es tajante al sostener la relativización

del *pacta sunt servanda* en la ejecución de los contratos administrativos. Dichas afirmaciones efectuadas por los autores citados son válidas en la medida que, en su desarrollo doctrinal, encuentran sustento de sus ideas en el ordenamiento jurídico respectivo al que pertenecen.

En ese orden de ideas, tal como hemos dicho líneas atrás, en las relaciones contractuales con el Estado prevalece, en todo momento, la satisfacción del interés público, sobre los intereses particulares de las partes contratantes. Por ello, no le faltó razón a GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ, cuando señalan válidamente que:

“...el interés general debe prevalecer en todo caso y en cualquier circunstancia, porque, de otro modo, sería la propia comunidad la que habría de padecer las consecuencias.”⁹

Bajo dicha perspectiva, la satisfacción del interés público debe predominar a lo largo de toda la ejecución contractual, tanto es así que con relación a la atribución de la potestas variandi no pueden existir límites siempre que las necesidades colectivas así lo exijan:

“...límites en este sentido no existen ni pueden existir, porque las exigencias del interés público, el servicio a la comunidad, no pueden quedar comprometidos por el error inicial de la Administración contratante o por un cambio en la circunstancia originariamente tenidas en cuenta en el momento de contratar. El interés general debe prevalecer en todo caso y en cualquiera de las circunstancias, porque, de otro modo, sería la propia comunidad la que habría de padecer las consecuencias. Obligar a la comunidad a soportar una carretera, un puerto, o un embalse mal planteado ab initio, inútiles o ineficaces desde su misma concepción, por un simple respeto del contractus lex, no tendría sentido. Al servicio del interés público y de sus concretas e insoslayables exigencias, el ius variandi de la Administración contratante es ilimitado en extensión e intensidad, ya que el interés público prima sobre cualquier otra consideración.”¹⁰

Como bien señalan dichos autores¹¹, lo único inmutable e inmodificable en esta materia es el fin

6 Op. Cit. ESCOLA, Héctor Jorge. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*. Volumen I. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979 Pp. 374.

7 Op. Cit. BERCAITZ, Miguel Angel. *Teoría General de los Contratos Administrativos*. Segunda Edición, De Palma, Buenos Aires, 1980. P. 351.

8 BLANQUER CRIADO, David: *Pacta sunt servanda*. En: SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso (Director): *Los principios generales del Derecho Administrativo*. La Ley – Wolters Kluwers. Madrid, 2010. Página 115.

9 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I y II*. Versión Latinoamericana, en base a la Duodécima Edición. Palestra – Temis. Lima - Bogotá, 2006. P. 794. Sin perjuicio a que los referidos autores justifiquen de esta manera el ejercicio del ius variandi, para la modificación contractual por mutuo acuerdo deberá primar y constituir el núcleo de toda renegociación la satisfacción del interés público.

10 Op. Cit. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Versión Latinoamericana, en base a la Duodécima Edición. Pp. 794 - 795.

11 Ibid.

del contrato administrativo, que prevalece sobre el alcance y modalidad de las prestaciones, siempre y cuando la justa equivalencia económica del contrato se mantengan inalteradas.

Pues bien, para DE SOLAS RAFECAS el fundamento de la *potestas variandi* se encuentra en lo siguiente:

“El contrato administrativo es un instrumento al servicio de fines esencialmente públicos que, precisamente por ser tales, son intransferibles para la Administración, siendo el contratista un colaborador de ésta. Y ello conduce a una consecuencia clara: lo fundamental es que el fin público se cumpla, aun cuando ello pueda implicar la modificación del contrato celebrado. Por ello puede afirmarse que la potestas variandi encuentra su razón de ser en la inmutabilidad del fin perseguido en el contrato.”¹²

En ese aspecto, ARIÑO ORTIZ¹³ ha señalado, hace ya buen tiempo, que la Administración pública contratante no puede renunciar nunca a sus potestades en la gestión del interés general, su responsabilidad en tutela de dicho interés no puede verse condicionada por los contratos que vaya celebrando. Ello justifica la potestad de introducir modificaciones al contrato, incluso de su propio objeto, que asegure una mejor realización de aquel o una mejor adaptación a sus fines. La inmutabilidad del contrato, principio del *contractus lex o pacta sunt servanda*, se ven así matizadas, “coloreada administrativamente”, por la inmutabilidad del fin.

Asimismo, el autor citado prosigue señalando que la *potestas variandi*, como especialidad administrativa, debe distinguirse, terminológicamente, con el *ius variandi*, que viene utilizándose, actualmente, para designar la atribución estatal del poder de modificar, unilateralmente, el contrato cuando el interés público lo requiere.

En efecto, para ARIÑO ORTIZ¹⁴, la modificación unilateral del contrato no se trata de un *ius*, un derecho subjetivo de la Administración pública en el marco de una relación jurídica puntual y concreta, sino más bien de una *potestas*,

poder del cual el órgano de la Administración pública se encuentra investido no por la relación jurídica puntual y concreta, sino por la ley, por el ordenamiento jurídico. En ese sentido, la diferencia terminológica entre ambos conceptos es evidente, el *ius*, el derecho subjetivo se agota, normalmente, con su ejercicio, la *potestas* en cambio es inagotable, en el entendido que su ejercicio no se agota nunca con su invocación o atribución en momentos determinados, razón por la cual su invocación es implícita o extracontractual, siempre que se encuentre premunida como tal en el ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, en nuestra doctrina, siguiendo a DANOS ORDOÑEZ, de la cita de TORNOS MAS:

“(…) es importante distinguir entre prerrogativas y Derechos de la Administración Pública en los contratos que celebre con particulares, porque los Derechos constituyen las exigencias que una de las partes del contrato tiene frente a la otra parte contratante, que tienen su origen en la propia relación contractual, y por tanto su ejercicio no supone privilegio alguno. En cambio la prerrogativa es el poder unilateral atribuido a la Administración dentro de una relación contractual que le permite incidir en el contenido de la relación contractual, asumiendo una posición prevalente.”¹⁵

Por ello mismo se justifica y se le otorga legitimidad a la atribución de la *potestas variandi* invocada de manera extracontractual, *ad extra*, de manera implícita que opera así no se haya pactado en el clausulado correspondiente, es decir, fuera del contrato¹⁶.

Sin embargo, como resulta evidente, debemos indicar que ese poder de la Administración pública contratante no es discrecional, ilimitado, ni mucho menos arbitrario. Efectivamente, el control de la unilateralidad representa en sí mismo la garantía y seguridad para el concesionario y de todo contratista privado en general que celebra contratos administrativos sobre el cual no puede hacerse tal invocación de forma indiscriminada e ilimitada el peso del interés común y de las necesidades generales.

12 DE SOLAS RAFECAS, José María. *Contratos Administrativos y Contratos Privados de la Administración*. Editorial Tecnós. Madrid 1990. P. 42. De la misma manera, véase ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1968. P. 225. Quien señala, “(…) La inmutabilidad del contrato (principio del “contractus lex”) se ve así matizada, coloreada por la inmutabilidad del fin”. En esa misma línea, Óp. Cit. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Versión Latinoamericana, en base a la Duodécima Edición*. P. 798., quienes señalan que “en el ámbito de la contratación administrativa, la inmutabilidad del contrato no es una inmutabilidad de su contenido, sino del fin, que prima en todo caso sobre aquél”.

13 Cfr. Op. Cit. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. P. 225.

14 Cfr. Op. Cit. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. P. 225. P. 226.

15 DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. “El régimen de los Contratos estatales en el Perú”. En *Revista de Derecho Administrativo* N° 02. Lima, 2006. P. 35.

16 Por todos véase, Op. Cit. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Pp. 226 - 227.

De acuerdo con ello, VILLAR EZCURRA y MARFÁ BADAROUX han señalado expresamente lo siguiente:

*"la modificación de los contratos administrativos no puede traducirse en una potestad omnímoda de la Administración, (ni si quiera al amparo del interés público) porque se encuentra limitada por los principios de publicidad y concurrencia. Lo que en derecho privado queda libre al arbitrio de la voluntad de las partes, en el Ordenamiento Administrativo es "ius cogens", de tal modo que debe existir siempre una justificación legal y un límite objetivo entre lo que puede ser la modificación de un contrato y lo que implica la creación (por novación) de uno nuevo al que habrían de ser aplicadas las reglas de publicidad y concurrencia para su adjudicación."*¹⁷

Por su parte, siguiendo a ARIÑO SANCHEZ¹⁸, para que exista un interés público susceptible de ser causa de modificación unilateral del contrato, no basta con la mera existencia de dicho interés, sino cumplir además con una serie de requisitos a saber:

- a) Las modificaciones deben producirse en los elementos que integran el contrato. Cuestión que plantea el límite entre modificación y novación contractual.
- b) Toda modificación debe ser fundada en "necesidades nuevas o causas imprevistas", con lo que no basta la mera existencia de un interés público, si en el momento de aprobar los pliegos ya se valoró (y descartó) una determinada solución por parte de la Administración contratante.
- c) La modificación que se adopte deberá estar siempre motivada, y deberá ser formalizada.
- d) Se imponen una serie de trámites accesorios, en función de la importancia de la modificación.

En ese mismo sentido, dentro de la doctrina latinoamericana FARRANDO sostiene lo siguiente:

"...concebida como una facultad de "mutación", "de cambio" o "inestabilidad" contractual, no podría jamás ejercerse arbitrariamente, ni la

*Administración introducir los cambios que le vengan en gana, ya que está limitada a no modificar "el núcleo esencial" del contrato, ni su ecuación económica financiera. (...) Si la Administración traspasara esos límites, el contratista tendrá derecho a la rescisión contractual y al resarcimiento de los daños y perjuicios pertinentes. Por cierto que dentro de esos límites se encuentran aquellas premisas fundamentales que circunscriben a toda la actividad administrativa discrecional: límites técnicos, razonabilidad, buena fe y abuso o desviación de poder."*¹⁹

De la misma manera, como bien señala COVIELLO:

*"...la potestas variandi, como tal, implica un poder jurídico que debe ser necesariamente ejercido cuando se configura los presupuestos para que el Estado los ponga en práctica, y no pueda negarse su ejercicio cuando el interés público lo exija. (...) Pero es sencillo: solo se puede poner en acto cuando el interés público o -moralmente hablando, el bien común lo exige. De este principio se sigue que no es a veleidad del funcionario de turno ni tampoco el mero oportunismo político el que lo debe o puede determinar, sino, repito, el interés público. Así de simple."*²⁰

En ese contexto, la finalidad alegada por la Administración pública para ejercer la *potestas variandi*, como principio, debe ser objetiva, fundada, cierta y real, solo justificada por el interés público, el cual será delimitado por la misma administración encargada de preservarlo, y luego juzgada por los tribunales pertinentes, no pudiendo sobrepasarse los límites cuantitativos previstos en la ley²¹.

Pues bien, dichas premisas fundamentan el principio de mutabilidad o flexibilidad, el cual afirma que si el contrato ha sido celebrado a efectos de satisfacer el interés público, resulta totalmente admisible la modificación de las prestaciones originalmente convenidas, pues lo contrario, implicaría mantener un contrato innecesario, dificultoso o gravoso para lograr dicha finalidad. Con lo cual, si el interés público exige la modificación del contrato, este deberá modificarse, salvaguardando los derechos

17 VILLAR EZCURRA, José Luis y MARFÁ BADAROUX, Jaime. "Prerrogativas de la Administración". En: ARIÑO Y ASOCIADOS. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Tomo III*. COMARES, Granada, 2002. Pp. 798 - 799.

18 ARIÑO SANCHEZ, Rafael. "Artículo 101°. Modificaciones de los contratos". En *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Tomo III*. ARIÑO Y ASOCIADOS. COMARES, Granada, 2005. Pp. 809 - 810.

19 FARRANDO, Ismael. "Potestades y prerrogativas en el contrato administrativo". En Juan Carlos Cassagne e Ysener Rivero (coordinadores). *La Contratación pública. Tomo II*. Hammurabi. Buenos Aires, 2006. P. 766.

20 COVIELLO, Pedro José Jorge: "El contrato administrativo: ¿Lex inter partes o ius variandi?". En: *Revista Derecho PUCP*, N° 66. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2011. P. 187.

21 CESPEDAS ZAVALA, Adolfo. "La potestas variandi de la Administración pública en los contratos de concesiones de obras y servicios públicos". En *Revista de Derecho Administrativo* N° 01. Marzo, Lima, 2006. P. 215.

que le asisten a los contratistas tales como la indemnización y compensación correspondiente, así como el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato^{22/23}.

2. La evolución del principio de mutabilidad o flexibilidad

Consideramos que el principio de mutabilidad o flexibilidad, actualmente, no solo se fundamenta o se delimita en los efectos y fines de la *potestas variandi* que se sirve como atribución la Administración pública contratante, sino que también en la modificación consensuada, bilateral o por mutuo acuerdo entre las partes contratantes que conllevan la misma finalidad de la referida potestad: tutelar y satisfacer el interés público, así como la continuidad en la ejecución contractual.

De esa manera, la modificación consensuada, bilateral o por mutuo acuerdo entre las partes contratantes, encuadra perfectamente sobre las mismas proposiciones que fundamentan el principio de mutabilidad o flexibilidad a través de la *potestas variandi*.

A partir de ello, nada obsta para que ambas partes contratantes renegocien los términos y condiciones, inicialmente, convenidas del contrato, ya que su fundamento se encuentra delineado y orientado sin más en la protección y satisfacción del interés público comprometido que coadyuve a satisfacer de la mejor manera las necesidades colectivas.

Lo anteriormente expuesto ha sido reconocido ampliamente por CASSAGNE, quien sostiene con la más autoridad que lo caracteriza que el principio de mutabilidad o flexibilidad del contrato administrativo no sólo abarca la atribución de la *potestas variandi*, reconocido y estudiado como tal, sino que:

“...nada impide, en principio que la Administración y el contratista puedan acordar la modificación de un contrato administrativo, siempre que con ello se preserve el cumplimiento de la finalidad de interés público tenida en vista al celebrar el acuerdo originario de voluntades.

(...)

“En ese sentido, la admisión de la posibilidad de una modificación contractual por acuerdo de partes implica el abandono del antiguo principio de rigidez del contrato o de la rigidez del pliego de condiciones (que ya en su momento criticó Hauriou) para sustituirlo por el principio de la flexibilidad contractual.”²⁴

Por ello mismo, las partes contratantes agotarán los medios necesarios para buscar y concertar las variantes o soluciones que mejor se adecúen para alcanzar dicha finalidad ante las diversas situaciones contractuales y extracontractuales que devienen en inadecuadas o dificultosas para la satisfacción de los intereses generales.

De esa manera, el principio de mutabilidad o flexibilidad del contrato administrativo engloba tanto la modificación bilateral y la *potestas variandi*, ya que ambas modalidades de revisión y modificación de los términos pactados conllevan a la misma finalidad: mantener, tutelar y garantizar las necesidades colectivas, y lograr con ello la continuidad de la ejecución contractual.

3. El principio de mutabilidad o flexibilidad en el régimen de modificación del contrato de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura suscrito en el marco jurídico de Asociaciones Público - Privadas

La modificación del contrato de concesión de servicios públicos y de obras públicas de infraestructura bajo el marco jurídico de Asociaciones Público - Privadas (APPs) se encuentra regulada bajo el Decreto Legislativo N° 1012 que aprueba la “Ley marco de Asociaciones Público - Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de la inversión privada” (LMAPP) y su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 127-2014-EF (RLMAPP)²⁵ y por el Decreto Supremo N° 059-96-PCM, “Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos” (TUO) y su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 060-96-PCM (RTUO).

22 Op. Cit, ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público*. P. 172. Asimismo, el recordado profesor GARRIDO FALLA, apoyado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha señalado válidamente que el “*ius variandi*” se caracteriza como una potestad constitutiva de un acto de poder público de naturaleza extracontractual, teniendo carácter finalista ya que permite adaptar los contratos a las nuevas necesidades, a fin de salvaguardar la satisfacción del interés público, cuya prevalencia es la que justifica esta prerrogativa, de forma tal que en atención al imperio de la Ley, la regla general de inmutabilidad de los contratos regulados por el Derecho Civil, se transforma en inmutabilidad del fin o del servicio. En: GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. I. Décimo tercera edición. Tecnos. Madrid, 2002. Pp. 119 - 120.

23 Véase por todos: Cfr. RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo. *El Equilibrio Económico de los Contratos Administrativos*. Segunda Edición. Editorial Temis. Bogotá – Colombia, 2012.

24 CASSAGNE, Juan Carlos: *El contrato administrativo*. Tercera Edición. Abeledo - Perrot. Buenos Aires, 2009. Pp. 94 - 95.

25 Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 31 de mayo de 2014, quién deroga el Decreto Supremo 146-2008-EF, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 09 de diciembre de 2008.

La modificación o renegociación de los términos y condiciones pactados del contrato de concesión de servicios públicos y de obras públicas de infraestructura bajo el marco jurídico antes señalado se encuentra dominada por la renegociación o modificación bilateral de los términos y condiciones pactadas.

Sin perjuicio de ello, debemos precisar que bajo dicho marco jurídico no existen prerrogativas o potestades extracontractuales, virtuales o implícitas, que se entiendan incorporadas en los contratos *ad extra*, tal como prevalece en el principio de mutabilidad o flexibilidad estudiado ampliamente por la doctrina comparada de corte continental, sino que las mismas se encuentran previstas como cláusulas exorbitantes, las cuales deberán encontrarse pactadas o incorporadas en los contratos para su pleno ejercicio por parte de la Administración pública concedente de acuerdo con lo establecido en el artículo 17° del TUO.

Así, la incorporación de las referidas cláusulas las encontramos en el artículo 17° del TUO, el cual establece expresamente lo siguiente:

*“Artículo 17°.- Los contratos de concesión **podrán contener cláusulas que estipulen la indemnización a la cual tendrá derecho el concesionario en caso que el Estado suspenda, deje sin efecto o modifique la concesión por causal no establecida en los Artículos 38 y 39 del presente Texto Único Ordenado.** Dichas cláusulas indemnizatorias serán garantizadas mediante contrato celebrado entre el Estado y el concesionario, a solicitud de este último. (...)”* (Énfasis y subrayado es nuestro).

Si bien es cierto que la redacción de la norma no es la más clara para determinar y definir la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos de concesión que incorporan en las prerrogativas o potestades que goza la Administración pública concedente en la ejecución contractual, de su interpretación, se hace alusión a la resolución por oportunidad (rescate), resolución unilateral y modificación unilateral o *potestas variandi*.

En ese mismo orden, compartimos la reflexión efectuado por HUAPAYA TAPIA, quien sostiene válidamente con relación al marco jurídico de APPs lo siguiente:

“...resulta muy curioso que en el marco jurídico de los contratos públicos de concesión regulados bajo el régimen PIP en el Perú se pueda admitir la

resolución y modificación unilateral del contrato, sólo si es pactada contractualmente. Es curioso porque tiene que existir un contrato que permita a la Administración concedente el ejercicio unilateral de una potestad (lo cual ciertamente, no responde a la lógica de las potestades, las cuales son premunidas por el ordenamiento para su ejercicio siempre unilateral por parte de la Administración, aun cuando modernamente se admiten los contratos sobre actos y potestades administrativas). Por consiguiente, será el mismo contrato de concesión el que establecerá la causal de resolución o modificación unilateral, consignándose la respectiva indemnización y las fórmulas alfanuméricas y operaciones económicas y financieras para la liquidación del contrato de concesión. En tal sentido, en nuestro ordenamiento, pueden existir cláusulas exorbitantes de rescate, terminación unilateral del contrato por razón de interés público, ius variandi y suspensión del contrato, sólo si están pactadas contractualmente.”²⁶

Así las cosas, encontramos en la norma citada, que la Administración pública o el Estado concedente podrá suspender, resolver o caducar, modificar la concesión por causal no establecida expresamente en el TUO, siempre y cuando se encuentren pactadas dichas cláusulas de manera expresa en el contrato, demostrándose bajo dicho lineamiento el carácter unilateral y muy particular en la ejecución del contrato bajo el referido ordenamiento.

Nótese que de la redacción del artículo 17° del TUO contempla, expresamente, la inclusión de la indemnización correspondiente en caso que se pacte alguna de las cláusulas exorbitantes, reconociéndose con ello la actuación unilateral del concedente –nota típica conceptual de las prerrogativas y potestades en la ejecución del contrato– en determinados supuestos, siempre y cuando el interés público así lo exija.

Actualmente, la *potestas variandi*, a modo de cláusula exorbitante, no ha sido pactada en ningún contrato de concesión, por lo que resulta más que necesaria la aplicación del principio de razonabilidad para su invocación por parte del concedente, básico y elemental de toda actuación administrativa. Precisamente, en esa línea, compartimos lo expuesto por MORON URBINA, al señalar lo siguiente:

“Como toda decisión gravosa de la administración en el ejercicio de esta prerrogativa exige para ser legítima satisfacer criterios sanos de

26 HUAPAYA TAPIA, Ramón Alberto. “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”. En: *Administración Pública, Derecho Administrativo y Regulación. Estudios y cuestiones*. Segunda edición actualizada y ampliada. Ara Editores. Lima, 2013. Pp. 896 - 897.

*razonabilidad para no convertirse en una medida desproporcionada o ilegítima.*²⁷

En ese sentido, la aplicación de la *potestas variandi* exige que toda conducta de las partes contratantes debe ser i) idónea, es decir, que atienda a una finalidad concreta, ii) necesaria, que no existen otros medios alternativos que afecten menos al concesionario y iii) proporcional, que su dosificación debe ser en la medida adecuada para no afectar indebidamente al concesionario²⁸.

El principio de mutabilidad o flexibilidad en este tipo de contratos se fundamenta en el carácter técnico y económico de su objeto²⁹. Pues bien, los contratos de concesión que conllevan la explotación o prestación de servicios públicos y obras públicas de infraestructura tienen como rasgo distintivo la mutabilidad o la flexibilidad, el cambio progresivo del mismo (ley del cambio), en virtud del imperante predominio del “cambiante interés público”³⁰. Sobre dicha nota definitoria encontramos a PEREZ HUALDE, quien afirma lo siguiente:

*“El contrato de servicios públicos está destinado “ab initio” a cambiar. Lo normal es que cambie. Entre otras palabras, lo previsible es que cambiará y no lo contrario. (...) Al momento de su celebración, ambas partes saben y conocen que el contrato sufrirá múltiples variaciones. Algunos provenientes de la innovación tecnológica, que el concesionario está obligado a incorporar, otras veces como consecuencia de la reformulación de las políticas de servicios públicos o de urbanismo, o de seguridad. También por razones de economía. Y, consecuentemente, esos cambios provocarán merecidos y adecuados incrementos de modo de preservar la remuneración del concesionario.”*³¹

Asimismo, otro aspecto que fundamenta el principio de mutabilidad o flexibilidad en las concesiones bajo el régimen jurídico de APPs es que son contratos que se caracterizan por ser de larga duración, las mismas que se otorgan por un plazo de veinticinco o treinta años e incluso sus respectivas prórrogas son equivalentes por el

mismo periodo de tiempo pactado originalmente o que en su conjunto no superen los sesenta años³². En esa línea, la duración prolongada de estos contratos trae consigo la inevitable aparición de distintas variables que propician la modificación contractual.

Precisamente, en ese aspecto, PEREZ HUALDE señala lo siguiente:

*“El terreno de aplicación más fecundo de la potestad del ius variandi son en los contratos de larga duración, donde su contenido, es altamente aleatorio. Es el contrato donde las partes han previsto la satisfacción de intereses a lo largo de una vinculación prolongada, y por ello no establecen su acuerdo definiendo materialmente los bienes, sino estableciendo normas procedimentales. (...) Son contratos donde el tiempo es lo esencial y no lo accesorio; por ello es que -se afirma- el tiempo se vincula con el objeto del contrato.”*³³

Si bien se hace mención que el ejercicio de la *potestas variandi* calza perfectamente en los contratos de larga duración, ya hemos dicho anteriormente que las modificaciones bilaterales también se ajustan, perfectamente, a dicho criterio temporal, en la medida que a lo largo de toda la ejecución contractual pueden existir diversas causas exógenas a la voluntad de las partes sobrevinientes e imprevisibles al momento de perfeccionarse el contrato o, peor aún, que el mismo pueda adolecer de defectos subsanables al ser mal estructurados y es recién en la fase de ejecución que las partes puedan darse cuenta de ello.

Por ello mismo, compartimos lo expuesto por HUAPAYA TAPIA, quien sostiene que el principio de mutabilidad o flexibilidad debe ser entendida de manera muy especial y extraordinaria en el ordenamiento jurídico peruano, sobre todo el que rige las APPs:

“Es en dicho sentido que debe entenderse la mutabilidad o flexibilidad del contrato público de concesión como acuerdo de colaboración para el cumplimiento de los fines públicos que son la

27 Op. Cit. MORON URBINA, Juan Carlos. “Las prerrogativas de la Administración y las garantías del contratista: Un desafío contemporáneo en la contratación estatal”. En: *Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional. Volumen II*. Ponencia presentada en el XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo – Arequipa 2013. Adures Editores. Arequipa, 2013. P.510.

28 Ibid.

29 Cfr. RUIZ OJEDA, Alberto. *La Concesión de Obra Pública*. Thomson Civitas. Madrid, 2006. Pp. 264 – 265.

30 URRUTIGOITY, Javier. “Los servicios públicos. Régimen Jurídico Actual”. Depalma. Buenos Aires, 1994. Pp. 68 – 69.

31 PEREZ HUALDE, Alejandro. “Renegociación de los Contratos de Gestión de Servicios Públicos”. En: *Revista de Derecho Administrativo N° 07, Año N° 04*. Lima, Mayo 2009. Pp. 276 – 277.

32 El artículo 16° del TUO de Concesiones establece que las concesiones se otorgarán por el plazo de vigencia que se indique en el Contrato de Concesión, el que en ningún caso excederá de sesenta (60) años.

33 PÉREZ HUALDE, Alejandro. “Contratos Administrativos: Versión Crítica”. *Contratos Administrativos*. Primera edición. Lexis Nexis - Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2002. P. 451. De la misma manera, Cfr. Del mismo autor, “Tarifas y renegociación de contratos”. En: *El contrato administrativo en la actualidad*. Agustín Gordillo (Director). La Ley, 2004. Buenos Aires. P. 54 con cita de MORELLO, Augusto M. “Los Contratos de larga duración y la necesidad de una renegociación permanente”, LL. 1989 – C-1227.

prestación de un servicio público o la ejecución de una obra pública de infraestructura. Por tanto, si en el camino de ejecución del contrato se hace necesario modificarlo o variarlo, el Contrato Público debe regirse por esta regla de la mutabilidad, pero siempre respetando y teniendo en consideración que en nuestro ordenamiento la mutabilidad no puede ser invocada en forma unilateral por el Estado, sino que debe ser ejercida en forma paccionada y sobre todo, transparente.³⁴

Entonces, el principio de mutabilidad o flexibilidad, en los contratos de concesión bajo el régimen de APPs, debe ser entendida de otro modo, en donde la mutabilidad o flexibilidad se encuentra dominada y caracterizada por la modificación bilateral, y la *potestas variandi* será invocada de manera excepcional por el Estado, siempre y cuando, se encuentre pactada expresamente en el texto contractual, conteniendo los límites y lineamientos que el ordenamiento jurídico establece, como es el caso de fijar la respectiva indemnización a favor del concesionario. Con ello, no negamos la invocación de la *potestas variandi* en el marco jurídico de APPs, toda vez que el artículo 17° del TUO lo permite siempre que la misma se encuentre pactada de modo expreso y se fije la indemnización correspondiente.

En ese contexto, el principio de mutabilidad o flexibilidad exige que los contratos deben modificarse sin objeción alguna, sin restricciones y limitaciones, siempre que se soliciten de manera razonada, comprobada y objetiva, a efectos de procurar a lo largo de la ejecución contractual la satisfacción del interés público comprometido.

4. Lineamientos generales para la renegociación del contrato en el marco jurídico de Asociaciones Público - Privadas

Los lineamientos generales para la renegociación del contrato de concesión se encuentran establecidos en el artículo 15° del RLMAPP y en el artículo 33° del TUO, los cuales tienen por finalidad evitar o procurar, en la medida de lo posible, que se alteren sus elementos esenciales.

El artículo 15° del RLMAPP, que viene a complementar y a la vez superponerse a las directrices contenidas en el artículo 33° del TUO, establece, expresamente, lo siguiente:

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

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

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

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

15.2 Durante los primeros tres (3) años contados desde la fecha de su suscripción, las entidades no podrán suscribir adendas a los contratos de Asociación Público Privada, salvo que se tratara de:

- a) La corrección de errores materiales;*
- b) Los requerimientos sustentados de los acreedores permitidos vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato.*
- c) La precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato.*

En dichos supuestos, la entidad evaluará que las adendas no modifiquen las condiciones de competencia que fueron establecidos en los respectivos procesos de promoción.

15.3 La modificación de los contratos de Asociación Público Privada requerirá la opinión previa del organismo regulador correspondiente, cuando se trate de proyectos bajo su competencia. Asimismo, se requerirá la opinión no vinculante del Organismo Promotor de la Inversión Privada que estuvo a cargo del proceso de promoción de la inversión privada que originó el contrato de Asociación Público Privada, la cual estará orientada a brindar información sobre el diseño original del contrato, su estructuración económica financiera y su distribución de riesgos.

34 Op. Cit. HUAPAYA TAPIA, Ramón Alberto. “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”. P. 925.

Asimismo, se requerirá previamente la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, en aquellos casos que altere el cofinanciamiento, las garantías, así como ante cambios en los parámetros económicos y financieros del Contrato y aquellos cambios que puedan generar modificaciones al equilibrio económico financiero del contrato de Asociación Público Privada o que puedan generar contingencias fiscales al Estado. Para la emisión de la opinión del Ministerio de Economía y Finanzas, la entidad pública deberá adjuntar el sustento correspondiente que incluya la opinión del organismo regulador y del Organismo Promotor de la Inversión Privada, según corresponda; así como el acuerdo al que hayan arribado las partes.

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

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

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

Las disposiciones contempladas en dicha norma se encuentran complementadas y desarrolladas, en menor medida, en el clausulado respectivo de cada uno de los contratos de concesión, centrándose, primordialmente, en regular las renegociaciones que tengan por objeto obtención el financiamiento de la concesión ("cierre financiero") a cargo del concesionario y a la adecuación de los cambios tecnológicos o nuevas circunstancias que se produzcan durante la vigencia del contrato de concesión incluyendo sus prórrogas, que las partes no hayan podido conocer o prever al momento de su perfeccionamiento.

Dichos lineamientos han sido defendidos por la doctrina al señalar que toda modificación de los contratos administrativos –como es el

caso de los contratos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura– ya sea bilateral o unilateral (*potestas variandi*) debe respetar su esencia y objeto, ya que una alteración a tal extremo significaría, en realidad, la conformación de un contrato diferente o distinto al ya perfeccionado³⁵.

Pues bien, siguiendo a MARTIN TIRADO³⁶, la necesidad de contar con lineamientos para la modificación de los contratos administrativos, con especial referencia a los contratos de concesión, consisten en que las partes contratantes pueden dejarse llevar por el oportunismo y realizar modificaciones para obtener ventajas distintas o indebidas a las inicialmente convenidas, por ejemplo, para el incremento de la rentabilidad exigida y el monto de la contraprestación o el pago mínimo garantizado por parte del Estado hacia los inversionistas.

En ese sentido, resulta razonable la imposición de limitaciones para la modificación del contrato de concesión, a efectos de que el concesionario, quien es por lo general quien solicita la renegociación de los términos y condiciones del contrato de concesión, deberá abstenerse a solicitar la renegociación que tengan por objeto disimular pérdidas en el negocio, que pudieron preverse con la debida diligencia o las que se encuentren dirigidas a disimular y/o subsanar una incorrecta gestión empresarial o desequilibrios estructurales de la propia sociedad concesionaria que gestiona el servicio público o explota la obra pública de infraestructura, imputables a circunstancias vinculadas a la propia gestión del negocio³⁷.

Igualmente, no pueden concebirse renegociaciones que se transformen en un procedimiento para que tienda a garantizar al prestador del servicio de todos los riesgos eventuales de la empresa y los traslade al Estado en su integridad o que funcionen como dispositivo que permita al empresario desentenderse del riesgo común y ordinario de sus negocios, compensando déficit incurridos o derivados del riesgo empresarial o convalidando ineficacias en la prestación de los servicios.

De la misma manera, las solicitudes dirigidas a eliminar exigencias, suprimir compromisos asumidos por el concesionario, y otorgar ventajas o privilegios no contempladas en las bases o pliegos del concurso o licitación, con el único objeto de convertir en más atractiva o beneficiosa

35 Cfr. Op. Cit. ESCOLA, Héctor Jorge. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Volumen I*. P. 396.

36 Cfr. MARTIN TIRADO, Richard. "La renegociación de los contratos administrativos y la necesidad de contar con lineamientos para adoptar dicha medida". En *Revista JUS. Doctrina & Práctica* N° 03. Ediciones GRIJLEY. Lima, Marzo 2007. Pp. 22-23

37 Seguimos lo expuesto por DRUETTA, Ricardo Tomás. "Renegociación del Contrato Administrativo". En: *Contratos Administrativos. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*. Ediciones RAP, Buenos Aires, 2000. Pp. 10-11.

la explotación del servicio, estarían afectadas, gravemente, por razones de ilegitimidad.

Asimismo, el principio de mutabilidad o flexibilidad constituyen limitaciones a la suscripción de adendas, a efectos que los gobiernos de turno no se comporten de manera oportunista y fuercen la renegociación por causas políticas, dado que pueden tener objetivos dispersos, muchas veces incompatibles entre sí, y que uno nuevo puede tener objetivos distintos del anterior y cuya renegociación contractual tiende a delinear su política de gobierno o a los supuestos mencionados en el párrafo anterior.

Evidentemente, dicho escenario provoca un clima de incertidumbre contractual que desalientan a los inversionistas y concesionarios a seguir con la ejecución del contrato e inclusive, en ciertas ocasiones, pueden llegar a provocar que potenciales postores abandonen los proyectos, dilatando aún más la brecha de inversión en materia de infraestructura pública y de servicios públicos.

Al respecto, cabe citar a GUASCH, quien señala que la renegociación del contrato de concesión:

“Cuando se implementa de manera oportunista o estratégica por parte de un operador o del gobierno, con el fin de procurarse beneficios adicionales, y no bajo la naturaleza incompleta del contrato, la renegociación puede perjudicar la integridad de una concesión, afectar el bienestar general y amenazar el programa de reforma estructural deseada respecto de la infraestructura en cuestión.”³⁸

Los excesos en la renegociación contractual por causas deslegitimadas, guiadas única y exclusivamente por intereses particulares y oportunistas, pueden llegar a distorsionar el sentido del sistema concesional para la cual ha sido desarrollado, ya que puede desincentivar el cumplimiento oportuno de las obligaciones y compromisos pactados, a sabiendas que el contrato siempre se modificará, así como altos costos políticos, y generará rechazo colectivo a la idea concesional.

Pues bien, el principio de mutabilidad o flexibilidad resulta inconcebible si es que no se encuentra orientado a proteger el interés público, dirigido a satisfacer de la mejor manera las necesidades colectivas. De acuerdo con ello, la obtención de objetivos de interés público constituyen los condicionamientos del Estado para la renegociación del contrato.

En ese sentido, siguiendo a DRUETTA se pueden mencionar, entre otros, los principales objetivos en función del interés público que persigue el principio de mutabilidad o flexibilidad:

“...mejorar la oferta de servicios, aumentar los niveles de inversión y eficiencia, mayor protección de los derechos de los usuarios, compatibilizar la prestación del servicio con las sobrevinientes exigencias normativas, progresos tecnológicos, garantizar la continuidad de la prestación, etc., constituye la causa fundamental habilitante de la actividad administrativa de renegociación de los contratos, la que deberá ser apreciada razonablemente en cada caso.”³⁹

De otro lado, como puede resultar evidente, la aplicación del principio de mutabilidad o flexibilidad no debe invocarse ni mucho menos aplicarse de manera irracional o desproporcionada en todos los supuestos de renegociación del contrato de concesión.

Pues bien, estos condicionamientos y limitaciones emanados del principio de mutabilidad o flexibilidad tienen por finalidad evitar el oportunismo en la obtención de ventajas indebidas a las inicialmente pactadas, en las cuales las partes se encuentran motivadas únicamente por intereses particulares, ya sean de corte contractual – obligacional y políticas, en desmedro del interés general, que terminan por deslegitimar el modelo concesional.

Por consiguiente, deberá existir siempre una justificación basada en interés público, analizándose los costos sociales y económicos que ello implicaría, a fin de restablecer el equilibrio económico – financiero, de ser el caso, que persigue el principio de mutabilidad o flexibilidad. De esta manera, como bien señala DRUETTA:

“El interés público implicado en la renegociación mejor satisfacción de las necesidades colectivas debe acreditárselo mediante análisis e informes técnicos y objetivos y legales, previos y en la prueba de los hechos, actos y consecuencias que hayan dado lugar a la reestructuración.”⁴⁰

En puridad, el principio de mutabilidad o flexibilidad es, claramente, un instrumento positivo cuando efectivamente aborda la naturaleza incompleta de los contratos de concesión y se detecten aquellos supuestos exógenos, imprevisibles o sobrevinientes o contingentes no contemplados

38 GUASH, J. Luis. Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien. Bosch. Barcelona, 2005. Pp. 54 - 55.

39 Op. Cit. DRUETTA, Ricardo Tomás. “Renegociación del Contrato Administrativo”. En: *Contratos Administrativos*. P.10.

40 Ibid.

en cada uno de los contratos, que puedan afectar la correcta prestación o explotación del servicio y el impacto económico – financiero, la cual es resumida como vejetoria al logro de conseguir la satisfacción del interés público.

5. Procedimiento para la modificación del contrato de concesión en el marco jurídico de Asociaciones Público - Privadas

En párrafos anteriores, hemos señalado que el artículo 15° del RLMAPP regula el procedimiento para la suscripción de adendas a los contratos suscritos bajo el marco jurídico de APPs. A continuación, analizaremos el régimen de modificación del contrato en dicho ámbito.

El último párrafo del numeral 15.1 del artículo 15° del Reglamento de la LMAAP da entender la posibilidad de modificación del objeto del contrato al establecer expresamente que:

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

En virtud a lo expuesto, la norma hace alusión lo que en doctrina ha sido catalogada como reconversión del contrato administrativo. De acuerdo con DROMI, la diferencia entre renegociación y reconversión de un contrato administrativo se encuentran en lo siguiente:

“si se trata de las modalidades, el plazo o la forma de pago del precio, estaríamos frente a una renegociación, mientras que si los cambios afectan al objeto, estaríamos frente a una reconversión.”⁴¹

Sin embargo, la redacción de la referida norma no es la más feliz, toda vez que si las modificaciones propuestas por las partes sobre algún punto del contrato que, en este caso indirectamente pueda ser susceptible de modificar el objeto del mismo, la entidad concedente se encuentra facultada, previo análisis y renegociación de las partes sobre el extremo que se modificará, en convocar un nuevo proceso de otorgamiento

de la concesión, como alternativa a llegar a un acuerdo para la modificación del contrato, lo cual trae a colación una serie de vicisitudes entorno a las consecuencias o efectos que puedan repercutir en la esfera de las partes contratantes cuando presenten las solicitudes de modificación del contrato que vienen a alterar su objeto.

En primer lugar, para que tenga asidero la modificación del objeto contractual deberá existir, necesariamente, una justificación fundamentada en interés público ya sea a solicitud del concesionario o del Estado concedente; en segundo lugar, si el Estado concedente optara por convocar un nuevo proceso de selección, dicha situación implicaría la resolución o caducidad anticipada del contrato ya celebrado, y siendo ello así, no se contempla en las cláusulas o en las normas que les resulten aplicables los mecanismos o procedimientos de compensación, indemnización o liquidación de la concesión que se mantuvo en plena ejecución.

Para dichos efectos, consideramos que se deberá interpretar las reglas de resolución y/o caducidad y liquidación del contrato, contemplados para otros supuestos contractuales; en tercer lugar, en caso que el Estado concedente optara por suscribir la adenda correspondiente y el concesionario no acepte las nuevas condiciones y los términos propuestos, se entenderá que la modificación del contrato no tiene ningún asidero y; en cuarto lugar, siguiendo la línea inmediata de lo anteriormente expuesto, en caso que el concesionario se niegue a celebrar la adenda correspondiente, el Estado concedente podrá resolver el contrato de manera unilateral, siempre y cuando dicha prerrogativa se encuentre incorporada de manera expresa en el clausulado respectivo y además señale el procedimiento para la fijación de la correspondiente indemnización a favor del concesionario, para que luego pueda convocar un nuevo proceso de selección.

Asimismo, no queda claro bajo qué modalidad (autosostenibles o cofinanciadas) de concesión hace referencia el numeral 15.1 del artículo 15° del RLMAPP cuando establece los casos en los cuales la modificación contractual involucre un monto adicional que supere el quince por ciento (15%) del Costo Total del Proyecto, la entidad, siempre que la naturaleza del proyecto lo permitiera, evaluará la conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección como alternativa a negociar una modificación al contrato de APPs.

41 DROMI, Roberto: *Renegociación y reconversión de los contratos públicos*. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1996. P. 124. En el mismo sentido, Cfr. Op. Cit. PEREZ HUALDE, Alejandro. *Renegociación de Contratos Públicos*. Pp. 48-50. Y Cfr. Op. Cit. MARTIN TIRADO, Richard. “La renegociación de los contratos administrativos y la necesidad de contar con lineamientos para adoptar dicha medida”. Pp. 22 - 23.

En ese supuesto, entendemos que nos encontramos en concesiones bajo la modalidad de cofinanciadas, ya que es el propio Estado quien asume aquí gran parte de los riesgos económicos de la concesión. Asimismo, el concesionario no puede asumir el “castigo” de que se realice un nuevo proceso de selección, y por tanto, de manera previa, se haya declarado la caducidad o terminación anticipada de la concesión, cuando el Costo Total del Proyecto ha sido mal diseñado por el propio Estado, tanto en los procesos de selección de iniciativa estatal así como las originadas por iniciativas privadas.

Por otro lado, el numeral 15.2 del artículo 15° del RLMAPP, limita la posibilidad de solicitar la renegociación del contrato por parte de la Administración pública durante los primeros tres años contados a partir de la suscripción del mismo, salvo que se tratara de:

- a. La corrección de errores materiales;
- b. Los requerimientos sustentados de los acreedores permitidos vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato.
- c. La precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato.

En dichos supuestos, la entidad evaluará que las adendas no modifiquen las condiciones de competencia que fueron establecidos en los respectivos procesos de promoción.

Sin embargo ello, contraviene el principio de mutabilidad o flexibilidad al restringir, temporalmente, la suscripción de adendas. La misma que, obviamente, no compartimos en absoluto. Consideramos que dicha limitación legal constituye un agravio para la continuidad del servicio y la explotación de las obras públicas de infraestructura, y en suma la ejecución del contrato mismo que tiene como objeto actividades para la satisfacción de necesidades colectivas.

Precisamente, si para satisfacer necesidades colectivas o el interés público, resulta completamente inconcebible la imposición de limitaciones temporales para la suscripción de adendas que tienden a llegar a dicha finalidad. En esa línea, seguimos a ESCOLA quien señala que:

“Las necesidades y el interés público deben prevalecer, deben ser convenientemente satisfechas, y de ahí que si se hace necesaria la modificación de las estipulaciones del contrato oportunamente celebrado, aun cuando esas modificaciones deban regir desde un principio,

ellas deben ser efectuadas, adquiriendo así la mutabilidad de los términos del contrato administrativo la validez de un principio que necesariamente debe prevalecer. La mutabilidad de los contratos administrativos, de tal forma, es una consecuencia impuesta por el propio carácter de éstos, por la finalidades de interés público que con ellos se procura alcanzar (...).”⁴²

Paradójicamente, la rigurosidad que contempla el numeral 15.2 del artículo 15° del RLMAPP no propicia un clima de seguridad y estabilidad contractual, sumada la limitación legal en las causales para solicitar el restablecimiento del equilibrio económico – financiero que en sentido estricto no es aplicable en la renegociación del contrato. Ahora bien, ¿los contratos que diseñan y aprueban finalmente las entidades públicas correspondientes en el marco de APPs son perfectos y completos?

Precisamente, en concordancia con las bases del principio de mutabilidad o flexibilidad, una de las principales causas que propician la renegociación del contrato de concesión es la naturaleza incompleta de los mismos⁴³, en cuanto a su diseño y estructuración, el cual resulta idóneo para superar toda contingencia o riesgo que pueda obstruir la continuidad del servicio y de la ejecución contractual para satisfacer los intereses generales.

De acuerdo con ello⁴⁴, las principales causas de renegociación, producto de la “teoría incompleta de los contratos” se pueden resumir en los siguientes factores:

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

42 Op. Cit. ESCOLA. Héctor Jorge. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Volumen I. P. 394.*

43 Óp. Cit. GUASH, J. Luis. *Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien.* P. 96.

44 Óp. Cit. GUASH, J. Luis. *Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien.* Pp. 95 - 103.

posible a largo plazo, siendo la renegociación un mecanismo de solución o corrección.

- e. Cambios de los objetivos gubernamentales. Resulta una verdad de Perogrullo, que toda política de inversiones depende del gobierno de turno. En ese sentido, puede ocurrir que durante la ejecución contractual de un determinado contrato, los intereses del gobierno presente son distintos a los del gobierno que suscribió el contrato.

En ese sentido, resulta imposible de incluir, en el cuerpo del contrato respectivo, todas las contingencias o riesgos posibles que pueden afectar el normal desenvolvimiento del contrato durante la etapa de ejecución, es decir, las entidades públicas competentes encargadas en el diseño y estructuración del contrato respectivo no pueden prever o describir todas las contingencias que pudiesen acaecer a partir del perfeccionamiento del contrato⁴⁵. Dichos factores resultan aplicables a nuestra realidad, ya que no todos los contratos de concesión bajo el marco jurídico de APPs presentan las mismas características generales en cuanto a su diseño y estructuración.

A modo de ejemplo, existen proyectos donde se requieren actividades de rehabilitación, mantenimiento y explotación u operación y, en otros, donde precisamente se requiere la construcción de la infraestructura (*greenfield projects*) para luego proceder con su explotación, operación, y prestación de un determinado servicio.

En ambos supuestos, podemos observar que resulta, materialmente, imposible prever todas las contingencias y riesgos en un determinado contrato que puedan afectar su desarrollo, así como una óptima y precisa asignación del riesgo a la parte que se encuentre en mejor posición para mitigar sus efectos, ya sea en el momento del diseño y estructura del contrato, así como en la ejecución del mismo, donde pueden aparecer diversas contingencias imprevistas para las partes, como son los cambios en las políticas de los gobiernos de turno en materia de inversión público – privada y en la urgencia “mediática” del gobierno de turno en convocar o licitar proyectos de “gran envergadura” en el menor de los plazos posibles, sin observar y realizar los estudios técnicos, económicos y jurídicos que requiere un determinado proyecto, los cuales para su

ejecución y viabilidad requieren altas sumas dinerarias.

Precisamente, otro aspecto muy importante que fundamenta y motiva la renegociación del contrato de concesión son los que se encuentran vinculados, directamente, con los errores en el diseño y estructuración del contrato de concesión. Efectivamente, como bien ha señalado GUASCH:

*“Las deficiencias de los contratos de concesión son básicamente el resultado de su diseño inadecuado. En general, son producto de un proceso apresurado, intereses creados y asesoramiento cuestionable, todo ello combinado con las limitaciones en cuanto a experiencia y recursos de los gobiernos en materia de diseño de concesiones.”*⁴⁶

Siguiendo la línea esbozada por dicho autor⁴⁷, los diseños deficientes se relacionan con el uso inadecuado de los criterios de adjudicación o los factores de competencia, en relación a la “mejor propuesta económica”, traducida, en nuestro medio, con la presentación de tarifas más bajas o el menor cofinanciamiento a cargo de la Administración pública sobre un determinado proyecto⁴⁸.

Dentro de ese mismo aspecto, otra fuente común de renegociación se encuentra relacionada, en mayor medida, con los compromisos de inversión asumidos por los concesionarios en los contratos respectivos, generalmente porque surgen discrepancias “post contractuales” respecto de los niveles alcanzados por dichas inversiones y su verdadero valor en el mercado, así como la ambigüedad en los términos y condiciones para el cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por las partes contratantes, la inadecuada asignación de los riesgos, casos fortuitos y de fuerza mayor, entre otros.

Dicho aspecto justifica la renegociación de los contratos ante la imposibilidad “material” de cumplimiento con las obligaciones pactadas de ambas partes en los plazos previstos en cada uno de ellos. Por ejemplo, un esquema mal planteado, podría justificar legítimamente la renegociación del contrato originadas por la imposibilidad del concedente de cumplir con la entrega de los bienes de la concesión en los términos pactados para que el concesionario pueda tomar posesión e iniciar la ejecución del contrato. De la misma manera, el concesionario podrá solicitar la renegociación

45 Cfr. Op. Cit. GUASH, J. Luis. *Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien*. Pp. 95 - 103.

46 Op. Cit. GUASH, J. Luis. *Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien*. Pp. 95-103.

47 Cfr. Op. Cit. GUASH, J. Luis. *Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien*. Pp. 70-72.

48 En nuestro caso, véase RUIZ DIAZ, Gonzalo y GARCIA GODOS, Christy. “Aspectos económicos e institucionales relativos al diseño de contratos de concesión viales”. En: *Revista Themis* N° 52. Lima, 2006. Pp. 239 - 253.

de las cláusulas con término debido a que los plazos para su cumplimiento no se conciben con la realidad siempre y cuando haya mediado diligencia en su accionar.

Otros supuestos que fundamentan la renegociación, a raíz del deficiente diseño y estructura de la concesión, se encuentran aquellas que tienen por objeto lograr el "cierre financiero". En efecto, para obtener el financiamiento respectivo se parte de la premisa que los contratos de concesión deben ser "bancables", es decir, los mismos deben ser estructurados de forma tal que puedan ser susceptibles de financiación en el mercado de capitales ya sea a través de la técnica del *Project Finance*⁴⁹, cuyas propuestas de modificación son impulsadas mayormente por el(los) acreedor(es) permitido(s) luego de la suscripción del contrato público de concesión, quienes se encuentran facultados vía normativa y contractual, en observar ciertas cláusulas contractuales, para que puedan ser objeto de modificación, con la finalidad de otorgar el respectivo financiamiento que otorgue viabilidad a las concesiones y lograr el "cierre financiero".

Conviene señalar que la renegociación del contrato de concesión invocada por la "teoría de los contratos incompletos", el deficiente diseño y estructura de las concesiones, la obtención del "cierre financiero" e incluso las renegociaciones oportunistas impulsadas por móviles eminentemente políticos (el pretexto), se justifican por un denominador común, que sería la satisfacción y tutela del interés público comprometido.

En ese contexto, la limitación del plazo para la suscripción de adendas durante los primeros tres años a partir de la suscripción del contrato, no resulta razonable, ni mucho menos proporcional, tomando en cuenta que los proyectos que se desarrollan bajo el marco jurídico de APPs, no presentan las mismas características técnicas ni mucho menos las mismas contingencias o riesgos que se detectan *ex ante* en el diseño y esquema de los referidos contratos de concesión.

De otro lado, durante los primeros años de la ejecución del contrato es donde surgen determinados supuestos de hecho o contingencias que amerita la renegociación de los términos inicialmente pactados.

Así, podemos señalar que en este periodo de tiempo, el objeto de renegociación del contrato puede girar en torno a la modificación del cronograma de inversiones, cronograma o calendario de ejecución de obras -tomando en cuenta que precisamente la etapa pre-operativa y constructiva resulta la más contingente, en la medida que la Administración pública no entregue los terrenos que forman parte del área de la concesión debidamente saneados en los plazos convenidos-, dificultades exógenas a la relación contractual que no han sido previstas al momento del diseño y estructura del contrato, producto, como se dijo anteriormente, de la deficiencia en el diseño del contrato y del proyecto en sí mismo, entre otras.

Por tal motivo, consideramos que tal restricción constituye en sí misma una traba o contingencia legal, tanto para la seguridad y estabilidad jurídica contractual, toda vez que la renegociación del contrato constituye en sí misma un verdadero instrumento para superar las contingencias o riesgos que puedan producirse en la fase de ejecución del contrato, siempre que medie un previo análisis y/o una evaluación mesurada y razonada de las causales por cuales se solicita la revisión de las condiciones y los términos pactados.

Por ello, consideramos que el principio de mutabilidad o flexibilidad del contrato debe ser invocado cuando se requiera solicitar la modificación del contrato público de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura bajo el régimen de APPs, siempre y cuando la petición se encuentre debidamente justificada, medien causas objetivas y cuya razonabilidad y proporcionalidad vaya a acorde con la finalidad que se procura alcanzar: satisfacer el interés público comprometido, a través de la continuidad del servicio y de la ejecución contractual.

Por otro lado, si bien no existe justificación jurisprudencial o dogmática nacional al respecto, podríamos encuadrar la restricción temporal de tres años dentro del principio de igualdad, la cual predomina con fuerza en la etapa de licitación o concurso y llega a extenderse incluso en la ejecución del contrato, toda vez que el cuestionado e infeliz artículo 15.2 dispone: "En dichos supuestos, la entidad evaluará que las adendas no modifiquen las condiciones de competencia que

49 Para un mayor desarrollo al respecto, véanse, entre otros, los trabajos siguientes: FELICES SAAVEDRA, Enrique. "Asociaciones Público-Privadas para el financiamiento de infraestructura: El Nuevo rostro del Project Finance." En: *Revista Themis N° 50*. Lima, 2005. Pp. 138 - 140. CORNEJO, René. "Inversión Privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos: una mirada desde el sector público". En *Revista Themis N° 52*. Lima, 2006. Pp. 211 - 217, RONCEROS NECIOSUP, Miguel Ángel. "Concesiones cofinanciadas y PPPs". En: *Revista Themis N° 52*. Lima, 2006. Pp. 232 - 233.

fueron establecidos en los respectivos procesos de promoción.”

El principio de igualdad en la etapa de ejecución del contrato tiene por finalidad impedir que se modifique el contrato y con ello se le confieran al contratista o concesionario adjudicatario ventajas o beneficios indebidos que de haber sido conocidos por los oferentes que concurrieron en la etapa del concurso o licitación hubiesen tenido la posibilidad de presentar otras ofertas o propuestas técnicas y económicas diferentes a las ya presentadas.

Pues bien, siguiendo la línea formulada por GAMBIER BELTRAN⁵⁰, lo que se busca con el principio de igualdad en la etapa de ejecución del contrato es preservar los derechos de los oferentes que hayan participado en la licitación o concurso, en tanto, un cambio en la modalidad de ejecución del contrato podría permitirles sostener que de haberlo conocido en su momento hubieran variado el contenido y alcance de sus ofertas⁵¹.

Como era de esperarse, los efectos del principio de igualdad en la etapa de ejecución del contrato no son absolutos, sino se encuentra relativizado y matizado por distintos motivos. En esa línea, CASSAGNE ha señalado lo siguiente:

“(…) para preservar los derechos de los oferentes que participaron en una licitación o concurso, deben mediar circunstancias objetivas (aplicables cualquiera hubiese sido el adjudicatario) y debe haber transcurrido un tiempo razonable a partir del perfeccionamiento del contrato. En ese sentido, la admisión de la posibilidad de una modificación contractual por acuerdo de partes implica el abandono del antiguo principio de rigidez del pliego de condiciones (que ya, en su momento, criticó Hauriou) para sustituirlo por el principio de la flexibilidad contractual. Este principio cobra, sobre todo, una trascendente función en materia de interpretación de los contratos administrativos

y, en definitiva, tienden a reconocer prevalencia al fin de interés público perseguido concretamente en cada caso sobre una interpretación rígida de las cláusulas del contrato o del pliego.”⁵²

Por su parte, RUFIAN LIZANA, con relación a la afectación al principio de igualdad, ha expresado lo siguiente:

“Estas renegociaciones o reconversiones no afectan en todo caso al principio de igualdad de los licitantes. En efecto, el principio de libre competencia de los licitantes exige que todos ellos estén en igualdad de condiciones al presentarse a una propuesta. Sin embargo, ello no impide que el contrato pueda sufrir modificaciones posteriores que puedan producirse por varias causas: que el interés público exija las modificaciones de obras o servicios, que se produzcan circunstancias que no pudieron preverse al inicio del contrato o que se hayan producido retrasos de los que no es responsable la sociedad concesionaria. En estas condiciones, la modificación realizada no afecta en lo absoluto al principio de igualdad de licitantes ya que, cualquiera que hubiera sido el adjudicatario de la obra, la modificación sería igualmente necesaria y habría tenido idéntico derecho a la misma.”⁵³

En ese mismo sentido, de acuerdo con GAMBIER BELTRAN:

“En consecuencia, y desde esta perspectiva, la supervivencia del principio de igualdad durante la ejecución del contrato administrativo se presentará en casos muy acotados en los que, con la modificación al contrato administrativo, solo se pretenda dar ventajas al particular y no esté presente el interés público. En estos casos, el obrar antijurídico aparece con claridad y los afectados tendrán derecho a cuestionar tal proceder.”⁵⁴

En virtud a lo expuesto por los autores citados, la restricción del plazo de tres años, contados

50 GAMBIER BELTRAN. “El Principio de Igualdad en la Licitación Pública y la Potestad Modificatoria en los Contratos Administrativos”. En *Derecho Administrativo: Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel. S. Marienhoff* (Juan Carlos Cassagne coord.). Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1998. P. 929.

51 Por su parte, DE SOLAS RAFECAS ha señalado que, “El principio de inalterabilidad contractual, que rige respecto de la totalidad de los contratos celebrados por la Administración, consiste en que los Pliegos de Condiciones Particulares desde el momento de su publicación — tanto antes como después del perfeccionamiento del contrato —, no pueden ser modificados, lo que conlleva que las partes no puedan llevar a cabo novaciones objetivas del contrato celebrado. Su fundamento se encuentra, entre otras razones, en la igualdad de los ciudadanos ante los beneficios públicos: de nada serviría exigir un procedimiento de selección de contratistas si, posteriormente, pudieran las partes modificar el contrato”. Siguiendo al autor citado, el principio de inalterabilidad al fundamentarse en la igualdad de los ciudadanos ante los beneficios públicos, concretamente, se manifiesta en que el contratista o concesionario no obtengan beneficios económicos superiores al previsto en la licitación o concurso público o unas mejores condiciones para el cumplimiento de sus obligaciones a las inicialmente establecidas. De no ser así, los otros postores concurrentes a la licitación o concurso público podrían haber presentado unas propuestas diferentes o quienes no concurrieron a ésta podrían haberlo hecho. Cfr. Op. Cit. DE SOLAS RAFECAS, José María. *Contratos Administrativos y Contratos Privados de la Administración*. Pp. 40 - 43.

52 Óp. Cit. CASSAGNE, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. P. 95.

53 RUFIAN LIZANA, Dolores. *Manual de Concesiones de Obras Públicas*. Fondo de Cultura Económica, Primera Edición. Santiago de Chile, 1999. P.237.

54 Óp. Cit. GAMBIER BELTRAN. “El Principio de Igualdad en la Licitación Pública y la Potestad Modificatoria en los Contratos Administrativos”. Pp. 937- 938.

a partir de la suscripción del contrato para solicitar la renegociación del mismo adolece de defectos ilegales e irrazonables, dado que pueden existir diversas circunstancias que conlleven a la necesidad de modificar el contrato, fundamentadas primordialmente en interés público y, tomando en cuenta como se señaló en los párrafos anteriores, la “teoría incompleta de los contratos”, así como los errores en el diseño y estructuración de los mismos, que aparecen, por lo general, en los primeros años de ejecución del contrato, en las cuales se presentan considerables contingencias cuantitativas y cualitativas que resultan incompatibles con el diseño y estructura original del proyecto, tales como los plazos y condiciones para el cumplimiento de los compromisos y obligaciones asumidas por las partes.

Sin perjuicio de ello, como bien ha señalado GAMBIER BELTRAN:

“No será violatoria el principio de igualdad aquella modificación del contrato que se introduzca cualquiera sea el oferente elegido, y que además revista características que impidan a los oferentes considerar que, de haberla conocido, hubieran modificado la cuantía o alcance de su oferta.”⁵⁵

Aunado a ello, y compartiendo la ideas esbozadas por MORON URBINA⁵⁶, la norma en comento debió contemplar, más que una restricción temporal para la renegociación del contrato, una regulación que potencie los lineamientos de modificación del contrato, a fin de no vulnerar o transgredir el principio de igualdad, como por ejemplo, metodologías en cuanto a la revisión del valor de las ofertas o propuestas presentadas por los adjudicatarios que se incorporan a los contratos en calidad de obligaciones, en términos estrictamente técnicos y económicos que permitan ajustarse o adaptarse a las nuevas realidades y en caso que se detecten circunstancias sobrevinientes o que no pudieron preverse al momento de perfeccionarse el contrato, tales como errores en el diseño y estructuración, que propicien retrasos en el cumplimiento de los compromisos asumidos por las partes contratantes.

Asimismo, consideramos que la norma debió introducir mecanismos que puedan diferenciar las solicitudes extraordinarias u oportunistas (contractuales o políticas) que se encuentran dirigidas a producir ventajas, privilegios o

beneficios indebidos, no contemplados en las bases del concurso o licitación, que tienden a eliminar exigencias, suprimir compromisos asumidos por las partes, con el objetivo de convertir en más atractiva o beneficiosa la explotación del servicio, en donde el análisis deberá ser más exhaustivo en función del principio de igualdad para determinar las nuevas circunstancias que lo hagan aconsejable.

Los anteriormente expuesto, al parecer, viene a justificar los lineamientos establecidos en el artículo 33° del TUO, en la medida que las partes deberán respetar, en la medida de lo posible, la naturaleza de la concesión, las condiciones económicas y técnicas convenidas (lo cual incluye las propuestas u ofertas presentadas por los adjudicatarios de la concesión) y el equilibrio económico – financiero.

Sin embargo, en nuestro medio el quebrantamiento del equilibrio económico – financiero del contrato solo ocurre ante los cambios en las leyes y disposiciones que les resulten aplicables a la concesión y/o al contrato suscrito bajo la LMAPP, no mediante las renegociaciones contractuales, o incluso mediante el ejercicio de la *potestas variandi*, situación que no se condice con la realidad jurídica de nuestro entorno. Es decir, no puede existir restablecimiento del equilibrio económico – financiero (tal como ha sido defendido por la doctrina) por modificaciones bilaterales o a través de la atribución de la *potestas variandi*.

Sin perjuicio de ello, y paradójicamente, toda solicitud de renegociación y modificación del contrato deberá mantener, a lo largo de toda su vigencia, la justa equivalencia o proporción honesta entre las prestaciones y obligaciones a cargo de las partes contratantes, con la finalidad de maximizar la rentabilidad y los beneficios que acarrea la concesión, de modo tal que, si se rompe ese equilibrio inicial, el afectado tendrá derecho a su restablecimiento, en un principio, mediante la compensación pecuniaria o la aplicación de las cláusulas respectivas que la restablezcan, ya que una desproporción en torno a ello, afectará la prestación continua, eficiente y regular del servicio⁵⁷.

Muy particularmente se recoge los preceptos aplicables para la renegociación de los términos y condiciones del contratos de concesión para el caso específico de los concesiones reguladas

55 Óp. Cit. GAMBIER BELTRAN. “El Principio de Igualdad en la Licitación Pública y la Potestad Modificatoria en los Contratos Administrativos”. P. 932.

56 Cfr. MORON URBINA, Juan Carlos. “Los principios inspiradores de la contratación administrativa y sus aplicaciones prácticas”. En *Revista THEMIS* N° 52. Lima, 2006. Pp. 204 - 205.

57 Por todos, Cfr. RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo. *El Equilibrio Económico de los Contratos Administrativos*. Segunda Edición. Editorial Temis. Bogotá – Colombia, 2012. Pp. 26 -32.

por el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN). Dicho organismo, en el ámbito de sus competencias, aprobó mediante Acuerdo de Consejo N° 557-154-04-CD-OSITRAN, los “Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de contratos de concesión”, cuyos principales objetivos al respecto, vienen a servir como pautas para el OSITRAN al momento de emitir sus opiniones sobre la procedencia o no de las solicitudes de modificación del contrato de concesión, solicitadas por el Estado concedente y por el concesionario.

Dichos lineamientos, definen y diferencian la modificación en sentido estricto y la reconversión, siendo esta última coincidiendo con DROMI, definida de la siguiente manera:

“Cambios estructurales o transformaciones sustanciales en los Contratos de Concesión, por ejemplo: cambios en el objeto del Contrato de Concesión, cambio en las prestaciones principales a cargo de las partes y fusiones que afectan la ejecución del objeto del Contrato de Concesión.”⁵⁸

De la misma manera, en el numeral 6.1 del referido acuerdo, se diferencian lo que se entiende por modificación sustancial y no sustancial. Siendo la primera de ellas aquellas producidas por la presencia de factores que afectan el equilibrio económico – financiero del contrato, mientras que las segundas, tienen por objeto corregir o subsanar errores materiales o situaciones que no comprometan el equilibrio económico – financiero del contrato⁵⁹. Sin embargo, como ya hemos mencionado, su ruptura solo se debe ante las modificaciones en las leyes y disposiciones que les resulten aplicables y no ante diversos factores “exógenos” que inciden en la fase de ejecución contractual.

Asimismo, disponen los principios aplicables al análisis de procedencia y opinión técnica para la modificación de los contratos de concesión sobre obras públicas de infraestructura, siendo los

siguientes: i) Equilibrio, ii) No Discriminación, iii) Beneficio – Costo, iv) Transparencia y v) Bienestar de los Usuarios⁶⁰.

Dichos lineamientos aprobados por OSITRAN resultan plausibles en la medida que vienen a completar lo expuesto en el TUO y la LMAPP y sus respectivos reglamentos, siendo de aplicación única y exclusivamente para el caso de las concesiones que se encuentran bajo el ámbito de su competencia, lo cual nada obsta para que las distintas entidades reguladoras lo puedan tomar como referencia al momento de formar los criterios para emisión de opiniones sobre las solicitudes de modificación del contrato presentados por las partes contratantes.

Entonces, en líneas generales según la redacción del artículo 15° del RLMAPP y del artículo 33° del TUO, los lineamientos contemplados en dicha norma no son restrictivos de manera absoluta, en el sentido que no se desestimarán aquellas solicitudes que tienden a modificar la naturaleza de la concesión o las condiciones económicas y técnicas e incluso que se pueda modificar el equilibrio económico – financiero inicialmente pactado, sino constituyen parámetros que vienen a delinear las solicitudes de renegociación del contrato, ya que lo determinante será la justificación o fundamentación de las solicitudes de renegociación que se realicen al respecto, salvo la restricción temporal.

Al respecto, de acuerdo con MARTIN TIRADO⁶¹, en el proceso de renegociación del contrato de concesión, los aspectos legales, técnicos y económicos, entre otros, son los más susceptibles de ser modificados, tales como: i) el restablecimiento de las condiciones económica – financieras (tarifas, impuestos contraprestaciones, monto invertido, etc.) ii) sustitución del concesionario o del operador de la concesión, iii) inclusión de bienes y/o activos adicionales, iv) modificación a los planes y cronogramas en la implementación del programa de desarrollo, operaciones e inversiones, v) modificaciones a las cláusulas de contingencias o de excepción

58 Numeral 4.3 del Acuerdo de Consejo N° 557-154-04-CD-OSITRAN.

59 Adicionalmente señala, que los principales factores que pueden propiciar las modificaciones sustanciales son los siguientes:

- a) La Ruptura del equilibrio económico financiero por razones no previsibles y no atribuibles al concesionario, debidamente sustentado.
- b) La acreditación del mantenimiento del interés público que sustenta la concesión, por el Estado.
- c) Facilitar a la Sociedad Concesionaria la obtención del Endeudamiento Garantizado Permitido.
- d) Cambios tecnológicos o nuevas circunstancia que se produzcan durante la vigencia de la concesión o sus prórrogas y que las Partes no puedan razonablemente conocer o prever en la Fecha de Suscripción del Contrato.
- e) La acreditación de la permisibilidad expresa de modificación por el propio Contrato de Concesión.

Asimismo, disponen que pueden propiciar la modificación del contrato, entre otras, los cambios en la estructura del mercado, cambios tecnológicos, cambios en la naturaleza de la normatividad aplicable, o hechos y actos del Estado, es decir, toda situación que altere el equilibrio económico – financiero del Contrato de Concesión.

60 Números 5.1 a 5.5 del Acuerdo de Consejo N° 557-154-04-CD-OSITRAN.

61 Cfr. Op. Cit. MARTIN TIRADO, Richard. “La renegociación de los contratos administrativos y la necesidad de contar con lineamientos para adoptar dicha medida”. Pp. 27 - 28.

(plan de emergencias, caso fortuito, fuerza mayor, caducidad de la concesión, etc.) y vi) modificaciones en torno a la asignación de los riesgos al contrato (causales y efectos de incumplimiento, revisión de garantías, etc.).

Así las cosas, el numeral 15.3 del artículo 15° del Reglamento de la LMAAP dispone el procedimiento para la renegociación del contrato, estableciendo, ya en el plano normativo, la necesidad de contar con la opinión previa del organismo regulador correspondiente para la tramitación de cualquier solicitud de renegociación del contrato, en atención a la función supervisora, reguladora y fiscalizadora, con la finalidad de tutelar y garantizar la correcta prestación o explotación del servicio conforme a los términos y condiciones pactadas. Asimismo, dispone la intervención del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) cuando la renegociación del contrato pueda significar la modificación del cofinanciamiento o las garantías financieras a cargo del Estado e incluso las que demanden garantías financieras mínimas por parte de éste.

Sobre este último punto, la necesidad de contar con la opinión favorable del MEF para la viabilidad de las solicitudes de modificación del contrato radica que ésta deberá evaluar que no se genere un detrimento a la viabilidad y sostenibilidad de los proyectos de inversión que demandan recursos públicos, como son todos los recursos financieros y no financieros de propiedad del Estado, en pro de la maximización del efecto de las intervenciones públicas sobre el bienestar de la población, los cuales alcanzan a los proyectos formulados y financiados por terceros cuando una entidad pública debe asumir los gastos de operación y mantenimiento del servicio con carácter permanente⁶², en virtud a lo establecido en la Ley N° 27293, Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública⁶³, la Ley N° 28563, Ley del Sistema Nacional de Endeudamiento⁶⁴, el TUO de la Ley del Sistema Nacional de Endeudamiento, aprobado por Decreto Supremo N° 034-2012-EF⁶⁵, así como las demás normas complementarias que le resulten aplicables.

En vista de ello, las entidades públicas intervinientes en la modificación del contrato respectivo deberán

aunar sus esfuerzos en cumplir a cabalidad con los plazos dispuestos en la norma en comento, con la finalidad de propiciar que no se afecte la correcta ejecución del contrato y la continuidad del servicio a cargo de los concesionarios.

Tomando en cuenta el predominio de la renegociación para la modificación del contrato de concesión bajo el marco jurídico de APPs, ambas partes deberán actuar de acuerdo al principio general de buena fe ante la necesidad de introducir algún cambio en el mismo, ya que deberán tener presente que se está satisfaciendo una necesidad de interés público, lo cual constituye, en sentido estricto, la común intención de las partes.

En el ámbito del Derecho Administrativo, específicamente en la institución contractual administrativa, el principio de buena fe se torna aún más intenso que en las relaciones jurídicas entre los privados, adquiriendo una especial relevancia, ya que tiene como correlato principal la satisfacción del interés público o las necesidades públicas comprometidas, en la cual los intereses de cada una de ellas son absorbidos por dicha finalidad⁶⁶.

La importancia del principio de buena fe en la contratación pública radica en la presencia de valores de lealtad, honestidad y moralidad que su aplicación conlleva especialmente necesaria en el campo de las relaciones con el Estado⁶⁷.

De la misma manera, el Estado concedente deberá tomar en cuenta el principio de colaboración, no siendo en este caso el concesionario una contraparte que busca obtener ventajas o beneficios particulares con la renegociación del contrato en desmedro del interés público. Por tanto, el concesionario deberá abstenerse con su solicitud en obtener ganancias o beneficios ilegítimos, eximirse de responsabilidad y encubrir incumplimientos contractuales a costa del Estado, o aprovecharse de situaciones legales o fácticas que lo favorezcan en detrimento de aquella⁶⁸.

En esa misma línea, el Estado no deberá actuar como si se tratara de un negocio, ni obtener ganancias ilegítimas a costa del concesionario o aprovecharse de situaciones legales o fácticas que

62 Cfr. MEDIANERO BURGA, David. *Proyectos de Inversión Pública. Teoría e instrumentos de identificación, formulación y evaluación*. Centro de Información de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Lima, 2008. Pp. 144-147.

63 Publicado en el Diario Oficial El Peruano de fecha 28 de junio del 2000.

64 Publicado en el Diario Oficial El Peruano de fecha 01 de julio del 2005.

65 Publicado en el Diario Oficial El Peruano de fecha 29 de febrero del 2012.

66 Cfr. GONZALEZ PEREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Civitas, Tercera Edición, Madrid, 1999. Pp. 44-45., y Óp. Cit. CASSAGNE. *El Contrato Administrativo*. P. 99.

67 *Ibíd.* GONZALEZ PEREZ.

68 Cfr. GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Cuarta Edición. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000. Capítulo XI. P. XI-34. De la misma manera, GRANILLO OCAMPO, Raúl Enrique. *Distribución de riesgos en la contratación administrativa*. Primera edición. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1990. Pp. 95-96.

le favorezcan en perjuicio de aquél (el caso de las solicitudes invocadas por el concedente que son fundamentadas por cierto oportunismo político).

6. Conclusiones

- I. El Principio de Mutabilidad no solo se fundamenta o se delimita en los efectos y fines del *ius variandi*, sino que también en la modificación consensuada, bilateral o por mutuo acuerdo entre las partes contratantes que conllevan el mismo fin de la referida potestad: tutelar y satisfacer el interés público.
- II. Las modificaciones bilaterales también se ajustan perfectamente a dicho criterio temporal, en la medida que a lo largo de toda la ejecución contractual pueden existir diversas causas exógenas a la voluntad de las partes sobrevinientes e imprevisibles al momento de perfeccionarse el contrato o peor aún que el mismo pueda adolecer de defectos subsanables al ser mal estructurados y es recién en la fase de ejecución que las partes puedan darse cuenta de ello.
- III. De la misma manera, los principios jurídicos de continuidad y regularidad del servicio público otorgan sentido a la adaptación del contrato a las nuevas realidades que se

originen por los efectos del contrato en sí o por situaciones sobrevinientes o exógenas a la relación bilateral. Ese interés público exige que la explotación del servicio público se preste en todo momento, dependiendo claro está de las características de un determinado proyecto, de manera continua, regular y en condiciones de igualdad.

- IV. En ese contexto, el principio de mutabilidad o flexibilidad ordena que los contratos de concesión deben modificarse sin restricciones y limitaciones, siempre que se soliciten de manera razonada, comprobada y objetiva, a efectos de procurar a lo largo de la ejecución contractual la satisfacción del interés público comprometido.
- V. La limitación temporal del plazo para la suscripción de adendas durante los primeros tres años a partir de la suscripción del contrato regulados en el numeral 15.2 del artículo 15° del RLMAPP, no resulta razonable, ni mucho menos proporcional, tomando en cuenta que los proyectos que se desarrollan bajo el marco jurídico de APPs no presentan las mismas características técnicas ni mucho menos las mismas contingencias o riesgos que se detectan *ex ante* durante el diseño y esquema contractual. ☒

RUBIO

LEGUIA

NORMAND