

Algunas Reflexiones sobre Ejecución de los Contratos de Concesión: Interpretación, Modificación y Solución de Controversias*

Muriel Menchola Arana**
Mery Chamorro Vilca***

Resumen:

El presente documento tiene como objetivo exponer algunas reflexiones sobre la dinámica de los Contratos de Concesión durante la etapa de ejecución contractual, contratos que por su naturaleza incompleta y por su larga duración requieren de una labor intensa por las partes destinada a interpretar, precisar y/o aclarar los términos contractuales acordados, así como de negociación y suscripción de acuerdos de modificación del texto contractual y, por último, de solución de las controversias que se pudieran originar. En adición a las características de los contratos de concesión antes descritas, debe tenerse presente su singular carácter mixto derivado de la aplicación del régimen administrativo, cuya finalidad es salvaguardar el interés público a través de la ejecución de proyectos de infraestructura y servicios públicos, y, a su vez, de la aplicación del régimen civil, en el cual prima, la autonomía de las partes, el consentimiento y la buena fe. El presente artículo pretende revisar cómo es que dichas características del Contrato de Concesión han sido plasmadas en nuestro ordenamiento jurídico y, si es necesario, realizar algún tipo de concordancia y/o corrección.

Palabras clave:

Contratos de Concesión – Ejecución – Interpretación – Modificación – Trato Directo – Adenda – OSITRAN

Abstract:

This document aims to expose some reflections on the dynamics of the concession contracts during the execution period, incomplete contracts that by its nature and by its long duration require an intensive work by the parties intended to interpret, define and / or clarify the agreed terms, as well as negotiation and signing of the new agreements to amend the text and, finally, the settlement of disputes. In addition to the characteristics of concession contracts described above, we also should take note of its unique and mixed nature, which is a consequence of the fact that this kind of contracts are rule by the public laws whose purpose is to safeguard the public interest through the implementation of infrastructure projects and public services - and also by the private laws- in which takes precedence the autonomy of the parties, consent and good faith. This article reviews how it is that these characteristics of the Concession Contract have been reflected in our legal system and, if necessary, make some kind of conformity and / or correction.

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

** Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con Maestría en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN y Máster en Ciencias Jurídicas por la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona – España). Actualmente, Abogada Senior del Estudio Rosselló en el área de APP e Iniciativas Privadas.

*** Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con Maestría en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN. Actualmente, Gerente de Regulación y Tarifas de Gas Natural Fenosa Perú S.A, concesionaria de distribución de gas natural por red de ductos de la Concesión Suroeste

Keywords:

Concession Contract – Execution – Interpretation – Amendments – Settlement of Disputes – OSITRAN

Sumario:

1. Los contratos de concesión como contratos incompletos – 2. De la naturaleza mixta de los contratos de concesión – 3. El caso peruano – 4. Conclusiones

1. Los contratos de concesión como contratos incompletos

Los Contratos de Concesión constituyen acuerdos entre el Estado, representado a través de alguna entidad pública, y un inversionista privado para la construcción y/o explotación de infraestructura pública y/o la prestación del servicio público correspondiente¹. Dicho inversionista privado es el adjudicatario de la Buena Pro de un proceso de selección desarrollado por un Organismo Promotor de la Inversión Privada (en adelante, el OPIP) como por ejemplo, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSION, que suscribe el Contrato de Concesión, como modalidad de Asociación Público-Privada (APP), fruto de dicho proceso de selección y, por consiguiente, de la negociación estructurada que se realiza a través de éste. Ello supone que el OPIP publique durante el proceso de selección un número determinado de versiones de proyectos de contratos y que los distintos postores puedan presentar sugerencias a dichos proyectos de contratos; sugerencias que podrán ser o no aceptadas por el OPIP respectivo.

A partir de ello, podemos concluir que de facto el OPIP es quien elabora el texto del Contrato de Concesión y serán los postores quienes decidirán su participación en el proceso de selección sobre la base del esquema de riesgos detallado y desarrollado en la versión final del Contrato de Concesión.

En adición a lo señalado líneas atrás, es preciso tener en cuenta que estamos ante contratos que, por un lado, requieren de un período de larga duración debido, principalmente, al horizonte de tiempo necesario para la recuperación de la inversión y, por otro lado, que estos son producto de una evaluación técnica y económica financiera que contempla factores o variables dinámicas como, por ejemplo, el crecimiento de la demanda, el desarrollo urbano del área de influencia

del proyecto, el tipo de cambio, la inflación, la tecnología existente, entre otros. Ello nos permite concluir que resulta imposible prever todas las contingencias que se pudieran generar durante dicho horizonte de tiempo (y más aún en relación a los cambios que pudieran sufrir dichas variables dinámicas) debido a la racionalidad limitada de las partes o, en todo caso, a razón de los altos costos de transacción en los que las Partes tendrían que incurrir para regular cada una de los posibles contingencias que podrían devenir, así como sus consecuencias^{2/3}. De ahí que los contratos de concesión sean contratos incompletos.

Ante este contexto, las Partes deben tomar una decisión: suscribir contratos que no describan detalladamente todas las contingencias posibles o no suscribir contrato alguno⁴. Dicha situación resulta aún más perceptible en los Contratos de Concesión, donde, como ya hemos manifestado, estamos ante textos contractuales que son fruto de una negociación estructurada dentro de un proceso de selección, en el que los postores deben decidir si aceptan o no desarrollar el proyecto de inversión conforme al Proyecto de Contrato desarrollado por el OPIP; el cual pudo o no haber aceptado sus sugerencias.

A partir de ello, podemos deducir que en este tipo de contratos, la necesidad de las Partes de interpretar, aclarar, precisar e, incluso, modificar será mayor que en otro tipo de acuerdos contractuales, así como la necesidad de contar con los mecanismos de solución de controversias más eficientes, que permitan brindar la seguridad jurídica necesaria al inversionista.

2. De la naturaleza mixta de los contratos de concesión

Como ya hemos indicado, es evidente que como cualquier contrato, el Contrato de Concesión está

1 Artículo 3° del Decreto Supremo N° 060-96-PCM, Reglamento del 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 los Servicios Públicos.

2 Guasch, J.L. Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien. Madrid. 2005. The World Bank. Pp. 96

3 Como contraposición, el contrato completo o perfecto "es aquél que contempla todas las contingencias imaginables. Todo está previsto con suficiente detalle como para no necesitar interpretación o encontrar vacíos". En palabras de Bullard, un contrato perfecto es un contrato utópico debido a que sus costos de negociación y redacción son prohibitivos. Bullard González, Alejandro. De acuerdo en que no estamos de acuerdo. Análisis económico de la interpretación contractual. En: Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina Pp. 1723.

4 Tirole, J. Incomplete contracts: Where do we stand? *Econometría*. 1999. 67(4) Pp. 743.

sometido a diversas incidencias o cuestiones que le afectan durante su largo plazo de ejecución. Sin embargo, a fin de revisar las herramientas y/o mecanismos con las que cuentan las Partes del Contrato de Concesión para afrontar dichas incidencias, es necesario, también, tener siempre en consideración la naturaleza mixta de este tipo de contratos, por lo que en primer lugar realizaremos un pequeño repaso de dicha naturaleza, para posteriormente analizar a detalle el marco legal aplicable y la estructuración de los Contratos de Concesión.

Desde la perspectiva puramente administrativista, ESTEVEZ⁵ señala que, a diferencia de los contratos entre particulares, los contratos administrativos afrontan las incidencias, alteraciones e imprevistos de un modo muy diferente, otorgándose a la Administración Pública potestades exorbitantes de modificación, interpretación y resolución. En este sentido, ESTEVEZ indica lo siguiente:

“La Administración titular de la competencia podrá variar su valoración del interés público comprometido por el contrato, lo que puede conducir a la modificación de su objeto, a su resolución anticipada, a su interpretación por ella misma atendiendo a las nuevas circunstancias. El Contratista, por su parte, ante la alteración del contrato por la Administración, o por la incidencia de factores del todo externos e imprevisibles que desequilibren su estructura de costes, encontrará un régimen que le ofrece cobertura recomponiendo en su caso el contrato para encajar y superar esas alteraciones.”⁶

De acuerdo a las características del contrato administrativo descrito por ESTEVEZ, dicho contrato podrá ser modificado a consecuencia de la modificación del interés público o de los supuestos que en su oportunidad permitieron su viabilidad. Es decir, el contrato administrativo se encuentra sujeto a la adaptación y a los cambios o modificaciones de los eventos que se constituyeron en la fecha de su suscripción. Sin perjuicio de ello, toda acción de modificación o de interpretación será realizada con el objeto que la relación jurídica permanezca hasta el término del plazo del contrato.

En ese sentido, la doctrina administrativista especializada considera, como facultades exorbitantes de la Administración, la interpretación y la modificación unilateral del contrato, también conocido como *ius variandi*. Desde la perspectiva de esta corriente doctrinaria, únicamente, la Administración pública tiene la potestad

unilateral de interpretar y modificar el contrato, ello basado en el interés público, cuya salvaguarda se encuentra a cargo de la Administración Pública.

A partir de este enfoque, y teniendo en consideración las características de los contratos administrativos y la mutabilidad que los caracterizan, la Administración ostentaría mayores derechos frente a la otra parte contractual, es decir, el privado.

Sin embargo, a fin de proteger los derechos de los inversionistas con relación a las actuaciones de la Administración existe un marco jurídico que busca crear un esquema de pesos y contrapesos brindando un equilibrio entre las partes. En otras palabras, el propio Estado puede limitar estas potestades exorbitantes propias de los contratos administrativos, a fin de dar las garantías necesarias a la inversión privada.

En este contexto, a efectos de alcanzar un acuerdo con el inversionista privado y, por ende, obtener su consentimiento para con la ejecución de un proyecto de infraestructura y servicios públicos de interés público para el Estado, el régimen de potestades exorbitantes pierde su carácter unilateral, abriendo paso a las instituciones propias del Derecho Civil que garantizan la protección de los derechos del inversionista privado. Efectivamente, en términos de VIDAL PERDOMO, citado por LAMPREA RODRÍGUEZ⁷, el Contrato administrativo también se encuentra sometido al derecho privado, en especial consideración en lo que se refiere al consentimiento y, con ello, al consentimiento sobre las reglas contractuales sobre interpretación, modificación y solución de controversias, entre otros.

Nos enfrentamos entonces ante contratos que presentan una naturaleza mixta donde. Por un lado, se encuentran inmersos en un marco jurídico que busca atender y proteger el interés público y que, por otro lado, a fin de brindar un equilibrio adecuado entre el inversionista privado y la Administración Pública, dicho marco jurídico autolimita el ejercicio de potestades administrativas unilaterales que podrían derivarse de dicho interés público.

Sin duda dicha naturaleza mixta del Contrato de Concesión, genera una tensión entre las facultades de la Administración y los derechos de los privados. SANTIAGO⁸ lo describe bien reflejando la correlación entre las prerrogativas estatales y las garantías de los administrados:

5 Estevez Pardo, José *Los Contratos de la Administración Pública*. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Segunda Edición, 2012. Pág. 333.

6 *Ibid*, Pág 334.

7 Lamprea Rodríguez, Pedro *Contratos Estatales*. Editorial Temis S.A., Bogotá – Colombia, 2007. Pág. 355-356.

8 Santiago Tawil, Guido *Los principios en el contrato de concesión de servicios públicos*. Revista de Derecho Administrativo, N° 8, Año 4. Pág. 307-313.

“Así ocurre, por ejemplo, con la tensión entre: (i) el ejercicio del ius variandi vs el derecho al mantenimiento de la ecuación económica financiera; (ii) la prerrogativa de interpretar los contratos vs. Los límites que le impone el principio de la razonabilidad; (iii) la potestad de revocar un contrato por razones de oportunidades (en el caso del servicio público acentuada con la figura del rescate) vs el derecho a obtener una compensación por los daños y perjuicios causados (propia del derecho de propiedad); (iv) la potestad de imponer sanciones vs la garantía del debido proceso objetivos, etc.”

Habiendo realizado un repaso sobre la naturaleza de los Contratos de Concesión como contratos suscritos con el Estado, nos corresponde revisar el marco jurídico aplicable en nuestro país, en donde podremos apreciar las garantías que se han otorgado al inversionista privado en base a las instituciones del Derecho Civil, sin dejar de lado el interés público que se busca atender. Las conclusiones de dicho análisis nos servirán, posteriormente, como criterios o parámetros a tener en consideración al momento de identificar y analizar las herramientas con las que cuentan, actualmente, las Partes de un Contrato de Concesión para interpretar, modificar y dar solución a las controversias que se pudieran suscitar durante al plazo de su duración.

3. El caso peruano

En nuestro país, se ha reconocido claramente los límites a las potestades unilaterales de la Administración Pública como contraparte del inversionista privado en los Contratos de Concesión. Precisamente, ello se puede encontrar en el artículo 62° de la Constitución Política del Perú, la cual reconoce la libertad de contratar y garantiza que los contratos no se modificarán mediante normas o actuaciones unilaterales del Estado. A continuación se transcribe el artículo 62° de la Constitución Política del Perú:

*“Artículo 62.- Libertad de contratar
La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. **Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.** Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.*

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

Significativamente, como hemos indicado este artículo perteneciente a la máxima norma de nuestro ordenamiento jurídico, reconoce la autolimitación de las potestades estatales en los contratos, prevaleciendo el consentimiento sobre la potestad unilateral. La disposición constitucional resultará aplicable para todo tipo de contratos sin distinción, incluyendo los contratos administrativos y dentro de este género a los Contratos de Concesión suscritos para la prestación de un servicio público.

Este derecho reconocido en la Constitución Política del Perú es aquél que asegura que el Estado no modificará unilateralmente los contratos (mediante norma o acto administrativo emanado por la Administración). En resumen, los criterios rectores que regirán los Contratos de Concesión según nuestra Constitución son:

- (i) El consentimiento de ambas partes para la modificación de los contratos.
- (ii) El consentimiento de ambas partes para la resolución de contrato.
- (iii) La prohibición de modificación de los contratos mediante normas, disposiciones u actos unilaterales.
- (iv) El otorgamiento de garantías y seguridades que permitirán el cumplimiento de todas las obligaciones de la Administración.

Teniendo en cuenta todos estos derechos reconocidos por el Estado para garantizar la seguridad jurídica de los contratos, se debe revisar cómo es que estas disposiciones son desarrolladas en las normas específicas de los Contratos de Concesión, los cuales deben ser respetados por los actores principales del sistema de concesiones durante la etapa de ejecución contractual, esto es, Concedente, Concesionario y Regulador.

3.1 De las modificaciones al contrato de concesión

Inicialmente las modificaciones a los Contratos de Concesión se encontraban únicamente regulados en 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 (en adelante, el TUO de Concesiones) y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 060-96-PCM. Efectivamente, los Artículos 32° y 33° del TUO de Concesiones establecieron la posibilidad de modificar los Contratos de Concesión estableciendo algunos criterios a tener en cuenta por las partes durante la elaboración de la adenda contractual correspondiente:

“Artículo 32.- El Estado podrá:
(...)

d) **modificar la concesión cuando ello resulte conveniente de acuerdo al artículo siguiente.**”

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

- a) **la naturaleza de la concesión;**
- b) **las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas; y,**
- c) **el equilibrio financiero para ambas partes.”**

Por su lado, y siguiendo la misma línea, el literal f) del Artículo 30 del Reglamento del TUO de Concesiones recoge lo siguiente:

“Artículo 30.- Son atribuciones de los sectores y/u organismos del Estado las siguientes:
(...)

f) **modificar el contrato de concesión cuando ello resulte necesario, previo acuerdo con el concesionario, respetando en lo posible su naturaleza, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio financiero de las prestaciones a cargo de las partes;(...**”

A partir de los textos antes citados, sólo cabe concluir que, en aplicación de lo dispuesto por el Artículo 62 de la Constitución, el Estado no puede modificar unilateralmente el Contrato de Concesión, dado que requiere del consentimiento del Concesionario. En suma, el Estado no puede, directamente, a través de actos unilaterales, ni indirectamente, mediante la publicación de nuevos dispositivos legales, modificar el texto contractual, prevaleciendo el principio del *pacta sunt servanda* sobre el *ius variandi*. No obstante ello, en este tipo de regulación es posible, nuevamente, apreciar la tensión que existe en el Contrato de Concesión como consecuencia de su naturaleza mixta, pues las citadas normas recogen criterios que buscan atender a esta naturaleza: (i) la naturaleza de la concesión, (ii) las condiciones económicas y contractualmente convenidas y; (iii) el equilibrio financiero de las prestaciones.

Ahora bien, en el año 2008, fue publicada y entró en vigencia la Ley Marco de Asociaciones Público - Privadas para la Generación de Empleo Productivo, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1012 (en adelante, Ley APP), para la agilización de los Procesos de Promoción de la Inversión Privada, en la cual se establecieron un

conjunto de disposiciones sobre el procedimiento que las entidades públicas en calidad de Concedentes debían cumplir a fin de proceder con la modificación de los Contratos de Concesión y, en adición a ello, se incorporaron por primera vez una serie de restricciones para la suscripción de adendas relativas al plazo y las causales de modificación, las cuales han variado en distintas oportunidades durante la vigencia de la norma. Actualmente, la modificación de los Contratos de Concesión, como modalidad de Contratos de APP, se encuentra regulada en el artículo 9.5 de la Ley de APP y en el artículo 15° del Reglamento de la Ley APP, aprobado por Decreto Supremo N° 127-2014-EM (en adelante, Reglamento de la Ley APP).

Desde un punto de vista de la seguridad jurídica, así como de actuación reglada de la Administración, las disposiciones normativas conducentes a establecer procedimientos que regulen la modificación contractual no implicarían una violación de la norma constitucional, sino por el contrario establecen el tratamiento jurídico que la Administración aplicará en materia de modificación contractual para cada caso concreto. Empero, esta reglamentación no debiera ser una manera de administrativizar o de normativizar las modificaciones contractuales que se encuentran amparadas –como hemos visto– en la autonomía de la voluntad y en el valor del consentimiento, contenidos en el Artículo 62° de la Constitución.

Si bien inicialmente el objetivo del legislador fue establecer reglas claras y predictibilidad en el procedimiento de modificación contractual; en la actualidad, luego de múltiples modificaciones de esta disposición normativa, advertimos que ello podría convertirse en un mecanismo de modificación contractual a través de una modificación unilateral del Estado, dado que la reglamentación antes indicada incluye las restricciones respecto al plazo de prohibición de adendas y respecto a las causales por la cual se puede suscribir adendas dentro de este período de restricción. En efecto, desde la entrada en vigencia del marco de las APP, se ha tenido hasta cinco textos distintos de regulación normativa sobre la suscripción de adendas⁹, lo que en definitiva genera incertidumbre a los actores del sistema de concesiones, especialmente, al Concesionario.

Al respecto, el Estado ha buscado mitigar cualquier posibilidad de reclamos de los Concesionarios por dichos cambios normativos mediante la incorporación de una disposición que contemple que las modificaciones contractuales se rigen a lo dispuesto en la Ley de APP y su respectivo reglamento, así como sus “modificaciones”. Sin

9 Decreto Supremo N° 146-2008-EF (09-12-2008), el Decreto Supremo N° 144-2009-EF (25-06-2009), D.S. 106-2011-EF (17-06-2011), el Decreto Supremo N° 127-2014-EF (31-05-2014) y el Decreto Supremo N° 376-2014-EF (31-12-2014).

embargo, en la práctica lo que se está permitiendo es que el contrato –en lo que respecta a la suscripción de adendas– sea modificado mediante norma, lo cual es contrario al Artículo 62° de la Constitución.

Como se ha manifestado, consideramos adecuado contar con una reglamentación que establezca con claridad cómo se manifiesta la voluntad del Concedente. Pero no resulta predecible que a través de modificaciones normativas se modifiquen constantemente las causales para la suscripción de las adendas, más aun teniendo en consideración que dichas limitaciones se realicen con posterioridad a la suscripción de los contratos de concesión y que, por ende, constituyen reglas sujetas a constante cambio.

Antes de la publicación de la Ley de APP, los únicos criterios y/o parámetros limitantes para la suscripción de adendas eran aquéllos establecidos en el Artículo 33° del TUO de Concesiones, previamente citado. Con posterioridad a la Ley de APP y su reglamento, se han tenido hasta cinco textos distintos sobre restricciones a la suscripción de adendas, de los cuales se ha podido concluir lo siguiente:

- a) A partir del Decreto Supremo N° 146-2008-EF, primer reglamento de la Ley de APP, se encontraba prohibida la suscripción de adendas durante los primeros tres (3) años de vigencia de los Contratos de Concesión; lo cual no se encontraba previsto en el TUO de Concesiones y, por ende, en los Contratos de Concesión suscritos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de APP y su Reglamento.
- b) Sin embargo, a partir del Decreto Supremo N° 146-2008-EF, siempre han existido algunos supuestos excepcionales cuya concurrencia permitían suscribir adendas dentro del período de tres años antes mencionado:
 - i. En la primera versión del texto del Artículo 9 del Decreto Supremo N° 146-2008-EF, dichos supuestos eran los siguientes: la corrección de errores materiales o por requerimientos de los acreedores permitidos vinculados a la etapa del cierre financiero.
 - ii. En la segunda y tercera versión del texto modificado del Artículo 9 del Decreto Supremo N° 146-2008-EF por el Decreto Supremo N° 144-2009-EF, dichos supuestos eran: la corrección de errores materiales, requerimientos de los acreedores permitidos vinculados

a la etapa de cierre financiero del contrato, la precisión de aspectos operativos y la necesidad de adelantar las inversiones.

- iii. En la cuarta y quinta versión del texto que regula la suscripción de adendas, a raíz de la derogación del Decreto Supremo N° 146-2008-EF y entrada en vigencia del nuevo Reglamento de la Ley APP, el Decreto Supremo N° 127-2014-EF, se ha eliminado como supuesto excepcional a la prohibición de suscribir adendas, a la necesidad de adelantar inversiones.

En nuestra opinión, solo cabría modificaciones a la normativa con respecto al procedimiento que regula la actuación de la administración y, por ende, la manifestación de voluntad del Estado, como Concedente. Esa debe ser la interpretación adecuada con efecto de no limitar la actuación de las partes para las modificaciones contractuales vía cambios en las leyes. Si consideramos que la norma y sus futuras modificaciones establecen cuáles son los supuestos de modificación permitida; en la práctica, lo que estamos haciendo es desconocer la voluntad de las partes, pues éstas han establecido a la fecha de suscripción del Contrato, cuáles son las reglas para proceder con la suscripción de adendas.

Pongamos un ejemplo: actualmente, el plazo mínimo para realizar modificaciones contractuales es de tres (03) años. ¿Qué sucedería si mediante modificación normativa este plazo se ampliara a un plazo mayor de, digamos, cinco (05) años? ¿Qué sucederá en el caso que un privado hubiese presentado una solicitud de modificación normativa con la expectativa de cumplir el plazo y que en función a la modificación de la norma y el plazo mínimo del mismo no pudiera realizarlo?

Pongamos otro ejemplo: ¿Qué sucedería en el caso que durante la vigencia de la norma se planteará una modificación durante estos tres años de restricción, pero en el momento de su presentación – tengamos en cuenta que la sustentación y ponderación de la modificación toma algún tiempo – o justo antes de su presentación, la norma se modifica eliminando este supuesto? ¿En este caso, se podría presentar la modificación, o dado que el supuesto se ha derogado no se podría presentar? ¿Qué sucede si algunos privados hubieran podido acceder a esta causal y otros no, dado la temporalidad de la presentación? ¿Qué sucedería en el caso que la solicitud de modificación hubiese sido presentada y durante la tramitación de la misma se modifica la norma eliminándose la causal que permitía la modificación? ¿No es acaso esto un trato discriminatorio?

Es probable que la realidad supere estos supuestos planteados, pero estos casos podrían darse, lo cual nos refleja un elemento que distorsiona la seguridad jurídica. Si nos detenemos a revisar adecuadamente todos los posibles supuestos, terminaremos reglando la aplicabilidad de la norma para las modificaciones contractuales como si la solicitud de modificación fuese interpuesta en el marco de un procedimiento administrativo, en lugar de lo que en realidad es, un proceso de negociación entre el Concedente y Concesionario plasmado en una adenda.

En resumidas cuentas, el privado no conoce ni tiene control respecto a los múltiples supuestos que la normativa puede crear con relación de la modificación de los contratos, esto a la larga podría crear mayores problemas. El interés del Estado en regular procedimientos sobre modificaciones contractuales podría generar una vulneración de las garantías de los privados, en el marco de los Contratos de Concesión.

Desde nuestra perspectiva, si el Estado tiene reparos respecto de la suscripción de adendas, sólo basta con la regulación sobre el procedimiento a seguir para llegar a su suscripción, es decir, que el Concedente cuente, previamente a la firma de la adenda, con la opinión técnica previa del Regulador y, más aún, hoy en día a partir de la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 127-2014-EF, a efectos de la suscripción de una adenda, el Concedente contará también con la opinión del OPIP y del Ministerio de Economía y Finanzas. En el caso de esta última entidad, dicho cuerpo normativo exige que la opinión del Ministerio de Economía y Finanzas sea favorable, bajo causal de nulidad de la adenda suscrita, cuando las modificaciones contractuales impliquen alteración del cofinanciamiento, las garantías, cambios en los parámetros económicos y financieros, cambios que pudieran generar modificaciones al equilibrio económico financiero o que puedan generar contingencias fiscales al Estado.

3.2 De la interpretación de los contratos de concesión

Entiéndase por interpretación la labor destinada a esclarecer el sentido y los alcances de un término o regulación contractual acordada entre las Partes en el texto del Contrato de Concesión, esto es, es la labor destinada a esclarecer la voluntad común de las Partes que por un problema de lenguaje no pudo ser plasmada con claridad en el texto contractual. En palabras de Bullard:

"(...) la interpretación subsana lo que en principio es un problema de lenguaje, un problema básicamente de semántica. Bajo tal perspectiva, las partes saben en qué estaban de acuerdo, sólo que no pudieron decirlo con claridad"¹⁰.

En esta misma línea, Barchi sustentándose en el análisis jurídico realizado por Vincenzo Roppo señala lo siguiente:

"(...) la razón de la interpretación –su necesidad– está antes que nada en el hecho que los signos usados por los contratantes (principalmente sus palabras, pronunciadas o escritas) pueden ser oscuras o ambiguas: pueden no expresar algún significado inmediatamente perceptible, o bien expresar dos o más significados posibles, distintos entre ellos (expresiones polisémicas); hasta el extremo de la antinomia, cuando una proposición del texto expresa un significado y otra exprime un significado opuesto y, por tanto, incompatible. (...) "¹¹.

Como ya hemos indicado, si bien en todo contrato es necesaria la labor interpretativa, la necesidad de dicha labor resulta aún más primordial en los Contratos de Concesión. En ese sentido, corresponde identificar con qué herramientas se cuenta en este tipo de contratos a efectos de proceder con dicha labor interpretativa dentro del marco legal aplicable y/o el diseño de los Contratos de Concesión.

Al respecto, cabe señalar que conforme a la Cláusula 1362° del Código Civil "los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes." Consecuentemente, corresponde a las Partes determinar cuál fue su común intención al momento de pactar el contrato y, por consiguiente, cómo debe ser interpretado el texto contractual. Dicha supremacía de las partes para determinar los alcances de la manifestación de voluntades plasmada en el Contrato de Concesión resulta plenamente aplicable tanto en el caso que exista consenso de las Partes sobre la interpretación del contrato como en el caso que exista divergencia o contraposición entre el Estado y el Concesionario. Consecuentemente, corresponde a las Partes decidir si proceden directamente a interpretar el texto contractual a través de un acuerdo o si requieren trasladar dicha labor a un tercero (amigable componedor, tribunal arbitral o un organismo regulador como OSITRAN, alternativas posibles de acuerdo al marco legal aplicable).

Lo anteriormente señalado es concordante con lo dispuesto en los Contratos de Concesión,

10 Bullard González, Alfredo. De acuerdo en que no estamos de acuerdo. Análisis económico de la interpretación contractual. En: *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*. Pág. 1711

11 Barchi Velaochaga, Luciano. La interpretación del Contrato en el Código Civil de 1984. En: *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*. Pp. 1769 y 1770

pues éstos expresamente reconocen que las Partes puedan adoptar acuerdos de interpretación del contrato, como consecuencia de una incertidumbre jurídica generada o a raíz de una controversia suscitada entre las Partes. Efectivamente, a continuación citamos los textos pertinentes de algunos Contratos de Concesión:

Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul - Ica
“Trato Directo

*15.12 Las Partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos o **incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación**, ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia del Contrato o caducidad de la Concesión (con excepción de lo referente al régimen tarifario regulado por el REGULADOR cuya vía de reclamo es la vía administrativas u otras decisiones de este órgano en el ejercicio de las funciones administrativas) serán resueltos por trato directo entre las Partes implicadas, dentro de un plazo de quince (15) Días contados a partir de la fecha en que una parte comunica a la otra, por escrito, la existencia de un conflicto de una incertidumbre con relevancia jurídica. (...)*

Contrato de Concesión del Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia

“16.4 Trato Directo

*16.4.1 Las Partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos o **incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación**, ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia del Contrato o Caducidad de la Concesión, con excepción de lo referente al régimen aplicable a las Tarifas reguladas por el OSITRAN cuya vía de reclamo es la vía administrativas u otras decisiones de este órgano en el ejercicio de las funciones administrativas serán resueltos por trato directo entre las Partes. (...)*

Contrato de Concesión del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao

*“16.11 Las Partes declaran que es su voluntad que los conflictos o **incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación**, ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia del Contrato de Concesión o de la Caducidad de la Concesión, serán resueltos por trato directo entre las Partes, con excepción de lo referente al régimen aplicable a las Tarifas reguladas por el REGULADOR u otras decisiones*

de este órgano en el ejercicio de sus funciones administrativas, cuya vía de reclamo es la vía administrativa.”

Contrato de Concesión de Longitudinal de la Sierra

*“18.11 Las Partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos o **incertidumbres con relevancia jurídica sobre materias de carácter disponible que pudieran surgir con respecto a la interpretación**, ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia del Contrato o caducidad de la Concesión con excepción de los actos administrativos que emita el REGULADOR que se refiere la Cláusula 18.12, serán resueltos por trato directo entre las Partes.”*

A partir de los textos antes citados y en la generalidad de los casos, los Contratos de Concesión del sector transportes contemplan la posibilidad de que las Partes, vía la suscripción de actas de trato directo, puedan dilucidar una incertidumbre jurídica sobre interpretación del texto contractual. Es decir, en estos casos, el Trato Directo no sólo resulta aplicable para resolver conflictos entre las Partes - entendido como posiciones contrapuestas sobre la interpretación del Contrato - sino también cuando existan incertidumbres jurídicas, es decir, al contrario, cuando no exista certeza sobre la interpretación del mismo. Dicha interpretación realizada por las Partes y plasmada en un acta de trato directo resultará plenamente vinculante y oponible a terceros.

En suma, se aprecia que el Estado reconoce el consentimiento del Concesionario para la suscripción del respectivo acuerdo de interpretación vía trato directo, no imponiendo al Concesionario su posición mediante una interpretación unilateral.

Lo anteriormente señalado resulta plenamente relevante, en el caso del sistema de concesiones, donde tenemos la figura de los Organismos Reguladores, a cargo de la supervisión y fiscalización de los Contratos de Concesión, por tanto, éstos también deberán reconocer el valor de dichas Actas de Trato Directo y tener en consideración los acuerdos plasmados en éstas a fin de determinar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones de los concesionarios, pues, reiteramos, son las Partes los actores legitimados a decidir sobre la interpretación de la voluntad común que ha sido plasmada en el respectivo contrato.

Consideramos pertinente detenernos un momento a analizar la relación de los organismos reguladores

respecto de la interpretación del Contrato de Concesión. Las obligaciones contractuales descritas en los Contratos de Concesión son objeto de supervisión por parte del Organismo Regulador competente y, en consecuencia, dicho contrato es objeto de interpretación, teniendo en cuenta que el ejercicio mismo de la supervisión implica “siempre” una interpretación de las cláusulas contractuales. Sin embargo, cabe notar que los Organismos Reguladores no gozan de la facultad de interpretar el Contrato de Concesión, salvo en el caso de OSITRAN. Por tanto, es necesario analizar detenidamente el alcance y contenido de la facultad de interpretación de OSITRAN y su incidencia en la supremacía de las Partes para interpretar el texto contractual.

La facultad de interpretación de OSITRAN ha sido expresamente otorgada en virtud del Artículo 7.1 inciso e) de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, que dispone lo siguiente:

“Artículo 7.- Funciones

7.1 Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación”.

Dicha disposición legal ha sido reglamentada en el Artículo 29° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 044-2006-PCM (en adelante, REGO), modificado mediante el Decreto Supremo N° 114-2013-PCM, conforme al texto citado a continuación:

“Artículo 29.- Interpretación de los Contratos de Concesión

Corresponde al Consejo Directivo, en única instancia administrativa, interpretar los Contratos de Concesión en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación de la Infraestructura, así como la prestación de servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, de conformidad con la Ley N° 29754.

La interpretación determina el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación. La interpretación se hace extensiva a sus, anexos, bases de licitación y circulares.”

Hasta este punto podríamos concluir que, efectivamente, OSITRAN requiere de facultades de

interpretación del Contrato de Concesión a fin de ejercer sus funciones de supervisión y fiscalización del mismo o, por último, que OSITRAN podría fungir como una instancia adicional a la cual pudieran recurrir las Partes a efectos de solucionar sus incertidumbres jurídicas o sus controversias respecto de la interpretación del contrato.

Sin embargo, los alcances de las facultades de interpretación de OSITRAN no se quedan ahí, pues lo que más llama nuestra atención es que tenemos que, en virtud de los Lineamientos de Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión, aprobado mediante el Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN, del 17 de noviembre de 2004, dicha interpretación del Contrato de Concesión puede no sólo ser iniciada a instancia de alguna de las Partes, sino que puede ser generada como consecuencia de un procedimiento de oficio, es decir, sin necesidad de ninguna solicitud de las Partes, conforme es posible apreciar en el acápite 6.1 del referido acuerdo:

“6.1 Interpretaciones

OSITRAN puede interpretar de oficio o a solicitud de parte el alcance de los contratos en virtud de los cuales se explota la infraestructura de transporte de uso público bajo su ámbito de competencia (inciso e del Artículo 7.1 de la Ley N° 26917). (...)”

Entonces, mediante dicha disposición reglamentaria, se estaría desconociendo la supremacía de las Partes para decidir sobre la interpretación del Contrato, pues OSITRAN podría por sí solo dar inicio de oficio al procedimiento de interpretación, sin requerir de la solicitud de alguna de las Partes y, por consiguiente, podría sustraer de ellas su máximo poder de interpretación.

En este sentido, el Estado no puede suscribir un Contrato de Concesión en el cual se establece que cualquier incertidumbre y/o controversia sobre la interpretación del contrato se encuentra sujeto al trato directo de las partes o, en caso no existir acuerdo, a arbitraje y, por otro lado, establecer mediante disposiciones reglamentarias que puede imponer unilateralmente su interpretación.

Por lo antes expuesto, consideramos necesario que dichas disposiciones reglamentarias de la facultad de interpretación de OSITRAN sean concordadas con la naturaleza mixta de los Contratos de Concesión y, en general, la finalidad del sistema de concesiones, al igual que en el caso de las modificaciones de los Contratos de Concesión, la interpretación se encuentra sujeta al acuerdo de buena fe de las Partes, por lo que, nuevamente es necesario el consentimiento del Concesionario.

La interpretación de OSITRAN sólo puede ser utilizada como un mecanismo adicional y complementario para las Partes a fin de esclarecer las incertidumbres del Contrato, mas no puede ser considerada como una opinión o un acto vinculante para éstas; porque reiteramos son las Partes los únicos actores legitimados para determinar los alcances del Contrato.

Sin embargo, mientras ello no sea corregido, y ante cualquier problemática derivada de la interpretación unilateral del Contrato de Concesión por parte de OSITRAN, resultará aplicable el Principio de Unidad del Estado recogido en el Artículo 43° de la Constitución Política, por lo que la interpretación de OSITRAN deberá entenderse como la posición del Estado sobre el Contrato y, en caso de contrariedad con la posición del Concesionario, corresponderá llevar dicha controversia a arbitraje. Lo que no es posible es que a través de dichas facultades de interpretación de OSITRAN se busque sustraer de la supremacía de las Partes para interpretar el Contrato.

Por otro lado, en cuanto a que estamos ante actos administrativos que sólo caben ser impugnados vía la acción contenciosa administrativa, cabe tener presente lo dispuesto en el Artículo 4°, inciso 5, de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, cuyo texto citamos a continuación:

*“Artículo 4.- Actuaciones impugnables
(...) Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas:
(...)*

*5. Las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, **con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia**’.*

Sin perjuicio de ello, será preciso realizar un análisis detallado del convenio arbitral previsto en cada Contrato de Concesión en relación a los actos derivados de las funciones de OSITRAN, pues en algunos casos éstos han sido excluidos de los convenios arbitrales, más aún como consecuencia del actual Reglamento de la Ley de APP, en cuyo Artículo 16° se ha establecido que las decisiones adoptadas por los Organismos Reguladores u otras entidades en el ejercicio de sus competencias deben ser objeto de reclamo en la vía administrativa, no pudiendo ser materia de arbitraje. Cabe mencionar que esta última

regulación será aplicable a los Contratos de Concesión que sean suscritos a partir de la entrada en vigencia de dicho dispositivo reglamentario y no antes.

Sin embargo, ante dicha disyuntiva y en concordancia con la línea adoptada por MANYALLE, el inicio de un arbitraje derivado de una interpretación realizada por OSITRAN, no tendría como finalidad discutir sobre las competencias de OSITRAN para interpretar el Contrato de Concesión, sino el contenido de dicha interpretación efectuada por el Concedente¹² previo pronunciamiento de éste representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en relación a su adhesión ésta.

Por último, en relación a la interpretación de los Contratos de Concesión, el Artículo 37° del actual Reglamento de la Ley de APP ha incorporado la figura del Amigable Componedor durante la etapa de trato directo, estableciendo que las Partes pueden decidir, en esta etapa o similar establecida en el Contrato de APP, someter la controversia a las propuestas que proponga un Amigable Componedor. En conclusión, podría también permitirse a este Amigable Componedor establecer propuestas para la interpretación contractual, para la precisión o aclaraciones respecto a las distintas cláusulas contractuales.

3.3 De la solución de controversias del contrato de concesión

En el acápite anterior nos hemos detenido, brevemente, a analizar el arbitraje como mecanismo de solución de controversias sobre la interpretación del Contrato de Concesión, sin embargo, en la generalidad de los casos el convenio arbitral tiene un alcance más amplio incluyendo también las controversias relacionadas a la ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia del Contrato de Concesión o de la Caducidad de la Concesión. El arbitraje como mecanismo de solución de controversias de los Contratos de Concesión se deriva de lo dispuesto en el Artículo 63° de la Constitución y el Artículo 17° del TUO de Concesiones, así como del Artículo 9.6 de la Ley de APP.

Sin embargo, en el presente acápite quisiéramos detenernos un momento en otro mecanismo de solución de controversias, previo al sometimiento a arbitraje. Nos referimos al Amigable Componedor. Esta figura es novedosa dado que recién ha sido incorporada en las modificaciones realizadas a la Ley de APP, mediante la Ley N°

12 MANYALLE C., Alejandro. *El Arbitraje en las Concesiones: ¿Un mecanismo sin contenido?* En: Revista de Economía y Derecho. Primavera 2006. Pp. 76

30114. Efectivamente, el Artículo 9.6 de la Ley de APP, modificado por la Ley N° 30114, es el que faculta a las partes a acogerse en la etapa del trato directo a la solución de controversia propuesta por el Amigable Componedor, quien podrá ser un tercero designado directamente por las partes o un centro de solución de controversia, quien propondrá una fórmula de solución de controversias, que de ser aceptada de manera parcial o total por las partes, producirá los efectos legales de una transacción¹³.

En este caso, las partes se someten a este tercero para que puedan obtener una solución antes de iniciar un arbitraje. Este mecanismo se creó para permitir que las Partes alcancen algún tipo de acuerdo en la etapa de trato directo, sujetando la controversia ante un tercero, sin tener que recurrir a arbitraje.

Consideramos que esta disposición podía bien incorporarse en los contratos de concesión sin que hubiese necesidad de crear una norma que regle estos mecanismos, mediante el acuerdo de las partes durante la etapa de trato directo de arribar a una solución en función a la opinión y/o dictamen de un tercero. Es más, en muchos contratos de concesión se ha permitido a las partes designar a un tercero de manera directa denominado "Experto" quien ofrecía la solución de la controversia.

Ahora bien, al igual que en el caso de la modificación de los Contratos de APP, entre ellos, el Contrato de Concesión, se ha seguido la tendencia de regular todo el procedimiento aplicable a este mecanismo de solución de controversia, estableciéndose las etapas que se describen en el Flujograma.

Conforme al Artículo 44° del actual Reglamento de APP, la solución o las propuestas de solución alcanzadas por el Amigable Componedor deben ser evaluadas detalladamente por el Concedente, incluyendo ello su oficina de Asesoría Jurídica del Concedente, a fin de sustentar claramente la decisión adoptada, esto es, la aceptación o no

aceptación de cada una de estas soluciones. En la práctica, el mecanismo del Amigable Componedor permitirá al Concedente alcanzar acuerdos en trato directo que sin este tipo de mecanismo era imposible dado la sobreexposición de los funcionarios al escrutinio público de sus decisiones.

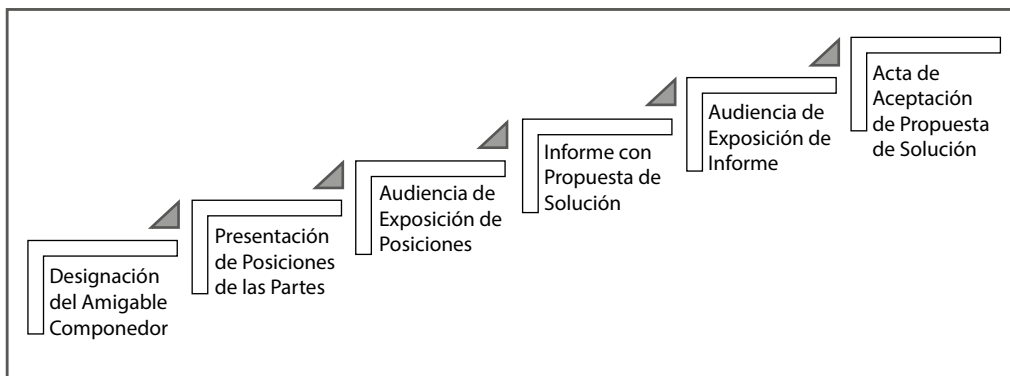
4. Conclusiones

En materia de Contratos de Concesión es claro que su principal característica constituye su carácter mixto, de un lado, regido por el derecho administrativo y de otra parte por el derecho civil. Sin embargo, dicho carácter genera, permanentemente, una tensión entre las prerrogativas estatales y las garantías de los inversionistas privados, lo que resulta aún más relevante teniendo en consideración que estamos ante contratos incompletos y de larga duración.

El Estado, en el ejercicio de su potestad normativa, debe respetar los principios constitucionales en materia de contratos como, por ejemplo, aquél contenido en el Artículo 62 de la Constitución, a través del cual se otorga, claramente, primacía al consentimiento por encima incluso de la unilateralidad de las potestades estatales, de ahí que no es posible modificar los acuerdos contractuales a través de leyes y/o disposiciones.

Por todo ello merece una atención especial la hiperregulación que se ha iniciado con la dación de la Ley de APP en materia de modificaciones contractuales, no sólo sobre-regulando todas y cada una de las instancias y/o candados necesarios para que el Concedente válidamente pueda suscribir una adenda, sino también limitando la posibilidad de las Partes de suscribir adendas durante los tres (3) primeros años de concesión, salvo supuestos excepcionales que varían cada cierto tiempo debido cambios normativos de impredecible contenido.

Flujograma: Amigable Componedor



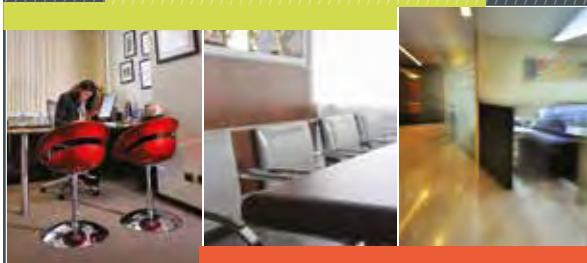
13 Artículo 43.4 del actual Reglamento de la Ley de APP, Decreto Supremo N° 127-2014-EF.

En ese mismo sentido, no es concordante con el equilibrio que se quiere brindar a las Partes de los Contratos de Concesión, ni con el Artículo 62° de la Constitución y, ciertamente, menos aún a la seguridad jurídica necesaria para atraer inversiones, que mediante disposiciones reglamentarias se otorguen competencias en materia de interpretación de los contratos de concesión a OSITRAN, incluyendo ello la posibilidad de interpretar de oficio los textos contractuales y, por consiguiente, en plena contradicción con la supremacía de las Partes para esclarecer y/o aclarar cualquier incertidumbre

jurídica relativa a la interpretación de los términos contractuales..

En tales casos, se verifica que esta normativa puede estar generando impactos en la ejecución de los Contratos de Concesión, afectando directamente herramientas como la modificación, interpretación y solución de controversias, que son altamente relevantes para este tipo de contratos que se caracterizan por su naturaleza mixta e incompleta. La regulación y estructuración de dichos mecanismos merecen ser revisados a fin de que no se generen mayor incertidumbre en el sistema de concesiones. 📄

Siempre líderes



Lima / Trujillo / Arequipa / Ica / Chincha / Piura / Cusco



ESTUDIO
MUÑOZ

MUÑOZ
RAMIREZ
PEREZ-TAIMAN
& OLAYA
Abogados

Las Begonias 475, 6to piso · Lima 27 · Perú
T (51-1) 6117000 F (51-1) 611 7002



www.munizlaw.com