



Camila Chinchay Yancunta^(*)
y Eloisa Jara Enriquez^(**)

Chincheru: ¿APP u obra pública? He ahí el dilema. Análisis crítico del régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas y el de los contratos de obra pública a propósito del caso del Aeropuerto de Chincheru^(***)

Chincheru: ¿PPP or public works? That's the dilemma. Critical analysis of the legal regime of the Public-Private Partnerships and the public works contracts regarding the case of the Chincheru's airport

Resumen: El presente artículo se centra en el estudio concreto de dos formas de construcción de infraestructura pública en el país: las Asociaciones Público Privadas y los contratos de obra pública, analizando sus características, implicancias, diferencias y la forma como se encuentran regulados. Asimismo, se realiza un análisis crítico del caso concreto del contrato de concesión del aeropuerto de Chincheru y la firma de la adenda respectiva, concluyendo que la adenda significó la desnaturalización de las APP y planteando algunas propuestas en torno a este caso.

Palabras clave: Asociaciones Público Privadas - Contratos de Obra Pública - Estado - Adenda - Aeropuerto de Chincheru - Asignación de Riesgos

Abstract: This article focuses on the concrete study of two forms of public infrastructure construction in our country: Public Private Partnerships and public works contracts, analyzing their characteristics, implications, differences and how they are regulated. Also, it realizes a critical analysis of the specific case of the contract of concession of the Chincheru's airport and the signing of the respective addendum, concluding that the addendum meant the denaturing of the PPP and suggesting some proposals about this case.

Keywords: Public Private Partnerships - Public Works Contracts - State - Addendum - Chincheru's Airport - Risk Allocation

(*) Estudiante de octavo ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex miembro de la Comisión de Publicaciones de la Asociación IUS ET VERITAS. Correo electrónico: camila.chinchay@puccp.pe

(**) Estudiante de octavo ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex miembro de la Comisión de Investigación de la Asociación IUS ET VERITAS. Correo electrónico: elojara.3@gmail.com

(***) Nota del Editor: este artículo fue recibido el 6 de junio del 2017 y su publicación fue aprobada el 28 de junio del mismo año.

Chincheró: ¿APP u obra pública? He ahí el dilema. Análisis crítico del régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas y el de los contratos de obra pública a propósito del caso del Aeropuerto de Chincheró

Chincheró: ¿PPP or public works? That's the dilemma. Critical analysis of the legal regime of the Public-Private Partnerships and the public works contracts regarding the case of the Chincheró's airport

1. Introducción

En los últimos meses, hemos sido testigos de las controversias surgidas en el caso del Aeropuerto Internacional de Chincheró, proyecto a construirse en el Cusco, a raíz de la adenda firmada el 03 de febrero de 2017, generando que este tema esté en la palestra, en todos los medios de comunicación, unos apoyando su firma mientras que otros se mostraban críticos, expresando su rechazo a la misma por considerarla perjudicial a los intereses del Estado.

Asimismo, este caso se ha vuelto controversial debido al contexto actual peruano, el cual se encuentra lleno de incertidumbres debido a la cantidad de casos de proyectos de infraestructura que prácticamente están inmersos de actos de corrupción, a propósito de la magnitud del Caso Odebrecht. Todo este contexto genera suspicacias y puntos controvertidos sobre si la adenda fue suscrita de manera correcta y adecuada, sin que desnaturalice el régimen jurídico por el cual se firmó el contrato principal, ni termine perjudicando los intereses del Estado peruano.

En ese sentido, teniendo en cuenta que el contrato celebrado para la construcción del Aeropuerto de Chincheró se basó en el régimen de la Asociaciones Público-Privadas (En adelante, "APP"), cabe realizarse las siguientes preguntas: ¿la adenda celebrada desnaturaliza los principios y características esenciales de este régimen jurídico convirtiéndolo en una Obra Pública? ¿Es posible este tipo de conversión? ¿Se debió firmar la adenda? ¿Cómo debe proceder el Estado? ¿Qué régimen le conviene al Estado peruano para la ejecución de este proyecto? Todas estas interrogantes pretenden ser respondidas en el presente artículo.

De ahí radica la importancia de este tema no solo por su trascendencia a nivel jurídico, sino también por su alcance y relevancia en el ámbito social, económico y político de nuestro Estado y realidad nacional. Es por eso que el propósito del presente artículo es demostrar que la adenda terminó por desnaturalizar el régimen de la APP (régimen bajo el cual se firmó el contrato), ya que termina por asemejarse más en los hechos a una obra pública. Asimismo, habiendo realizado un análisis crítico del caso de Chincheró, planteamos nuestra postura y propuestas en torno a ello.

2. Tratamiento de los Regímenes de Inversión Pública y Privada en el Perú

Una de las funciones principales del Estado es asegurar a la sociedad en general la satisfacción de las necesidades básicas, por ello debe brindar servicios esenciales e infraestructura de calidad. La importancia de la infraestructura radica en que permite el desarrollo del país y de las distintas regiones. Así lo han señalado Patricio Rozas y Ricardo Sánchez:

"la adecuada disponibilidad de obras de infraestructura, así como la prestación eficiente de servicios conexos, contribuyen a que un país o región pueda desarrollar ventajas competitivas y alcanzar un mayor grado de especialización productiva; asimismo las inversiones en obras de infraestructura facilitan la reducción de los costos asociados al consumo de los servicios, mejorar el acceso a los mercados de bienes e insumos, e incrementar la cobertura y calidad de los servicios provistos a la población, así como su bienestar. Razones suficientes para analizar la eficiencia en su ejecución" (Rozas y Sánchez 2004, 8).

Al respecto, en nuestro país existen distintos mecanismos o regímenes que implican la inversión pública y privada para la construcción de infraestructura pública. Así en el presente artículo nos centraremos en dos regímenes en concreto, los contratos de obra pública, regulado bajo la Ley de Contrataciones del Estado 30225, que implica que luego de una licitación pública, el Estado le adjudica la buena pro a un privado para que construya la obra, pero todo a cuenta y riesgo por parte del Estado; es decir, el Estado le paga al privado para que este construya la obra (prestaciones recíprocas). Mientras que el otro régimen a



Camila Chinchay Yancunta y Eloisa Jara Enriquez

analizar es el régimen de las Asociaciones Público-Privadas que significa una colaboración entre el Estado y el privado para la realización de un proyecto de interés general e implica que el Estado le traslade al privado mayores riesgos y con ello genera una mayor rentabilidad de la obra para el Estado y generar que este pueda desarrollar otro tipo de actividades siendo así más efectivo.

2.1. Régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas (APP)

Con la apertura de una economía social de mercado en el Perú, pues a partir de la década del noventa se intensificó la participación de la iniciativa privada y este a la vez vino acompañada de la participación de las APP. Así lo explica el jurista Fernández Baca, citado por las autoras Angie Umezawa y María Elena Reaño, quien señala lo siguiente:

“[sobre el] desarrollo evolutivo de las APP en el Perú, queremos remontarnos a las primeras experiencias de inversión privada en actividades tradicionalmente reservadas al Estado. Es así que, a partir de la expedición del conjunto de normas para la promoción de la inversión privada, a principios de los noventa, se diseña un plan de privatizaciones orientado a vender y otorgar concesiones en más de 200 empresas estatales, empleando la modalidad de subasta pública (...)” (Umezawa y Reaño 2013, 54).

A partir de ese momento y hasta la actualidad las APP han estado presente en muchos de los proyectos de gran envergadura no solo nacionales, sino también a nivel subnacional -regiones, provincias y distritos.

2.1.1. Las Asociaciones Público-Privadas: definición y características

La Asociación Público-Privada, de acuerdo con Graeme A. Hodge y Carsten Greve, citado por David Hall, “es un contrato celebrado entre la administración pública y la empresa privada por el cual una empresa privada financia, construye y gestiona algún elemento de un servicio público; y, la empresa privada cobra a lo largo de varios años, ya sea mediante las tarifas abonadas por los usuarios, o mediante los pagos de la autoridad pública, o una combinación de ambos” (2014, 7).

Del mismo modo, la Cooperación Andina de Fomento ha definido a las APP como:

“Acuerdos de cooperación entre entidades públicas y privadas conforme a los cuales, a través de diferentes técnicas, modalidades, alcances y plazos, tienen por objeto cometer al sector privado el diseño, construcción, ampliación, mantenimiento, refacción, gestión y/o financiación de infraestructuras públicas y/o servicios de interés público (en sentido amplio), transfiriéndole riesgos y responsabilidades a su respecto, y reteniendo invariablemente la Administración, las potestades de control y regulación de la actividad de los agentes privados en tales casos” (2008, 14)⁽¹⁾.

Ahora muchos consideran que una APP es solo la unión o cooperación del sector público y privado; no obstante, para que se configure una APP es necesario la presencia de otras características a la par. Es así que “de modo general, las APP requieren algo más que la simple colaboración entre el sector público y privado para la construcción, el mantenimiento y la explotación de una infraestructura (...) van mucho más allá de la mera relación entre ambos sectores, en la medida en que implican no solo una relación sino una colaboración con la finalidad de lograr un máximo bienestar social” (Vasallo e Izquierdo 2010,102-3).

Es así que “con el uso de las APP como mecanismo de promoción de la inversión privada, el inversionista privado/empresario/socio entra a trabajar en proyectos de gran envergadura que estarían tradicionalmente reservados a la Administración Pública como consecuencia de brindar los servicios básicos que exige un Estado de bienestar” (Mercado y Abusada, 2015, 106).

(1) Para mayores definiciones y posturas en relación a las APP, véase Ana Patricia Guglielminetti y Pascual Bensadon, “Algunos aspectos jurídico-económicos de la asociación público-privada. (A propósito del decreto 967/05),” *El Derecho Administrativo* 2005 (Buenos Aires, 2006): 638-61.

Chincheru: ¿APP u obra pública? He ahí el dilema. Análisis crítico del régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas y el de los contratos de obra pública a propósito del caso del Aeropuerto de Chincheru

Chincheru: ¿PPP or public works? That's the dilemma. Critical analysis of the legal regime of the Public-Private Partnerships and the public works contracts regarding the case of the Chincheru's airport

Teniendo esto en cuenta, para que una relación de cooperación entre el sector público y privado sea considerado una APP, pues se tienen que considerar las siguientes características⁽²⁾:

“(i) funciones complementarias del sector público y privado; (ii) acuerdos con vigencia en el largo plazo; (iii) el sector público y privado obtienen beneficios, ya sean económicos o sociales; (iv) el sector privado adopta más funciones que en el modelo tradicional de provisión de infraestructuras y servicios públicos; (v) el operador privado recibe remuneración directa de los usuarios o de la Administración según se haya acordado; (vi) cada agente desarrolla las tareas en las que cuenta con alguna ventaja comparativa; (vii) búsqueda de mejores resultados o a un menor costo; y, (viii) la clara definición en los contratos de los costos y los riesgos implicados así como sobre el responsable de la gestión” (Legorreta 2011, 12).

Ahora, como se mencionó, uno de las características fundamentales en el marco de las APP⁽³⁾ es la transferencia de los riesgos entre las partes de manera adecuada teniendo en cuenta la naturaleza del proyecto. Al respecto, Enrique Felices señala que “quizás la mayor virtud de los PPP⁽⁴⁾ es que permiten asignar riesgos y responsabilidades a quienes están en mejor posición para asumirlos al menor costo posible” (Felices 2005, 142).

Pero, ¿qué significa e implica el análisis de riesgos? Pues bien, el análisis de riesgos consiste en “la evaluación continua, a lo largo de las fases de formulación y estructuración, de las características del proyecto y tiene por objetivo identificar, cuantificar, asignar y mitigar los riesgos asociados al mismo”⁽⁵⁾.

En esa misma línea, “si los riesgos deben ser preferentemente privados, hay que dotar al privado de las facultades necesarias

para administrarlos con la mayor capacidad y al menor costo posible. Estas facultades de cogobierno en la operación de infraestructuras y servicios públicos, suelen establecerse en los contratos que permite la ley, entre los que destaca nitidamente el contrato de concesión” (Mercado y Abusada 2015, 109). Es así que una adecuada asignación de los riesgos entre el privado y el Estado puede estar reflejada de la siguiente manera a través de este gráfico que se basa en los lineamientos para la asignación en los Contratos de Asociaciones Público Privadas⁽⁶⁾:

Asignado a:	CONCESIONARIO (privado)	CONCEDENTE (Estado)
Diseño	X	
Construcción	X	
Expropiación		X
Geológico/Geotécnico	X	X
Interferencias/servicios afectados	X	X
Ambiental/Arqueológico	X	
Obtención de permisos y licencias	X	
Inversiones adicionales		X
Financiamiento	X	
Inflación/variación de precios de insumos	X	
Tasa de interés	X	
Eventos de fuerza mayor	X	X
Regulatorio o normativo	X	X
Accidentes de construcción y daños de terceros	X	

- (2) Del mismo modo se ha pronunciado la Unión Europea al establecer las características que deben presentar las APP. Al respecto, véase Unión Europea, *Libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el Derecho Comunitario en materia de Contratación Pública y Concesiones* (Bruselas: Comisión de las Comunidades Europeas, 2004).
- (3) Sobre el tema de las características esenciales de las APP, véase también Patricia Valcárcel Fernández, *Ejecución y Financiación de Obras Públicas. Estudio de la Obra Pública como institución jurídico-administrativa* (Madrid: Thomson-Civitas, 2006), 341.
- (4) El término PPP corresponde a las siglas en inglés de Public Private Partnerships; que en castellano significa “Asociación Pública-Privada”, y ambos términos serán utilizados indistintamente por diferentes autores.
- (5) Véase Ministerio de Economía y Finanzas. Resolución Ministerial No. 167-2016-EF/15 sobre “Lineamientos para la asignación de riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas”. 31 de mayo de 2016, 20. Disponible en: https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/normas/anexo_RM167_2016_EF15.pdf
- (6) Al respecto, véase la Resolución Ministerial No. 167-2016-EF/15 del Ministerio de Economía Finanzas sobre los “Lineamiento



Camila Chinchay Yancunta y Eloisa Jara Enriquez

En conclusión, podríamos afirmar que el surgimiento de las APP se da principalmente porque “hasta la fecha [se] acredita al inversionista privado como el más apto para realizar las funciones u obras que esencialmente las debe hacer el Estado pero no puede por diferentes motivos” (Mercado y Abusada 2015, 106). En ese sentido, mediante los contratos de APP, las dos partes, el concesionario (privado) y el concedente (el Estado) se distribuyen entre sí funciones y riesgos, siendo así que “el concesionario busca el financiamiento y el Estado se compromete al pago en cuotas del costo de inversión, mantenimiento y operación, las que son reducidas por cobros directos a los usuarios (como peajes, por ejemplo)” (Instituto Peruano de Economía 2013, 46).

2.1.2. Marco legal peruano de las Asociaciones Público-Privadas

Las APP se encuentran reguladas mediante el Decreto Legislativo 1224⁽⁷⁾, marco de promoción de la inversión privada mediante asociaciones público privadas y proyectos en activos, y por el reglamento del Decreto Legislativo 1224, aprobado por el Decreto Supremo No. 410-2015-EF. Al respecto, en el artículo 11.1 del Decreto Legislativo se define a las APP como “modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública, proveer servicios públicos y/o prestar los servicios vinculados a éstos que requiera brindar el Estado”.

Asimismo, el mismo el Decreto Legislativo 1224 establece los principios que se debe basar el desarrollo de los proyectos bajo el marco de las APP y los proyectos en activos. Así en el artículo 4 de la norma referida se regulan los siguientes principios:

- *Competencia.*- se debe promover la búsqueda de la competencia, trato igualitario entre los diferentes postores y evitar actos anti-competitivo y/o colusorio.

- *Transparencia.*- toda la información cuantitativa y cualitativa que se utilice para la toma de decisiones durante las diferentes etapas de un proyecto deberá ser de conocimiento ciudadano, bajo el principio de publicidad.
- *Enfoque de resultados.*- las entidades públicas deben adoptar las acciones que permitan la ejecución oportuna de la inversión privada, así como identifican e informan las trabas existentes que afecten el desarrollo de los proyectos.
- *Planificación.*- el Estado prioriza y orienta el desarrollo ordenado de las APP según las prioridades nacionales, sectoriales, regionales y locales, considerando para ello la política de descentralización del país.
- *Responsabilidad presupuestal.*- debe considerarse la capacidad de pago del Estado para asumir los compromisos financieros, firmes y contingentes, que se deriven directa e indirectamente de la ejecución de los contratos celebrados, sin comprometer el equilibrio presupuestario de las entidades públicas, la sostenibilidad de las finanzas públicas ni la prestación regular de los servicios públicos.

Pero además cabe resaltar que para el caso estricto de las APP es necesario incluir dos principios más que se encuentran regulados en el artículo 11.2 del Decreto Legislativo 1224, siendo estos los siguientes:

para la asignación de riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas” de fecha 31 de mayo de 2016, donde se podrá identificar los conceptos, características, implicancias y la asignación de los diferentes riesgos. Disponible en: https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/normas/anexo_RM167_2016_EF15.pdf

(7) Cabe resaltar que actualmente el Decreto Legislativo y su reglamento han tenido algunas modificaciones dadas por el Decreto Legislativo 1251 publicado el 29 de noviembre de 2016 y por el Decreto Supremo No. 068-2017-EF publicado el 27 de marzo de 2017, entrando en vigencia ambas normas a partir del día siguiente de la publicación del reglamento modificadorio.

Chinchero: ¿APP u obra pública? He ahí el dilema. Análisis crítico del régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas y el de los contratos de obra pública a propósito del caso del Aeropuerto de Chinchero

Chinchero: ¿PPP or public works? That's the dilemma. Critical analysis of the legal regime of the Public-Private Partnerships and the public works contracts regarding the case of the Chinchero's airport

- *Asignación adecuada de riesgos*⁽⁸⁾.- los riesgos deben ser asignados a aquel con mayores capacidades para administrarlos a un menor costo, teniendo en consideración el interés público y el perfil del proyecto.
- *Valor por dinero*.- establece que un servicio público debe ser suministrado por aquel privado que pueda ofrecer una mayor calidad a un determinado costo o los mismos resultados de calidad a un menor costo.

Por otro lado, existen dos modalidades de APP, siendo estas las siguientes:

“a. Cofinanciada, proyecto que requiere cofinanciamiento o el otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que tienen probabilidad significativa de demandar cofinanciamiento. b. Autofinanciada, proyecto con capacidad propia de generación de ingresos, que no requiere cofinanciamiento y cumple con (i) demanda mínima o nula de garantía financiera por parte del Estado; y, (ii) las garantías no financieras tengan una probabilidad nula o mínima de demandar cofinanciamiento” (artículo 13 del Decreto Legislativo 1224).

2.1.3. La importancia de las Asociaciones Público-Privadas
Hoy en día las APP han sido un mecanismo recurrente por el Estado para la realización de proyectos y esto se debe a que las APP generan muchos beneficios. Por ejemplo, los “PPP aseguran una prestación de servicios más eficiente en términos de precio y calidad (...) el sector privado está en mejor posición que el Estado para asegurar la realización

eficiente de ciertas tareas (...) cuenta con acceso a la innovación, a mayores y mejores fuentes de financiamiento, a tecnología más avanzada y a una capacidad gerencial mejor desarrollada para ofrecer mejores servicios” (Felices 2005, 145). Al garantizarse así la eficiencia de los servicios e infraestructura, pues permitirá mayores satisfacciones a todos los ciudadanos.

Asimismo, se señala que “para nuestro país, que enfrenta un déficit de inversión en infraestructura superior a los 18 mil millones de dólares y que carece de los recursos públicos necesarios para financiarlo, los PPP representan una alternativa que conviene explotar” (Felices 2005, 150). En sí, este mecanismo permite que muchos proyectos sean viables y se puedan ejecutar, permitiendo así que el limitado presupuesto de muchas de las entidades del sector público no sea un escollo para que los proyectos no se concreten⁽⁹⁾.

Por otro lado, la Cooperación Andina de Fomento también se ha pronunciado al respecto indicando que la importancia de las APP radica en que (i) mejora la eficacia y eficiencia en el diseño, construcción, financiación y gestión de proyectos de inversión en infraestructura; (ii) resultados positivos en la satisfacción de expectativas

(8) La importancia de una adecuada asignación de riesgos en los contratos de APP también se encuentra reflejada en el reglamento del Decreto Legislativo 1224, aprobado mediante Decreto Supremo No. 410-2015-EF y en el numeral 6.7 de la Política Nacional de Promoción de la Inversión Privada en Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activo aprobado mediante Decreto Supremo No. 077-2016-EF que señala “(...) los riesgos de un contrato de APP deben ser definidos, identificados, medidos y asignados a la parte que le cueste menos prevenir la realización del riesgo o a aquella parte cuyos costos sean menores, de materializarse el riesgo”.

(9) Al respecto, véase la página del Ministerio de Educación, que en materia de Asociaciones Público Privadas también se ha manifestado y en específico, en relación a los beneficios que ofrece las APP, señala, entre otros aspectos, lo siguiente: “(i) generan mayores incentivos para ejecutar obras de manera adecuada ya que el privado, al hacerse cargo del mantenimiento, tiene que asegurar que las construcciones cumplan con todos los criterios de calidad y sostenibilidad. El Estado solo paga si los objetivos de construcción han sido cumplidos y los estándares en el mantenimiento han sido respetados; y, (ii) mejora la administración pública pues al transferir la responsabilidad de la construcción y el mantenimiento al privado, las autoridades públicas actuarán como fiscalizadores de los acuerdos pactados y podrán dedicar tiempo (en lo referido a la infraestructura) a la planificación de las inversiones del sector”. Disponible en: http://www.minedu.gob.pe/p/app_faqs.php?id=4



Camila Chinchay Yancunta y Eloisa Jara Enriquez

de usuarios y contribuyentes; (iii) mejora en la gestión y asignación de los riesgos implícitos en los proyectos de infraestructuras, reduciendo los riesgos tomados por el sector público; y, (iv) permite en varias de sus alternativas (concesión, leasing, etcétera) obtener financiación privada para proyectos de inversión en infraestructuras (2008, 18-9).

En concreto, se identifica que la APP presenta el beneficio de (i) promover la coordinación y gestión conjunta de proyectos entre el sector privado y el público (ii) compatibilizar los intereses entre ambos sectores; (iii) permitir la coexistencia de las fortalezas de ambos sectores; y, (iv) fomentar la sostenibilidad de los proyectos, evitando reacciones extremas a favor o en contra del sector privado o del sector público (Robalino 2010, 102).

2.2. Régimen jurídico de las obras públicas

Previo a la promulgación de la Constitución de 1993, el Estado peruano era considerado por sí mismo como omnipotente, quien estaba encargado de las grandes obras de infraestructura del Estado. No obstante, ello no significaba que las gestiones realizadas por este eran eficaces y óptimas, pues tal como lo señala Richard Martin:

“Antes de la década de 1990, el Perú se encontraba enfrentando una de las peores épocas de su historia reciente, caracterizada por un proceso hiperinflacionario y recesivo, que legitimó aquellos argumentos referidos a la ineficiencia de la actividad empresarial del Estado. El consenso generalizado en torno a la idea que la privatización de empresas públicas acabaría con la inflación, con la crisis del sector externo, el exceso de burocracia y la falta de productividad, dio lugar a que dicho proceso se implementara sin mayor resistencia. En función a ello, el proceso de privatizaciones constituyó un componente esencial en el programa de reformas estructurales del Estado y la modernización de la economía en el país, en base al modelo económico mundial que defendía la apertura de los mercados a la competencia, la eliminación de restricciones a la inversión al sector privado, la reducción del aparato del Estado y la reorientación de sus competencias, para concentrarlo únicamente en las funciones básicas o esenciales” (Martín 2013, 52).

Es así que el Estado ya no se encarga por sí mismo de llevar a cabo y realizar la actividad de infraestructura, sino que esta

es encargada en su totalidad a un privado; es decir, se realiza un contrato de obra -contrato administrativo- por medio del cual el Estado paga a un privado la realización de un proyecto respectivo.

2.2.1. Los contratos de obras públicas: definición y características

En palabras de Alexander Campos y Luis Martín Hinostroza, el contrato de obra pública:

“Es un contrato de prestaciones recíprocas, vale decir, que ambas partes han asumido obligaciones donde una es la causa de la otra, las que principalmente consisten en: (i) a cargo del contratista, ejecutar la obra; y, (ii) a cargo del comitente o la entidad pública, pagar la retribución del contratista. Existe una relación sinalagmática entre la prestación del contratista y el comitente, esto quiere decir que la causa por la que el contratista ejecuta la prestación es porque espera que el comitente ejecutará después la suya (de pagar)” (Campos e Hinostroza 2008, 298).

En así que los contratos de obra pública se caracterizan por ser un contrato de prestaciones recíprocas, sinalagmáticos e interdependientes. Estas características implican que:

“(…) cada parte es acreedora y deudora de la otra parte. El contrato sinalagmático es el contrato por el cual cada una de las partes se compromete con la otra o las otras, si hay más de dos. En todos estos contratos, cada uno de los contratantes es a la vez acreedor y deudor de la otra parte. De ello se deduce que en un contrato sinalagmático, se considera que las obligaciones son recíprocas, es decir que el acreedor es al mismo tiempo deudor y el deudor al mismo tiempo acreedor. Pero esas obligaciones son también interdependientes, es decir, que si el acreedor es deudor, es porque el

Chincheró: ¿APP u obra pública? He ahí el dilema. Análisis crítico del régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas y el de los contratos de obra pública a propósito del caso del Aeropuerto de Chincheró

Chincheró: ¿PPP or public works? That's the dilemma. Critical analysis of the legal regime of the Public-Private Partnerships and the public works contracts regarding the case of the Chincheró's airport

deudor es acreedor y ello en virtud del mismo contrato. En otras palabras, desde la celebración del contrato, cada contratante acepta comprometerse con el otro porque el otro se compromete con él" (Larroumet 1999, 150).

Del mismo modo, Juristo Sánchez menciona que el contrato de obra pública es "aquel tipo de contrato administrativo por el que una de las partes llamada empresaria o contratista se obliga a ejecutar, con organización y medios propios, una obra inmobiliaria destinada a satisfacer un interés público, a cambio de un precio en dinero que ha pagarle una Administración Pública" (1997, 17). En ese sentido, se desprende que la entidad tiene como principal obligación "pagar la obra ejecutada por el contratista y actuar de buena fe, prestando toda conducta o colaboración necesaria para lograr que el contratista vea satisfecho su interés y las expectativas de recibir la utilidad esperada". En tanto que el contratista tiene como obligación "entregar un bien económicamente valioso que satisfaga el interés de la entidad, tal y como ha sido definido por esta misma, así como de cumplir el plazo pactado" (Campos e Hinostroza 2008, 299).

Por otro lado, lo que caracteriza a este tipo de contratos es (i) la obra en que consiste la prestación que se pone a cargo del empresario por vía contractual; (ii) el objeto es la construcción de un bien inmueble o su reparación, conservación, demolición o modificación; y, (iii) la entrega de una suma de dinero en concepto de precio (Juristo 1997, 17-8). Asimismo, otra de las características de los contratos de obra pública es que mediante estos, "el Estado asume todo el costo de construcción, operación y mantenimiento de una obra pública así como todos ingresos directamente recaudados por la provisión del servicio" (Instituto Peruano de Economía 2013, 23).

En conclusión, se entiende que los contratos de obras públicas implica que el Estado, luego de un determinado procedimiento, le dé la licitación para la ejecución de una obra pública a una empresa privada, pagándole por dicha ejecución; es en concreto un contrato con prestaciones recíprocas que tiene un objeto único y no hay financiamiento ni cofinanciamiento de la obra por parte del contratista (privado).

2.2.2. Marco legal peruano de los contratos de obras públicas

Los contratos de obra pública en el Perú se encuentran regulados por la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y por su reglamento respectivo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 350-2015-EF⁽¹⁰⁾. Asimismo, se regula supletoriamente por el Código Civil en los artículos 1771 al 1789.

Así la Ley de Contrataciones del Estado tiene como finalidad "*maximizar el valor de los recursos públicos* que se invierten y promover la actuación bajo el enfoque de *gestión por resultados* en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que estas se *efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad*, permitan el *cumplimiento de los fines públicos* y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos" (artículo 1 de la Ley 30225) (énfasis agregado).

Asimismo, el artículo 2 de la misma Ley establece que los principios esenciales en que se debe basar el Estado al momento de realizar las contrataciones son libertad de concurrencia, igualdad de trato, transparencia, publicidad, competencia, eficacia y eficiencia, vigencia tecnológica y equidad. En tanto que el artículo 3.3 de la ley 30225 señala que "las contrataciones que deben realizar las entidades y órganos (...) para proveerse de bienes, servicios u obras, asumen el pago con *fondos públicos*" (énfasis agregado). Esto determina que la realización de la obra respectiva es asumida en su totalidad por el Estado y depende de los fondos públicos del erario nacional.

Por otro lado, el Código Civil realiza una definición escueta de lo que se entiende por

(10) Al respecto, cabe señalar que tanto la Ley como el reglamento de la Ley de contrataciones del Estado han sido modificados por el Decreto Legislativo 1341 y por el Decreto Supremo No. 056-2017-EF respectivamente, ambas normas entraron en vigencia desde el 03 de abril de 2017.



Camila Chinchay Yancunta y Eloisa Jara Enriquez

un contrato de obra, el cual establece que “por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente [quien le encarga] a pagarle una retribución”. Siendo así que el contratista es una empresa privada y el comitente es una entidad del Estado (artículo 1771).

2.3. Diferencias entre el régimen de las Asociaciones Público Privadas y los contratos de obras públicas

Habiendo desarrollado la definición, características, implicancias y marco legal peruano tanto de las APP y el marco de los contratos de obras públicas, pues corresponde ahora realizar una visión integral de los mismos e identificar las diferencias existentes entre estos dos regímenes y formas de inversión en infraestructura pública en el Perú.

Así se tiene que una de las principales ventajas de una APP es que la realización del diseño, construcción, financiación, operaciones y mantenimiento se agrupan y se delegan a un mismo y único contratista; en tanto que en los contratos de obra pública tradicional, gran parte de las actividades antes mencionadas se delegan a distintos contratistas independientes (Grimsey y Lewis 2004, 1)⁽¹¹⁾.

Por otro lado, el Instituto Peruano de Economía (IPE) ha señalado que tanto Yescombe⁽¹²⁾ como Hart⁽¹³⁾ argumentan que “cuando un solo contratista es responsable de la construcción y operación de un servicio público, este tendrá fuertes incentivos de invertir eficientemente en la etapa de construcción a fin de reducir los costos incurridos en la etapa de operación” (2013, 23). Asimismo, el IPE agrega que para Hart “un procedimiento de obra pública tradicional, el constructor no tiene mayores

incentivos de invertir eficientemente, dado que los futuros costos de operación tendrán que ser asumidos por la otra parte responsable” (2013, 23)⁽¹⁴⁾.

Otra de las grandes diferencias de estas dos regulaciones está referida a la asignación eficiente y adecuada de los riesgos; por ejemplo, en los contratos de obra pública no hay asignación de riesgos, sino que estos son asumidos por el Estado totalmente, estos contratos se realizan “para proyectos específicos en los cuales se encarga la construcción al privado de determinada construcción y el pago es abonado por la Administración al fin de la ejecución del contrato (...) que no se aprovecha las ventajas del particular para el diseño de las obras y que se contribuye al incremento del déficit fiscal en relación al uso de recursos públicos” (Huapaya y Vergaray 2007, 107). Es por eso “que este elemento, el de la transferencia suficiente de riesgos al contratista, es un aspecto determinante para que nos podamos encontrar ante un CPP⁽¹⁵⁾ y no ante otras modalidades contractuales, básicamente la del contrato de obras” (González García 2006, 8).

Un tema relacionado con lo anterior es el de los sobrecostos que puede generar la construcción del proyecto respectivo sobre

(11) En concreto, Grimsey y Lewis señalaron que “(...) Rather than there being separate design, construction, financing, operations and maintenance arrangements as occurs with traditional public procurement, these functions are combined under one contractor. This integration ('bundling') within a long-term partnership framework provides financial motivation for the project company to think beyond the design stage and build in energy-reducing and waste-minimizing features that may cost more initially but result later in lower operating and running costs, and so deliver cost effectiveness over time”.

(12) Véase E.R. Yescombe, *Public-Private Partnerships* (Oxford: Elsevier, 2007)

(13) Véase O. Hart, “Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks and an Application to Public-Private Partnerships,” *Economic Journal* 113 (marzo 2003): 69-76.

(14) En relación al mismo tema, sobre las diferencias entre un contrato de APP y un contrato de obra pública, véase John Bennett y Elisabetta Iossa, “Building and Managing Facilities for Public Services,” *Journal of Public Economics* 90 (2006): 2143-60; Bin R. Chen y Stephen Chiu, “Public-private partnerships: Task interdependence and contractibility,” *International Journal of Industrial Organization* 28 (2010): 591-603.

(15) El término CPP hace referencia a la “Colaboración Público Privada”, que es otra denominación de las Asociaciones Público Privadas - APP- o de la expresión británica Public Private Partnership - PPP.

Chinchero: ¿APP u obra pública? He ahí el dilema. Análisis crítico del régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas y el de los contratos de obra pública a propósito del caso del Aeropuerto de Chinchero

Chinchero: ¿PPP or public works? That's the dilemma. Critical analysis of the legal regime of the Public-Private Partnerships and the public works contracts regarding the case of the Chinchero's airport

la base de lo inicialmente previsto o evaluado; así se tiene que en los casos de contratos de obra pública son asumidos por el concedente; es decir, por el Estado; mientras que en los casos de APP, en tanto que generalmente los riesgos de diseño y construcción son asumidos por el concesionario (privado); pues los sobrecostos serían, en consecuencia, asumidos por el privado, salvo en algunos casos en que se compartan los sobrecostos; pero el Estado ya no lo asumiría íntegramente como en el caso de la obra pública tradicional⁽¹⁶⁾. Es por eso que una de las grandes ventajas que tiene el marco de regulación de las APP es que el Estado ya no asume por sí solo todos los riesgos que genera las actividades para concretizar el proyecto; sino que los riesgos muchas veces son asumidos por los mismos privados o lo comparten con el Estado, tal como se explicó en el cuadro realizado y analizado anteriormente⁽¹⁷⁾.

3. Análisis crítico del caso Chinchero: ¿es una APP o una obra pública?

El caso del Aeropuerto de Chinchero en el Cusco ha sido un caso controversial en este Gobierno de presidente Pedro Pablo Kuczynski, sobre todo, por la problemática situación de la firma de la adenda al contrato de concesión; y es que muchos especialistas, políticos, economistas, entre otros, salieron a avalar, cuestionar, criticar en relación a si la firma de la adenda del contrato era la mejor solución para el país y los intereses del estado y de todos los peruanos, o si por el contrario nos afectaba, iba en contra de los intereses generales y que por el contrario favorecía a la empresa concesionaria. Asimismo, se criticaba la adenda porque significaba una desnaturalización al contrato en el aspecto en que este se había configurado como una APP, pero que como resultado

de la adenda la convertía en una obra pública. Algunos a favor, otros en contra. En resumen, un tema que estuvo y aún se encuentra en la palestra, luego de la resolución del contrato por parte del Estado, y la renuncia del Ministro de Transporte y Comunicaciones de ese entonces, Martín Vizcarra.

En el presente artículo, analizaremos el caso del contrato de concesión del Aeropuerto de Chinchero y determinaremos si de verdad hubo una desnaturalización del contrato a raíz de la firma de la adenda convirtiéndolo en una obra pública o no, planteando además propuestas sobre lo que se pudo hacer en su momento y lo que se puede hacer hoy en día para que este proyecto vuelva a encaminarse, ya que es un proyecto esperado por los cusqueños y por todos los peruanos desde hace buen tiempo. Entonces, cabe realizarnos la siguiente pregunta: ¿Los términos y condiciones bajo los cuales fue firmada la adenda entre el Estado y el Consorcio Kuntur Wasi en el caso del Aeropuerto de Chinchero realmente termina por desnaturalizar el régimen de la APP, al punto de llegar a convertirla en los hechos en un régimen de contratación de obra pública?

3.1. Descripción del caso: implicancias y controversias a raíz de la adenda

El 04 de julio de 2014 se firmó el contrato de concesión del nuevo Aeropuerto Internacional de Chinchero - Cusco⁽¹⁸⁾, celebrado entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones

(16) Véase Ministerio de Economía y Finanzas. Resolución Ministerial No. 167-2016-EF/15 sobre "Lineamientos para la asignación de riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas," 31 de mayo de 2016, 2. Disponible en: https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/normas/anexo_RM167_2016_EF15.pdf

(17) Al respecto, véase la página del Ministerio de Educación, que en materia de las diferencias entre una APP y una obra pública también se ha manifestado, señalando que "experiencias internacionales en Reino Unido demuestran que, mientras en las obras públicas tradicionales el costo de la misma se mantuvo tal lo acordado solo en el 25% de casos, en las APP el monto pactado no se modificó en el 80% de los proyectos ejecutados. Asimismo, el plazo de entrega de los proyectos en obra pública tradicional se cumple solo un tercio de las veces, mientras que en las APP el cumplimiento de plazos es de un 80%. En otros estudios, por ejemplo para Corea del Sur, el ahorro mostrado de un proceso APP es de 7,2% en costos y de 8,5% en tiempo con respecto a la Obra Pública Tradicional". Disponible en: http://www.minedu.gob.pe/p/app_faqs.php?id=4

(18) Para mayores alcances del contrato de concesión, véase el siguiente enlace: <https://www.mtc.gob.pe/transportes/concesiones/documentos/Contratodeconcesionaerochinchero.pdf>



Camila Chinchay Yancunta y Eloisa Jara Enriquez

- MTC (En adelante, "MTC") (el concedente) y la Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. (el concesionario), que tenía como objetivo el diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento de una obra pública de infraestructura por el plazo de la concesión (cláusula 2.1.3 del contrato), plazo que era de 40 años; y la modalidad bajo la cual se iba a operar este gran proyecto era la Asociación Público Privada de tipo cofinanciada (cláusula 2.3 del contrato). Uno de los puntos resaltantes de este contrato es que en el Programa de Obras se estableció que el concesionario (privado) era responsable por el financiamiento de las sub etapas 2 y 3, que correspondían al 71,4% del presupuesto total; en tanto que al concedente (Estado) era responsable del financiamiento de la sub etapa 1 que representaba el 28,6%⁽¹⁹⁾.

El MTC formula el proyecto de adenda al contrato, el cual fue evaluado por el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (En adelante, "OSITRAN") para que emitiera una opinión en relación al contenido de la adenda. Así, mediante Oficio Circular No. 006-17-SCD-OSITRAN de fecha 20 de enero de 2017 se puso en conocimiento que el Consejo Directivo de OSITRAN acordó en mayoría dar opinión favorable respecto a la adenda. Patricia Benavente, presidenta del Consejo Directivo de OSITRAN, fue quien se opuso a la adenda, porque contravenía los intereses del Estado, manifestando su posición en un voto discordante, y renunciado a los pocos días a su cargo.

El 03 de febrero de 2017 se firmó la adenda 1 del contrato de concesión del aeropuerto de Chinchero entre el MTC y Kuntur Wasi mediante la cual se realizaron sustanciales modificaciones contractuales, siendo este evento lo que desencadenó cuestionamientos a nivel nacional.

La adenda propone cambiar el esquema contractual de pago del Fondo del Pago del PAO⁽²⁰⁾ transformándolo en un esquema de pagos por avance de obras, y además incluye

el pago de un adelanto para que el proyecto cuente con liquidez y así el concesionario pueda iniciar la etapa de la ejecución de la obra. En definitiva, la adenda significó que el concesionario solo sea responsable por el financiamiento del 19,3% del presupuesto total de las obras, mientras que el Estado iba a asumir el financiamiento de lo restante; es decir, del 80,7%.

Así, producto de la firma de la adenda, la asignación de riesgo de financiamiento se invirtió, tal como se evidencia en el presente gráfico elaborado por la Gerencia Técnica de OSITRAN en el Informe Técnico No. 005-2017-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN:



La firma de esta adenda generó diferentes reacciones, tanto a favor como en contra. Incluso, el Ministro del MTC fue interpelado por el Congreso y tuvo que asistir a responder el pliego parlamentario sobre este tema. Tan difícil fue el clima que se vivió por este tema que el Ministro de Transportes y Comunicaciones de ese entonces, Martín Vizcarra, tuvo que renunciar al cargo. Asimismo, la Contraloría General de la República el 22 de mayo de 2017 emitió el Informe de Auditoría No. 265-2017-CG/MPROY-AC⁽²¹⁾ por medio del cual concluye que la adenda suscrita incumple la normativa aplicable que regula las Asociaciones Público

- (19) Al respecto, véase el voto singular discordante de Patricia Benavente Donayre, presidenta del Consejo Directivo de OSITRAN que evaluó el proyecto de adenda del contrato. Anexo 3. En: https://www.ositran.gob.pe/joomlatools-files/docman-files/RepositorioAPS/0/0/par/000001-TEMP/RESOLUCIONES/ACUERDO_2009-607-17-CD_OPINION_CHINCHERO_ADENDA_1_.pdf
- (20) De acuerdo con el cláusula 1.54 del contrato, los Fondos de Pagos del PAO son "el monto en valores corrientes establecidos en la Propuesta Económica que forma parte del contrato".
- (21) Informe de Auditoría de la Contraloría General de la República disponible en: http://doc.contraloria.gob.pe/prensa/notasprensa/2017/mayo/NP_062_2017.pdf

Chinchero: ¿APP u obra pública? He ahí el dilema. Análisis crítico del régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas y el de los contratos de obra pública a propósito del caso del Aeropuerto de Chinchero

Chinchero: ¿PPP or public works? That's the dilemma. Critical analysis of the legal regime of the Public-Private Partnerships and the public works contracts regarding the case of the Chinchero's airport

Privadas que podría significar un perjuicio económico para el Estado. Posteriormente, el Estado decidió resolver el Contrato de concesión.

Es así que hoy en día se tiene una controversia con el consorcio Kuntur Wasi y todos los peruanos seguimos esperando por el Aeropuerto de Chinchero en Cusco.

3.2. La adenda del caso y su desnaturalización al régimen de la APP, asemejándola al régimen de contratación de obra pública

Como se señaló anteriormente, básicamente la crítica vino por el tema de una vez firmada la adenda, quién verdaderamente está asumiendo el riesgo de financiamiento, ¿lo está haciendo el Estado?, ¿lo está haciendo el concesionario?, ¿hay una adecuada asignación de riesgos?, ¿hay una desnaturalización de los principios de la APP?

Pues bien, la adenda, en materia contractual, hace referencia a la celebración de un acuerdo mediante el cual se añade, agrega o adiciona disposiciones a un contrato previamente celebrado para complementarlo. La consecuencia de la celebración de una *addenda* es la modificación del contrato original⁽²²⁾. Al respecto, se tiene que de acuerdo con la regulación del marco de promoción de la inversión privada mediante asociaciones público privadas, “el Estado, de común acuerdo con el inversionista, podrá *modificar el contrato de Asociación Público Privada manteniendo su equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción*” (artículo 22.1 del Decreto Legislativo 1224). En la misma línea, su reglamento estipula que “las partes pueden convenir en *modificar el contrato de Asociación Público Privada*, manteniendo el equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, *procurando no alterar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto*” (artículo 53 del reglamento del Decreto Legislativo 1224) (énfasis agregado).

De ello se desprende que si bien es permitido legalmente que se puedan hacer modificaciones al contrato original, vale decir,

adendas, pues se requiere que estas cumplan ciertos requisitos, siendo estos los siguientes: (i) mantener el equilibrio económico financiero; (ii) mantener las condiciones de competencia; (iii) no alterar la asignación de riesgos; y, (iv) no alterar la naturaleza del proyecto. Sin embargo, en este caso en concreto del Aeropuerto de Chinchero, pues se evidencia que la adenda firmada no cumplió con los requisitos antes expuestos.

Al respecto, de acuerdo con Patricia Benavente Donayre, en este caso prácticamente la adenda “invierte la asignación del riesgo de financiamiento, variándolo drásticamente, al pasar de un esquema de financiamiento del concesionario a uno de financiamiento del Estado. Esto evidencia una clara variación de los términos originales del contrato en detrimento del Estado y del esquema de APP”. Asimismo, en relación a la inclusión de un pago por adelante que tiene que realizar el Estado señaló que “el adelanto propuesto en la adenda exacerba la modificación del esquema de pago, toda vez que incluso se está entregando los recursos públicos para el inicio de las obras, aspecto que normalmente en una APP es una obligación económica del privado”⁽²³⁾.

Es por eso que, en este caso concreto, tras la firma del contrato de concesión bajo la modalidad de una APP, pues implicaba una colaboración entre el sector privado y público; así el privado se encarga de financiar y construir el proyecto a su riesgo, recibiendo 40 años de concesión del aeropuerto; en tanto que el Estado no tendría que invertir recursos como típicamente lo haría en el marco de un contrato de obra pública con prestaciones

(22) Véase Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Opinión No. 063-2011/DTN de fecha 17 de junio de 2011.

(23) Al respecto, véase el voto singular discordante de Patricia Benavente Donayre, presidenta del Consejo Directivo de OSITRAN que evaluó el proyecto de adenda del contrato. Anexo 3. En: https://www.ositran.gob.pe/joomlatools-files/docman-files/RepositorioAPS/0/0/par/000001-TEMP/RESOLUCIONES/ACUERDO_2009-607-17-CD_OPINION_CHINCHERO_ADENDA_1_.pdf



Camila Chinchay Yancunta y Eloisa Jara Enriquez

recíprocas, dado que el grueso del financiamiento recae en el privado y así se tendría un proyecto de calidad para los ciudadanos.

No obstante, con la firma de la adenda del contrato, esta produce radicales cambios en los términos y condiciones pactados en el contrato, produciendo así una desnaturalización de las características y principios esenciales en toda APP. En concreto, la adenda altera la asignación adecuada de riesgos pactadas anteriormente y afecta el principio de competencia, dado que tras la firma de la adenda no mantiene las condiciones de la competencia, con lo cual no se está cumpliendo con lo establecido en los artículos 22.1 del Decreto Legislativo 1224 y con el artículo 53 del reglamento de la norma antes mencionada.

Es así que en relación a la asignación de riesgos contemplados en el contrato previo, pues a raíz de la firma de la adenda, el concesionario ya no asume de financiamiento, sino que lo desplaza al Estado e inclusive se contempla que el Estado le debe pagar un adelanto de aproximadamente \$40 millones, aspecto que no estaba contemplado en el contrato previo, y la adenda sigue manteniendo el plazo de concesión de 40 años a favor del concesionario. En efecto, como se mencionó anteriormente, producto de la adenda, el Estado se hace responsable del financiamiento ya no del 28,6% como estaba previsto, sino del 80,7%; mientras que el concesionario (privado) dejó de asumir el 71,4% del presupuesto total de la obra para ahora asumir solo el 19,3% del presupuesto total de las obras.

Para Patricia Benavente, “al existir un cambio de modalidad de pago y el otorgamiento de un adelanto al concesionario, pues se genera una transferencia del riesgo de financiamiento del concesionario al concedente, alterando así este principio”⁽²⁴⁾. Asimismo, en relación al tema del cambio en la asignación de riesgos, la Gerencia Técnica de OSITRAN señaló que “se está pasando a un esquema de financiamiento del concesionario a uno de financiamiento del Estado, evidenciando una clara variación a los términos originales del contrato en detrimento del Estado” (Ositran 2017, 30).

Y es que efectivamente, la adenda lo que está realizando en los hechos es desnaturalizar la naturaleza de las Asociaciones Público Privadas y desnaturalizar también las condiciones acordadas en el contrato original. Como lo hemos señalado anteriormente y se encuentra regulado como uno de los principios en el marco de las APP, es necesario que todo proyecto tenga una adecuada asignación de riesgos; no obstante, la adenda generó que este principio se vea afectado.

Ahora en relación al esquema de adelanto, de acuerdo con Patricia Benavente, la adenda “al incluir un esquema de adelanto de pago por avance de obras sí altera las condiciones originales del proceso licitatorio”⁽²⁵⁾. En efecto, se está incluyendo un aspecto sustancial al contrato que incide en el principio de competencia, ya que si este tema hubiera estado presente desde el inicio, pues distinta hubiera sido las propuestas que los diferentes postores realizaron.

En esa misma línea, en relación al tema de que la adenda incluye el pago de un adelanto, la Gerencia Técnica de OSITRAN señaló que si se hubiera incluido desde el inicio el tema del adelanto, pues “los postores no habrían tenido la necesidad de solicitar financiamiento alguno para la ejecución de la sub etapa 2, con lo cual la oferta de los postores habría sido aún menor por concepto de FPAO”⁽²⁶⁾. Con ello se desprende que la adenda altera las condiciones de competencia.

Es por esto que especialistas en APP criticaron la firma de la adenda, tales como José Luis Guasch, Alonso Segura y muchos otros, que

(24) *Ibidem*. Véase el voto singular discordante de Patricia Benavente Donayre.

(25) *Ibidem*. Véase el voto singular discordante de Patricia Benavente Donayre.

(26) Véase el Informe Técnico No. 005-2017-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN realizado por los gerentes Manuel Carrillo, Francisco Jaramillo y Jean Paul Calle, del 20 de enero de 2017, 28. En: https://www.ositran.gob.pe/joomlatools-files/docman-files/RepositorioAPS/0/0/par/000001-TEMP/RESOLUCIONES/ACUERDO_2009-607-17-CD_OPINION_CHINCHERO_ADENDA_1_.pdf

Chincheru: ¿APP u obra pública? He ahí el dilema. Análisis crítico del régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas y el de los contratos de obra pública a propósito del caso del Aeropuerto de Chincheru

Chincheru: ¿PPP or public works? That's the dilemma. Critical analysis of the legal regime of the Public-Private Partnerships and the public works contracts regarding the case of the Chincheru's airport

incluso son de la opinión que en este caso en concreto del Aeropuerto de Chincheru al desnaturalizarse la esencia de las APP, como consecuencia de la firma de la adenda, pues lo que se produce en realidad es que se está convirtiendo en un contrato de obra pública. Tal como lo señala Juan Mendoza, “con la adenda, más del 80% del financiamiento del proyecto lo realiza el Estado. Así, la adenda poco menos que convierte a Chincheru en una obra pública, pues el grueso de los recursos para construir el aeropuerto salen del erario nacional” (2017).

Y es que, en efecto, si el Estado como consecuencia de la firma de la adenda asume prácticamente todo el riesgo financiero y además de ello debe darle un pago de adelanto al concesionario, sin que exista algún tipo de modificación al tiempo de concesión que se le otorga al concesionario permaneciendo este en 40 años; pues en concreto la firma de la adenda va en contra de los intereses del Estado; e incluso se evidencia una desnaturalización al régimen de las APP, pues en los hechos prácticamente el proyecto queda a cuenta y riesgo del Estado convirtiéndola en una obra pública, ya que el concesionario no está cumpliendo con las características ni las labores que asumiría en una APP.

En ese sentido, es en los hechos un contrato de obra pública, el Estado pone el dinero, lo financia prácticamente en su totalidad y como resultado el concesionario (privado) construye la obra (prestaciones recíprocas). No obstante, decimos que en los hechos se convierte en una obra pública, pero como se ha firmado un contrato bajo la modalidad de una APP y se deja constancia de que el concesionario tendrá la concesión de la obra por 40 años, pues se concluye que una vez que el privado termine con la construcción del aeropuerto, pues no significa que lo entregará al Estado y se termina el vínculo. Lamentablemente, no es así. Sino que a pesar de que el privado no asume el financiamiento, pues permanecerá en el aeropuerto por 40 años (plazo de la concesión) ejecutándolo y dándole operación; es decir, no significa que una vez finalizado el aeropuerto el privado le entrega el mismo al Estado de manera, como en una obra pública- sino que como se ha firmado un contrato bajo la modalidad de APP, el privado permanecerá en el aeropuerto operándolo.

Por ende, si bien como consecuencia de la firma de la adenda, el proyecto se convirtió en los hechos en una obra pública porque prácticamente la obra se basaba a cuenta y a riesgo del Estado, pues no olvidemos que el contrato se firmó bajo

el marco de las APP, con lo cual el plazo de concesión de 40 años que tiene el privado aparece como inamovible, con lo cual solo hay una conclusión de todo esto: la adenda firmada genera perjuicios al Estado.

Es por todo ello que la modificación al contrato de concesión del Aeropuerto de Chincheru en Cusco, bajo la modalidad de APP, realizado a través de la adenda definitivamente significa un perjuicio al Estado y un claro favorecimiento al concesionario (privado), ya que prácticamente el aeropuerto se iba a efectuar con recursos íntegros del erario público. Además vulnera los requisitos establecidos en la normativa de las Asociaciones Público Privadas en relación a los requerimientos para realizar una modificación contractual; y es que, en estricto, se afectan las condiciones de competencia y se altera la asignación adecuada de los riesgos.

4. Perspectivas y directrices en torno al caso Chincheru: ¿qué se debió hacer en este caso y cómo debemos proceder?

De lo mencionado anteriormente, se desprende que la adenda firmada entre el MTC y el consorcio Kuntur Wasi no era conveniente para el Estado; por el contrario, era totalmente perjudicial. Es por eso que como primer punto se concluye que la adenda no se debió de firmar bajo esos términos y condiciones, sino que, por ejemplo, para permitir un esquema como el propuesto pues, tal como lo señala José Luis Guasch “se pudo reducir el plazo de la concesión (pactada en 40 años); no hay razón para mantener ese plazo” (2017). Y es que en efecto, si prácticamente el Estado está asumiendo los riesgos financieros, no tiene sentido que el concesionario (privado) se beneficie con tantos años operando en el aeropuerto. Otra manera de cómo debió firmarse la adenda es que el Estado no



Camila Chinchay Yancunta y Eloisa Jara Enriquez

asumiera en gran cantidad los riesgos financieros, sino que el consorcio debió encontrar otro mecanismo de financiamiento para empezar con la ejecución del proyecto.

En esa misma línea, si el concesionario no tenía como acreditar ante el concedente (Estado), antes del inicio de la etapa de ejecución de obras, que cuenta con los recursos financieros o los contratos suscritos que establezcan los compromisos de financiamiento necesarios para la ejecución de la mencionada etapa, pues el Estado pudo haber caducado el contrato, es decir, darle término por incumplimiento del concesionario, debido a que por su responsabilidad incumple con el cierre financiero de acuerdo a lo establecido en el literal m de la cláusula 15.3.2 del contrato. Así, en este caso, teniendo en cuenta que Kuntur Wasi no tenía cómo acreditar sus recursos financieros, es más, en el mes de noviembre se le rechazó el endeudamiento garantizado permitido que presentó, pues el Estado pudo tranquilamente dar por caducado el contrato por incumplimiento del concesionario y, en efecto, esto fue lo que pudo haber realizado el Estado antes de la firma de la adenda.

Lamentablemente, como en los hechos la adenda fue firmada, aceptando así sus términos y condiciones, pues no le quedó más alternativa al Estado que posteriormente luego de las críticas de lo que implica la adenda y luego de que la Contraloría General de la República concluyera que la firma de la adenda iba en contra de los intereses del Estado, pues se tuvo que resolver el contrato, generando perjuicios al Estado, dado que corresponderá el pago de una indemnización al respecto.

Ahora, teniendo el contrato resuelto, nos queda entonces volver a iniciar el procedimiento para la construcción de la infraestructura pública. Al respecto, dado que el proyecto del aeropuerto es de gran envergadura; pues de manera definitiva resultaría eficiente y adecuado que se realice mediante el mecanismo de las APP para construcción y operación de la infraestructura del presente caso, el Aeropuerto de Chinchero en Cusco, pero con el cumplimiento estricto de los principios que la regulan; lo que le permita así para el Estado una mayor eficiencia y menores riesgos al momento de la construcción del proyecto y de una manera más rápida. Así, compartimos la opinión de Gonzalo Prialé en el sentido de que el presente proyecto no puede realizarse como obra pública, dado que “una obra pública demoraría mucho en ponerse en marcha, el controlar una obra pública generalmente trae problemas

y la verdad es mejor que quien construya sea quien opera y mantenga después el aeropuerto” (2017).

5. Conclusiones

Los contratos realizados bajo el régimen de las APP nacen bajo el ideal de ser una cooperación entre el privado y el Estado para el desarrollo de obras que beneficiaran al cumplimiento de las necesidades públicas que en la gran mayoría de casos no pueden ser realizadas por el Estado, debido a que este no cuenta con la especialización en la materia o porque no cuenta con los recursos monetarios para realizar obras de gran infraestructura. Este fue el caso del contrato llamado *Aeropuerto de Chinchero*, que fue dado bajo la modalidad de una APP cofinanciada, según el contrato mismo, de donde se desprende que los riesgos se encuentran distribuidos de manera adecuada entre la empresa privada y el Estado.

Por otro lado, los contratos realizados vía modalidad de contratación de obra pública tradicional, se encuentran subordinados a un sistema de contrato estrictamente administrativo, mediante el cual se tiene un contratista y el comitente (el estado). Este sistema tiene una serie de etapas para desarrollar una obra pública cuya característica esencial es que los riesgos totales de la realización de una obra lo asume el Estado.

Es así que del presente artículo y por aportes de profesionales expertos en el tema, se concluye que el contrato original del aeropuerto de Chinchero fue impreciso y como resultado de ello sobrevino una adenda que supuso ser la última actuación definitiva para la resolución de mencionado contrato. En ese sentido y de acuerdo a la doctrina autorizada se desprende que la adenda era perjudicial a los intereses del Estado, ya que de la misma se desprende que

Chincheró: ¿APP u obra pública? He ahí el dilema. Análisis crítico del régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas y el de los contratos de obra pública a propósito del caso del Aeropuerto de Chincheró

Chincheró: ¿PPP or public works? That's the dilemma. Critical analysis of the legal regime of the Public-Private Partnerships and the public works contracts regarding the case of the Chincheró's airport

no se trataba de una obra realizada por una APP sino que por la transferencia de riesgos se llegó a convertir en una obra pública. No obstante, no se termina de configurar del todo en una obra pública, debido a la implicancia de la firma del contrato bajo la modalidad de APP que permite que el privado se quede en concesión por 40 años, no siendo una prestación recíproca de pago y entrega, como lo es en concreto un contrato de obra pública. Pero en definitiva, en este caso, se produce una desnaturalización a la figura de la APP.

Lo que necesita este proyecto que resulta ser de gran envergadura para nuestro país es que se ejecute bajo la modalidad de las APP, pero en estricto cumplimiento de su naturaleza, características y principios, para evitar así que en futuros casos los intereses del Estado se vean nuevamente afectados.

6. Fuentes bibliográficas

Campos, Alexander y Luis Martín Hinostroza. 2008. El contrato de obra pública: Lo que no dice la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero debería decir. *Revista de Derecho Administrativo* 5 (Lima): 297-308.

Corporación Andina de Fomento. 2008. Financiamiento Privado de Infraestructuras. Estudio de Alternativas y experiencias en materia de proyectos de Participación Público-Privada para América del Sur. Sector Transporte. Disponible en: http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/fid_financiamiento_privado_de_infraestructuras.pdf

Felices, Enrique. 2005. Asociaciones Público-Privadas para el financiamiento de infraestructura: el nuevo rostro del *project finance*. *Themis* 50, 137-50.

González García, Julio. 2006. Contrato de Colaboración Público-Privada. *Revista de Administración Pública* 170 (Madrid): 7-39.

Grimsey, Darrin y Mervyn K. Lewis. 2004. Public Private Partnerships. The worldwide revolution in infrastructure provision and Project finance. Cheltenham: Edward Elgar. <https://doi.org/10.4387/9781845423438>

Guasch, José Luis. 2017. La adenda de Chincheró pudo haber sido mucho mejor. *Diario Gestión*, 8 de marzo. Economía.

Hall, David. 2014. ¿Por qué las asociaciones público-privadas (apps) no funcionan? Las numerosas ventajas de la alternativa pública. Public Services International (PSI). Disponible en: http://www.world-psi.org/sites/default/files/documents/research/rapport_sp_56pages_a4_lr.pdf

Huapaya, Ramón y Giuliana Vergaray. 2007. Algunos apuntes en relación con la "participación público-privada" y su vinculación con el derecho administrativo y la inversión en infraestructura y servicios públicos. *Revista de Derecho Administrativo* 3, 95-126.

Instituto Peruano de Economía (IPE). 2013. ¿Obra pública tradicional o asociación público-privada? Viabilidad del comparador público privado en el Perú. Lima: Afín. Disponible en: http://www4.congreso.gob.pe/dgp/didp/boletines/01_2014/imagenes/economia/5.OBRA-PUBLICA-TRADICIONAL_PRIVADA-VIABILIDAD-COMPARADOR.pdf

Juristo Sánchez, Rafael. 1997. El contrato de Obra Pública. Madrid: Raíz TG.

Larroumet, Christian. 1999. Teoría General del Contrato. Volumen I. Traducido por Jorge Guerrero. Bogotá: Temis.

Legorreta, G. 2011. Asociaciones Público-Privada en la Inversión Pública. México D.F.: Fundación Rafael Preciado Hernández.

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN). 2017. Informe Técnico No. 005-2017-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN. 20 de enero. Disponible en: <https://www.>



Camila Chinchay Yancunta y Eloisa Jara Enriquez

ositran.gob.pe/joomlatools-files/docman-files/RepositorioAPS/0/0/par/000001-TEMP/RESOLUCIONES/ACUERDO_2009-607-17-CD_OPINION_CHINCHERO_ADENDA_1_.pdf

Mendoza, Juan. 2017. La adenda de Chinchero. *Diario Gestión*, 31 de mayo.

Mercado Neumann, Edgardo y Flavia Abusada Chehade. 2015. Asociaciones Público Privadas (APP): Entre lo Público y lo Privado - El Empresario como Cogobernante. *Derecho & Sociedad* 45, 103-9.

Prialé, Gonzalo. 2017. Aeropuerto de Chinchero debe ser APP y no obra pública. RPP, 05 de junio.

Robalino Orellana, Javier. 2010. Las asociaciones público-privadas (APP): una opción para contratación administrativa en

Latinoamérica. *Revista de Derecho Foro* 13 (Quito): 97-108.

Rozas, Patricio y Ricardo Sánchez. 2004. Desarrollo de infraestructura y crecimiento económico: revisión conceptual. Santiago de Chile: Naciones Unidas - CEPAL.

Shack, Nelson. 2016. Reformas de gasto público y crecimiento económico El caso de las Asociaciones Público-Privadas en el Perú y la inversión “impulsada”. Santiago. Consulta 22 de marzo del 2017. Disponible en:

http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/39901/S1501197_es.pdf;jsessionid=9491ACF603211ABFF15DFDC6D1B8BFA1?sequence=1

Umezawa, Angie y María Elena Reaño. 2013. Evolución de las Asociaciones Público Privadas - APPs, conforme a la regulación normativa: una visión a través de experiencias. *Revista de Derecho Administrativo* 13, 51-64.

Vassallo, José Manuel y Rafael Izquierdo. 2010. Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España. Caracas: CAF.