

## INVERSIÓN PRIVADA EN OBRAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUCTURA Y DE SERVICIOS PÚBLICOS: UNA MIRADA DESDE EL SECTOR PÚBLICO\*

René Cornejo Díaz\*\*

*En el presente artículo, el autor, quien cuenta con una vasta experiencia en materia de concesiones, realiza un recuento de las modalidades existentes en el Perú, explicando sus características y variantes de una manera muy comprensible.*

*Asimismo, describe los procedimientos y pasos a seguir para otorgar una concesión a través de ejemplos reales de concesiones realizadas en el país en los diversos sectores regulados de modo que se cumplan los objetivos de la misma y se logre satisfacer el interés público.*

\* El presente artículo representa las opiniones personales del autor y no necesariamente las del Estado de la República del Perú. Se ha elaborado a partir de información pública. El autor agradece a Susana Medina, Ana María Vertiz, Luis Miguel Yrivarren y Giancarlo Villafranqui cuyo apoyo resultó indispensable para la elaboración de este artículo.

\*\* Director Ejecutivo de ProlInversión. Ingeniero Mecánico y Electricista. Magister en Administración por la Escuela de Administración de Negocios para Graduados (ESAN). Post grado en Teoría de Finanzas, Fusiones y Adquisiciones y Mercado de Opciones por la University of California at Los Angeles-UCLA, y post grado con especialidad en Gestión de la Producción por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente el autor se encuentra en preparación de la tesis de su Doctorado en Management Sciences: Administración y Dirección de Empresas por la Escuela Superior de Administración y Dirección de Empresas (ESAN).

“(…) Cuando las precondiciones de infraestructura básica (carreteras, energía y puertos) y el capital humano (salud y educación) están en su lugar, los mercados son poderosos constructores del desarrollo. Sin esas precondiciones los mercados pueden ser crueles puentes de miles de personas del mundo, dejándolos empobrecidos y sin ningún respeto. La acción colectiva a través de la efectiva provisión de salud, educación, infraestructura, así como la asistencia extranjera cuando sea necesaria, apuntala hacia el éxito económico”<sup>1</sup>.

-Jeffrey D. Sachs

La señora Luna se despierta todos los días a las cuatro de la mañana para juntar agua, la que con suerte llega hasta las seis de la mañana, y que le permitirá saciar la sed de su familia, preparar sus alimentos y ayudar con la higiene familiar. Ella ha tenido que cavar la tierra hasta llegar a las tuberías de conducción porque la presión del agua no es suficiente para llegar hasta su casa y, de otra forma, no conseguiría ni una gota. Esto son los días con suerte porque en otras ocasiones tiene que salir a comprar el agua en barriles a un precio muy alto, con los riesgos a la salud que esto trae.

Esta es una necesidad real en la Región Tumbes donde de 182800 habitantes 30000 carecen del servicio de agua potable, 85000 tienen conexiones inactivas de agua y 100000 no disponen del servicio de alcantarillado<sup>2</sup>.

Esto se repite en todo el país. Las estadísticas nos muestran que a fines del 2003, a nivel nacional, más de 7 millones de personas carecían del servicio de agua potable, 11.5 millones no disponían del servicio de alcantarillado y el nivel de tratamiento de las aguas residuales, aun en las zonas urbanas, era del orden del 20%. La infraestructura tiene una antigüedad promedio de 30 años y se encuentra en franco riesgo de colapso.

Se estima que para reducir el déficit de cobertura en un 50% se requiere una inversión del orden de US\$ 4500 millones. Esta cifra para un país como el nuestro con recursos insuficientes, en el que además las prioridades de gasto se deben centrar en los sectores salud, educación y seguridad, es casi imposible de mejorar con la sola participación del Estado, por lo que la pregunta que se plantea es ¿qué hacer para revertir dicha situación?

El objeto del presente artículo es mostrar al lector, sobre la base de una amplia experiencia, los principales aspectos que se deben tomar en cuenta a la hora de desarrollar un proceso de concesión, el cual incorpora actividades tales como el diseño de la estrategia a ser aplicada, la obtención de las aprobaciones o autorizaciones de las entidades del Estado relacionadas, la elaboración de los documentos clave como lo son el Contrato de Concesión y las Bases del proceso, la elaboración y aplicación de una estrategia para lograr la aceptación social, la promoción del proyecto al sector privado nacional e internacional y la firma del Contrato de Concesión.

## INTRODUCCIÓN

La escasez de infraestructura de servicios públicos ha minado el comercio y el desarrollo peruano durante los últimos 20 años. Según estudios del Banco Mundial, el Perú tiene uno de los costos logísticos más altos de la región, indicador crítico en el camino de consolidar al país como un eficiente núcleo exportador.

Las limitaciones que se producen por una deficiente infraestructura pueden llegar a ser tan altas que según Limao y Venables<sup>3</sup> un incremento de 10% en los costos de transporte reduce el volumen del comercio en un 20%, Radelet y Sachs<sup>4</sup> opinan que un incremento de 100% en los costos de transporte reduce el PBI en un 0.5%, y Wilson, Mann y Otsuki<sup>5</sup> sostienen que un mejoramiento de un 0.55% en la eficiencia portuaria reduce en 5.5% los aranceles aduaneros.

Un estudio elaborado por el Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico<sup>6</sup> muestra que las familias que carecen de electricidad, teléfono, agua y carreteras, tienen que recurrir a otros servicios más caros y menos eficientes.

Una mejora en la infraestructura se verá reflejada en el aprovechamiento máximo que se le puede dar a los núcleos productivos o logísticos, de forma tal que se pueda elevar su nivel de competitividad y asegurar que ningún potencial económico del país se deje de aprovechar por falta de infraestructura básica.

## 1. REQUERIMIENTOS DE INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA DE SERVICIOS PÚBLICOS EN EL PERÚ Y LA INVERSIÓN PRIVADA COMO UNA ALTERNATIVA PARA SU DESARROLLO

<sup>1</sup> SACHS, Jeffrey D. "The End of Poverty, Economic Possibilities for our Time". New York: The Penguin Press. 2005. p. 3.

<sup>2</sup> Cifras al 2003.

<sup>3</sup> LIMA, Nuno y Anthony J. VENABLES. "Infrastructure, Geographical Disadvantage, Transport Costs and Trade". Nuno Limao es de Columbia University y Anthony J. Venables de la London School of Economics and CEPR.

<sup>4</sup> "Shipping Costs, Manufactured Exports and Economic Growth". 1998. p.11.

<sup>5</sup> "Maritime Transport Cost and Port Efficiency"

<sup>6</sup> ADEPSEP y UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO. "Estimación de los costos de transacción producto de la inadecuada infraestructura en servicios públicos". 2005.

“Un incremento de un 1% en el nivel de sólo uno de las tipos de infraestructura –como por ejemplo, las líneas de teléfono por trabajador– puede incrementar el crecimiento del producto interior bruto en 0.20 puntos porcentuales”<sup>7</sup>.

-C. Calderón y L. Serven

La brecha de inversión en infraestructura de servicios públicos en el país ha sido calculada en US\$ 22879 millones por ADEPSEP al año 2005<sup>8</sup>. El concepto de “brecha de inversión” implica el reconocimiento de la falta de inversión para llegar a cierta meta o para cumplir con ciertos requerimientos de infraestructura, ya sea por el uso de instalaciones en condiciones sub óptimas o la dificultad de satisfacer la demanda actual y futura.

La escasez en infraestructura se acentúa en los países en desarrollo –como el nuestro– donde la administración de los servicios públicos se encuentra aún en manos de Estados que tienen un presupuesto limitado, debido a sus bajos ingresos que implican bajos niveles de ahorro, un balance primario con tendencia decreciente y un nivel de endeudamiento público cercano al 45%<sup>9</sup>. Adicionalmente, la administración de los servicios es deficiente debido a una falta de capacidades gerenciales y doctrinas de eficiencia.

Planteada la escasez de recursos y las dificultades que atraviesan Estados como el nuestro para proveer nueva infraestructura, se propone la alternativa de incorporar inversión privada en esta actividad. En el Perú, además de cubrir la escasez de recursos para el financiamiento

Cuadro 1: La Brecha de Infraestructura en el Perú

SECTOR	LIMA		
	METROPOLITANA	REGIONES	TOTAL
Transportes	681	7,003	7,684
Red Vial	58	6,771	6,829
Puertos	560	135	695
Aeropuertos	63	80	143
Ferrocarriles	0	17	17
Saneamiento	2,369	2,250	4,619
Agua Potable	1,081	1,152	2,233
Alcantarillado	838	942	1,780
Tratamiento de Aguas Servidas	450	156	606
Electricidad	207	5,316	5,523
Ampliación de Cobertura	207	1,109	1,316
Infraestructura de Transmisión	0	228	228
Ampliación de Capacidad Instalada	0	3,979	3,979
Gas Natural	100	320	420
Telecomunicaciones	2,745	1,888	4,633
Telefonía Fija	595	589	1,184
Telefonía Móvil	2,150	1,299	3,449
<b>TOTAL BRECHA DE INVERSION (US\$ MILLONES)</b>	<b>6,102</b>	<b>16,777</b>	<b>22,879</b>

Fuente: ADEPSEP

<sup>7</sup> CALDERÓN, C. y L. SERVEN. “El Costo del Producto de la Brecha de Infraestructura de América Latina”. Palo Alto, California: Stanford University Press. Washington D.C.: Banco Mundial. 2003.

<sup>8</sup> IPE y ADEPSEP. “La Infraestructura que necesita el Perú. Brecha de Inversión en Infraestructura de Servicios Públicos”. 2005.

<sup>9</sup> El FMI recomienda como límite de endeudamiento el 45% del PBI.

de los proyectos, el sector privado ha probado ser más eficiente en la operación de los mismos<sup>10</sup>.

La incorporación de la inversión privada a través de las privatizaciones realizadas en el pasado ha significado una mejora en los indicadores de servicios públicos en los diversos sectores, como por ejemplo en el sector eléctrico donde los niveles de cobertura han pasado de 54.8% en el año 1992 a 76.3% en el año 2004, las pérdidas de energía han experimentado una sensible disminución de los sistemas de distribución pasando de 20.6% en el 1994 a 9.1% en el año 2003 y la potencia instalada del país se ha incrementado en 1827 MW, hasta totalizar 6016 MW en el año 2004. Algo similar ha ocurrido en el sector telecomunicaciones, en donde la densidad en telefonía fija ha pasado de 2.94 en el año 1993 a 7.39 en el año 2004, la densidad en telefonía móvil ha pasado de 0.16 en el 1993 a 14.75 en el año 2004 y el tiempo de espera promedio para la atención de una solicitud de nueva línea de telefonía fija pasó de 70 meses en el año 1993 a 5 días en el año 2004<sup>11</sup>.

Por el lado de las concesiones, desde el año 1996, el Estado ha puesto en marcha un importante plan de desarrollo de la infraestructura de servicios públicos tales como el desarrollo de redes viales, aeropuertos, puertos, saneamiento y energía entre otros; generando

aproximadamente US\$ 6130 millones de inversión comprometida, US\$ 1006 millones de ingresos para el Estado, en adición a miles de puestos de trabajo creados, población beneficiada e ingresos por recaudaciones de impuestos<sup>12</sup>.

Se estima que para lograr un crecimiento anual de 7% en la economía peruana, que permita sentir los beneficios positivos a todo nivel, es necesario un nivel de inversión cercana al 25% del Producto Bruto Interno (en adelante PBI). Actualmente la inversión se encuentra alrededor del 17% del PBI y, dadas las limitaciones de recursos del Estado, el diferencial sólo puede ser cubierto por el sector privado.

### Las Asociaciones Públicas Privadas

La incorporación de la inversión privada se puede dar de distintas formas. Para hablar de los extremos, desde la privatización, donde la infraestructura pasa a propiedad privada de manera permanente, o a través de un Contrato de Obras en donde el sector privado sólo encarga de su construcción y la propiedad se queda en manos del Estado. Una figura intermedia mucho menos rígida y que ha venido tomando preponderancia a nivel mundial son las Asociaciones Público Privadas (en adelante APP).



El término APP no tiene una definición única entre los autores, pero es usualmente utilizado para describir un amplio espectro de posibles relaciones entre el sector público y el sector privado para llevar a cabo un proyecto o proveer un servicio. Las APP están basadas en el reconocimiento de que, tanto el sector público como el sector privado, pueden mutuamente beneficiarse uniendo sus recursos

financieros, conocimientos y experiencia para mejorar la entrega de los servicios básicos a todos los ciudadanos<sup>13</sup>.

El ejecutar un proyecto a través de una APP obliga a pensar en horizontes de largo plazo de manera que la operación y mantenimiento de la infraestructura estén explícitamente considerados. Al promover la

<sup>10</sup> Por ejemplo, de acuerdo con el Banco Central de Reserva del Perú, durante el período 1970-1990, la pérdida acumulada de las empresas estatales peruanas ascendió a aproximadamente US\$7100 millones. Cerca de US\$2500 millones se generaron durante la década de los 70, US\$3000 millones en la primera mitad de los 80 y US\$1800 millones durante el período 1986-1990. Asimismo, un estudio conducido por el Banco Interamericano de Desarrollo demuestra que las empresas de servicios públicos privatizadas en los años 90 han mejorado sus ratios de desempeño como Ingresos Netos sobre Ventas (20%), Ingresos Operativos sobre Ventas (13%) y ventas por empleado (45%).

<sup>11</sup> Evaluación del Proceso de Privatización, COPRI. Ministerio de Energía y Minas, OSIPTEL.

<sup>12</sup> Fuente: ProInversión. Reporte del Proceso. Diciembre de 2005.

<sup>13</sup> Herramienta para APP Municipales Pro Pobres. Maleye Diop, Programme Manager PPPUE, Sudáfrica. Programa de las Naciones Unidas - PNUD.

participación del sector privado, el Estado busca reducir las distancias económicas y por ende incrementar la competitividad del país para, entre otras metas nacionales, asegurar la continuidad del notable crecimiento del comercio exterior de los últimos años y la inclusión de poblaciones relegadas a la economía nacional.

“Un criterio importante para la realización de las APP es que el costo de realizar la infraestructura mediante una APP debe ser menor al costo en el que hubiera incurrido el gobierno en hacerlo directamente por mecanismos tradicionales de obra pública. Este es el criterio de maximizar el valor de los recursos públicos, que deben satisfacer todas las APP para evitar que, por la ilusión de la disponibilidad de recursos, se terminen construyendo obras innecesarias”<sup>14</sup>.

En el Perú, las APP se han venido desarrollando a través de las concesiones reconociendo que el Estado y el sector privado pueden llevar adelante una relación de largo plazo donde la suma de sus fortalezas permita un beneficio mutuo a través de la prestación de infraestructura de servicios públicos.

La definición de concesión ha tenido una interesante evolución pues en un inicio se planteó como un Contrato de Derecho Privado, luego como un Acto Unilateral de la Administración para finalmente llegar a nuestros días como un Acto de Poder Público y Contrato administrativo<sup>15</sup>. Esta última definición, también conocida como mixta o ecléctica, es suscrita por la doctrina nacional<sup>16</sup> y establece que la concesión es una operación de carácter complejo que involucra dos aspectos:

i) **Aspecto legal o reglamentario**, según el cual la concesión implica un acto unilateral del poder público y la facultad reglamentaria de la administración respecto de las condiciones generales de prestación de los servicios.

ii) **Aspecto Contractual**, según el cual la concesión también implica un contrato administrativo en el que “se crea una situación jurídica individual y subjetiva a favor del concesionario, la misma que no puede ser alterada por un acto unilateral de la Administración concedente, sin tomar en cuenta el consentimiento de aquel”<sup>17 18</sup>.

A efectos de precisar la definición de Concesión es válido recurrir al concepto desarrollado por la Corporación Andina de Fomento según la cual la Concesión de infraestructura pública es una especie de participación público privada que “(...) se encuadra dentro de las diferentes técnicas de gestión privada de infraestructuras, con la particularidad que en este caso, a diferencia de otros, el concesionario **no actúa por derecho propio y sí por cuenta de la Administración; aunque en nombre propio**. (...) En definitiva, se trata de una técnica a través de la cual el Estado delega a un tercero la ejecución/gestión (por cuenta y riesgo de éste) de una actividad o servicio de la que es titular; o bien, habilita a un tercero (...) a utilizar bienes de dominio público para la prestación de actividades o servicios de carácter libre; bajo control/fiscalización de parte de aquélla”<sup>19</sup>.

En los Contratos de Concesión celebrados por el Estado Peruano, el concepto de concesión ha ido evolucionando siempre en función de la vinculación con los bienes de la misma. Así, se le ha definido como: i) “el acto plasmado en el presente contrato de naturaleza administrativa (...), en virtud del cual el Concedente otorga al Concesionario el aprovechamiento de los Bienes de la Concesión (...)”<sup>20</sup>; ii) “el acto administrativo plasmado en el presente Contrato mediante el cual el Concedente otorga al Concesionario el derecho para el aprovechamiento económico de los bienes de la concesión (...)”<sup>21</sup>; y, iii) “la relación jurídica de Derecho Público que se establece entre el CONCEDENTE y el CONCESIONARIO a partir de la Fecha de Suscripción del Contrato, mediante la cual el CONCEDENTE

<sup>14</sup> PASCÓ-FONT, Alberto. “Las Asociaciones Público Privadas y la mejora de la Infraestructura Nacional”. En: Revista PronInvertir. Procapitales. Diciembre de 2005. pp. 8-9.

<sup>15</sup> La doctrina del Derecho ha desarrollado distintas teorías para definir qué se debe entender por “Contrato Administrativo”, “Contrato Estatal” o “Contrato de la Administración”. Sobre un recuento de estas definiciones y su limitada utilidad práctica en el Perú, ver: LINARES, Mario. “El Contrato Estatal”. Lima: Grijley. 2002.

<sup>16</sup> Tomado de DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “Promoción de la inversión privada en materia de obras públicas de infraestructura y servicios públicos a través de las concesiones”. En: Advocatus. Nueva Época. Segunda entrega, año 2000. pp. 55 y siguientes; en el mismo sentido, ver: ZEGARRA, Diego. “Concesión Administrativa e Iniciativa Privada”. En: Themis-Revista de Derecho 39. pp. 99 y siguientes.

<sup>17</sup> DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Op. Cit. p. 57.

<sup>18</sup> Esta distinción nos plantea la pregunta abierta de conocer a qué nos enfrentamos cuando los reglamentos emitidos por los Organismos Reguladores peruanos establecen su supletoriedad respecto de los contratos de concesión.

<sup>19</sup> CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO. “Financiamiento Privado de Infraestructuras: Estudio de alternativas y experiencias en materia de proyectos de Participación Público-Privada para América del Sur. Sector Transporte”. Caracas. 2004. p. 43. Documento público disponible en la página web de la corporación.

<sup>20</sup> Contrato de Concesión de aprovechamiento óptimo de las aguas superficiales y subterráneas del Río Chillón. Diciembre de 1999.

<sup>21</sup> Contrato de Concesión del Aeropuerto Jorge Chávez. Agosto de 2000. Ver también la Concesión de Ferrocarriles. 1999.

otorga al CONCESIONARIO el derecho a diseñar, construir, financiar, conservar y explotar de manera exclusiva "la nueva infraestructura" durante el plazo de vigencia del Contrato"<sup>22</sup>.

Actualmente, el Estado viene trabajando en sus distintos proyectos de concesión con una definición de esta básicamente vinculada a su objeto. Así, de acuerdo a dicha definición, la concesión es la relación jurídica de Derecho Público que se establece entre el concedente y el concesionario a partir de la Fecha de Suscripción del Contrato, mediante la cual el concedente otorga al concesionario el derecho al aprovechamiento económico de los Bienes de la Concesión durante el plazo de vigencia de la misma.

Finalmente, en la definición de concesión es importante tener en cuenta tres aspectos fundamentales:

Un primer aspecto es que si bien existe un marco legal destinado a formar la voluntad del Estado para contratar con el concesionario a través de las licitaciones o concursos y regular las normas generales de prestación de los servicios, lo pactado en el contrato de concesión debe ser respetado y sólo puede ser modificado "previo acuerdo con el concesionario"<sup>23</sup>. Incluso, el artículo 17 del Decreto Supremo 059-97-PCM establece que los contratos de concesión pueden contener cláusulas que estipulen el pago de una indemnización a favor del concesionario en caso el Estado modifique unilateralmente el contrato.

Un segundo aspecto importante a tener en cuenta es que las concesiones son una técnica de cooperación para proveer servicios públicos e infraestructura con particularidades. Existirán intereses divergentes entre el Estado y el particular en toda concesión, pues el concesionario se convertirá en un agente del concedente para satisfacer las necesidades de infraestructura y servicios públicos y este agente mantendrá el interés de maximizar sus beneficios. El agente siempre actuará "en nombre propio", pero "por cuenta de la Administración" pues esta mantendrá la titularidad de la infraestructura o servicio. Este último aspecto, el de titularidad, diferencia a las concesiones de las licencias o permisos, que son actos de "reconocimiento" de derechos preexistentes de los particulares.

El tercer aspecto es que la Concesión siempre implicará la explotación (gestión) de la infraestructura o del servicio por el Concesionario. Este es un aspecto fundamental, legalmente reconocido<sup>24</sup>, que diferencia las concesiones de la provisión de infraestructura o servicios de manera directa por el Estado mediante mecanismos de obra pública u otras prestaciones directas de servicios.

## 2. ESTRUCTURACIÓN DE UNA CONCESIÓN

A continuación se desarrollan las principales actividades para estructurar una concesión. En la experiencia nacional se ha podido comprobar que en ocasiones estas actividades no se han seguido en el mismo orden que se mencionan debido a que los procesos de promoción de la inversión privada son dinámicos y responden muchas veces a niveles de complejidad y coyunturas distintas.

### 2.1 Identificación del proyecto

Las iniciativas de nuevos proyectos para el desarrollo u operación de la infraestructura de servicios públicos pueden tener un origen en el sector público (Gobierno Nacional, Gobierno Regional y Gobiernos Locales) o en el sector privado. En el primer caso, se debe estructurar mecanismos y sistemas para organizar y canalizar estas iniciativas; en el segundo caso, lo más importante es reconocer y acoger la libre iniciativa privada.

Los proyectos propuestos por el sector público, en una situación ideal, debieran responder orgánicamente a políticas nacionales, regionales y sectoriales de desarrollo que prioricen y programen los proyectos a ser ejecutados. Estos planes sectoriales independientes debieran ser recogidos en un Plan Maestro de Desarrollo de Infraestructura que permita, de manera coordinada, englobar las prioridades de los distintos sectores de forma tal que el desarrollo de la infraestructura necesaria se haga de manera organizada. Sin embargo, aún estamos lejos de esta situación.

El nuevo Reglamento de Organización y Funciones de ProInversión<sup>25</sup> establece que corresponde a esta entidad "proponer y ejecutar la política nacional de promoción de la inversión privada, en concordancia

<sup>22</sup> Contrato de Concesión Terminal Portuario del Callao-Zona Sur. 2006.

<sup>23</sup> Existe doctrina jurídica que sostiene que el Estado está en capacidad de modificar unilateralmente los contratos de Concesión. Considero que a la luz de la legislación peruana esta posibilidad estaría seriamente restringida. Ver nota el pie anterior.

<sup>24</sup> El artículo 3 de la Ley de Concesiones establece que "La concesión de la obra implica la explotación del servicio." Por su parte, el artículo 3 del reglamento de esta Ley dispone que "(...) La explotación de la obra o la prestación del servicio comprende: a) La prestación del servicio básico y los servicios complementarios para los que fue entregada la concesión, de acuerdo a las condiciones de calidad establecidas en el Contrato; b) el mantenimiento de la obra; y, c) el pago de tarifas, precios, peajes u otros pagos pactados en el contrato de concesión que realizarán los usuarios como retribución por los servicios básicos y complementarios recibidos".

<sup>25</sup> Aprobado por Decreto Supremo 039-2006-EF. 4 de abril de 2006.

con los lineamientos establecidos por el Ministerio de Economía y Finanzas, los planes económicos y la política de integración, con arreglo a la legislación sobre la materia". Entonces, se podría generar mayor orden en las iniciativas, sin perjuicio de aprovechar las oportunidades que se presenten. En tal sentido, una vez establecidas las prioridades por parte de todos los sectores del Gobierno Nacional y de los Gobiernos Locales y Regionales en sus planes de desarrollo de infraestructura, todos aquellos proyectos que requieran de la participación de la inversión privada deben pasar a formar parte de un "Plan Nacional de Concesiones de Infraestructura Multisectorial".

A la fecha, se ha logrado un avance en este aspecto pues ya contamos con planes sectoriales de desarrollo para los próximos años y en muchos de ellos ya se ha podido definir en qué obras y servicios públicos resultaría conveniente incorporar la inversión privada. Por ejemplo, el Plan Nacional de Saneamiento para el período 2006-2015 ya establece la realización de alianzas público privadas en las Empresas Prestadoras de Servicios (en adelante EPS) de Piura, Huancayo, La Libertad y Ucayali.

Respecto de los proyectos propuestos por el sector privado, la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada y su Reglamento<sup>26</sup> regulan la posibilidad de que personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, identifiquen proyectos de inversión sobre recursos estatales (en activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos) que puedan ser ejecutados por el sector privado. La iniciativa privada es tramitada como un derecho de petición, por lo que el Estado no esta en obligación de acceder a la misma.

## 2.2 Diseño general del Proceso de Promoción de la Inversión Privada

El primer paso para llevar a cabo un proceso de concesión es la elaboración del Plan de Promoción, el cual constituye el marco referencial técnico, legal y financiero, sobre el cual se licitará o concursará la concesión<sup>27</sup>. También representa un compromiso político con relación a aspectos elementales de la concesión, así como una orden desde las más altas esferas del gobierno para que su contenido sea cumplido por los sectores. Este documento resulta particularmente útil cuando existen

muchos actores con diferente participación en la toma de decisiones vinculadas a la concesión.

El Plan de Promoción es elaborado por los Comités de ProInversión y debe ser aprobado por el Consejo Directivo de ProInversión, cuyo acuerdo deberá ser luego ratificado por Resolución Suprema, refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del sector correspondiente.

De acuerdo con el Reglamento de la Ley de Concesiones<sup>28</sup>, el Plan de Promoción debe contener como mínimo:

- a) Diseño general del proceso;
- b) Modalidad de otorgamiento de la concesión (Licitación Pública Especial o Concurso de Proyectos Integrales);
- c) Esquema financiero;
- d) Plazo de la concesión; y,
- e) Cronograma del proceso

Para la definición de los literales a), c) y d) antes señalados, se debe evaluar los aspectos técnicos, financieros y legales aplicables al proyecto, a efecto de determinar un esquema que promueva el desarrollo del mercado, sea atractivo para el sector privado y resguarde los intereses del Estado y los usuarios.

Esta evaluación incluye la revisión de las proyecciones de demanda, la evaluación de las operaciones e instalaciones existentes, la definición de las obras y servicios requeridos, la estimación del monto de inversión y de los costos de operación y mantenimiento, la formulación del modelo financiero para conocer el plazo de concesión requerido y si la concesión será autosostenible o requerirá de un cofinanciamiento del Estado, el estudio de la organización industrial y el marco institucional a efectos de determinar el grado de competencia en el sector y la necesidad consecuente de regulación y la intensidad de la misma, el análisis de los riesgos involucrados en el negocio, procurando asignarlos a quien estuviera en mejor capacidad de sobrellevarlos y la definición del paquete de infraestructura a ser entregado en concesión.

Esta es una labor que realizan los Comités de ProInversión<sup>29</sup> con equipo propio o a través de terceros.

<sup>26</sup> Ley 28059 –Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada–. Decreto Supremo 015-2004-PCM –Reglamento de la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada–.

<sup>27</sup> Numeral 3 del artículo 6 del Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan entrega en concesión al Sector Privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

<sup>28</sup> Ver: artículo 11 del Reglamento.

<sup>29</sup> Artículo 7, inciso a) del Reglamento del Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan entrega en concesión al Sector Privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. Decreto Supremo 060-96-PCM.

Por lo general, los Comités contratan asesores especializados, tales como Bancos de Inversión y consultores técnicos, dependiendo del nivel de especialización que se requiera o si se cuenta con experiencia previa en algún proyecto similar.

Respecto de la modalidad de otorgamiento de la concesión, literal b), podemos afirmar que, a diferencia del caso de la Licitación<sup>30</sup>, no existe norma vigente<sup>31</sup> que regule los alcances de un Concurso de Proyectos Integrales.

Sin embargo, se considera que se debe optar por un Concurso de Proyectos Integrales cuando el postor vaya a tener a su cargo el diseño y la tecnología a ser empleadas en la construcción de una obra o cuando la concesión se limite al mejoramiento y operación de la infraestructura existente; mientras que se debe optar por una Licitación Pública Especial cuando el diseño y la tecnología a ser empleadas en la construcción de las obras y en la prestación de los servicios ya se encuentran definidos por el Estado.

Respecto del cronograma del proceso, literal e), el plazo total del proceso debe tomar en cuenta la complejidad técnica del proyecto, los montos de inversión que serán requeridos, el momento político en que se ejecutará, el tiempo que necesitarán los postores para revisar los proyectos de contrato y preparar sus propuestas, y, en caso se requiera el cofinanciamiento o garantías del Estado, la obtención de las autorizaciones o aprobaciones requeridas mediante normas de los mecanismos de control del correcto uso de los recursos públicos.

Si una concesión requiere de la ejecución de una obra que califique como Proyecto de Inversión Pública, debe obtener la declaración de viabilidad del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP)<sup>32</sup>. Los Proyectos de Inversión Pública tienen distintas fases de aprobación obligatorias (Preinversión, Inversión y Postinversión); sin embargo, pueden establecerse excepciones mediante Decreto Supremo, refrendado por el Ministro del sector correspondiente y por el Ministro de Economía y Finanzas<sup>33</sup>.

Por otro lado, si la concesión requiere garantías del Estado para respaldar las obligaciones del Concesionario derivadas de los préstamos bancarios comerciales o bonos emitidos para financiar el cumplimiento de sus obligaciones, se requiere también la aprobación del Ministerio de Economía y Finanzas, a través de la Dirección Nacional del Endeudamiento Público<sup>34</sup>.

Todas estas aprobaciones están destinadas a cautelar la calidad de la inversión pública así como la capacidad de endeudamiento del Estado.

Finalmente, junto con la elaboración del Plan de Promoción se realiza un diagnóstico de la aceptación del proyecto por parte de los *stakeholders* (población, organizaciones privadas y estatales relacionadas y otros que vayan a estar directa influenciados por la concesión) y se plantea lineamientos de comunicación y consulta que permitan llevar el proceso de manera consensuada.

### 2.3 Elaboración de una estrategia de aceptación social

Luego de la aprobación del Plan de Promoción se debe comenzar a trabajar en la elaboración de una estrategia que permita generar un espacio de diálogo cerrado con los *stakeholders* y los líderes de opinión (políticos, representantes de la sociedad civil, prensa, representantes de grupos organizados) de la zona. El objetivo de crear un espacio de diálogo cerrado es que la información que en un futuro se transmita no sufra variaciones en el camino.

Para elaborar esta estrategia se debe partir de un análisis coyuntural que permita identificar cuáles son sus percepciones, conflictos, preocupaciones y expectativas con respecto del desarrollo de la concesión. Esta información se recolecta principalmente a través de entrevistas persona a persona durante un período que dependerá de la complejidad de la concesión.

Se recomienda que el primer paso sea generar alianzas con aquellos *stakeholders* y líderes de opinión en la zona que se encuentren a favor de la concesión. Para

<sup>30</sup> Su definición está contemplada en una serie de dispositivos legales como las Leyes de Presupuesto, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, entre otras.

<sup>31</sup> El derogado Reglamento de la Ley de Concesiones (Decreto Supremo 189-92-EF) estableció la distinción entre estas modalidades: "Artículo 8.- El Concurso de Proyectos Integrales procederá cuando el organismo concedente no cuente con los estudios y proyectos requeridos para la ejecución de la obra o la explotación del servicio. En este caso, las propuestas que presenten los postores contendrán las condiciones contractuales, técnicas económicas, financieras de la obra que se pretende ejecutar o explotar, así como el proyecto respectivo". "Artículo 9.- La Licitación Pública Especial procederá cuando el organismo concedente determine previamente la obra a ejecutar y cuente con los estudio y proyectos requeridos".

<sup>32</sup> Creado mediante la Ley 27293 con la finalidad de optimizar el uso de los recursos públicos destinados a la inversión. El artículo 2 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 157-2002-EF, contiene definiciones bastante amplias de lo que se entiende como proyecto de inversión pública y recursos públicos.

<sup>33</sup> Ver, en ese sentido, los artículos 6 y 10 de la Ley 27293, Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública.

<sup>34</sup> Ver la Ley General del Sistema Nacional de Endeudamiento.



lograr estas alianzas, se debe presentar y sustentar a cada uno de ellos los beneficios económicos y sociales que generará el proyecto. Luego, estos *stakeholders* y líderes de opinión se vuelven los principales interlocutores con la población, utilizando medios convencionales y no convencionales para la transmisión de la información, prestando atención principalmente a los últimos, como son: audiencias públicas, boletines de información, programas de radios, entre otros.

El tipo de información que se transmita puede ser de dos tipos: reactiva, si se identifica que existe campañas en contra de la concesión que deben ser rebatidas en el corto plazo; o proactiva, si se identifica que la población no tiene una opinión favorable hacia la concesión por falta de información sobre los beneficios que se generarán, las obligaciones que tendrá el concesionario, el tratamiento que tendrán las tarifas, entre otros.

Un ejemplo reciente corresponde a la concesión de la EPS de Tumbes. Esta empresa prestadora de los servicios de agua y saneamiento se encontraba en estado de insolvencia financiera y los niveles de servicio y cobertura eran deficientes.

El primer objetivo de la estrategia consistió en formar alianzas con los Municipios Provinciales, los Municipios Distritales y el Gobierno Regional para llevar adelante la concesión. La gestión para lograr este primer objetivo se basó en:

- Una estrategia de emergencia de visitas uno a uno para asegurar entendimiento de la problemática particular de cada caso.
- Audiencias Públicas en las tres provincias de Tumbes, talleres participativos, módulos de información a los pobladores, fijos e itinerantes en las tres provincias involucradas.

Luego de este programa de coordinación y comunicación, se logró el apoyo mayoritario de la dirigencia vecinal y de la población, y su participación efectiva defendiendo el proceso. Para ello, los procesos participativos fueron ejecutados cuidando aspectos de legitimidad y representatividad, de forma tal que contribuyeran a alcanzar resultados positivos para la población y no se convirtieran en espacios de aprovechamiento de intereses personales o grupales de carácter político y económico.

Un aspecto final que se debe tomar en cuenta es que la estrategia de aceptación social no termina con la firma del Contrato. Es necesario mantener un constante monitoreo de los avances del Concesionario y la opinión de la población al respecto, y trabajar con los Concesionarios para sobrellevar cualquier problema que se genere.

## 2.4 Licitación de la Concesión

### 2.4.1 Elaboración de Bases

Las Bases tienen por objeto regular los procedimientos administrativos que se seguirán para determinar al Adjudicatario de la Buena Pro del Concurso de Proyectos Integrales o de la Licitación Pública Internacional para la entrega en concesión de una determinada infraestructura de servicio público.

Los objetivos que deben cumplir las Bases son:

- Lograr un procedimiento transparente, simple, objetivo y en condiciones de igualdad.
- Definir las líneas básicas sobre las cuales los postores podrán elaborar sus propuestas.
- Lograr la concurrencia de la mayor cantidad de postores con experiencia en la prestación de los servicios a ser exigidos y con capacidad para financiar la infraestructura.

El Decreto Supremo 059-96-PCM y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 060-96-PCM establecen que las Bases deberán ser aprobadas por PROMCEPRI (actualmente Consejo Directivo de ProInversión). Asimismo, señalan que las Bases deberán incluir el destino y la utilización de los recursos que se puedan generar para el Estado por efecto del otorgamiento de la concesión al sector privado, así como las garantías requeridas que avalen las propuestas de los postores, la correcta ejecución de la obra y la prestación del servicio y el cumplimiento de las obligaciones<sup>35</sup>.

Asimismo, las Bases deberán incluir necesariamente los requisitos de precalificación (técnicos, financieros y legales que deberá cumplir los postores), los estándares que se deberán cumplir durante la ejecución de las obras y la prestación de los servicios, así como el factor de competencia (mecanismo de evaluación de la propuesta técnica y la propuesta económica).

<sup>35</sup> Ver, entre otros, los artículos 23, 24 y 28 del Decreto Supremo 059-96-PCM.

Para mayor detalle sobre el contenido de las Bases y los aspectos importantes que se deben tomar en cuenta durante su elaboración, ver el numeral 3.

#### 2.4.2 Convocatoria

Corresponde a la fecha de inicio del concurso o la licitación. Debe publicarse en el diario El Peruano y en dos diarios de circulación nacional por dos días consecutivos<sup>36</sup>. Dependiendo del mercado objetivo, también se podrá publicar en otros medios nacionales especializados y medios internacionales (generales o especializados).

#### 2.4.3 Elaboración del Contrato de Concesión

El contrato permite llevar a mayor profundidad los aspectos técnicos, legales y financieros definidos en las Bases, estableciendo el "cómo" se desarrollará la concesión durante los años que ésta dure.

Los contratos de concesión deben ser aprobados por el PROMCEPRI (actualmente Consejo Directivo de ProlInversión) de acuerdo a lo establecido en el artículo 23 del Decreto Supremo 059-96-PCM.

Para mayor detalle sobre el contenido del Contrato y los aspectos importantes que se deben tomar en cuenta durante su elaboración, ver el numeral 4.

#### 2.4.4 Precalificación de postores

Corresponde al proceso formal a partir del cual se evalúa si los postores interesados cumplen con los requisitos técnicos, financieros y legales de precalificación establecidos en las Bases.

#### 2.4.5 Opinión de los Organismos Reguladores

De acuerdo a lo establecido en la Ley 27701, a fin de garantizar la concordancia normativa entre los procesos de privatización y concesiones con la legislación regulatoria, los contratos que regulen la materia de competencia de los organismos reguladores (OSIPTEL, OSITRAN, OSINERG y SUNASS) deberán contar con la opinión del Consejo Directivo de éstos, previo a su aprobación por parte del Consejo Directivo de ProlInversión.

#### 2.4.6 Informe de la Contraloría General de la República

En caso la concesión implique la realización de operaciones, fianzas, avales y otras garantías del Estado

que en cualquier forma comprometan su crédito o capacidad financiera, sea que se trate de negociaciones en el país o en el exterior<sup>37</sup>, corresponde a la Contraloría General de la República evaluar e informar si se ha cumplido con las normas legales vigentes que controlan el correcto uso de los recursos públicos y la capacidad de endeudamiento del Estado.

#### 2.4.7 Evaluación de propuestas y adjudicación de la Buena Pro

Las propuestas técnicas definen el plan de acción técnico y de negocios de corto y largo plazo que plantea el postor para el proyecto. La evaluación sirve para identificar si este plan de acción cumple o no con los requisitos mínimos establecidos en las Bases. Aquellos que cumplen pasan a la evaluación de su propuesta económica. En algunos casos, se incluye un puntaje en función de lo establecido en la propuesta técnica.

Las propuestas económicas definen el valor que está dispuesto a pagar el postor por el derecho de concesión, en caso está sea autosostenible, o el monto de cofinanciamiento que requiere del Estado. Asimismo, la propuesta económica puede estar referida al valor de la tarifa, como en el caso de la concesión de los Gaseoductos Regionales. En todos los casos se incluye un puntaje en función de lo establecido en la propuesta económica.

Se adjudicará la Buena Pro al postor que obtenga el mayor puntaje final como producto de la evaluación de la propuesta técnica, cuando sea aplicable, y la evaluación de la propuesta económica.

#### 2.4.8 Fecha de cierre

Es el día en el cual se concluye el concurso o la licitación. En dicha fecha, el Concesionario suscribe el contrato, paga –de ser el caso– el monto ofertado por el derecho de concesión y presenta la garantía que avalará el cumplimiento de sus obligaciones.

### 3. ASPECTOS IMPORTANTES A TOMAR EN CUENTA EN LA ELABORACIÓN DE LAS BASES

En concordancia con lo señalado en el Numeral 4.1, las Bases deberán incluir varios aspectos. Sin embargo, se considera relevante explicar a mayor profundidad los siguientes conceptos que definen en esencia las "reglas de juego" de un concurso o una licitación, es decir: quiénes participan y quién gana.

<sup>36</sup> Ver, en ese sentido, el artículo 26 del Decreto Supremo 059-96-PCM y el artículo 14 de su Reglamento.

<sup>37</sup> Ver literal I) del artículo 11 de la Ley 27785. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control de la Contraloría General de la República.

### 3.1 Los requisitos de precalificación

Los requisitos de precalificación son las características mínimas, técnicas y financieras, que los postores deberán cumplir para poder participar en el Concurso o Licitación. El nivel que se fije deberá garantizar la calidad, seguridad y sostenibilidad de las obras a ejecutarse y los servicios a ser prestados durante la concesión y dependerá de las exigencias técnicas y financieras del proyecto y el tipo de postores que se busca atraer (dada su experiencia y solvencia). Asimismo, estos incluyen requisitos legales que tienen por objeto, entre otros, verificar que el postor sea una empresa constituida conforme a las normas legales vigentes, que los representantes legales cuenten con las facultades necesarias para efectos del proceso, que el postor esté habilitado para contratar con el Estado, y que no mantiene a la fecha juicios pendientes con el Estado.

Como requisitos técnicos de precalificación usualmente se utilizan indicadores que permitan demostrar la experiencia del postor en proyectos similares. El número de indicadores que se utilicen para demostrar esta experiencia dependerá muchas veces de las características de cada industria y de cada proyecto.

Por ejemplo, en el caso de las carreteras, se busca que los postores tengan experiencia en la construcción, mantenimiento y operación de un determinado número de kilómetros. Sin embargo, en el caso de los aeropuertos, los indicadores de experiencia están referidos al número de pasajeros transportados, número de aeronaves atendidas, número de toneladas métricas de carga atendidas, años de experiencia en el mantenimiento y operación de pistas, años de experiencia en la construcción de terminales de pasajeros internacionales, entre otros. Un caso similar sucede con las Empresas Prestadoras de Servicios de Agua y Alcantarillado donde se requiere demostrar experiencia en la provisión de estos servicios, en su gestión comercial, en la operación de plantas de tratamiento de agua, entre otros, a conglomerados no menores a cierto número de habitantes similares a los poblados donde se prestará el servicio.

Asimismo, los indicadores que se usen también dependerán del grado de competencia, más aún cuando una concesión es nueva en el país y en la región, como fue el caso de las carreteras en el año 2003. En ese entonces no se contaba con ningún operador de infraestructura vial a nivel nacional y con muy pocos a nivel Latinoamérica. Ante esto, se optó por promover la creación de nuevos operadores, requiriendo la incorporación de empresas con amplia

experiencia relacionada a la industria, en este caso las empresas constructoras, y se incluyó en el contrato de concesión mecanismos que aseguren el cumplimiento de los estándares de servicio.

Luego de nueve años desde la primera concesión de carreteras en el Perú, ya no es un requisito la incorporación de una empresa constructora como accionista de la Sociedad Concesionaria sino la participación de un Operador, sea como accionista o como un proveedor. Los requisitos técnicos de precalificación ahora se orientan a la experiencia en operación, ya que el fin último de las Bases y el Contrato es asegurar el correcto cumplimiento de los estándares de servicio para las obras y la operación, y no regular la relación entre la Sociedad Concesionaria y sus accionistas o proveedores.

Finalmente, como requisitos financieros de precalificación usualmente se fija un nivel de patrimonio mínimo, el cual depende del monto de inversión que será requerido durante la concesión de manera que se asegure que el futuro Concesionario contará con el respaldo financiero para financiar estas inversiones. Así se desarrolló en procesos como Matarani (US\$ 10 millones), Chillón (US\$ 180 millones), aeropuerto internacional Jorge Chávez (US\$ 30 millones), IIRSA Norte (US\$ 60 millones), entre otros.

### 3.2 El factor de competencia

El factor de competencia determina quién será el futuro Concesionario, y es el resultado de la evaluación de la propuesta técnica y la propuesta económica.

En muchos casos la propuesta técnica no recibe un puntaje sino que se evalúa si se cumple o no con los requisitos mínimos establecidos en las Bases, por lo cual el factor de competencia resulta ser la propuesta económica.

Este factor debe asegurar la competencia en el proceso, la eficiencia en la operación, el beneficio para los usuarios y mantener una situación de equilibrio fiscal para el Estado. Asimismo, debe ser fácil de medir y entender, transparente, simple e invariable en el futuro.

Entre las diferentes opciones de factores de competencia podemos destacar: menor tarifa, menor plazo, menor cofinanciamiento, mayor pago al Estado, mínimo valor presente de los ingresos netos, mejor plan de inversión, mejor estándar de servicio, entre otros. La menor tarifa y el mejor estándar de servicio aseguran el beneficio para los usuarios y la

eficiencia en la operación; el menor cofinanciamiento y el mayor pago al Estado aseguran una mejora en la situación fiscal del Estado; mientras que el menor valor presente de los ingresos netos asegura la competencia y el beneficio para los usuarios. El factor de competencia que finalmente se use dependerá de la industria y de los objetivos de la concesión<sup>38</sup>.

Por ejemplo, en el caso de la concesión de la EPS de Tumbes, se estableció que el factor de competencia sería la propuesta económica. Al definir el contenido de esta propuesta, las opciones de menor tarifa o mayor meta de cobertura se descartaron ya que, para dar mayor seguridad en la transacción para los postores y para los usuarios, la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS) iba a efectuar en forma previa a la concesión el proceso de fijación tarifaria, determinando las metas de gestión y las estructuras y fórmulas tarifarias aplicables al primer quinquenio.

Por otro lado, se evaluó el menor cofinanciamiento del Estado; sin embargo, al contar ya con subsidios aprobados vía donaciones o créditos concesionales, se consideró conveniente que la mayor eficiencia que pudiera lograr el concesionario se refleje en el servicio. Finalmente se optó porque la propuesta económica (factor de competencia) sea el menor valor presente de los ingresos garantizados anuales para el primer quinquenio de la concesión, con metas de cobertura y tarifas definidas y financiamiento para las inversiones asegurado; este factor de competencia permitió competir básicamente por la eficiencia en la operación y era invariable en el futuro.

### 3.3 La propuesta técnica y la propuesta económica

Sobre el contenido de las propuestas, el Decreto Supremo 059-96-PCM establece en su artículo 25 que la concesión se otorgará al titular de la propuesta técnica y económica más conveniente, la cual se determinará según el sistema de evaluación que se fije en las bases, teniendo en consideración entre otros:

- a) El nivel tarifario y su estructura de ser el caso;
- b) El plazo de otorgamiento de la concesión;
- c) La oferta financiera;
- d) Los ingresos garantizados por el Estado;
- e) El compromiso de riesgo asumido por el oferente, respecto del costo del proyecto y los riesgos en la explotación;
- f) La fórmula de reajuste de las tarifas y su sistema de revisión, de ser el caso y;
- g) Otros servicios adicionales, útiles y necesarios.

Por otro lado, el Decreto Supremo 060-96-PCM establece en su artículo 20 que el Comité Especial procederá a evaluar las propuestas, teniendo en consideración, además de los indicados en el Artículo 25 del TUO, los criterios siguientes:

- a) Las condiciones técnicas;
- b) Los pagos que pudiera realizar el concesionario a favor del Estado;
- c) Consideraciones de carácter ambiental y ecológicas y;
- d) Otros establecidos en las bases.

No se cuenta con ninguna norma que dicte cuándo se debe solicitar o no una propuesta técnica y cuál debería ser el contenido de la misma. En la práctica, la decisión de incluirla o no está directamente relacionada con si se lleva a cabo un Concurso de Proyectos Integrales o una Licitación Pública Internacional.

Como se indicaba en el Numeral 7.2.4, se recomienda la realización de un Concurso de Proyectos Integrales cuando el postor tenga a su cargo el diseño y la tecnología a ser empleadas en la construcción de una obra o cuando la concesión se limite al mejoramiento y operación de la infraestructura existente. En estos casos, la presentación de una Propuesta Técnica donde se describa los aspectos técnicos del diseño y la tecnología a ser empleadas es indispensable.

Un ejemplo es la concesión del Eje Multimodal del Amazonas Norte del "Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana - IIRSA", sobre el cual se contaba con estudios técnicos realizados por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones que permitieron definir las especificaciones mínimas de obras que se deben cumplir y el postor, en su propuesta técnica, debía presentar su plan de trabajo con las características principales de las obras y equipos, los procedimientos constructivos y las tecnologías previstas para la ejecución y posterior operación de las obras.

Por otro lado, se recomienda la realización de una Licitación Pública Internacional cuando el diseño y la tecnología a ser empleadas en la construcción de las obras y en la prestación de los servicios serán definidos por el Estado o cuando una concesión no requiera la ejecución de mayores obras de infraestructura y se limite al mejoramiento, mantenimiento y operación de una infraestructura existente. En estos casos no sería necesaria la presentación de una propuesta técnica; sin embargo, muchas veces se ha utilizado la propuesta

técnica para evaluar el conocimiento técnico, comercial y financiero del postor sobre la industria y el proyecto específico, pidiendo por ejemplo Planes de Desarrollo Conceptual, Estrategia Comercial y de *Marketing*, el Plan de Mantenimiento; como sucedió en los casos de las concesiones del aeropuerto internacional Jorge Chávez (Lima) o los terminales portuarios de Ilo y Matarani.

Un segundo punto importante a definir es el criterio de evaluación de las propuestas técnicas, es decir, si se le asignará un puntaje o sólo se evaluará que su concepción técnica cumpla o no con los requisitos mínimos establecidos en las Bases declarándolas "admisibles" o "no admisibles". En la mayoría de procesos de concesiones de infraestructura, las propuestas técnicas han sido evaluadas bajo el criterio de "admisibles" o "no admisibles" con excepción de la concesión del aeropuerto internacional Jorge Chávez (Lima) y la concesión del Eje Multimodal del Amazonas Norte del "Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana - IIRSA".

Como resultado de esta experiencia, se recomienda que la evaluación sea mediante puntajes siempre y cuando se cuente con criterios objetivos para su medición. Es usual que en estos casos ProlInversión contrate asesores técnicos especializados.

A la hora de definir el contenido de las propuestas técnicas también es necesario tomar en cuenta el nivel de competencia de postores en el Concurso o Licitación. Es decir, se debe cuidar que el costo de preparar una propuesta técnica no resulte una barrera de entrada para posibles postores interesados, que cumplen con los requisitos de precalificación. Por ejemplo, si en el caso del proyecto de entrega en concesión de los aeropuertos de provincia se hubiese determinado que la Propuesta Técnica debía incluir un Plan Maestro de Desarrollo por cada aeropuerto del Primer Grupo (12), el costo de preparar una propuesta hubiese ascendido a US\$ 10 millones aproximadamente; es decir, dos veces el monto aproximado de cofinanciamiento anual estimado. Ante esto, se optó por solicitar en la propuesta un Plan Maestro de Desarrollo Conceptual, incluyendo el perfil de los puestos de las gerencias principales, a fin de evaluar el conocimiento técnico, comercial y financiero del postor sobre la industria y el proyecto.

En el Perú se puede hacer una primera distinción entre los factores de competencia usados para las concesiones autosostenibles de aquellos usados para las concesiones que requirieron un cofinanciamiento del Estado.

El componente económico del factor de competencia que prima en las concesiones

autosostenibles es el mayor pago al Estado, muchas veces expresado como un porcentaje de los ingresos brutos como en el caso de las concesiones del aeropuerto internacional Jorge Chávez (Lima), el tramo vial Ancón-Huacho-Pativilca (Red 5) y el tramo vial Puente Pucusana-Cerro Azul-Ica (Red 6). En otras concesiones, el pago al Estado se definió como un pago inicial más un porcentaje de los ingresos brutos anuales, como fue el caso de la concesión del terminal portuario Ilo-Matarani y la concesión de los ferrocarriles del centro y sur, estableciendo el pago inicial como el factor de competencia.

Por el contrario, en las concesiones que requirieron un cofinanciamiento del Estado, prima el menor pago por parte del Estado, expresado en sus inicios como un pago mensual, como fue el caso de la concesión para el aprovechamiento de las aguas del río Chillón. Últimamente se ha expresado como un pago anual por la operación y mantenimiento de la infraestructura más un pago anual por el servicio de construcción de la obra, siendo la suma de ambos el componente económico del factor de competencia como fue el caso de la concesión de las redes viales IIRSA Norte e IIRSA Sur, o sólo uno de ellos como es el caso planteado para los aeropuertos de provincia.

#### 4. ASPECTOS IMPORTANTES A TOMAR EN CUENTA EN LA ELABORACIÓN DEL CONTRATO

Respecto del contenido del Contrato de Concesión, el artículo 26 del Decreto Supremo 060-96-PCM establece que el Contrato de Concesión deberá contemplar, como mínimo, los derechos, obligaciones, plazos, garantías y demás condiciones pertinentes al tipo de concesión que se trate.

En la doctrina se ha establecido que todo Contrato de Concesión debe contener un mínimo de cláusulas a las cuales se les ha denominado "el núcleo duro" entre las cuales se encuentra las obligaciones de las partes (concedente y concesionario), régimen de infracciones y sanciones, mecanismos de ajuste de contrato, aspectos económicos (tarifas, cálculo de contribuciones al Estado, criterios para reconocimiento de inversiones, mecanismos de co-pago y cofinanciamiento), aspectos financieros (tratamiento del endeudamiento), garantías, régimen de resolución de conflictos y caducidad del contrato.

A continuación se desarrollan cuatro aspectos que se consideran como principales y que se deben analizar a profundidad al momento de elaborar un Contrato de Concesión:

#### 4.1 Aspectos técnicos

El contrato debe definir claramente aspectos que permitan asegurar que el proyecto esté en función al tipo y tamaño del mercado actual y futuro, la satisfacción de las necesidades de los usuarios y a los objetivos del Estado. Se debe tomar en cuenta que estos aspectos tendrán un impacto directo en los costos de operación e inversión y, por lo tanto, en la rentabilidad del proyecto y su atractivo en el sector privado.

En tal sentido, el contrato de concesión debe incluir cuando menos los siguientes aspectos:

- Las obras a realizarse y su magnitud, los plazos previstos para su ejecución, las condiciones del mercado que activarán estos plazos, las condiciones para su puesta en operación, entre otros.
- Los estándares mínimos que deberán ser cumplidos durante la prestación del servicio.
- Las obligaciones de mantenimiento de la infraestructura, si éste es periódico, rutinario, de emergencia o activado en función a una variable de calidad de la infraestructura.
- Los servicios que deberá prestar el Concesionario. Dentro de éstos se incluye la "canasta básica de servicios", los derechos de cobro que tendrá por la prestación de los mismos y la posibilidad de prestar servicios que no estén incluidos en la canasta básica.

Respecto de las obras, el nivel de detalle que se requiera dependerá de si se trata de una Licitación Pública Internacional, en la cual se incluirá los detalles del diseño y la tecnología a ser empleadas; o si se trata de un Concurso de Proyectos Integrales, en el cual se incluirá de manera general los aspectos técnicos de las obras y el Concesionario estará obligado a desarrollar los estudios definitivos de ingeniería durante los primeros meses de la concesión.

Por ejemplo, en el Contrato de Concesión de la Red Vial 6, otorgada a través de una Licitación Pública Internacional, se hizo referencia a los estudios definitivos de ingeniería con los que contaba el Estado; mientras que en el caso del Contrato de la Concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Norte Perú-Brasil, otorgada a través de un Concurso de Proyectos Integrales, se incluyó las especificaciones técnicas mínimas que debían cumplir las obras.

Respecto de los estándares del servicio, el nivel de detalle que se requiera dependerá de la existencia de normas nacionales o internacionales aplicables a

la industria y utilizadas actualmente en el mercado. De existir este tipo de normas, no es necesario incluir en el contrato el detalle de los estándares de servicio que deberá cumplir el concesionario, sino sólo hacer referencia a estas normas como fue el caso de la concesión de los ferrocarriles del centro y sur, donde se estableció que el Concesionario estaba obligado a alcanzar los estándares de la United Status Railroad Administration (FRA) Class II durante los primeros cinco años de la concesión.

#### 4.2 Aspectos financieros

El contrato, ya sea de una concesión autosostenible o de una concesión que requiera un cofinanciamiento del Estado, debe asegurar una rentabilidad para el concesionario. Para poder evaluar esto, los supuestos para calcular los ingresos y costos deberán ser definidos en el contrato.

Respecto de los ingresos, el Decreto Supremo 059-96-PCM establece que "el concesionario percibirá como compensación por las obras y servicios que explote, la tarifa, precio, peaje u otro sistema de recuperación de la inversión establecido, así como los beneficios adicionales expresamente convenidos en el contrato (...). El contrato de concesión establecerá, en su caso, los mecanismos que aseguren al concesionario la percepción de los ingresos por tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones, de acuerdo con la naturaleza de la concesión". Así, las preguntas que se debe responder en la parte de ingresos deberán ser: ¿Por qué conceptos podrá percibir el Concesionario un ingreso? ¿Estos conceptos podrán ser modificados a lo largo del tiempo? ¿Cuál será la fuente o fuentes de estos ingresos? ¿Por cuánto tiempo se podrán percibir estos ingresos? ¿Los ingresos del Concesionario por estos conceptos podrán sufrir alguna variación por decisión del Estado? ¿Cómo se determinará la magnitud de esta variación?, entre otras.

Por otro lado, para calcular los costos, los postores tomarán en cuenta los aspectos técnicos fijados para las obras y el servicio, las obligaciones establecidas para la contratación de los actuales trabajadores, el monto de las penalidades, el régimen de depreciación de los bienes de la concesión, entre otros.

El Contrato debe también asegurar la "bancabilidad" del proyecto. Asegurar que un proyecto sea "bancable" significa que las inversiones a ser realizadas sean financiables a nivel nacional o internacional y esto se logra garantizando el flujo de ingresos que servirán para el repago de la deuda.

En las diversas concesiones de infraestructura otorgadas en los últimos años se han venido utilizando distintos

mecanismos para garantizar estos ingresos, donde el fin último no es el de entregar a un operador privado un proyecto que le permita obtener una rentabilidad garantizada y sin riesgos, sino el de encontrar un agente que permita garantizar la provisión de un mejor servicio o una mejor infraestructura a la población y que le permita elevar su nivel de vida. Entre estos mecanismos se encuentran:

- **Firmar un Contrato de Seguridades y Garantías:** El artículo 2 del Decreto Ley 25570, sustituido por el artículo 6 de la Ley 26438, concordante con el artículo 4 de la Ley 26885, permite que el Estado otorgue mediante contrato, a las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras que realicen inversiones bajo el marco de los Decretos Supremos 059-96-PCM y 060-96-PCM, las seguridades y garantías que mediante decreto supremo, en cada caso, se consideren necesarias para proteger sus adquisiciones e inversiones, de acuerdo a la legislación vigente. En las concesiones de infraestructura, las obligaciones que se garantizan mediante el Contrato de Seguridades y Garantías son todas aquellas que figuran en el Contrato de Concesión. Se usa tanto en concesiones autosostenibles como en concesiones cofinanciadas. Para poder suscribir el Contrato de Seguridades y Garantías se requiere la publicación de un decreto supremo, el cual deberá ser aprobado por el Ministerio de Economía y Finanzas y el sector que actúe como Concedente.
- **Obtener una Garantía de Crédito Parcial:** Esta garantía asegura el fiel cumplimiento de los pagos que el Concedente, mediante el Contrato de Concesión, se comprometa a realizar a favor del Concesionario hasta el monto de la garantía, la cual en la mayoría de los casos asciende a un porcentaje del monto total de la inversión requerida. Se usa principalmente en concesiones cofinanciadas y puede ser otorgada por una entidad financiera nacional o internacional o una agencia multilateral. Un ejemplo donde se aplicó es la concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Norte Perú-Brasil, concretada con la Corporación Andina de Fomento (en adelante CAF) por un monto de US\$ 60 millones para garantizar el fiel cumplimiento de la obligación del Estado de efectuar los Pagos Anuales de Obra (en adelante PAO).
- **Buscar una fuente de ingresos privada para las obligaciones de pago del Concedente:** Este mecanismo se usa principalmente en concesiones cofinanciadas y se explica mejor mediante el esquema propuesto para la concesión de los aeropuertos de provincia.

En febrero del año 2001, se suscribió el Contrato de Concesión del aeropuerto internacional Jorge Chávez (en adelante AIJCH), el cual establece, entre otros aspectos, la obligación del Concesionario Lima Airport Partners (en adelante LAP) de entregar al Estado, por concepto de retribución, el 46.51% de sus ingresos brutos.

Por otro lado, el proyecto de Contrato del Primer Grupo de aeropuertos de provincia establece que el Concedente (Ministerio de Transportes y Comunicaciones) garantizará al Concesionario un ingreso constante anual que deberá cubrir los gastos de Operación y Mantenimiento (PAMO) y pagará por el servicio de construcción de obras que se realicen (PAO). Se ha propuesto que los fondos para este aporte del Estado provengan de parte de los ingresos que actualmente recibe el Estado por la retribución de la concesión del AIJCH.

Adicionalmente, se ha propuesto la creación de un Fideicomiso de Administración de Fondos que recibirá esta parte de los ingresos de la retribución del AIJCH directamente del Fideicomiso de Administración No Discrecional y de Garantía Irrevocable de LAP, y se encargará de entregarlos a los futuros Concesionarios de los aeropuertos de provincia.

Con este esquema se ha logrado que los ingresos para el aporte del Estado provengan del sector privado y no del tesoro público.

- **Garantizar Ingresos Mínimos Anuales:** Consiste en garantizar al concesionario un nivel fijo de ingresos anuales, es decir, si en un año la demanda genera un nivel de ingresos menores a los Ingresos Mínimos Anuales, el Estado cubrirá la diferencia.

Estos ingresos pueden ser sólo para la operación y mantenimiento o también para las inversiones. Este mecanismo se usó en la concesión de la Red Vial 6, en los Gaseoductos Regionales y en el Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia. En estos casos, se debe establecer en el contrato de concesión incentivos para la generación de nuevos ingresos y la mejora en los *ratios* de cobranza. Estos incentivos, pueden ser la eliminación de la garantía de ingresos mínimos anuales a partir de un determinado año de la concesión, como en el caso de los Gaseoductos Regionales, o un porcentaje de los ingresos adicionales que se genere por encima de los proyectados al día de hoy, como en el caso del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia.

Asimismo, en los últimos años, se ha venido utilizando también mecanismos que ayuden a los

Concesionarios a conseguir el financiamiento requerido en mejores condiciones, con una menor tasa de interés, permitiendo que el pago del Estado por las inversiones se reduzca y que un mayor número de empresas constructoras medianas y pequeñas puedan tener acceso al financiamiento.

Un ejemplo de estos mecanismos es la garantía financiera por US\$ 49.54 millones que el Estado, mediante el Decreto Supremo 057-2006 publicado el 6 de mayo de 2006, otorgó a favor de la CAF, por la Línea de Crédito de Enlace a ser acordada con la empresa Intersur Concesiones S.A., Sociedad Concesionaria del tramo Inambari-Azángaro del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil.

A través de esta garantía, el Estado garantizó a los acreedores financieros que el Concesionario repagará la deuda que ha obtenido para ejecutar las obras de la concesión. Asimismo, se creó un Fideicomiso de Administración de Fondos que recibirá el pago del Estado y lo destinará a los acreedores financieros.

Para que el Estado otorgue una garantía se requiere la aprobación de la Dirección Nacional de Endeudamiento Público y la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Economía y Finanzas, quienes se encargan de velar que ésta se encuentre dentro del límite máximo de garantías que el Estado puede otorgar o contratar para atender requerimientos derivados de los procesos de promoción de la inversión y concesiones, el cual para el año 2006 se ha fijado en US\$850 millones.

#### 4.3 Equilibrio económico-financiero:

La finalidad de la cláusula de Equilibrio Económico-Financiero es mantener durante toda la concesión los derechos, responsabilidades y riesgos asignados a cada una de las partes (Concedente y Concesionario) al momento de la firma del Contrato de Concesión, frente a posibles eventos ajenos a su control que puedan modificar significativamente estos derechos, responsabilidades y riesgos.

En otras palabras, el Equilibrio Económico-Financiero es la situación inicial existente a la fecha de suscripción del Contrato y la cláusula de Equilibrio Económico-Financiero tiene por finalidad reestablecer esta situación inicial, cuando ella se vea alterada por eventos posteriores. La potestad para solicitar un reestablecimiento del Equilibrio

Económico-Financiero es aplicable a cualquiera de las partes, sea Concedente o Concesionario.

La explicación que otorga el Derecho a este tipo de disposiciones contractuales señala que "...el particular, al celebrar un contrato con la Administración, persigue una utilidad, la que no puede sufrir un menoscabo por razones sobrevinientes o imprevisibles (que no le sean imputables), en cuyo caso el beneficio económico previsto debe ser restablecido por la entidad contratante"<sup>39</sup>.

A la hora de elaborar la cláusula de Equilibrio Económico-Financiero es importante tomar en cuenta tres puntos: a) Cuáles son las causas que generan una ruptura del Equilibrio Económico-Financiero, b) Cómo se mide y sustenta la magnitud del desequilibrio y; c) Cómo se reestablece el Equilibrio Económico-Financiero.

Respecto del primer punto, la doctrina jurídica ha identificado varias causales que, si bien pueden significar una ruptura del Equilibrio Económico-Financiero, no reciben un tratamiento específico en las cláusulas de Equilibrio Económico-Financiero.

Dentro de estas causales podemos señalar la reducción o falta de pago de los ingresos esperados por el Concesionario (ya sea a través de tarifas o el cofinanciamiento del Estado), la rescisión del contrato por decisión o culpa del Concedente o la modificación de los aspectos técnicos de las obras o servicios a prestarse como producto de solicitudes de la población. En estos casos, los Contratos de Concesión peruanos han establecido regulaciones específicas en otras cláusulas del contrato.

Para activar el reestablecimiento del Equilibrio Económico-Financiero, los Contratos de Concesión suelen requerir algunos requisitos concurrentes<sup>40</sup>:

- a) Que el desequilibrio tenga origen en las normas aplicables a la concesión.
- b) Que las normas que originen el desequilibrio estén referidas a la inversión, titularidad u operación de la concesión o al propio contrato.
- c) Una variación en un porcentaje determinado en los ingresos, costos o gastos del concesionario.

Por ejemplo, en el caso de la concesión del aeropuerto internacional Jorge Chávez (Lima), concesión

<sup>39</sup> SÁNCHEZ, Sandra. "Equilibrio Financiero en los Contratos de Gestión de Servicios Públicos". En: [www.ijj.derecho.ucr.ac.cr/docs\\_html/contratacion%20administrativa.htm](http://www.ijj.derecho.ucr.ac.cr/docs_html/contratacion%20administrativa.htm)

<sup>40</sup> Ver, por ejemplo: Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (2000); Tramo Ancón-Huacho-Pativilca de la Carretera Panamericana Norte -Red 5- (2003); Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana-Cerro Azul-Ica (2005); Contrato de Concesión de los Servicios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario de Tumbes, Zarumilla y Contralmirante Villar y Municipios Distritales correspondientes (2005).



autosostenible, se establece como causal de ruptura del Equilibrio Económico-Financiero los cambios en las Leyes Aplicables o en las disposiciones establecidas en las normas que tengan exclusiva relación a aspectos económico-financieros vinculados a la inversión, titularidad u operación del aeropuerto o al contrato que generen:

- Que los Ingresos Brutos del Concesionario durante un periodo de cuatro trimestres fiscales consecutivos se redujeran en un 5.5% o más con respecto de los Ingresos Brutos pronosticados por el Concesionario para dicho periodo.
- Que los costos y gastos del Concesionario durante un periodo de cuatro trimestres fiscales consecutivos se incrementaran en un 5.5% o más con respecto de los costos y gastos pronosticados por el Concesionario para dicho periodo.
- Que el efecto compuesto de una reducción en los Ingresos Brutos y un incremento de los costos y gastos del Concesionario produjeran un resultado neto igual o mayor a cualquiera de las alternativas anteriores.

Se debe tomar en cuenta que en el caso de concesiones que requieren un cofinanciamiento del Estado, como el de aeropuertos de provincias donde se garantiza un nivel de ingresos brutos fijo año a año, el nivel de las tarifas no se reconoce como causal de ruptura del Equilibrio Económico-Financiero.

Respecto del punto de cómo se mide y sustenta la magnitud del desequilibrio, los Contratos de Concesión peruanos han determinado distintos indicadores y mecanismos para determinar la magnitud del desequilibrio. Esta magnitud será el monto que debe compensarse para reestablecer el equilibrio. Por ejemplo, en el caso de la concesión de las redes viales IIRSA Sur, se estableció que las partes (el concesionario o el concedente) deberán sustentar este impacto a través de las variaciones en los montos de inversión o en los costos de operación o mantenimiento y que estas variaciones se debían sustentar comparando el modelo matemático de evaluación económica y financiera auditado a la fecha *versus* el presentado por el concesionario 30 días antes del inicio de las obras. Dicho modelo debía mostrar la estructura de las inversiones a ser realizadas en las obras, los costos de operación y administración, los costos de mantenimiento, los ingresos contemplados en la oferta económica, amortizaciones e impuestos de la concesión, y una estimación referencial de la rentabilidad de la

inversión y el valor actual neto del proyecto, dejando explícita y claramente los supuestos económicos que se usaron para su elaboración.

Sin embargo, conforme han ido avanzando las concesiones en el país se ha ido buscando indicadores y mecanismos más sencillos y objetivos para la medición del desequilibrio llegando a la opción de usar como indicador la utilidad antes de los impuestos resultante del ejercicio y como mecanismo el estado de pérdidas y ganancias. Esta nueva opción ha sido propuesta para el caso de la Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores del Puerto del Callao.

Finalmente, respecto del tercer punto, algo que suele distinguir a las Cláusulas de Equilibrio Económico-Financiero respecto de otras disposiciones contenidas en el contrato de concesión es que los mecanismos de reestablecimiento del equilibrio están planteados de manera lata. Es decir, que rara vez se enuncia una consecuencia concreta frente al desequilibrio, sino que se establecen procedimientos para que en conjunto las partes lo reestablezcan. Un reestablecimiento del equilibrio podría darse, por ejemplo, mediante la modificación de las tarifas y de la vigencia de la Concesión. Estos mecanismos incorporan la opinión de los organismos reguladores, la misma que no tiene carácter vinculante. El reestablecimiento del Equilibrio Económico-Financiero de la concesión es un aspecto contractual por lo que su discrepancia no es resuelta en sede administrativa.

En cualquiera de estos casos, el Concesionario deberá proponer las soluciones y procedimientos a seguir para reestablecer el Equilibrio Económico Financiero y podrán incluir, entre otras propuestas, la modificación de las tarifas y del plazo de vigencia de la Concesión.

#### 4.4 Modificación del Contrato de Concesión

“...el poder exorbitante por excelencia de la administración pública en materia de contratación es su potestad de decidir en forma unilateral y ejecutoria sin requerir la intervención de una autoridad judicial, vinculando al contratista a estas decisiones y obligándolo a impugnación *ex post* de estas ante los órganos jurisdiccionales y corriendo con la carga de la prueba”<sup>41</sup>.

-Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández

La modificación unilateral del contrato administrativo es la manifestación por excelencia del “poder exorbitante del Estado”. En la doctrina se regulan dos

<sup>41</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ. “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo I. Cuarta Edición. Madrid: Civitas. pp. 635-636.

formas mediante las cuales una decisión unilateral del Estado puede modificar un contrato suscrito por éste con un privado durante su fase de ejecución. La primera de ellas es el concepto de *factum principis* (acto del príncipe), que consiste en la afectación que produce en la relación contractual una decisión adoptada por el Estado, pero que no tiene como objetivo directo la modificación del contrato sino que se trata de medidas administrativas de carácter general. La segunda es la que en la doctrina se ha llamado el *ius variandi*, el cual constituye la potestad que tiene el Estado de modificar en forma unilateral el objeto o condiciones del contrato, quedando obligado el contratante a soportar la modificación<sup>42</sup>.

Al igual que los demás “poderes exorbitantes” que posee el Estado, el uso legítimo del *ius variandi* está circunscrito a la mejor satisfacción del interés general, interés que debe ser probado y motivado.

En la legislación nacional, el artículo 17 del Decreto Supremo 059-96-PCM establece que los contratos de concesión podrán contener cláusulas que estipulen la indemnización a la cual tendrá derecho el Concesionario en caso que el Estado suspenda, deje sin efecto o modifique la concesión por causal no establecida en los artículos 38 y 39 de la referida norma (referidos a suspensión y caducidad de la concesión, respectivamente). Dichas cláusulas indemnizatorias serán garantizadas mediante contrato celebrado entre el Estado y el Concesionario, a solicitud de éste último.

De igual forma, el literal d) del artículo 32 de la norma antes referida establece que el Estado podrá modificar la concesión cuando ello resulte conveniente. En este caso, el artículo 33 de la misma norma establece que las partes procurarán respetar, en lo posible, lo siguiente:

- La naturaleza de la concesión.
- Las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas.
- El equilibrio financiero para ambas partes.

En el mismo sentido, el literal f) del artículo 3 del Decreto Supremo 060-96-PCM establece que es atribución de los sectores u organismos del Estado 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.

Así, el poder del *ius variandi* autoriza al Estado a modificar el Contrato de Concesión en función del interés público; el interés de los usuarios. Un ejemplo de esto se advierte cuando se identifican necesidades nuevas no previstas en el diseño original de las obras o cuando aparecen causas técnicas imprevisibles.

Es importante señalar que de acuerdo a la normatividad vigente se requiere la previa opinión del organismo supervisor para cualquier renegociación de los Contratos de Concesión, el cual deberá realizar un análisis de los efectos de las medidas adoptadas.

#### 4.5 Terminación de los Contratos de Concesión

Como resulta lógico el Contrato de Concesión concluirá por causas “normales” (vencimiento del plazo del Contrato de Concesión, el cual tiene como máximo 60 años contados a partir de la suscripción de éste) o causas “anormales”, entre las que podemos contar el mutuo acuerdo entre las partes, la decisión unilateral del Concedente por incumplimiento del Concesionario o del Concedente o sin culpa de las partes.

El artículo 39 del Decreto Supremo 059-96-PCM establece como causales para la caducidad de la concesión el vencimiento del plazo por el que se otorgó, el incumplimiento de las obligaciones del Concesionario cuya violación haya sido expresamente tipificada como causal de caducidad en el contrato correspondiente, el acuerdo entre el Estado y el Concesionario, la destrucción total de la obra y otras causales que se estipulen en el contrato.

Hay que tener presente que los efectos o consecuencias que se generen de la caducidad de la concesión estarán en función de la causal invocada. Así, mientras en el caso de la caducidad por vencimiento del plazo de la concesión no se requiere pronunciamiento de algún organismo para tal fin, se devuelven los bienes de la concesión al Concedente y éste entrega las garantías presentadas y se pagan los bienes no depreciados que se hayan aportado; en la caducidad por decisión unilateral del Concedente, éste, entre otros, debe pagar una indemnización al Concesionario según lo estipulado en el contrato. De igual forma en la caducidad por incumplimiento del Concesionario se requiere una declaración de caducidad por parte del organismo regulador según el régimen sancionatorio establecido en el contrato, se ejecutan las garantías de fiel cumplimiento de contrato y se pagan las indemnizaciones pactadas.

<sup>42</sup> En: [www.ijj.derecho.ucr.ac.cr/docs\\_bd/contratacion%20administrativa/20051/Solera%20Steller%20Angelica/Trabajo%20de%20Contratacion%20Publica.doc](http://www.ijj.derecho.ucr.ac.cr/docs_bd/contratacion%20administrativa/20051/Solera%20Steller%20Angelica/Trabajo%20de%20Contratacion%20Publica.doc)

Es importante considerar que una definición adecuada de los pagos y compensaciones al Concesionario a la conclusión del proceso, así como de las condiciones de conclusión anticipada no sólo harán “bancable” el proyecto, sino también financieramente viable la concesión, lo que en otras palabras significa generar certeza a los acreedores que frente a cualquier situación que afecte la continuidad de la concesión, el pago de sus créditos se encuentra garantizado.

#### 4.6 Mecanismos de resolución de controversias

El artículo 17 del Decreto Supremo 059-96-PCM establece como una garantía para la inversión privada el hecho que el Estado pueda someter las controversias de carácter patrimonial derivadas de las concesiones a las que se refiere la referida norma a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 63 de la Constitución Política del Perú, aunque no se hubiera celebrado el contrato al que se refiere el párrafo anterior.

Al igual que el caso anterior, la regulación de procedimientos ágiles, eficientes y justos (peritajes técnicos o arbitraje) implicaran la viabilidad financiera de la concesión.

#### 4.7 Obligaciones sobre responsabilidad social y el medio ambiente

El medio ambiente ya no es sólo un tema de responsabilidad social en el sentido de una relación armoniosa de la empresa o Concesionario con la

sociedad, cuidando de su imagen y efectos de su actividad productiva en el entorno.

Tomar en cuenta el medio ambiente para la empresa implica responsabilidades legales y sociales frente a la comunidad nacional e internacional que repercuten sobre sus cálculos económicos (componentes de diseño de ingeniería, economía y finanzas). Existen normas específicas relacionadas con las Evaluaciones de Impacto Ambiental (EIA) y otros dispositivos que emanan de la legislación ambiental vigente<sup>43</sup> y que colocan a las empresas bajo la supervisión de organismos y direcciones ministeriales de acuerdo al sector en el que participan.

Existen aspectos legales que regulan las obligaciones ambientales del titular del proyecto, los derechos ambientales comprendidos en su ámbito así como la institucionalidad establecida para la puesta en práctica de estos derechos y deberes<sup>44</sup>.

Los componentes ambientales están en todo el proceso y directamente en los proyectos de Preinversión. El vínculo entre responsabilidad social y obligaciones socio ambientales es más claro cuando la empresa o Concesionario requiere de una evaluación del impacto social de su actividad, reflejada en el impacto sobre las variables socio ambientales, no sólo biológicas sino culturales con influencia en la demografía, distribución espacial de la población, del empleo, ingresos y bienestar; en el espacio en el que las empresas operan<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Aun cuando la Ley de creación del CONAM, Ley 26410 (artículo 2), estableció que “la política nacional en materia ambiental que formula el CONAM es de cumplimiento obligatorio”, todavía no se cuenta con una política ambiental nacional formalmente aprobada. Este precepto ha sido reforzado en el Reglamento de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental (Decreto Supremo 008-2005-PCM) que señala que la Política Nacional Ambiental es de cumplimiento obligatorio por todas las entidades públicas (artículo 3).

<sup>44</sup> La Constitución Política del Perú establece que el Estado determina la política nacional del ambiente, señalando como corolario de esta política que el Estado promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.

<sup>45</sup> TEJADA CHAUCA, Mario. ProInversión. 2006.