

# El Riesgo de Diseño en los Contratos de Concesión de Infraestructura Vial

Muriel Menchola Arana<sup>1 2</sup>

## SUMARIO

1. Problemática existente con relación a los Estudios de Ingeniería entregados por el Estado Peruano durante los procesos de promoción de la inversión privada. 2. ¿Qué dispone el marco legal en relación al riesgo de diseño en los contratos de concesión? 3. ¿Quién debe asumir el riesgo de diseño? 4. Sobre los Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas recientemente publicados. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía

## PALABRAS CLAVES

Riesgo de Diseño, Defectos de Diseño, Estudios de Ingeniería, Responsabilidad del Estado, Asociaciones Público Privadas, Contratos de Concesión.

## KEYWORDS

Design Risk, Design Flaws, Engineering Studies, Government Responsibility, Public – Private Partnerships, Concession Contracts.

## RESUMEN

El documento expone y analiza la problemática recurrente que se ha venido presentando en los casos en que, durante los procesos de promoción de la inversión privada, el Estado ha hecho entrega de Estudios de Ingeniería a gran nivel de detalle. Por ejemplo, los Estudios Definitivos de Ingeniería o Estudios de Factibilidad; en donde con posterioridad a la suscripción de los Contratos de Concesión, se han identificado que dichos documentos presentan deficiencias que requieren ser subsanadas a fin de que se permita la ejecución de la infraestructura vial, en condiciones seguras para los usuarios, así como el cumplimiento de los niveles de servicio exigidos en el mismo Contrato de Concesión.

Dicho análisis se realiza teniendo en consideración el marco jurídico de las Asociaciones Público Privadas, así como los principios y normas que rigen nuestro sistema contractual; para posteriormente revisar de forma sucinta la reciente publicación de los Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociaciones Público – Privadas.

<sup>1</sup> La responsabilidad por lo que se afirme en el presente trabajo pertenece exclusivamente a los autores y no compromete ni adelanta en modo alguno la opinión de la firma legal o de la empresa para la cual prestan sus servicios profesionales los autores.

<sup>2</sup> Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con Maestría en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN y Máster en Ciencias Jurídicas por la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona – España). Actualmente, Abogada Senior del Estudio Rosselló en el Área de Asociaciones Público Privadas e Iniciativas Privadas.

## ABSTRACT

The paper describes and analyzes the recurring problem that has appeared in cases where, during the bidding process, the Government has brought to the private investors detailed Engineering Studies, as for example, Definitive Engineering Studies and Feasibility Studies; where after the signing of the Concession Contract, it has been identified that these documents have flaws that need to be corrected so that the execution of road infrastructure, in safe conditions for users, is allowed and also the compliance of service levels required in the Concession Contract.

This analysis is done taking into consideration the legal framework for Public Private Partnerships, as well as the principles and rules governing our contractual system; for later have a brief review to the recent publication of the Guidelines for Assigned Risk Contracts for Public - Private Partnerships.

### **1. La problemática existente con relación a los Estudios de Ingeniería entregados por el Estado Peruano durante los procesos de promoción de la inversión privada.**

Es largamente conocido el problema que se ha presentado y se sigue presentando en aquellos casos en que el Estado Peruano entrega los estudios de ingeniería a ser utilizados por parte de los Concesionarios para la ejecución de las obras a su cargo, desde errores estructurales de diseño, soluciones técnicas inadecuadas, estudios de suelos deficientes, estudios que no permiten que la infraestructura alcance los niveles de servicios establecidos en los contratos, entre otros.

Efectivamente, desde el inicio de la historia de las concesiones hasta hoy en día, tanto en concesiones autofinanciadas como en concesiones cofinanciadas, el Estado Peruano sigue entregando los estudios que definen el alcance de las obras concesionadas. Como parte de las primeras concesiones viales en las que ello se presentó podemos señalar a modo de ejemplo a los proyectos de la Red N° 5 (Tramo Vial Ancón – Huacho – Pativilca), cuyo contrato fue suscrito en el año 2003; así como la Red Vial N° 6 (Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica), en cuyo caso la suscripción del contrato de concesión aconteció en el año 2005. Asimismo, este tipo de prácticas también se ha venido presentando en las últimas concesiones viales otorgadas, como es el caso de la Carretera Longitudinal de la Sierra Tramo 2, y posiblemente se seguirán presentando en el futuro. En este primer grupo de proyectos viales, el Estado Peruano entregó Estudios Definitivos de Ingeniería, por lo que los Concesionarios únicamente se encontraban obligados a ejecutarlos y no a elaborar y presentar un estudio de ingeniería más desarrollo.

Sin embargo, tampoco es posible dejar de lado aquél otro grupo de proyectos viales en los que el Estado Peruano entrega Estudios de Factibilidad que requieren ser posteriormente desarrollados por los Concesionarios en Estudios Definitivos de Ingeniería, tal ha sido el caso de los Proyectos IIRSA Sur Tramo 1 e IIRSA Sur Tramo 2, entre otros.

En ambos casos, tanto aquellos en donde el Concesionario no ha tenido intervención alguna en el diseño, como en el caso en que el Concesionario se encontraba obligado a desarrollar con mayor detalle estudios previamente elaborados y aprobados por el Estado, éste ha mantenido una posición única y firme, de presentarse defectos de

diseño: se ha transferido el riesgo de diseño al Concesionario. Ello sin importar si el Concesionario tuvo o no oportunidad de revisar dichos estudios de ingeniería durante el proceso de promoción de la inversión privada, así como sin importar si el plazo para revisar y formular observaciones a los estudios entregados por el Concedente fue razonable o no, y/o si se tuvo oportunidad de visitar el área donde se desarrollaría el proyecto y hacer los estudios mínimos de suelos necesarios para verificar la información entregada por el Concedente.

Para ello, el Concedente suele escudarse en sus famosas fórmulas de exoneración de responsabilidad que se repiten en casi todas -si no son todas- las Bases de los procesos de promoción de la inversión privada, algunas de las cuales nos permitimos mostrar en el siguiente Cuadro:

Proyecto	Bases
Tramo Ancón – Huacho – Pativilca	<p><b>“Artículo 31: Limitaciones de responsabilidad.</b> (...)</p> <p><b>31.2.- Limitación de responsabilidad estatal.</b> El Gobierno del Perú o cualquier dependencia de éste, la COPRI, su Dirección Ejecutiva, el Comité, el MTC y los asesores (financiero, legal y técnico) <b>no garantizan la totalidad, integridad, fiabilidad o veracidad de la información escrita que se suministre en el procedimiento licitatorio.</b> En consecuencia, ninguna de las personas que participen en el proceso podrá atribuir responsabilidad alguna o cualquiera de las partes antes mencionadas o a sus representantes, agentes o dependientes por el uso que pueda darse a dicha información o por cualquier otra causa expresamente contemplada en este numeral.</p> <p><b>31.3.- Alcances de la limitación de responsabilidad.</b> <b>La limitación enunciada en el presente artículo alcanza, de la manera más amplia posible, a toda la información relativa a la Licitación que fuere efectivamente conocida, incluyendo los posibles errores u omisiones en ella contenidos,</b> por el Gobierno del Perú o cualquier dependencia, organismo o funcionario de este, o por COPRI, su Dirección Ejecutiva, el Comité, el MTC, los asesores (financiero, legal y técnico). Del mismo modo, dicha limitación de responsabilidad alcanza toda información, suministrada o preparada, directamente, por cualquiera de las partes antes mencionadas. <b>La limitación de responsabilidad alcanza también a toda la información disponible en la Sala de Datos, así como la que se adquiere durante las visitas a las instalaciones relativas a la Licitación.</b> La sola presentación de credenciales constituirá, sin necesidad de acto posterior alguno, la aceptación por parte de los Oferentes de lo dispuesto en el presente artículo”</p>
Carretera Longitudinal de la Sierra Tramo 2	<p><b>“3.4.2 Limitación de Responsabilidad</b> El Estado o cualquier dependencia, PROINVERSIÓN, el Comité, los consultores o asesores <b>no se hacen responsables, no garantizan, ni expresa ni implícitamente, la totalidad, integridad, fiabilidad o veracidad de la información, verbal o escrita, que se suministre a los efectos del Concurso o dentro de él.</b> En consecuencia, ninguna de las personas que participe en el Concurso podrá atribuir responsabilidad alguna a cualquiera de las partes antes mencionadas o a sus representantes, agentes o dependientes <b>por el uso que pueda darse a dicha información o por cualquier inexactitud, insuficiencia, defecto, falta de actualización o por cualquier otra causa no expresamente contemplada en este numeral.</b></p> <p><b>3.4.3. Alcances de la Limitación de Responsabilidad</b> <b>La limitación enunciada en el numeral 3.4.2. alcanza de la manera más amplia posible, a toda la información relativa al Concurso que fuera efectivamente conocida, a la información no conocida y a la información que en algún momento debió ser conocida, incluyendo los posibles errores u omisiones que, en ella contenidos,</b> por parte del Estado o cualquier dependencia, organismo o funcionario de éste, o por PROINVERSIÓN, el Comité o sus asesores. Del mismo modo, dicha limitación de responsabilidad alcanza a toda información, sea o no suministrada o preparada, directa o indirectamente, por cualquiera de las partes antes mencionadas.</p>

	<p>La limitación de responsabilidad alcanza también a toda información disponible en la Sala de Datos, así como la que se proporcione a través de Circulares o de cualquier otra forma de comunicación, la que se adquiera durante las visitas a las instalaciones relativas al Concurso y las que se mencionan en estas Bases, incluyendo todos sus Formularios y Anexos”</p>
IIRSA Sur Tramo 2	<p><b>“3.4 Limitaciones de Responsabilidad</b> (...) <b>3.4.2 Limitación de Responsabilidad.-</b> El Estado o cualquier dependencia, PROINVERSIÓN, el Comité, o los asesores <b>no se hacen responsables, no garantizan, ni expresa ni implícitamente, la totalidad, integridad, fiabilidad o veracidad de la información, verbal o escrita, que se suministre a los efectos de o dentro del Concurso.</b> En consecuencia, ninguna de las personas que participe en el Concurso podrá atribuir responsabilidad alguna a cualquiera de las partes antes mencionadas o a sus representantes, agentes o dependientes por el uso que pueda darse a dicha información o por cualquier inexactitud, insuficiencia, defecto, falta de actualización o por cualquier otra causa no expresamente contemplada en este Numeral. <b>3.4.3 Alcances de la Limitación de Responsabilidad</b> La limitación enunciada en el Numeral 3.4.2 alcanza, de la manera más amplia posible, a toda la información relativa al Concurso que fuera efectivamente conocida, a la información no conocida y a la información que en algún momento debió ser conocida, incluyendo los posibles errores u omisiones en ella contenidos, por el Estado o cualquier dependencia, organismo o funcionario de éste, o por PROINVERSIÓN, el Comité o sus asesores. Del mismo modo, dicha limitación de responsabilidad alcanza a toda información, sea o no suministrada o preparada, directa o indirectamente, por cualquiera de las partes antes mencionadas. La limitación de responsabilidad alcanza también a toda información disponible en la Sala de Datos, así como la que se proporcione a través de Circulares o de cualquier otra forma de comunicación, la que se adquiera durante las visitas a las instalaciones relativas al Concurso y las que se mencionan en estas Bases, incluyendo todos sus Formularios y Anexos.”</p>

Como se puede apreciar de los textos citados, la regulación contenida en las Bases de los procesos de promoción de la inversión privada, no son sólo de limitación de responsabilidad sino de absoluta exoneración de responsabilidad del Estado respecto de cualquier información que haya podido ser provista por éste a los concesionarios durante los procesos de promoción de la inversión privada. La posición del Estado es que dicha cláusula de exoneración es absoluta y que incluyen también a cualquier error, defecto u omisión de los estudios que hayan sido entregados durante la fase de promoción de la inversión privada.

Sin embargo, teniendo en cuenta nuestro sistema contractual y nuestro sistema de Asociaciones Público Privadas en el que se encuentran inmersos los contratos de concesión, así como la aplicación del Principio de Buena Fe; nos preguntamos ¿es ello legalmente posible? En los siguientes acápite realizaremos el análisis jurídico correspondiente a fin de dar respuesta a esta interrogante que se ha venido planteando a lo largo de la historia de las concesiones en nuestro país y que se encuentra plenamente vigente.

## 2. ¿Qué dispone el marco legal en relación al riesgo de diseño en los contratos de concesión?

El marco legal de los Contratos de Concesión ha sufrido numerosos cambios en los últimos años. Inicialmente, este tipo de contratos se encontraban regulados en el Decreto Supremo N° 059-96-PCM y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 060-96-PCM. En el año 2008, se creó el marco del régimen de las Asociaciones Público Privadas, señalándose como una modalidad de éstas a los contratos de Concesión. Dicho marco

se encontraba regulado en el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 146-2008-EF, posteriormente sustituido en el 2014, por el Decreto Supremo N° 127-2014-EF.

En el año 2015, se derogaron las normas señaladas anteriormente, publicándose el Decreto Legislativo N° 1224, Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 410-2015-EF.

A pesar de los cambios sufridos en el marco de las Asociaciones Público Privadas, se mantiene plenamente vigente el Principio de Asignación Adecuada del Riesgo, recogido anteriormente en el Artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1012. Efectivamente, el Artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1224 establece hoy en día lo siguiente:

11. 2 Los contratos de Asociaciones Público Privadas son de largo plazo, en los cuales debe existir una adecuada distribución de riesgos entre las partes, de manera que los riesgos sean asignados a aquella parte con mayores capacidades para administrarlos, considerando el perfil de riesgos del proyecto. (...)

Al respecto, el Anexo I del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, el Decreto Supremo N° 410-2015-EF, define a este principio como: "(...) aquel principio aplicable a las Asociaciones Públicos Privadas que establece que en un contrato debe existir una adecuada distribución de riesgos entre las partes, de manera que los riesgos sean asignados a aquella parte con mayores capacidades para administrarlos, considerando el perfil de riesgos del proyecto, buscando mitigar su impacto en la disponibilidad de la infraestructura y/o calidad del servicio."

Como se puede apreciar, el principio que rige a las Asociaciones Público Privadas no es el asignar todos los riesgos al sector privado, sino el Principio de Adecuada Distribución del Riesgo, el cual consiste en asignar los distintos riesgos que se presentan en las diversas etapas de este tipo de contratos de larga duración a aquella parte con mayores capacidades para administrar dichos riesgos, considerando el perfil de cada proyecto.

Ello al contrario de lo que acontece en otras legislaciones extranjeras. A modo de ejemplo, podemos señalar que en la legislación española se considera que, en el caso, específico de los contratos de concesión de obra pública, estamos ante un tipo de contrato en el que el inversionista privado, asume a su "riesgo y ventura" la ejecución de dicho contrato.<sup>3</sup> Quizás ello sea uno de los factores que, si bien no originaron, sí contribuyeron a las severas crisis de las concesiones de infraestructura de transportes en España<sup>4</sup>. Sin embargo, volviendo al tema bajo análisis, este tipo de regulación no se presenta en el marco de los contratos de concesión de nuestro país, donde claramente nuestra legislación ha establecido que, como modalidad de Asociación Público Privada, primero, debe existir una identificación de los riesgos específicos del proyecto y, segundo,

<sup>3</sup> Artículo 7 del Real Decreto Legislativo N° 3/2011, del 14 de noviembre de 2011, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de España.

<sup>4</sup> Un buen resumen de las crisis que han sufrido las concesiones de infraestructura de carreteras en España se puede encontrar en "Tropezando dos veces con la misma piedra: Quiebra de autopistas de peaje y costes para contribuyentes y usuarios" de Daniel Albalade, Germá Bel Paula Bel-Piñana. Revista de Economía Aplicada. Número 67. Volumen XXIII. 2015.

cada uno de dichos riesgos deben ser asignados a quienes se encuentren en mejor capacidad de administrarlos.

En ese sentido, el Artículo 2 de la referida norma reglamentaria dispone lo siguiente:

#### Artículo 2.- Principios

2.1. Los principios señalados en el artículo 4 de la Ley se aplican a todas las fases del desarrollo de los proyectos en Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos. De manera adicional, **para el caso de las Asociaciones Público Privadas resultan aplicables los principios de valor por dinero y de adecuada distribución de riesgos, conforme a lo señalado en el numeral 11.2 del artículo 11 de la Ley.**

(...)

2.4. El principio de valor por dinero tiene como objeto la búsqueda de la combinación óptima entre los costos y la calidad del servicio público ofrecido a los usuarios, **teniendo en cuenta una adecuada distribución de riesgos en todas las fases del proyecto de Asociación Público Privada.** La generación de valor por dinero en las fases de desarrollo de las Asociaciones Público Privadas es responsabilidad del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local y puede darse de manera no limitativa al momento de:

(...)

**c. Identificar los riesgos y distribuirlos a aquella parte con mayores capacidades para administrarlos.(...)"**

Entonces, a partir de lo expuesto, necesitamos preguntarnos quien se encuentra en mejor posición de administrar los riesgos de los defectos de diseño en aquellos casos en que los estudios de ingeniería completos son entregados por el Estado Peruano durante los procesos de promoción de la inversión privada; así como en los casos en que son entregados a los concesionarios los Estudios de Factibilidad y éstos deben ser posteriormente desarrollados en Estudios Definitivos de Ingeniería. En el siguiente acápite, abordaremos dichas interrogantes, no sólo teniendo en consideración el Principio de Adecuada Distribución del Riesgo propio del marco de las Asociaciones Público Privadas, sino también las reglas que rigen en el sistema contractual peruano y, especialmente, el Principio de Buena Fe recogido en el Artículo 1362 del Código Civil.

### 3. ¿Quién debe asumir el riesgo de diseño?

Como ya hemos manifestado, la problemática con relación al riesgo de diseño se puede presentar principalmente en dos grupos de proyectos. En el primer grupo en donde el Estado Peruano entrega los estudios de ingeniería más detallados, el Estudio Definitivo de Ingeniería, y el segundo grupo de proyectos, en donde el Estado Peruano entrega los Estudios de Factibilidad, pero el Concesionario se obliga a desarrollarlos y plasmarlos en Estudios Definitivos de Ingeniería.

En ambos casos resulta imprescindible tener presente el siguiente contexto:

- El Concedente toma no menos de un año para desarrollar este tipo de estudios de ingeniería, en algunos casos, hasta dos años;

- Este tipo de estudios de ingeniería requieren la evaluación de distintos elementos a efectos que, finalmente, se identifique las soluciones de ingeniería más adecuadas para las necesidades de comunicación y transportes de las poblaciones aledañas, por ejemplo, estudios de suelos;
- El Concedente, en la mayoría de casos, subcontrata la elaboración de este tipo de estudios a proyectistas especializados en la materia.
- Durante los procesos de promoción de la inversión privada se otorga a los inversionistas privados, generalmente, plazos muy cortos para la revisión y presentación de observaciones y/o comentarios a los estudios de ingeniería; en algunos casos de cuatro meses y otros de hasta un mes y medio. En ninguno de los casos se establece la posibilidad y/o la obligación, de los inversionistas privados de realizar estudios en el terreno de las obras. Lo anteriormente mencionado resulta de gravitante importancia pues cabe destacar que la identidad entre las especificaciones del suelo que se encuentran plasmadas en el estudio de ingeniería del Concedente y aquél que verdaderamente se encuentra en campo es una de las variables más relevantes de cara a identificar si la solución técnica adoptada es adecuada.

Ante este contexto, en los casos en que el Estado entrega diseños completos de ingeniería ¿quién se encuentra en mejor capacidad de administrar el riesgo de diseño? ¿El Concedente o el Concesionario? Por más experiencia y capacidad técnica que pueda tener un inversionista privado en la materia, ¿es posible que éste pueda suplir en unos pocos meses lo que el Concedente ha tardado, en promedio, un año (sino dos) y, ello sin realizar ningún tipo de estudio de suelos? Consideramos que la respuesta a esta interrogante es absolutamente categórica, el Concedente debe ser el responsable por el riesgo de diseño, en aquellos casos en que entrega el Estudio Definitivo de Ingeniería, pues éste tiene mayor tiempo para realizar una evaluación concienzuda de los terrenos, la hidráulica, las soluciones de ingeniería y otros; por lo cual se encuentra en mejor capacidad de administrar dicho riesgo.

Esta es la única respuesta posible no sólo en aplicación del Principio de Asignación Adecuada del Riesgo, sino también teniendo presente el Principio de Buena Fe recogido en el Artículo 1362 del Código Civil y que rige no sólo a partir de la suscripción de los Contratos de Concesión, sino también durante la negociación estructurada que se lleva a cabo durante el proceso de promoción de la inversión privada; cuyo texto consideramos pertinente recordar:

Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Adicionalmente, también debe tenerse presente que en este tipo de procesos en los que el Estado señala expresamente que realizará la entrega de los diseños de ingeniería completos, previa elaboración y aprobación de dichos estudios<sup>5</sup>, para que éstos sean

---

<sup>5</sup> Las obligaciones de hacer pueden consistir en la elaboración de algún bien, o en la ejecución de algún servicio o trabajo. Ellas pueden ser de dos tipos: obligaciones de hacer que concluyen en un dar y obligaciones de hacer que concluyen en el propio hacer. Una obligación de hacer es una u otra clase, dependiendo si el cumplimiento de aquélla supone o no la entrega de un bien que es producto de ese hacer. La diferencia entre una obligación de dar y una de hacer que termina en un dar, es que en

posteriormente utilizados por parte de los Concesionarios; resulta de aplicación lo previsto en el Artículo 1148 del Código Civil que establece lo siguiente: “el obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el plazo y modo pactados, o en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso”.

Consecuentemente, dicha entrega del documento debe realizarse bajo determinadas reglas, las cuales pueden pactarse expresamente en el Contrato de Concesión correspondiente o, en su defecto, serán los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso. En aplicación de esto último, podemos afirmar categóricamente que en modo alguno se puede sostener que la obligación de entregar los estudios por parte del Estado, de acuerdo a la naturaleza de esta obligación y las circunstancias del caso, puede implicar que dichos estudios sean entregados con defectos de ingeniería de tal manera que: (i) no permita la ejecución de las obras a cargo del Concesionario; y/o (ii) que su ejecución pueda poner en situaciones riesgos a los usuarios (de forma inmediata o por la existencia de defectos estructurales) y/o; (iii) que dichos estudios no permitan que la ejecución de obras alcancen los niveles de servicio exigidos en el Contrato de Concesión correspondiente. Por el contrario, los estudios que sean entregados por el Estado deben permitir la ejecución de la carretera de forma segura para los usuarios, así como permitir que se alcance los niveles de servicios que el mismo Contrato de Concesión exige. En ese sentido, de ser el Concesionario quien se encuentra obligado a elaborar los estudios de ingeniería, todas y cada una de las condiciones antes señaladas le resultarían exigibles.

Al respecto, DAMMERT<sup>6</sup> propone como regla de asignación de riesgos de diseño que el Estado sea responsable por los defectos de diseño que pudieran devenir de las especificaciones técnicas brindadas al Concesionario; más aún ello sería aplicable en el caso de estudios de ingeniería completos desarrollados, directamente o a través de la contratación de especialistas, revisados y aprobados por el Estado; para posteriormente ser entregados al Concesionario.

En ese mismo sentido, podemos encontrar en los Lineamientos de OSITRAN para la emisión de Opinión de los Proyectos de los Contratos de Concesión, que en su momento fueron aprobados en marzo de 2008 mediante el Acuerdo N° 1043-267-08-CD-OSITRAN, se señaló lo siguiente:

Uno de los principios fundamentales del diseño del Contrato es que la asignación de riesgos entre las partes involucradas sea eficiente. En tal sentido, el diseño del contrato debe ser tal que los riesgos sean asignados a aquella parte que se encuentra en mejor capacidad de asumirlos. El Cuadro N°2, tomado de Kerf et al (1989) presenta un resumen de las mejores prácticas reconocidas por el Banco Mundial para la asignación de los riesgos vinculados con el diseño, riesgos asociados a la construcción, especificaciones técnicas del contrato, riesgos de costos operativos, riesgos de ingresos, riesgos financieros y riesgos medio ambientales.

la segunda lo verdaderamente relevante es la ejecución de aquello que luego se va a entregar (...)” OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. En: Compendio de derecho de las obligaciones. 2008. Palestra Editores: Lima.

<sup>6</sup> DAMMERT LIRA, Alfredo. “Equilibrio Económico – Financiero en los Contratos de Concesión en Obras de Infraestructura”, Revista de Derecho Administrativo N° 7, Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, págs. 338-345.

## CUADRO N° 2 RIESGOS EN CONTRATOS DE CONCESIÓN

Tipos de Riesgo	Cuál es el Riesgo	Cómo surge	Cómo debe ser asignado
Diseño y desarrollo	Defectos del Diseño	Especificaciones técnicas exigidas por el Estado	Riesgo lo asume el Concedente
		Falta de diseño de la propuesta técnica	Concesionario asume el riesgo

Asimismo, en relación a la asignación de riesgo de diseño, ENGEL, FISCHER y GALETOVIC señalan lo siguiente:

Note that bundling, ownership and service standards are all necessary to ensure that these risks are effectively transferred to the private firm. For example, it is harder to make a firm accountable for service quality if it was not responsible for designing and building the facility (hence, the importance of bundling) (...) <sup>78</sup>

Haciendo un paralelismo, vemos pertinente también citar a MAIRAL refiriéndose a los problemas que se pueden presentar en el equipamiento, cuando el Estado establece el tipo de equipamiento a instalar: *“cabe advertir, además, que cuanto más control desea tener el Estado sobre el proyecto, más riesgos asume. Si la Administración establece el tipo de equipos que deben instalarse, asume el riesgo de que este tipo de equipos no alcance el nivel de prestación que ella desea. Por el contrario, si se limita a indicar el nivel de prestación a lograrse, el riesgo de seleccionar equipos inadecuados recaerá sobre la parte privada”*<sup>9</sup>

Ahora bien, ¿es posible que el Estado se exima por completo de su responsabilidad por el diseño de los estudios de ingeniería, mediante la inclusión de las cláusulas de exoneración que hemos revisado en el acápite 1 de este documento, o incluso plasmando en el Contrato de Concesión alguna regla contractual mediante la cual el Concesionario asume a su cuenta y riesgo los estudios entregados por el Estado? En relación a esta interrogante, consideramos que ello no es posible en nuestro régimen contractual, es decir, el Estado no pueda exonerarse por completo de su responsabilidad por la elaboración, revisión y aprobación de estudios de ingeniería que adolecen de serios defectos no visibles para el Concesionario hasta una vez realizada a profundidad una revisión integral de dicho documento, para lo cual obviamente requerirá en primer lugar poder ingresar a los terrenos donde debe ejecutar la obra; todo lo cual acontece con posterioridad a la presentación de su oferta y la suscripción del Contrato de Concesión. Ello tanto en virtud de la aplicación del Principio de Buena Fe recogido en el Artículo 1362 del Código Civil que rige todo nuestro sistema contractual, como en virtud de lo previsto en el 1328 del referido cuerpo normativo, cuyo texto señala:

<sup>7</sup> ENGEL, Eduardo, FISCHER Ronald y GALETOVIC, Alexander. Finance and Public-Private Partnerships. En: Financial Flows and Infrastructure Financing. Conference Volume 2014. Reserve Bank of Australia. Pág. 2014.

<sup>8</sup> Debe destacarse que empaquetar, la titularidad y los estándares de servicio es necesario para asegurar que todos los riesgos han sido efectivamente transferidos al sector privado. Por ejemplo, es más difícil hacer que el inversionista privado sea responsable por la calidad del servicio si no fue responsable del diseño y construcción de la infraestructura (de ahí, la importancia de empaquetar)” [La traducción es nuestra]

<sup>9</sup> MAIRAL, Héctor A. Los riesgos en la financiación privada de proyectos públicos. En: Revista de Derecho Administrativo N° 13. Asociaciones Público Privadas. Círculo de Derecho Administrativo. Pág. 218

“Artículo 1328.- Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga.

También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público”.

Como se puede apreciar, dicha norma establece claramente que es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo<sup>10</sup> o culpa inexcusable<sup>11</sup> sea del deudor o de los terceros de quien éste se valga, como es el caso del proyectista contratado por el Estado. En ese sentido, a efectos de aplicar la referida norma, deberá tenerse presente que en el caso específico de estudios de ingeniería, se requiere de la aplicación de conocimiento profesionales y técnicos adecuados, por lo que el Estado deberá responder por cualquier negligencia o impericia durante la elaboración de los estudios (culpa inexcusable)<sup>12</sup>, así como por la omisión dolosa de cualquier regla del arte y/o profesional correspondiente, sea directamente o a través de los terceros de los cuales se valgan.

A partir de ello, sólo cabe concluir que, teniendo en consideración los elementos contenidos en la regla del Artículo 1328 del Código Civil, si estamos ante estudios definitivos de ingeniería que: (i) no permiten la construcción de la carretera encargada; (ii) sólo llevan a construir una carretera insegura para los usuarios y/o; (iii) no permiten que dicha carretera sea construida conforme a las calidades exigidas en el Contrato de Concesión, esto es, los niveles de servicio; entonces claramente estamos ante casos de dolo o culpa grave (negligencia o impericia) por los cuales debe responder el Estado, no existe otra respuesta. En ese sentido, cualquier estipulación contractual en sentido contrario, será nula en aplicación del Artículo 1328 del Código Civil.

Y, en cuanto al segundo grupo de proyectos, ¿qué sucede con el segundo grupo de proyectos, en donde el Concedente sólo entrega los Estudios de Factibilidad y el Concesionario se encuentra obligado a desarrollar el Estudio Definitivo de Detalle? En este caso, consideramos que la responsabilidad debe ser compartida. Ello teniendo siempre presente el contexto de los procesos de promoción de la inversión privada, en donde reiteramos es el Concedente quien cuenta con mayores plazos para la elaboración y evaluación de los estudios de ingeniería.

Por último, nos permitimos mencionar que cualquier intento de exonerar al Estado de su responsabilidad por los estudios, genera incentivos perversos dentro de cualquier sistema, pues ello nos llevaría a un contexto donde el Estado, directamente con sus funcionarios o sus subcontratistas, los proyectistas, no tiene que mostrar ningún nivel de diligencia para con la aplicación de sus conocimientos técnicos al momento de desarrollar, revisar y aprobar

<sup>10</sup> En relación al dolo, el Código Civil señala: “Artículo 1318.- *Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación.*”

<sup>11</sup> Respecto a la culpa inexcusable, ésta es definida por el Código Civil en el siguiente artículo: “Artículo 1319.- *Incorre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.*”

<sup>12</sup> *En lo que respecta al término “negligencia”, el mismo es susceptible de encuadrarse dentro de lo previsto por el artículo 1319 del Código Civil, precepto que establece que incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación. Ahora bien, ¿Es posible entender a la “impericia” como sinónimo de culpa leve? Pensamos que no, ya que por lo general se entiende a la impericia (falta de pericia) como un elemento susceptible de ser asimilado a la culpa inexcusable.(...)”.* CASTILLO FREYRE, Mario /CASTRO ZAPATA, Laura. El Contrato de Obra. Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi. Volumen II. 2008. Pág. 954.

dichos estudios. Ello debido a que el Estado, sus funcionarios o subcontratistas, se verían beneficiados por un paracaídas de protección legal de exoneración de responsabilidad; lo que reiteramos hoy en día en nuestro sistema jurídico no es legalmente posible.

#### 4. Sobre los Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas recientemente publicados.

El pasado 31 de mayo de 2016, fueron publicados los Lineamientos para la asignación de riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas, aprobados mediante la Resolución Ministerial N° 167-2016-EF/15, en donde se señaló lo siguiente:

##### 1.1 Riesgo de Diseño

###### a. Identificación

**Es el riesgo de errores o deficiencias en el diseño** que repercuten en el costo o la calidad de la infraestructura, nivel de servicio y/o pueden provocar retrasos en la ejecución de la obra o variar las especificaciones establecidas por el concedente.

###### b. Práctica recomendada para la asignación de riesgos

El diseño de contrato debe reflejarse que **este riesgo es asignado exclusivamente al concesionario**.

Si bien la práctica habitual en contratos de APP es que en las Bases del concurso (de Licitación Pública, Concurso de Proyectos Integrales u otro mecanismo competitivo) se establezcan especificaciones técnicas que deberán contemplar los diseños definitivos, e incluso que el concedente aporte diseños con un alto nivel de desarrollo, será el concesionario quién deberá diseñar, o hacer suyo el diseño que proporcione el concedente, y asumir por tanto todos los riesgos de las deficiencias, errores u omisiones que éste contenga, a fin que sea reflejado en su oferta.

Como se puede apreciar, la posición del Ministerio de Economía y Finanzas, hoy en día entidad rectora del sistema nacional de promoción de la inversión privada, es que todo el riesgo de diseño sea trasladado al Concesionario, incluso en aquellos casos en los que el Concedente hace entrega de diseños definitivos; asumiendo el Concesionario el riesgo de las deficiencias, errores u omisiones. De ser esta la posición, entonces en adelante las Bases de los procesos de promoción de la inversión privada deberán ser claras y manifiestas señalando dicho traslado del riesgo; ello en aplicación del Principio de Buena Fe.

En adición a ello, resulta importante a su vez que el Ministerio de Economía y Finanzas razonablemente señale y acepte que ello tendrá un efecto en la oferta que presenten los inversionistas privados a fin de obtener la adjudicación de la concesión.

Al respecto, consideramos que una solución más acorde con dicha problemática sería en todo caso, establecer que el Concesionario puede asumir el riesgo hasta determinado porcentaje de sobrecostos y el excedente fuese asumido por el Concedente. Es preciso tener presente que éste, en todo caso, podrá repetir contra el proyectista al cual le encargó la elaboración de los estudios. De otro lado, exonerar de cualquier responsabilidad al Concedente respecto al riesgo de diseño en aquellos casos en que hace entrega de estudios definitivos, además de ser contrario a nuestro sistema contractual como ya lo hemos detallado en el acápite anterior, genera un incentivo perverso para aquellos que se encuentran encargados de su elaboración y aprobación; pues no se encontrarán obligados a responder por sus acciones, consecuentemente no requerirán ejecutar sus labores con la diligencia debida.

Sin embargo, volviendo a los Lineamientos elaborados por el Ministerio de Economía y Finanzas, cabe destacar que esta entidad reconoce que a efectos de trasladar el riesgo de diseño al Concesionario deben establecerse ciertos mecanismos, sea en las Bases y/o en el Contrato de Concesión correspondiente, conforme se puede apreciar del texto citado a continuación:

c. Mecanismos de mitigación

Los postores deben realizar una revisión crítica (debida diligencia de la documentación técnica que provea la OPIP en las Bases del concurso para asumirla o desarrollarla o para proponer los cambios que consideren necesarios para cumplir con la normativa vigente y las especificaciones exigidas en las Bases). Para que esto ocurra, las Bases del concurso deben:

- i) Brindar información técnica sobre el proyecto.
- ii) **Otorgar un plazo razonable para que los postores evalúen la información técnica y desarrollen sus propios estudios y presenten su propuesta técnica.**
- iii) **Otorgar la posibilidad al concesionario a modificar u optimizar los estudios durante la fase de transacción o en el contrato**, siempre que mantenga las especificaciones mínimas, en especial en aquellos casos que el concedente o el OPIP presenten estudios a nivel definitivo.

Asimismo, **el diseño del contrato expresamente debe contener el procedimiento y plazos para la presentación de los Estudios Definitivos de Ingeniería (Concurso de Proyectos Integrales) o la revisión de los estudios presentados por el concedente o el OPIP (Licitación Pública)**. En caso las optimizaciones presentadas por el concesionario contemplasen modificaciones en el trazado (obras lineales), el costo y el riesgo de adquisición de las nuevas expropiaciones y liberación de interferencias son responsabilidad del concesionario que presenta dichas optimizaciones o modificaciones.

**El concedente no asumirá ningún riesgo derivado de las inconsistencias, defectos o fallas de la documentación técnica suministrada durante la fase de transacción. La aprobación de los estudios definitivos por parte del concedente, no significará en ningún caso la asunción por el concedente del riesgo de diseño o de cumplimiento de los indicadores de calidad y servicio de la infraestructura.**

Del texto citado de los Lineamientos para la asignación de riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas, podemos concluir que se pretende transferir el riesgo de diseño al Concesionario siempre y en la medida que: (i) se otorgue plazo razonable para la revisión de la información técnica durante el proceso de promoción de la inversión privada; (ii) se establezca la posibilidad de modificar u optimizar el diseño entregado por el Concedente, sea durante el proceso de promoción o durante la ejecución contractual y; (iii) en el caso de Licitaciones Públicas, se establezca el procedimiento o plazo para la revisión de los estudios entregados por el Concedente.

Saludamos los mecanismos que se pretenden implementar en las Bases y/o Contratos a fin de mitigar el riesgo de diseño, sin embargo, en cualquier caso de transferencia de

riesgo de diseño debe ser completamente expresa y, en adición a ello, la única forma en que se pueda transferir al Concesionario el riesgo de diseño respecto a estudios definitivos de ingeniería, es que se establezca una etapa de revisión de dichos documentos, no sólo teórica, sino también en campo; la cual debería incluir un intercambio de observaciones y levantamiento de dichas observaciones por parte del Estado. Claro está, todo ello, conllevará un mayor retraso en la ejecución del proyecto, así como mayores costos. Sin embargo, insistimos que debe tener presente que en virtud de lo dispuesto en el Artículo 1328 del Código Civil, no es posible exonerar de responsabilidad, de forma absoluta, al Estado por la elaboración y entrega de estudios definitivos de ingeniería y/o señalar que todo el riesgo ha sido transferido al Concesionario; pues este tipo de estipulaciones son nulas, en cuanto al accionar doloso o con culpa inexcusable y, ergo, contrarias a nuestro sistema contractual.

En ese sentido, reiteramos ¿no sería más adecuado que quien es el efectivamente responsable del diseño, sea también el responsable por asumir la subsanación de cualquier defecto que se pudiera encontrar; en vez de elaborar figuras un poco forzadas para transferir en su totalidad el riesgo de diseño al Concesionario?. Por último, en todo caso, reiteramos que una solución práctica podría ser que el Concesionario asuma cierto porcentaje de riesgo y que el excedente sea asumido por el Concedente, en aquellos casos en que éste ha brindado estudios definitivos de ingeniería.

## 5. Conclusiones

A partir de lo que hemos podido analizar, en nuestro ordenamiento jurídico, en los contratos de Asociaciones Público Privadas, como es el caso, de los contratos de concesión, uno de los principios rectores es aquél referido a la Adecuada Distribución del Riesgo, es decir, que se asigne el riesgo a quien se encuentre en mejor capacidad de administrarlo.

A lo largo de la historia de las concesiones, el Estado ha venido entregando no sólo términos de referencia, sino también Estudios Definitivos de Ingeniería, durante procesos de promoción en donde no existe mayor período de revisión por parte de los inversionistas privados, ni la posibilidad u obligación de realizar, por lo menos, la verificación y/o estudio de los suelos. En otros casos, ha hecho entrega de Estudios de Factibilidad a fin de que sean posteriormente desarrollados por los Concesionarios.

En relación a dichos documentos de ingeniería, el Estado ha venido adoptando la posición que, en cualquier caso, se ha transferido por completo el riesgo de diseño a los Concesionarios, pues éstas han asumido a su cuenta y riesgo el uso de dichos estudios y/o se han establecido en las Bases o Contratos, cláusulas de absoluta exoneración de responsabilidad del Estado, sus funcionarios, asesores y terceros, por la elaboración y entrega de dichos estudios.

Como se ha podido apreciar, este tipo de estipulaciones contractuales son contrarias al Principio de Adecuada Distribución de Riesgos, al Principio de Buena Fe, así como resulta nulas en aplicación de lo dispuesto en el Artículo 1328 del Código Civil, cuando estamos frente a estudios definitivos de ingeniería que no permiten la ejecución de la carretera encargada, o no permiten la ejecución de la obra en condiciones seguras para los usuarios o, incluso, no permiten alcanzar los niveles de servicio exigidos por el mismo Concedente en su Contrato de Concesión.

En ese sentido, es el Estado quien debe ser responsable por subsanar los defectos de dichos estudios, incluyendo ello, el asumir los mayores costos que de ello derive; no pudiendo protegerse bajo estipulaciones contractuales que resultan nulas en nuestro sistema contractual. Consecuentemente, si bien saludamos la reciente publicación de los Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas, consideramos que en dicho documento se sigue mantenimiento dicha línea de pensamiento, en el sentido exonerar al Estado de cualquier responsabilidad por estudios que han sido elaborados (directamente o a través de terceros), revisados y aprobados por el mismo.

De insistirse con la transferencia del riesgo de diseño a los Concesionarios, entonces debe establecerse previamente a la presentación de ofertas, una etapa de revisión profunda de dichos estudios, incluyendo por lo menos la posibilidad de realizar estudios de suelos, así como la posibilidad de presentar observaciones y que éstas deban ser subsanadas y respondidas por el Estado. Todo lo anterior, reiteramos, generará que la adjudicación de los proyectos se alargue y encarezcan y, sin embargo, en atención a las reglas de nuestro sistema contractual, no podrá exonerarse de responsabilidad de forma absoluta al Estado por dichos estudios de ingeniería que ha desarrollado, revisado y aprobado

Ante este contexto, insistimos que la mejor solución sea que el Estado asuma, como corresponde, la responsabilidad por los estudios definitivos de ingeniería que le son entregados a los Concesionarios o, por último, que el riesgo sea repartido entre el Concedente y el Concesionario, asumiendo éste último un cierto porcentaje de dicho riesgo y cualquier excedente deberá ser asumido por el Concedente.

## 6. Bibliografía.

- ALBALATE, Daniel y BEL PAULA BEL-PIÑANA, Germá. Revista de Economía Aplicada. Número 67. Volumen XXIII. 2015.
- CASTILLO FREYRE, Mario y CASTRO ZAPATA, Laura. El Contrato de Obra. Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi. Volumen II. 2008.
- DAMMERT LIRA, Alfredo. “Equilibrio Económico – Financiero en los Contratos de Concesión en Obras de Infraestructura”. En: Revista de Derecho Administrativo N° 7, Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.
- ENGEL, Eduardo, FISCHER Ronald y GALETOVIC, Alexander. Finance and Public-Private Partnerships. En: Financial Flows and Infrastructure Financing. Reserve Bank of Australia. Conference Volume 2014.
- MAIRAL, Héctor A. Los riesgos en la financiación privada de proyectos públicos. En: Revista de Derecho Administrativo N° 13. Asociaciones Público Privadas. Círculo de Derecho Administrativo. 2013.
- OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. En: Compendio de derecho de las obligaciones. 2008. Palestra Editores. Lima.