



Causas y efectos de las renegociaciones contractuales de las Asociaciones Público - Privadas en el Perú



Estudio sobre las Causas y efectos de las renegociaciones contractuales
de las Asociaciones Público – Privadas en el Perú

© Contraloría General de la República
Gerencia de Estudios y Gestión Pública
Departamento de Estudios
Jirón Camilo Carrillo 114,
Jesús María
Lima – Perú

Fotografía: Shutterstock ©
Edición y diagramación: Marena Morel
Impresión: Editorial Súper Gráfica E.I.R.L.
Av. Naciones Unidas 1830, Lima.

Tiraje: 500 ejemplares

Lima, julio 2015

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2015-08249



Causas y efectos de las renegociaciones
contractuales de las Asociaciones
Público - Privadas en el Perú



CONTENIDO

Presentación	07
Resumen Ejecutivo	11
Introducción	19

01 Capítulo 01: Marco Metodológico del Estudio	25
1.1 Justificación del estudio	25
1.2 Objetivo del estudio	31
1.3 Alcance	32
1.4 Metodología de investigación	32

02 Capítulo 02: Marco Normativo de las Asociaciones Público - Privadas	47
2.1 Evolución normativa de la participación privada en obras de infraestructura y servicios públicos	47
2.2 Normativa nacional e internacional de control gubernamental vinculada a la auditoría de las Asociaciones Público – Privadas	74

03 Capítulo 03: Marco Institucional de las Asociaciones Público - Privadas	93
3.1 Actores involucrados en el proceso de promoción de las Asociaciones Público – Privadas	93
3.2 El proceso para estructurar un proyecto de Asociación Público – Privada	107
3.3 Renegociación de los contratos en las Asociaciones Público – Privadas. Alcances conceptuales y normativos	125

04	Capítulo 04: Identificación y análisis de las causas que generan las renegociaciones contractuales en las Asociaciones Público - Privadas	153
	4.1. Información general sobre los contratos de concesión y sus adendas	153
	4.2. Causas específicas por sector	156
	4.2.1. Sector Infraestructura de Transportes	157
	4.2.2. Sector Saneamiento	230
	4.2.3. Sector Generación y Transmisión Eléctrica	239
	4.2.4. Sector Telecomunicaciones	254
	4.2.5. Sector Irrigación	262
	4.3. Aspectos contractuales y materias recurrentes en las renegociaciones	272
	4.3.1. Tiempo promedio de las renegociaciones desde la suscripción del contrato	272
	4.3.2. Número de adendas por tipo de concesión	274
	4.3.3. Materias recurrentes	276
<hr/>		
05	Capítulo 05: Conclusiones y Recomendaciones	297
	5.1 Conclusiones	297
	5.2 Recomendaciones	302
<hr/>		
	Bibliografía	309
	Anexos	313

PRESENTACIÓN

La Contraloría General de la República, comprometida con el desarrollo de una gestión eficiente y transparente de los recursos públicos, presenta el ***Estudio sobre las causas y efectos de las renegociaciones contractuales en las Asociaciones Público – Privadas*** elaborado con la finalidad de contribuir con el análisis de los factores que generan la necesidad de recurrir a una serie de renegociaciones en los contratos y determinar los efectos que han tenido en términos técnicos, económicos y sociales para el país.

El Estado peruano tiene como uno de sus principales objetivos macroeconómicos lograr un crecimiento sostenible que promueva la inversión orientada a mejorar la calidad de vida de todos los ciudadanos. En ese sentido, la dotación de infraestructura pública de calidad tiene un impacto directo en la vida cotidiana de las personas y en la economía del país.

A pesar del crecimiento económico de los últimos años, aún existe una brecha en materia de infraestructura y servicios públicos que no permite, por un lado que un número significativo de ciudadanos vean satisfechas sus necesidades y por el otro, que el mercado interno y la competitividad se desarrolle. Para acortar estas brechas es necesaria una mayor y mejor inversión pública y privada que permita la realización de proyectos encaminados a tal fin.

En el marco de este objetivo, haciendo uso del rol promotor y facilitador de las inversiones, el Estado peruano incorporó desde los años noventa una serie de normas que impulsan y promueven la inversión privada en infraestructura de servicios públicos a través de los proyectos bajo la modalidad de concesiones. Pero es a partir del año 2008 que se emite la Ley Marco de las Asociaciones Público – Privadas, como mecanismo para incrementar la inversión y lograr cerrar las brechas existentes a nivel nacional. Esta modalidad público – privada permite incorporar la experiencia, los conocimientos, equipos y tecnología del sector privado en el ámbito público, y también permite distribuir los riesgos y recursos con el Estado.

Sin embargo, la adecuada promoción y ejecución de los proyectos realizados a través de las Asociaciones Público – Privadas, requiere que las entidades públicas mejoren sus capacidades institucionales así como la de los funcionarios encargados de realizar esta labor. Es necesario mejorar la gestión de las variables técnicas, legales, financieras, administrativas y de negociación con los agentes privados en los diferentes contratos que se realizan bajo esta modalidad.

De la revisión efectuada a varios proyectos de inversión ejecutados bajo esta modalidad, se ha podido comprobar una serie de problemas en la implementación, siendo uno de los más importantes la alta incidencia de renegociaciones de los contratos al poco tiempo de ser adjudicados. El Estudio muestra que el 50% de las adendas se suscriben antes de transcurridos los tres años de vigencia de los contratos, plazo bastante corto si se considera que las concesiones en promedio tienen una duración de 27 años.

Si bien en algunos casos las adendas firmadas son justificables por la aparición de variables exógenas no previstas, también es cierto que en muchos casos se deben al incumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes, lo cual reduce la eficiencia de los proyectos y por ende el bienestar social que éstos deben generar.

La Contraloría General de la República pone a disposición este Estudio que incluye una serie de recomendaciones que buscan orientar las mejoras necesarias en los procesos de renegociación contractual y gestión de riesgos que se efectúan en las inversiones bajo la modalidad de Asociaciones Público – Privadas, y así contribuir a la mejora de los proyectos de inversión que son fundamentales para el desarrollo de nuestro país y el bienestar de todos los peruanos.

FUAD KHOURY ZARZAR

Contralor General de la República



RESUMEN EJECUTIVO

El presente estudio constituye un aporte de la Contraloría General de República al análisis de las principales causas que han generado las renegociaciones de los contratos celebrados entre distintas entidades públicas y las empresas privadas en los proyectos de Asociaciones Público – Privadas (APP). Para ello, se han analizado treinta y nueve (39) adendas correspondientes a una muestra de diez (10) contratos de concesión.

De esta manera, se busca determinar si tales renegociaciones tuvieron como objeto atender las circunstancias o vacíos no previstos por las partes contrayentes para corregirlos y perfeccionarlos y con ello, hacerlos más eficientes, o por otro lado determinar si las causas podrían haberse previsto en el diseño del contrato o en el momento del incumplimiento de obligaciones por parte del concedente. Producto del análisis, se sistematizarán las lecciones aprendidas que permitan a las entidades públicas gestionar los riesgos que se presenten para evitar renegociaciones no eficientes.

En los años noventa se produce en nuestro país un cambio del modelo económico que significó una transformación sustancial del rol que el Estado venía desempeñando en la economía. Este cambio implicaba una serie de reformas en el diseño de la política económica con el objetivo de implementar políticas de apertura comercial y desregulación de la economía para promover la inversión privada como alternativa para propiciar el crecimiento económico, lo cual quedó institucionalizado en la Constitución de 1993.

En esa línea, la política de promoción de la inversión privada en nuestro país ha tenido un especial énfasis en el desarrollo de grandes proyectos de infraestructura y la prestación de servicios públicos. Para ello, se ha desarrollado un marco normativo e institucional que permite implementar mecanismos destinados a la colaboración entre el Estado y el sector privado, como es el Decreto Legislativo N° 1012, Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas

para la generación de empleo productivo y la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada.

A partir de este marco legal, las APP se consolidan como un hito de evolución para el desarrollo de infraestructura y prestación de servicios públicos en el país. Así, de acuerdo a lo informado por la Agencia de PROINVERSIÓN desde julio de 2011 a octubre de 2014, se han adjudicado mediante APP proyectos de inversión por un monto estimado de más de US\$15 000 millones.

Si bien la participación del sector privado en las APP tiene la particularidad de evitar o reducir la exposición de los limitados recursos fiscales, trasladando al privado el costo total o parcial de la provisión del servicio de infraestructura y sus riesgos; los diferentes estudios han señalado que en determinados casos ello no ha venido ocurriendo. En la experiencia peruana, ha sido un hecho recurrente que gran parte de los contratos de concesión celebrados bajo la modalidad de APP han sufrido renegociaciones, las cuales han modificado las condiciones bajo las cuales esas concesiones fueron adjudicadas, generando efectos sobre las obligaciones contraídas por las partes, los montos de inversión y los plazos de ejecución del proyecto, entre otros aspectos.

Del análisis de las treinta y nueve (39) adendas tenemos que cinco (5), el 13% de adendas, fueron suscritas antes de haber transcurrido un año de firmado el contrato de concesión. Asimismo, dieciocho (18) adendas fueron suscritas antes de haber transcurrido tres (3) años, lo cual representa un 46%. Lo anterior evidencia que cerca del 50% de adendas fueron suscritas antes de los tres (3) años, es decir, en un plazo corto si se toma en cuenta que el plazo promedio de vigencia de las concesiones es de 27 años.

Asimismo, al analizar el tiempo que transcurre entre la suscripción de los contratos de concesión y la primera renegociación (considerando al contrato de Telefónica Móviles, cuya primera adenda fue suscrita luego de 13 años), tenemos que el tiempo promedio de renegociación es de 2,9 años, es decir, un periodo de tiempo ligeramente superior al promedio internacional, que es de 2,2 años. Sin embargo, si excluimos al contrato de Telefónica Móviles,

se obtiene que el tiempo promedio baja a 1,7 años, es decir por debajo del promedio internacional.

Cuando se analiza el número de adendas por tipo de concesión (cofinanciada o autosostenible), se advierte que veintidós de ellas (22) se concentran en las tres (3) concesiones cofinanciadas de la muestra, siendo el promedio siete (7) adendas por contrato. En el caso de las siete (7) concesiones autosostenibles, éstas concentran en total diecisiete (17) adendas, siendo el promedio tres (3) adendas por contrato. Ello se explica de acuerdo a la literatura especializada, en que la renegociación contractual es más probable en aquellos proyectos de concesión que incluyen fondos del Estado.

De igual manera, de las treinta y nueve (39) adendas analizadas se han podido identificar trece (13) materias recurrentes que han sido objeto de renegociación. El mayor número de materias están referidas a obras (14 recurrencias), seguido de financiamiento (7 recurrencias). En tercer lugar tenemos el tema de saneamiento y actualización de áreas de terrenos (6 recurrencias), el pago e incremento de regalías al concedente (4 recurrencias), y luego las recurrencias sobre inclusión y exclusión de bienes a la concesión (4 recurrencias). Con tres (3) recurrencias tenemos al establecimiento y ampliación de plazos; modificaciones en las condiciones de prestación del servicio; mantenimiento de emergencias y periódico de la vía (transitabilidad); inicio y condiciones para la explotación de la concesión; renovación del plazo de la concesión; y tarifas. Finalmente, tenemos a las materias de equilibrio financiero de la concesión, proceso arbitral y otras materias con dos (2) recurrencias.

En siete (7) casos se ha identificado que las renegociaciones contractuales han sido producto del incumplimiento de obligaciones por parte del concedente, es decir del Estado, debido al incumplimiento en los plazos para el saneamiento de terrenos y en conseguir la autorización para la disponibilidad de agua.

El análisis desarrollado sobre las razones que han propiciado las renegociaciones contractuales sugiere que si bien algunas de ellas fueron imprevistas, por escapar al control de las partes; otra parte significativa de ellas no lo fueron. Existe suficiente evidencia empírica internacional y nacional que pudo ser considerada al momento del diseño del contrato.

También se puede evidenciar para algunos casos que al momento del diseño del contrato no se realizaron adecuadamente los estudios básicos (de factibilidad, de ingeniería básica, ambiental, geológicos, entre otros), lo cual generó incertidumbre y afectó la asignación de riesgos. Si bien no se requieren estudios definitivos, sí se requiere un nivel de estudio suficiente que permita identificar y asignar adecuadamente los riesgos. Al no haberse realizado de esa manera, el Estado retiene más riesgos o estos no son claros, lo cual conllevó a modificaciones contractuales. Por ello, las entidades encargadas de estructurar los proyectos de APP (PROINVERSIÓN y los demás Organismos de Promoción de la Inversión Privada – OPIP) deben considerar que el éxito de su trabajo no es evaluado sólo por lograr la adjudicación del proyecto, sino también por la eficiencia del mismo, por lo que se deben considerar sus implicancias futuras.

En lo que respecta a la materia de obras, se puede indicar que existen sub materias que han generado adendas a los contratos de concesión, las que están referidas al procedimiento a seguir para el desarrollo y culminación de los saldos de obra, adicionales de obras, inversiones máximas permitidas, penalidades, mayor presupuesto en obras, metrados, entre otras. Sin embargo, se puede advertir que tales situaciones se originaron por la deficiencia de los estudios técnicos y financieros de los proyectos, por lo que en la mayoría de casos fueron previsibles, pudiendo incluirse en el diseño del contrato.

También debemos señalar que la diferencia entre el monto correspondiente al presupuesto referencial del proyecto contenido en el contrato de concesión y el importe correspondiente al presupuesto definitivo, conlleva a la demanda de nuevos montos de inversión e inconvenientes en el financiamiento del proyecto

y en su operatividad. Como aumenta el presupuesto del concesionario o del concedente (si el proyecto es cofinanciado), esto puede generar un descalce financiero para la financiación de los hitos constructivos. Por tanto, hubiera sido necesario contar con estudios referenciales actualizados y confiables.

El incumplimiento de plazos para el saneamiento legal de terrenos constituyó otra de las causas principales de renegociaciones contractuales. Esta se originó por el establecimiento de plazos poco prudentes por parte del concedente para la entrega de los terrenos, lo cual generó costos adicionales al Estado (incremento del Pago Anual por el Mantenimiento de Obra – PAMO por no poder cobrar peaje, reconocimiento de gastos generales por suspensión de ejecución de obras, subida de peajes, suspensión de obligaciones, entre otros), e inciden en la rentabilidad del proyecto, generando además descontento social por la demora en el uso de la infraestructura por parte de los usuarios.

El Estudio aborda las posibles acciones a adoptar con el fin de reducir las controversias. Entre ellas, los Organismos de Promoción de la Inversión Privada – OPIP y los Organismos Reguladores deben aprovechar las experiencias locales e internacionales que les permitan mejorar el diseño de los proyectos de promoción de las APP. Para ello, pueden crear herramientas o establecer funciones dentro su organización encaminados a desarrollar una gestión del conocimiento sobre dichas experiencias y poder compartirlas, a través del uso de las tecnologías de información.

Es indispensable que los Organismos de Promoción de la Inversión Privada de los tres niveles de gobierno fortalezcan las capacidades de sus funcionarios y servidores, a fin de generar capacidades internas que les permitan gestionar las variables técnicas, legales, financieras, administrativas y de negociación en los diferentes contratos de APP. Dichas capacidades pueden desarrollarse mediante la asistencia técnica de alguna agencia de promoción de la inversión privada del exterior líder en el tema o por organismos internacionales, que les permita conocer y discutir los problemas advertidos en el proceso de promoción y ejecución de las APP. De igual manera, los Gobiernos Regionales

y Locales pueden celebrar con PROINVERSION convenios de asesoría y apoyo, con el propósito de identificar proyectos y elaborar perfiles básicos de proyectos de promoción de la inversión privada.

Además, al momento del diseño del contrato las entidades encargadas de estructurar los proyectos de APP deben tomar en consideración que la casuística y la teoría tienen una función preventiva que ayudaría y fundamentaría la incorporación de nuevas cláusulas en los contratos de concesión para disminuir las renegociaciones. De lo identificado, determinadas situaciones que en un momento no se previeron en los contratos se repiten con cierta frecuencia, por lo que podrían ser incluidos en los contratos de concesión como cláusulas que al momento de producirse el supuesto de hecho se activarían sin necesidad de firmar una adenda.

En lo que respecta a la diferencia entre el monto correspondiente al presupuesto del proyecto referencial contenido en el contrato de concesión y el importe correspondiente al presupuesto definitivo, que ha sido por lo general una causa de renegociación, se recomienda que en los futuros contratos se establezca claramente determinados mecanismos de valorización y pagos de estos diferenciales. Asimismo, se debe contar con estudios referenciales actualizados y confiables, que contenga un análisis de demanda, ingeniería, impacto ambiental y evaluación económica – financiera, de acuerdo con las directivas del Sistema Nacional de Inversión Pública – SNIP para evitar sobrevaloraciones.

De otro lado, en el diseño de los contratos de concesión se debe incorporar una cláusula que establezca de manera clara el procedimiento y mecanismo para el pago de las obras adicionales, así como la oportunidad en que se ejecutarán tales obras.

En relación a las condiciones y definición de acreedores permitidos, se recomienda incluir en los futuros contratos una definición clara y precisa sobre dichos acreedores, que son la fuente de financiamiento de los proyectos, tomando en consideración los estándares internacionales que los califican como tal e incorporando además una lista taxativa de los requisitos

que deben cumplir para identificarlo como acreedor permitido, así como las incompatibilidades para ser considerado como acreedor (por ejemplo socio de la empresa concesionaria o empresa vinculada a ésta). La finalidad es garantizar que se concrete el cierre financiero y los proyectos sean adjudicados cumpliendo con los indicadores de bancabilidad exigidos internacionalmente, según el sector, la naturaleza y características específicas del proyecto.

Si bien se ha publicado la Ley N° 30025 a fin de establecer un procedimiento más expeditivo para la entrega oportuna de los terrenos al concesionario, se recomienda, a fin de evitar los retrasos en los plazos de entrega de los terrenos, que antes del inicio del proceso de promoción de la APP, el concedente pueda tener la totalidad o un porcentaje significativo de los terrenos debidamente saneados, debido a que el saneamiento por partes sería más manejable durante la etapa de ejecución del contrato.

Se recomienda que en el diseño de las concesiones se priorice como criterios de decisión los estándares de calidad y niveles de servicio. Asimismo, se establezcan indicadores de impacto que midan los efectos del proyecto en el bienestar y la calidad de vida de los usuarios. Esta exigencia, cambiaría la óptica de las APP, pues no sólo se concentraría en la inversión sino también en el impacto o beneficio que el acceso a la infraestructura o al servicio público generaría en el ciudadano.

Habiéndose emitido un nuevo reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, aprobado por Decreto Supremo N° 127-2014-EF, se recomienda a los Gobiernos Regionales y Locales uniformizar sus procesos vinculados a la promoción de proyectos de APP, en lo referente a los procedimientos tanto de adjudicación de la concesión como de ejecución y supervisión de los referidos proyectos, para contar con procesos más transparentes, claros y predecibles. Para ello, PROINVERSIÓN y los organismos reguladores pueden brindar la asistencia técnica que requieran.

Finalmente, en virtud del principio de transparencia y la Octava Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1012, la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada del Ministerio de Economía

y Finanzas – MEF debe culminar con la implementación del Registro Nacional de Contratos de APP, que contendrá información referida a los contratos suscritos y sus modificatorias, las opiniones favorables para la aprobación de dichos contratos, las bases del concurso, modelo económico financiero, informe de identificación y asignación de riesgos, acta de apertura de sobres y adjudicación de la buena pro del concurso, y declaratoria de interés (en caso de iniciativa privada). Complementariamente, a ello, se recomienda que las entidades públicas de los tres niveles de gobierno publiquen de oficio en sus respectivas páginas web institucionales la relación de proyectos de APP bajo su cargo, a fin de que la ciudadanía y demás entidades públicas tengan conocimiento de los mismos y puedan ejercer el control respectivo.

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas el Perú ha tenido un desempeño económico por encima de los estándares económicos de los países de la región, lo cual se debe, entre otras razones, a las reformas económicas introducidas en los años noventa que promovieron la inversión privada como alternativa para propiciar el crecimiento económico. A pesar de estos avances, nuestro país aún mantiene una brecha en infraestructura calculada en US\$ 88 000 millones, para el periodo 2012 – 2021¹.

La causa principal de este déficit en infraestructura se debe a que el Estado presenta dos limitaciones: i) recursos insuficientes (humanos y financieros), y, ii) prácticas inadecuadas en el proceso de inversión pública (inadecuado diagnóstico y priorización de problemas, formulación de muchos proyectos pequeños, inadecuada selección de modalidades y falta de recursos asignados a la operación y el mantenimiento)². Teniendo en cuenta estas limitaciones se han venido implementado diferentes fórmulas para mejorar y desarrollar la infraestructura y provisión de servicios públicos con participación privada, desde privatizaciones y concesiones hasta la consolidación de las Asociaciones Público – Privadas, con la publicación del Decreto Legislativo N° 1012, Ley marco de Asociaciones Público – Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada.

En esa línea, se ha desarrollado un marco normativo e institucional que impulsa las Asociaciones Público – Privadas, dado que a través de esta figura se incorpora la experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de

1 O'NEILL DE LA FUENTE, Cecilia y AGUIRRE MONTOYA, Julio, Reformas institucionales para fomentar la inversión privada mediante Asociaciones Público – Privadas (APP). En: Agenda 2014, propuesta para mejorar la descentralización, Universidad del Pacífico, p. 2.

2 APOYO CONSULTORÍA, Cuatro medidas para mejorar la infraestructura de forma eficiente y sostenible, Propuesta de Política N° 2, setiembre – 2013, p. 5.

crear, desarrollar, mejorar, operar y mantener infraestructura pública o proveer servicios públicos.

Este impulso se ha visto reflejado en la suscripción de un conjunto de contratos de concesión encaminados a ese fin. Sin embargo, dichas concesiones no han estado exentas de problemas en su implementación, siendo una de ellas la alta incidencia de renegociaciones de estos contratos poco tiempo después de su adjudicación. Esto, en algunos casos, podría convertir a las licitaciones que se realizan en esta materia en una negociación bilateral entre la empresa concesionaria y la entidad concedente, afectando el carácter competitivo de las licitaciones que buscan obtener las mejores propuestas.

Cabe indicar que entre los años 2000 al 2013 se han realizado un total de 103 adendas a los contratos de concesión suscritos durante este mismo periodo, con un promedio de 7 adendas por año. Si bien las renegociaciones pueden ser un instrumento positivo cuando aborda aquellas circunstancias o vacíos no previstos por los contratantes, no obstante, se presentan renegociaciones que no son eficientes y que son explicadas por el comportamiento oportunista de las partes contrayentes, lo cual socava la eficiencia de los proyectos y, por ende, el bienestar social que deben generar.

En ese sentido, el presente estudio tiene como objetivo identificar y analizar, a partir de una muestra, las principales causas que han generado la renegociación de los contratos de concesión suscritos, en su mayoría, entre los años 2000 al 2013. Sin embargo, también se consideró conveniente contemplar como parte de la muestra a los contratos de concesión suscritos entre el Estado peruano y la empresa Telefónica Móviles S.A. en los años 1991 y 1992, así como el contrato de concesión del Proyecto de Irrigación Olmos suscrito en el año 1999, a fin de abarcar los sectores económicos de transporte, saneamiento, telecomunicaciones, transmisión de generación eléctrica y agrícola.

Asimismo, se busca determinar si dichas renegociaciones han respondido a atender la naturaleza incompleta de los contratos de concesión, o por el contrario, se debieron a otras causas que hubiesen podido preverse,

identificando los efectos que dichas renegociaciones han tenido en términos de eficiencia para el Estado. A partir de ello, se sistematizan las lecciones aprendidas y se formulan recomendaciones que permitan a las entidades públicas gestionar los riesgos que se presenten para evitar renegociaciones no eficientes.

Para el levantamiento y análisis de la información, la Contraloría General de la República contrató los servicios de la empresa consultora Maximixe S.A., a fin de que recopile, sistematice y elabore una base de datos con la información de las adendas de los contratos de concesión seleccionados en la muestra. Asimismo, realice las entrevistas a los principales actores públicos de los procesos de promoción y ejecución de APP a nivel nacional, regional y local, así como, entrevistas a directivos de entidades privadas concesionarias.

El Estudio ha permitido identificar que de las treinta y nueve (39) adendas analizadas, dieciocho (18) de ellas, es decir el 46%, fueron suscritas antes de los tres (3) años contados a partir de la firma del contrato de concesión, un plazo corto teniendo en cuenta que el plazo promedio de vigencia de las concesiones es de veintisiete (27) años. De estas dieciocho (18) adendas, nueve (9) fueron suscritas estando vigente el anterior Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, aprobado por Decreto Supremo 146-2008-EF³, que estableció que dentro del plazo de tres (3) años de firmado el contrato de concesión no se podrán suscribir adendas, salvo tres (3) excepciones. Por tanto, se puede señalar que pese a la restricción establecida en el referido reglamento, la misma no habría cumplido con su objetivo de limitar la suscripción de adendas.

De igual manera, se ha podido identificar trece (13) materias recurrentes que han sido objeto de renegociación. El mayor número de ellas están referidas a obras, seguido de financiamiento y saneamiento legal de terrenos, entre otras materias.

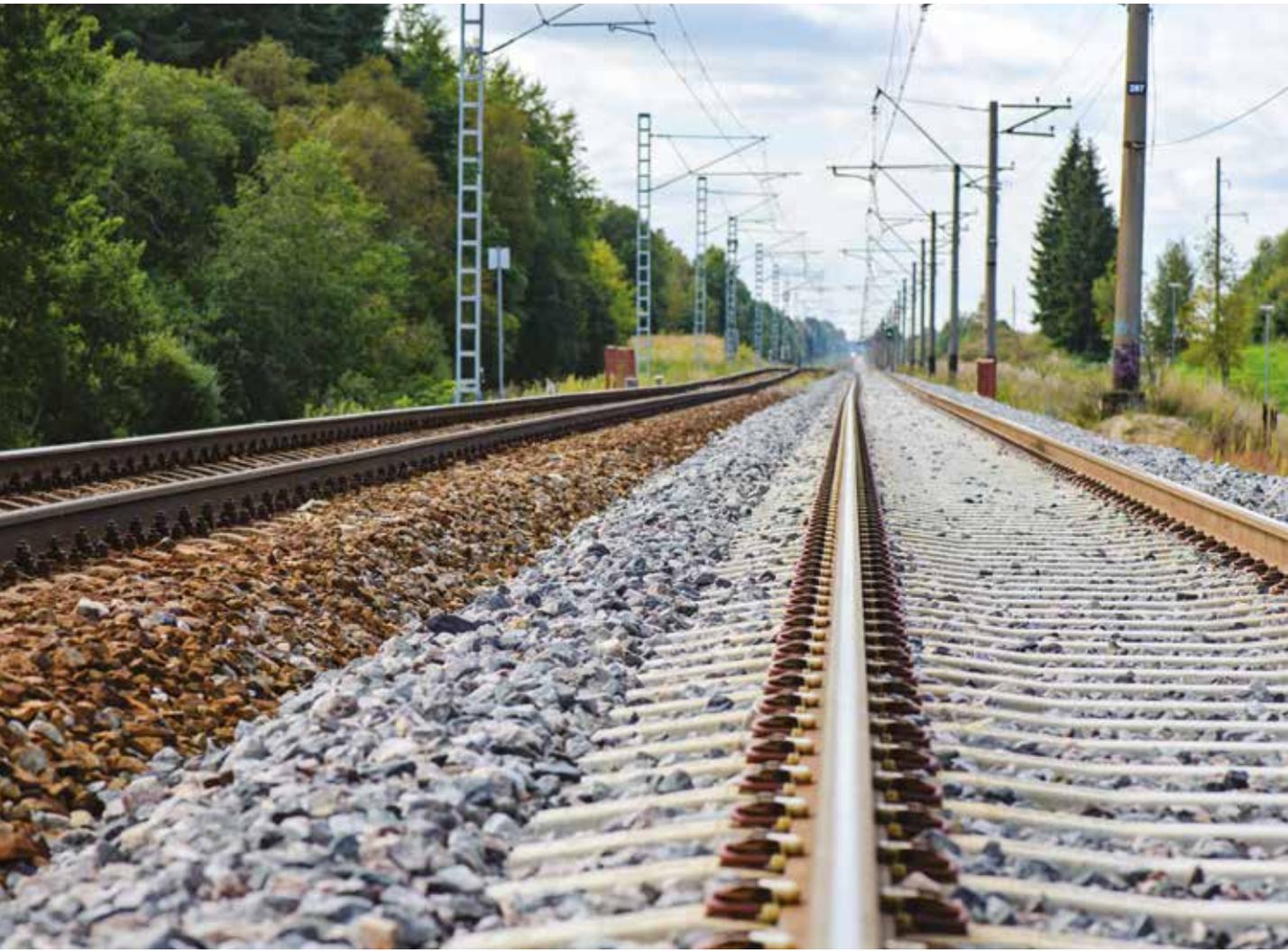
³ Actualmente se ha emitido el nuevo reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, aprobado por Decreto Supremo N° 127-2014-EF, que también establece la restricción de tres años para que las partes puedan suscribir adendas al contrato de concesión, salvo las tres (3) excepciones taxativamente previstas en dicha norma.

El análisis desarrollado sobre las materias recurrentes sugiere que si bien algunas de ellas han sido imprevistas, es decir escapaban al control de las partes, una parte significativa de ellas se encuentra documentada en la literatura y evidencia empírica internacional y nacional, por lo que pudieron ser tomadas en consideración al momento del diseño del contrato. Asimismo, algunas de ellas se originaron en la parte de ejecución contractual por el incumplimiento de obligaciones del concedente.

El presente estudio se estructura en 5 capítulos, en los que se desarrollan los siguientes temas:

- **Capítulo I**, comprende el marco metodológico del estudio, desarrolla la justificación, los objetivos, el alcance y la metodología de investigación que contiene las variables y la muestra objeto del estudio. Asimismo, se describe el procedimiento seguido para el desarrollo del presente estudio.
- **Capítulo II**, presenta de manera general la evolución del marco normativo que regula la participación privada en obras de infraestructura y servicios públicos desde los años noventa hasta la fecha, así como la normativa nacional e internacional de control gubernamental, vinculada a la auditoría de las Asociaciones Público – Privadas.
- **Capítulo III**, en el cual se presenta el marco institucional de las Asociaciones Público – Privadas en el país, es decir, la organización, los actores involucrados y el procedimiento para estructurar un proyecto de APP, así como los alcances normativos y conceptuales de las renegociaciones de los contratos de concesión.
- **Capítulo IV**, en este capítulo se identifican y analizan las principales causas que generan las renegociaciones contractuales en los contratos de concesión seleccionados. Asimismo, se desarrollan las materias más recurrentes que se presentan en las renegociaciones.

- **Capítulo V**, donde se presentan las conclusiones que son resultado del análisis realizado en el Capítulo IV, así como las recomendaciones que contribuyan a mejorar tanto el diseño de los contratos de concesión para evitar renegociaciones no eficientes, como las capacidades de las entidades encargadas de realizar el proceso de promoción de las Asociaciones Público – Privadas.



Capítulo 01

Marco metodológico del Estudio

1.1 Justificación del estudio

En los años noventa, se produce en nuestro país un cambio del modelo económico que significó una transformación sustancial del rol que el Estado venía desempeñando en la economía. Este cambio implicaba una serie de reformas en el diseño de la política económica con el objetivo de implementar políticas de apertura comercial y desregulación de la economía para promover la inversión privada como alternativa para propiciar el crecimiento económico⁴, lo cual quedó institucionalizado en la Constitución de 1993⁵.

En ese contexto, era necesario emitir un marco legal e institucional que permitiera al Estado implementar diferentes fórmulas para mejorar y desarrollar la infraestructura y provisión de servicios públicos con participación privada, a través de privatizaciones y concesiones. El marco legal para las privatizaciones se desarrolló inicialmente con el Decreto Legislativo N° 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado,

4 De acuerdo a lo indicado por Luis Lucioni "...un estudio del Banco Mundial estima que por cada punto porcentual de crecimiento del PIB se requiere, en promedio, un crecimiento similar en la inversión neta en infraestructura con elasticidades sectoriales que varían entre 0,3% para el agua potable, 0,8% para el transporte, 1,5% para la energía eléctrica y 1,7% para las telecomunicaciones." (LUCIONI, Luis, La inversión para la provisión de servicios públicos y su financiamiento en América Latina y el Caribe: evolución reciente, situación actual y políticas, Santiago de Chile, CEPAL, 2004, p. 9).

5 Según el artículo 58° de la Constitución, la iniciativa privada es libre, se ejerce en una economía social de mercado, donde el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

publicada el 27 de setiembre de 1991. A través de esta norma también se creó la Comisión de Promoción de la Inversión Privada – COPRI, encargada de evaluar que empresas estatales debían ser incorporadas a un proceso de privatización con el objetivo de conseguir una mayor eficiencia en la asignación de recursos y en la producción de bienes y servicios⁶.

De igual manera, se generaron proyectos que fueron entregados en concesión al sector privado. Así, por ejemplo, en el Sector Energía, el Estado suscribió contratos de concesión con la Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu – EGEMSA y la Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Sur – EDELSUR (1994), así como con la empresa Electro Sur Este y la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad – ELECTROLIMA para la transmisión de energía eléctrica (1995). En el sector transportes, el Estado suscribió en 1994 el contrato de concesión con la empresa CONCAR para la concesión de la Carretera de Arequipa – Matarani.

Posteriormente, en el año 1996 se publicó el Decreto Legislativo N° 839, Ley de Promoción de la Inversión Privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. Dicha ley creó la Comisión de Promoción de Concesiones Privadas – PROMCEPRI, a cargo de realizar la promoción de la inversión privada en estos ámbitos, que luego fue absorbida por la COPRI, la cual, en el año 2002, se constituyó como la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN.

6 Según lo señalado por Ariela Ruiz “Las privatizaciones constituyeron un elemento central del programa de estabilización y reformas estructurales implementado por el gobierno de Alberto Fujimori (1990–2001). Su objetivo fue generar las condiciones para el crecimiento sostenido de la economía sobre la base de la inversión privada. En el marco del Consenso de Washington, se consideraba que las privatizaciones generarían estabilidad económica y que ésta, a su vez, posibilitaría acceder nuevamente a los mercados internacionales de crédito, cerrados a la mayoría de los países de la región desde los 80 (RUIZ CARO, Ariela, “Las privatizaciones en Perú: un proceso con luces y sombras”. En: Revista NUEVA SOCIEDAD N° 207, Año 2007, p. 131).

Como se puede advertir, en este esquema original, la modalidad bajo la cual se promovió la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos es la concesión. Esta podía ser otorgada a título oneroso (si el concesionario debía retribuir al Estado), a título gratuito (si no debía efectuar dicha retribución), cofinanciada por el Estado (con una entrega inicial durante la etapa de construcción o con entregas en la etapa de la explotación, reintegrables o no) y mixta (si concurren más de una de las modalidades antes señaladas).

Sin embargo, a nivel mundial se venían desarrollando nuevos mecanismos de colaboración público – privada que no estaban anclados a la noción de concesión, como es el modelo de Asociaciones Público – Privadas. Este modelo propone nuevas maneras y ambiciosas metas para la dinámica público – privada tradicional, y la lleva a un campo más amplio, participativo y efectivo para la provisión de infraestructura y servicios públicos⁷.

En esa línea, en el año 2008 se emite en nuestro país el Decreto Legislativo N° 1012, que aprobó la Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada (en adelante Ley de APP). Esta norma señala que las APP son modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar y mantener infraestructura pública o proveer servicios públicos. El primer reglamento del Decreto Legislativo fue aprobado por Decreto Supremo N° 146-2008-EF. Este ha sido recientemente derogado por el Decreto Supremo N° 127-2014-EF, publicado el 31 de mayo de 2014, que aprueba un nuevo reglamento de la Ley de APP.

7 ALBORTA, Guillermo, STEVENSON, Claudia, TRIANA, Sergio, Asociaciones Público – Privadas para la prestación de servicios. Una Visión hacia el futuro, BID, 2011, p. 24.

A diferencia del esquema original antes indicado, en donde se limitaba las APP a las concesiones, el actual Reglamento de la Ley de APP (art. 4) establece que las modalidades de este tipo de asociaciones incluyen todos aquellos contratos en los que se propicia la participación activa del sector privado, tales como la concesión, asociación en participación, contratos de gerencia, contratos de riesgo compartido, contratos de especialización, *joint ventures*, así como cualquier otra modalidad contractual permitida por ley. Por tanto, junto a las APP que se materializan a través de concesiones, es posible admitir otras alternativas, en las cuales se utilizan otros contratos⁸.

A partir de este marco legal, las APP se consolidan como un hito de evolución para el desarrollo de infraestructura y prestación de servicios públicos en el país, habiéndose realizado a la fecha proyectos por un monto significativo bajo esta modalidad. Así, de acuerdo a lo informado por PROINVERSIÓN desde julio de 2011 a octubre de 2014, se han adjudicado mediante Asociaciones Público – Privadas, proyectos de inversión por un monto estimado de más de US\$15 000 millones, tal como se muestra en la siguiente tabla:

8 BACA ONETO, Víctor y ORTEGA SARCO, Eduardo, Los esquemas contractuales de colaboración público privado y su recepción en el derecho peruano, En: Revista del Círculo de Derecho Administrativo, N°13, 2013, p. 46.

Tabla N° 1
Inversiones mediante Asociaciones Público - Privadas
en US\$ Millones (2011 - 2014)

Proyectos Adjudicados	Inversión Estimada (US\$ Millones)
Transporte	6 489
Hidrocarburos	3 848
Electricidad	2 528
Telecomunicaciones	1 639
Irrigación	574
Saneamiento	100
Turismo	18
Penitenciarios	4
Total	15 199

Fuente: PROINVERSIÓN | **Elaboración:** Departamento de Estudios – CGR

La participación del sector privado en las APP tiene la particularidad de evitar o reducir la exposición de los limitados recursos fiscales, trasladando al privado el costo total o parcial de la provisión del servicio de infraestructura y sus riesgos⁹. Sin embargo, diferentes estudios han dado cuenta de los problemas que se suscitan en los proyectos de concesión no sólo en el Perú, sino también en los demás países latinoamericanos, como por ejemplo, el incumplimiento de las cláusulas contractuales por parte del concedente o del concesionario, aplicación de tarifas consideradas excesivas, entre otros¹⁰.

9 MONTESINOS, Jorge y SAAVEDRA, Eduardo, Algunos alcances en torno a la institucionalidad y renegociación de concesiones en la infraestructura de transporte de uso público. En: Revista de Regulación en Infraestructura de Transporte, Número N° 07 – Enero 2011, p. 46.

10 Un estudio exhaustivo del tema se puede encontrar en: GUASCH, José Luis, Concesiones en Infraestructura. Como hacerlo bien, Barcelona, Antoni Bosch Editor – The World Bank, 2004.

Un problema recurrente en el caso de las concesiones es el de las renegociaciones de los contratos poco tiempo después de su adjudicación, lo cual, en determinados casos, podría convertir a las licitaciones que se realizan en esta materia en una negociación bilateral entre la empresa concesionaria y la entidad concedente, afectando el carácter competitivo de las licitaciones que buscan obtener las mejoras propuestas¹¹.

Debido a la naturaleza incompleta de los contratos de concesión, es complicado que las partes intervinientes puedan describir o identificar todas las contingencias que podrían afectar el desarrollo del contrato. Asimismo, sería imposible incluir todas estas contingencias por el alto costo de transacción que ello implicaría. Por ello, en estos casos las renegociaciones son justificadas en términos de eficiencia económica. No obstante, existen renegociaciones que no son eficientes y que son explicadas por el comportamiento oportunista de las partes contrayentes. Este tipo de renegociaciones pueden menoscabar o eliminar los beneficios esperados en una licitación competitiva.

En la experiencia peruana, ha sido un hecho recurrente que gran parte de los contratos de concesión celebrados bajo la modalidad de APP asociados a infraestructura han sufrido renegociaciones, que finalmente modificaron condiciones bajo las cuales fueron adjudicadas¹². En ese sentido, algunos estudios han identificado que las contingencias que generaron las renegociaciones de los contratos de concesión no han sido “imprevistas” sino que se encontraban documentadas en la literatura especializada tanto nacional como internacional, por lo que hubiera sido posible preverlas¹³. Estas renegociaciones han generado modificaciones en las condiciones originales

11 Ibidem, p. 53.

12 Sobre el particular puede revisarse los estudios de HUMANÍ, Sandro y VARGAS, Tito, Renegociaciones no eficientes a partir del diseño del contrato y la licitación de las concesiones de transporte. En: Revista de Regulación en Infraestructura de Transporte, Número N° 07 – Enero 2011, pp. 89 – 119; así como MONTESINOS, Jorge y SAAVEDRA, Eduardo, op. cit., pp. 45 – 67 y SUTO FUJITA, Fenix, AZAÑA PÉREZ, Roxana, CHAMORRO VILCA, Mery, LEÓN VASQUEZ, Lorena, MENCHOLA ARANA, Muriel, Renegociaciones de los contratos de concesión en infraestructura de transporte: diagnóstico, análisis y propuestas de mejora, Lima, ESAN, 2013.

13 MONTESINOS, Jorge y SAAVEDRA, Eduardo, MONTESINOS, Jorge y SAAVEDRA, Eduardo, op. cit. 47.

de adjudicación de las concesiones, así como efectos sobre las obligaciones contraídas por las partes, los montos de inversión y los plazos de ejecución del proyecto, entre otros aspectos¹⁴.

Considerando estas premisas, resulta importante conocer las causas que han generado las renegociaciones de los contratos de concesión en los proyectos de inversión bajo la modalidad de APP realizados en el país, así como los efectos que dichas renegociaciones han tenido en términos de eficiencia y costos para el Estado.

1.2 Objetivos del estudio

Los objetivos del presente estudio son los siguientes:

- Identificar y analizar, a partir de una muestra, las principales causas que han generado las renegociaciones de los contratos de concesión entre distintas entidades públicas y las empresas privadas de los proyectos de inversión bajo la modalidad de Asociaciones Público – Privadas.
- Determinar si dichas renegociaciones han respondido a atender la naturaleza incompleta de dichos contratos o por el contrario se debieron a otras causas que pudieron preverse, identificando los efectos que dichas renegociaciones han tenido en términos de eficiencia para el Estado.
- Sistematizar las lecciones aprendidas y formular recomendaciones que permitan a las entidades públicas gestionar los riesgos para evitar renegociaciones no eficientes.

¹⁴ SUTO FUJITA, Fenix, AZAÑA PÉREZ, Roxana, CHAMORRO VILCA, Mery, LEÓN VASQUEZ, Lorena, MENCHOLA ARANA, Muriel, op. cit., p. 12.

1.3 Alcance

Para efectos del presente estudio se analizaron las renegociaciones realizadas en diez (10) contratos de concesión. La mayoría de ellos suscritos entre los años 2000 al 2013¹⁵ y correspondientes a los sectores económicos de transporte, saneamiento, generación y transmisión eléctrica y agrícola. Además, se consideró conveniente incluir dentro de la muestra a los contratos de concesión para el servicio de telefonía móvil, suscritos en los años 1991 a 1992, y que posteriormente fueron asumidos por Telefónica Móviles S.A., así también, el contrato de concesión del Ferrocarril del Sur y Sur – Oriente suscrito en 1999, ello, con la finalidad de asegurar la diversidad y representatividad de la muestra en torno al sector comunicaciones y el subsector de transporte ferroviario¹⁶.

1.4 Metodología de investigación

Para el análisis de las causas y efectos de las renegociaciones contractuales en los proyectos de inversión bajo la modalidad de APP, se ha considerado conveniente centrarnos en aquellos proyectos que fueron adjudicados a través de concesiones, debido a que actualmente la mayoría de las APP en el Perú son convocadas bajo este tipo contractual¹⁷.

15 Se describe este periodo por dos razones: (i) considerando la no disponibilidad de información para años anteriores, así como al bajo índice de respuesta de los ministerios y otros actores involucrados en el proceso APP, que fueron consultados para la elaboración del estudio y (ii) se considera outliers a los años 1993 al 1999 por que solo se firmaron en total 9 contratos de concesión en este periodo en los años 1993,1994, 1998 y 1999.

16 Para la selección de la muestra nacional no se consideró a otros proyectos de APP que se desarrollaron desde 1993 al 1999, por ser de primera generación, mostrar poca madurez y además la insuficiencia de información por parte de las entidades gubernamentales. Por su parte, se realizó el análisis del contrato de Ferrocarril del Sur y Sur – Oriente debido a que este contrato es uno de los pocos que involucra al sector ferroviario, de no haberse considerado dentro de la muestra, no se hubiera podido asegurar la diversidad y representatividad de la misma.

17 Sobre este tema véase ESCAFFI, José: Entrevista “No se ejecutan S/. 8 625 millones de inversión pública por año”. En: Diario Gestión, 07 de octubre de 2013, p. 2.

1.4.1 Criterios de selección de la muestra

a. Técnica de muestreo

Para la selección de la muestra se optó por el “muestreo por conveniencia”, teniendo en cuenta que se trata de una técnica de muestreo no probabilístico donde los objetos o sujetos de la muestra son seleccionados por la accesibilidad y proximidad para el investigador. Así, para el presente estudio, dicha proximidad se refiere al acceso a la información sobre los contratos de concesión, sus adendas y el proceso de renegociación efectuado, para su análisis correspondiente¹⁸.

De este modo, si bien los resultados obtenidos en el estudio no podrán ser generalizados al universo de contratos de APP debido a que no se han seguido criterios probabilísticos, a partir del análisis de los elementos de la muestra seleccionada (las adendas de los contratos de concesión), se podrán advertir las causas recurrentes de renegociación y sus efectos, a fin de sistematizarlas y formular recomendaciones que permitan a las entidades públicas gestionar los riesgos y evitar renegociaciones no eficientes.

b. Criterios que brindan mayor objetividad a la muestra

A fin de reducir el sesgo con que se vincula al muestreo por conveniencia, se han introducido criterios generales y específicos que han permitido la selección de una muestra de estudio más “objetiva”.

¹⁸ Es por ello, que en función a la mayor accesibilidad a la información, el sector con mayor representación en la muestra es transportes; puesto que en sus respectivos portales institucionales el “Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN) y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) publican los contratos de APP sobre infraestructura de transporte de uso público de carácter nacional y sus respectivas adendas”, lo cual fue reconocido como buena práctica de transparencia en APP en el Reporte N° 25-2014-CG/EST de 16 de setiembre de 2014.

En ese sentido, se introducen criterios generales transversales (de pre-filtrado y filtrado), aplicables a los contratos de APP que son considerados como la población de estudio, con el objeto de rescatar el nivel de importancia relativa de los contratos específicos respecto del total de los contratos. Así, la muestra considera todos los proyectos respecto de los cuales se tuvo acceso a información al momento de realizar el muestreo para la selección de los proyectos.

En cuanto a los criterios específicos, la selección de los contratos responde a la aplicación de criterios específicos para cada sector, que busca identificar los contratos con mayor importancia relativa a nivel sectorial.

i) Población de estudio

En la siguiente tabla se presentan los proyectos de inversión bajo la modalidad de APP considerados como población de estudio (proyectos a los cuales se tuvo acceso a la información sobre los contratos de concesión, sus adendas y el proceso de renegociación efectuado), el período relevante en el cual fueron suscritos, así como la infraestructura y servicio involucrado el sector que promovió dichos proyectos y el monto de inversión involucrado en los mismos.

Tabla N° 02
Proyectos de inversión bajo la modalidad de APP considerados para la población de estudio

N°	Proyectos de inversión	Período relevante	Sector	Inversión de la APP (US\$ Millones)
1	Aeropuerto Internacional Jorge Chávez	1990-2001	Aeropuertos	1 214
2	Primer Grupo de Aeropuertos Regionales	2002-2007	Aeropuertos	120
3	Segundo Grupo de Aeropuertos Regionales	2007-2012	Aeropuertos	257
4	Proyecto Irrigación Olmos (Lambayeque)	2007-2012	Irrigación	258

N°	Proyectos de inversión	Período relevante	Sector	Inversión de la APP (US\$ Millones)
5	Tramos viales: empalme 1B - Buenos Aires-Canchaque (Piura)	2002-2007	Carreteras	37
6	IIRSA Norte: Paíta-Yurimaguas	2002-2007	Carreteras	453
7	IIRSA Sur, Tramo 1: Marcona - Urcos	2002-2007	Carreteras	136
8	RSA Sur, Tramo 2: Urcos - Inambari	2002-2007	Carreteras	647
9	IIRSAa Sur, Tramo 3: Inambari-Iñapari	2002-2007	Carreteras	592
10	IIRSA Sur, Tramo 4: Azángaro-Inambari	2002-2007	Carreteras	604
11	IIRSA Sur, Tramo 5: Ilo, Matarani - Azángaro	2002-2007	Carreteras	185
12	Red Vial N° 5 - Tramo Ancón-Huacho-Pativilca	2002-2007	Carreteras	75
13	Red Vial N° 6 - Pucusana-Cerro Azul-Ica	2002-2007	Carreteras	232
14	Tramo Vial - Ovalo Chancay/Dv. Variante Pasamayo - Huaral - Acos	2007-2012	Carreteras	42
15	Proyecto Vía Parque Rímac	2007-2012	Carreteras	700
16	Ferrocarril del Centro	1990-2001	Ferrocarriles	FRA II'
17	Ferrocarril del Sur y Sur - Oriente	1990-2001	Ferrocarriles	FRA II
18	Tren Eléctrico Lima Callao -Línea 1	2007-2012	Ferrocarriles	214
19	Central EólicaCupisnique (Guadalupe)	2007-2012	Generación Eléctrica	199
20	Central Eólica.Marcona (Ica)	2007-2012	Generación Eléctrica	44
21	Central EólicaTalara (Piura)	2007-2012	Generación Eléctrica	71
22	CentralHidroeléctrica. Centauro I y III (Ancash)	2007-2012	Generación Eléctrica	51
23	CentralHidroeléctrica Chaglla (Huánuco)	2007-2012	Generación Eléctrica	1 233
24	Central Hidroeléctrica Machupicchu II (Cuzco)	1990-2001	Generación Eléctrica	149
25	Central Hidroeléctrica Marañon (Junín)	2007-2012	Generación Eléctrica	160

N°	Proyectos de inversión	Período relevante	Sector	Inversión de la APP (US\$ Millones)
26	Central Hidroeléctrica Pucará (Cuzco)	2007-2012	Generación Eléctrica	360
27	Central Hidroeléctrica Ángel I (Puno)	2007-2012	Generación Eléctrica	23
28	Central Hidroeléctrica Ángel II (Puno)	2007-2012	Generación Eléctrica	22
29	Central Hidroeléctrica Ángel III (Puno)	2007-2012	Generación Eléctrica	25
30	Central Hidroeléctrica Las Pizarras (Cajamarca)	2007-2012	Generación Eléctrica	40
31	Central SolarMajes Solar 20T (Arequipa)	2007-2012	Generación Eléctrica	74
32	Central SolarPanamericana Solar (Ilo)	2007-2012	Generación Eléctrica	87
33	Central Solar Repartición Solar 20T (Arequipa)	2007-2012	Generación Eléctrica	74
34	Central Solar Tacna Solar (Tacna)	2007-2012	Generación Eléctrica	85
35	CentralTérmica Planta Éten - Reserva Fría (Lambayeque)	2007-2012	Generación Eléctrica	113
36	Planta de Tratamiento De Aguas Residuales Taboada ²	2002-2007	Saneamiento	381
37	Proyecto Derivación Huascacocha - Rímac	2002-2007	Saneamiento	98
38	Terminal de Contenedores Muelle Sur - Callao	2002-2007	Terminal Portuario	705
39	Terminal Portuario de Matarani (Arequipa)	1990-2001	Terminal Portuario	7
40	Terminal Portuario de Paita (Piura)	2007-2012	Terminal Portuario	269
41	Línea de Transmisión 220 Kv Carhuamayo-Carhuaquero	2007-2012	Transmisión Eléctrica	307
42	Línea deTransmisión 220 Kv Independencia-Ica	2007-2012	Transmisión Eléctrica	11
43	Línea deTransmisión 220 Kv Pomacocha - Carhuamayo	2007-2012	Transmisión Eléctrica	24
44	Línea deTransmisión 220 Kv Talara-Piura	2007-2012	Transmisión Eléctrica	20

N°	Proyectos de inversión	Período relevante	Sector	Inversión de la APP (US\$ Millones)
45	Línea de Transmisión 220 Kv Tintaya - Socabaya	2007-2012	Transmisión Eléctrica	44
46	Línea de Transmisión 500 Kv Chilca-La Planicie-Zapallal	2007-2012	Transmisión Eléctrica	138
47	Línea de Transmisión 500 Kv Chilca -Marcona -Montalvo	2007-2012	Transmisión Eléctrica	405
48	Línea de Transmisión 500 Kv Zapallal-Trujillo	2007-2012	Transmisión Eléctrica	207
49	Línea de Transmisión Mantaro-Cotaruse-Socabaya (Ampliación 1 Ctm)	2007-2012	Transmisión Eléctrica	179
50	Sistemas de Transmisión Eléctrica Etecen-Etesur	2002-2007	Transmisión Eléctrica	253
51	Telefonía Fija, Móvil, Radio Difusión por Cable, Servicio Público	1990-2001	Telecomunicaciones	PD ³

¹ Federal Railroad Administration (FRA) II, estándar de calidad para ferrocarriles no basado en inversión.

² Inversión de \$/ 1 083 millones a tipo de cambio del período (concesión por un plazo de 25 años).

³ Por definir.

Fuente: Proyectos a los cuales se tuvo acceso a información sobre los contratos de concesión y sus adendas. | **Elaboración:** Departamento de Estudios – CGR.

ii) Criterios Generales

Una vez definida la población de estudio, se definieron los criterios generales transversales que se aplicaron a dicha población para la selección de la muestra. Estos criterios fueron: el monto de inversión, inversión sectorial relevante y heterogeneidad.

iii) Monto de inversión

A través de este criterio se estableció un pre – filtro para los contratos de concesión suscritos en los proyectos de inversión bajo la modalidad de APP, el cual consiste en asegurar que los contratos seleccionados presenten montos de inversión mayores a US\$ 10 millones.

La elección de dicho monto responde a que dichos contratos con montos de inversión igual o menores a US\$ 10 millones, presentarían una menor ocurrencia de renegociaciones, debido principalmente al elevado costo de oportunidad al que se enfrenta el inversionista privado a cargo del proyecto al decidir iniciar un proceso de renegociación, frente a los costos o gastos en que incurriría por mantener el contrato de APP originalmente establecido.

iv) Inversión sectorial relevante

El propósito de este criterio fue asegurar la representatividad sectorial del contrato a ser analizado. El mecanismo para realizar el pre – filtrado aplicando este criterio es el siguiente: (i) se calcula la inversión promedio por sector; y, (ii) luego de ello, se descartan los contratos de concesión en APP cuyo monto de inversión comprometida sea menor al monto de inversión promedio.

Con el propósito de no desechar prematuramente contratos que podrían presentar buenas condiciones para el análisis, el presente criterio fue aplicable solo a sectores que poseían más de tres contratos de concesión; es decir, en el caso de sectores que posean dos contratos o menos, todos pasaron a la siguiente fase de selección.

v) Heterogeneidad

Luego de aplicarse los dos primeros criterios generales, se aplicó el tercer criterio, el de heterogeneidad, que es de carácter cualitativo y contiene cinco (5) sub criterios. El propósito de este criterio fue asegurar la diversidad de la muestra escogida. Es importante señalar que ninguno de los siguientes sub criterios es cancelatorio, sino complementarios. Estos son:

- Contrato de concesión referido a infraestructura o servicio público: luego de que los contratos de concesión suscritos en los proyectos de inversión bajo la modalidad de APP pasaron el segundo filtro, se

verificó que estos estuvieran referidos a infraestructura o servicios públicos.

- Proyectos de inversión que pertenezcan a algún tipo de APP: se aseguró que al menos un contrato de concesión pertenezca a una APP autofinanciada o a una APP cofinanciada.
- Nivel de Gobierno (nacional, regional, local): este criterio aseguró que la muestra posea contratos de concesión bajo la modalidad de APP suscritos en distintos niveles del gobierno.
- Periodo relevante: el periodo relevante permitió la comparación de contratos de concesión ejecutados en diversos periodos del Gobierno Nacional y de nivel de desarrollo de las APP. Entre ellos se encuentran: (i) 1990-2001, caracterizado por la poca madurez del sector de APP; (ii) 2002-2007, con mejoras en las prácticas de implementación de las APP; y, (iii) 2008-2012, caracterizado por un mayor desarrollo de las APP como herramienta de inversión de los tres niveles de gobierno y por la implementación de mejoras resultantes del análisis de los periodos previos.
- Sector: mediante este sub – filtro se pretende rescatar la diversidad de sectores donde se ejecutan los contratos de APP.

vi) Criterios específicos

Mediante los criterios específicos por sector, se buscó afianzar la representatividad de la muestra de contratos de concesión que han pasado las etapas de pre – filtro y filtro. El proceso consistió en comparar el valor de los criterios determinados para cada sector, mediante la asignación de puntuaciones por cada criterio para, posteriormente, elegir los contratos de concesión suscritos en los proyectos de inversión bajo la modalidad de APP que posean la mayor suma de puntos.

Tabla N° 03
Criterios Específicos para la puntuación de los proyectos de APP

Subsectores	Criterios	Concepto de aplicación
Carreteras	PAMO / KM	Tienen mayor puntuación aquellos contratos APP que tengan mayor pago anual por mantenimiento y operación por kilómetro.
	Número de adendas en los tres primeros años	Tienen mayor puntuación aquellos contratos APP que tienen mayor número de adendas en los tres primeros años.
	Total de adendas	Tienen mayor puntuación aquellos contratos APP con mayor número de adendas.
	Tipo de contrato	Tienen mayor puntuación el contrato APP que abarque un mayor número de responsabilidades (construcción, rehabilitación, mejoramiento, conservación y explotación).
Puertos	Capacidad mínima estipulada según contrato	Se optó por el contrato APP que muestre la mayor capacidad de movimiento de carga (TEU. Twentyfoot).
	Factor de competencia	Tienen mayor puntaje la APP que tenga un mayor Índice Tarifario Estándar (en US\$).
	Número de adendas en los tres primeros años	Tienen mayor puntuación aquellos contratos APP con mayor número de adendas en los tres primeros años.
	Total de adendas	Tienen mayor puntuación aquellos contratos APP con mayor número de adendas.

Subsectores	Criterios	Concepto de aplicación
Aeropuertos	Unidades operativas	Tienen mayor puntuación las APP que tengan mayor número de unidades operativas de generación de servicios (Número de aeropuertos).
	Inversión en equipamiento comprometida	Tienen mayor puntuación las APP en las que se estipule una mayor inversión en equipamiento (en US\$ millones).
	Número de adendas en los tres primeros años	Tienen mayor puntuación aquellos contratos APP que tienen mayor número de adendas en los tres primeros años.
	Total de adendas	Tienen mayor puntuación aquellos contratos APP que tienen mayor número de adendas.
Ferrocarriles	Km. mantenido	Tienen mayor puntuación las APP que tengan mayor número de kilómetros de mantenimiento.
	Ingreso por servicios (Mil S/.)	Tienen mayor puntuación las APP en las que el concesionario tenga mayor ingreso operativo (colocación de carga y de pasajeros) en miles de soles.
	Número de adendas en los tres primeros años	Tienen mayor puntuación aquellos contratos APP que tienen mayor número de adendas en los tres primeros años.
	Total de adendas	Tienen mayor puntuación aquellos contratos APP que tienen mayor número de adendas.
Generación Eléctrica	Capacidad de generación (MW)	Se busca priorizar la APP que tenga la central de generación con mayor capacidad para generar energía.
	Número de adendas en los tres primeros años	Tienen mayor puntuación aquellos contratos APP que tienen mayor número de adendas en los tres primeros años.
	Total de adendas	Tienen mayor puntuación aquellos contratos APP que tienen mayor número de adendas.

Subsectores	Criterios	Concepto de aplicación
Transmisión Eléctrica	Extensión de líneas de transmisión	Se selecciona las APP que tengan mayor longitud (número de kilómetros).
	Tensión eléctrica (KV)	La utilidad de este criterio radica en discriminar a aquellas APP que cuenten con una mayor capacidad de tensión.
	Número de adendas en los tres primeros años	Tienen mayor puntuación aquellos contratos APP con mayor número de adendas en los tres primeros años.
	Total de adendas	Tiene mayor puntuación aquellos contratos APP que tienen mayor número de adendas.
Saneamiento	Capacidad de Almacenamiento (MMC)	Se selecciona a aquellas APP que cuenten con una mayor capacidad de almacenamiento (en millones de mt 3).
	Número de adendas en los tres primeros años	Tiene mayor puntuación aquellos contratos APP que tienen mayor número de adendas en los tres primeros años.
	Total de adendas	Tienen mayor puntuación aquellos contratos APP que tienen mayor número de adendas.
	RPI	Se opta por aquellas APP que acrediten mayor RPI (Retribución por Inversión en Obras).
	RPMO	Se opta por aquellas APP que acrediten mayor RPMO (Retribución por Mantenimiento en Obras).
Telecomunicaciones	Número de usuarios	Se selecciona las APP que brinden atención a un mayor número de usuarios.

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR

c. Muestra

Luego de haberse aplicado los criterios generales y específicos a la población materia de estudio, se determinaron los contratos de concesión que constituyen la muestra del presente estudio, para su posterior análisis. Estos son:

Tabla N° 04

Puntuación de los proyectos por sectores según criterios específicos

	Asociación Público - Privada	Sector	Puntuación
1	Primer Grupo de Aeropuertos Regionales	Aeropuertos	11
2	Proyecto Irrigación Olmos	Irrigación	-
3	IIRSA Sur, tramo 2: Urcos – Inambari	Carreteras	14
4	Proyecto Vía Parque Rímac	Carreteras	-
5	Ferrocarril del Sur y Sur – Oriente	Ferrocarriles	6
6	Central Hidroeléctrica Changlia	Generación Eléctrica	7
7	Proyecto Derivación Huascacocha – Rímac	Saneamiento	8
8	Terminal de Contenedores Muelle Sur Callao	Terminal Portuario	6
9	Sistema de Transmisión Eléctrica Etecen – Etesur	Transmisión Eléctrica	15
10	Telefonía Móvil	Telecomunicaciones	-

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR

1.4.2 Recojo de información y análisis

Una vez definida la muestra se realizó un trabajo de levantamiento de información a partir de fuentes secundarias y primarias, así como una sistematización, clasificación y análisis de la misma para la elaboración del estudio. Se han seguido las siguientes fases:

- Trabajo de gabinete: en esta fase se realizó una revisión de la literatura especializada y análisis normativo relacionado con las APP, a nivel nacional e internacional, lo que ha permitido desarrollar el marco conceptual, normativo e institucional de referencia para la investigación de las renegociaciones de los contratos de concesión.
- Trabajo de campo: involucró el levantamiento de información especializada de los proyectos de APP; relacionada con los contratos de concesión, procesos de renegociación de los mismos, adendas y otra información relevante. Para ello, se realizaron entrevistas abiertas de manera presencial y no presencial con funcionarios del sector público nacional; así como, especialistas extranjeros con amplia experiencia en las fases de promoción, ejecución y renegociación contractual en los proyectos de APP.
- Procesamiento y análisis de la información recopilada y recogida: la información obtenida en las fases de trabajo de gabinete y de campo fue materia de una sistematización, clasificación y análisis; lo que ha permitido conocer las causas que originaron las adendas en las renegociaciones de contratos de concesión y los efectos generados. Asimismo, permitió establecer conclusiones y recomendaciones de mejora a la luz de los objetivos del estudio.

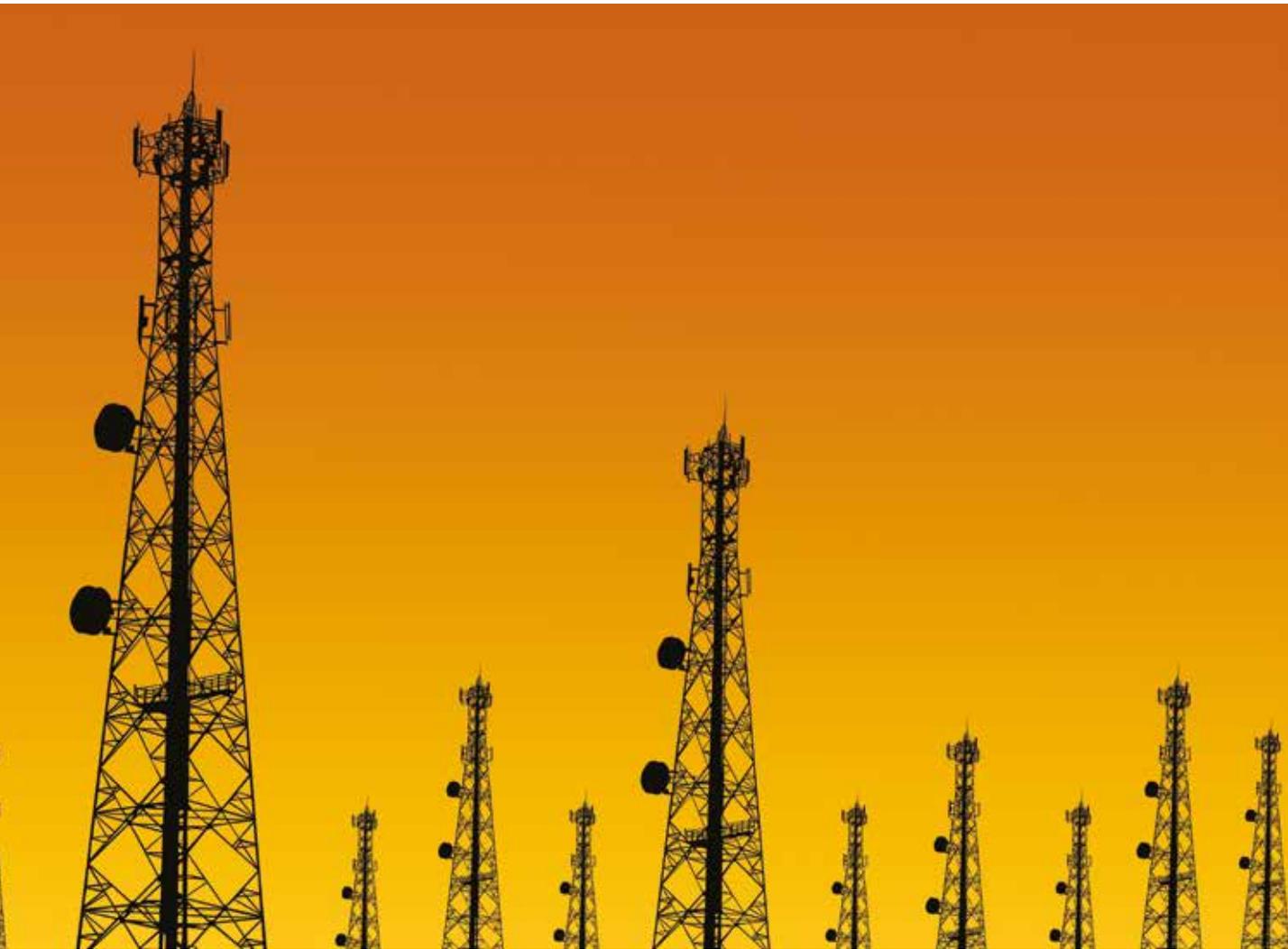
El término Asociaciones Público – Privadas hace alusión a un espectro muy amplio de relaciones de colaboración entre los sectores público y privado en el contexto del desarrollo de proyectos de infraestructura y de los servicios

públicos¹⁹. Es así que, a pesar de ser utilizado de manera frecuente, el término no se encuentra exento de ser objeto de distintas interpretaciones y contenidos, pudiendo incluirse dentro de dicho concepto desde privatizaciones en sentido estricto, hasta mecanismos contractuales diversos, en los cuales las APP son vistas como modelos de inversión privada en un proyecto público²⁰.

La necesidad de contar con la colaboración de los privados en el financiamiento de obras públicas no es un fenómeno nuevo en nuestro ordenamiento jurídico. En los años noventa se emite un marco legal que pretendió darle un impulso definitivo a esta modalidad, el cual se consagra en la Constitución de 1993. Así, se emitieron diversas normas que regulan las privatizaciones y la concesión como mecanismos de inversión privada hasta la emisión de normas que regulan expresamente el régimen de las APP en el Perú, estableciendo los procedimientos, metodologías y las pautas orientadoras para el desarrollo de dichas asociaciones.

19 Tal como indican Umezawa y Reaño, citando a Kumar y Prasad, el único elemento absolutamente esencial en una APP es la existencia de un componente de participación privada en un ámbito que tradicionalmente ha correspondido de manera exclusiva y excluyente al Estado como gestor de obras públicas. En: UMEZAWA, Angie y REAÑO, María Elena, Evolución de las Asociaciones Pública Privada – APP, conforme a la regulación normativa: una visión a través de experiencias. En: Revista de Derecho Administrativo, Número 13, Lima, Círculo de Derecho Administrativo – PUCP, Octubre 2013, p. 54.

20 Ibidem.



Capítulo 02

Marco normativo de las Asociaciones Público – Privadas

2.1. Evolución normativa de la participación privada en obras de infraestructura y servicios públicos

Para efectos del presente estudio se ha considerado pertinente agrupar la evolución del marco normativo que regula la participación de la inversión privada para la ejecución y explotación de obras públicas y la prestación de servicios públicos, en tres etapas: a) La primera, que va desde 1991 a 1996, periodo en el cual se realizan las primeras privatizaciones en el país; b) La segunda, desde 1997 a 2007, en donde se consolida el marco normativo de la concesión como un mecanismo de promoción de la inversión privada; y c) La tercera, desde 2008 hasta la fecha, periodo en que se consolidan las APP a través de modalidades contractuales más modernas. A continuación, se desarrolla cada una de ellas de manera cronológica.

a. Primera etapa (1991 – 1996)

En esta etapa se emitieron las primeras normas que regulan las privatizaciones de las empresas públicas, así como aquellas que promueven las inversiones privadas en infraestructura de servicios públicos a través de las concesiones, las cuales brindan las garantías respectivas a los inversionistas. Entre las principales normas tenemos:

- i) Decreto Legislativo N° 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado²¹ y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 070-92-PCM²².

21 Publicado el 27 de setiembre de 1991.

22 Publicado el 17 de julio 1992.

El Decreto Legislativo declaró de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la actividad empresarial del Estado (en adelante empresas del Estado).

Ello, debido a que la actividad empresarial del Estado no había arrojado, en conjunto, resultados económicos y financieros satisfactorios, lo cual, por un lado, había impedido la generación de los recursos destinados a mejorar sus sistemas productivos y administrativos, reflejándose en los inadecuados precios con que ofrecían sus bienes y servicios a la población. De otro lado, contribuyó a la generación de déficit fiscal, con el consiguiente impacto inflacionario. En ese sentido, era necesario crear las condiciones para el desarrollo y crecimiento de la inversión privada en el ámbito de las empresas del Estado, con el objeto de lograr la modernización, saneamiento e intensificación de las actividades a su cargo, por lo que resultaba indispensable, otorgar a los inversionistas privados las garantías de mecanismos claros y seguros de adquisición de acciones y bienes de empresas del Estado²³.

En esa línea, el Decreto Legislativo precisó que “la inversión privada debe ser entendida como aquella que proviene de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas, distintas del Estado Peruano, de los organismos que integran el sector público nacional y de las empresas del Estado”.

Las modalidades bajo las cuales se promueve el crecimiento de la inversión privada en el ámbito de las empresas del Estado, son las siguientes: i) La transferencia del total o de una parte de sus acciones y/o activos; ii) El aumento de su capital; iii) La celebración de contratos de asociación, *joint venture*, asociación en participación, prestación de servicios, arrendamiento, gerencia, concesión u otros similares, y iv) La disposición o venta de sus activos, cuando ello se haga con motivo de su disolución y liquidación.

23 Parte considerativo del Decreto Legislativo N° 674.

De igual manera, la norma creó la Comisión de Promoción de la Inversión Privada – COPRI, que se encargó de diseñar y concluir el proceso de promoción de la inversión privada en el ámbito de las empresas del Estado, centralizando la toma de decisiones a este respecto, como organismo rector máximo²⁴.

ii) Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada²⁵.

Dicho Decreto Legislativo tiene por objeto garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas, efectuadas o por efectuarse, en todos los sectores de la actividad económica y en cualesquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la Constitución y las leyes correspondientes.

Asimismo, busca eliminar las trabas y distorsiones legales y administrativas que entorpecen el desarrollo de las actividades económicas y restringen la libre iniciativa privada, restando competitividad a las empresas privadas. De igual manera, otorga seguridad jurídica a los inversionistas, estableciendo los derechos, garantías y obligaciones que son de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que sean titulares de inversiones en el país, las cuales son de observancia obligatoria por todos los organismos del Estado, de los tres niveles de gobierno. Para ello, se establecen los convenios de estabilidad jurídica que tienen calidad de contratos con fuerza de ley²⁶.

24 Para tal fin el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 674 dispuso como funciones de la Copri:

1. Establecer las empresas conformantes de la Actividad Empresarial del Estado en que se aplicará alguna de las modalidades de promoción de la inversión privada a que se refiere el artículo 2.
2. Definir la modalidad específica a emplearse, de conformidad a lo establecido en el artículo 2 de la Ley.
3. Aprobar, previamente a su ejecución, el Plan de Promoción de la inversión privada relativo a cada una de las empresas respectivas. El Plan en Referencia será presentado a la COPRI por el Comité Especial respectivo.
4. Ejercer las otras atribuciones que le asigne la presente norma.

25 Publicado el 13 de noviembre de 1991.

26 Dichos convenios se encuentran regulados en los 38° al 45° del Capítulo Primero del Título V del Decreto Legislativo N° 757.

iii) Decreto Legislativo N° 758, Dictan normas para la Promoción de las Inversiones Privadas en la Infraestructura de Servicios Públicos²⁷.

Esta norma promueve la inversión privada en obras de infraestructura y/o de servicios públicos, y regula su explotación, para cuyo efecto las entidades de los tres niveles de gobierno, según les corresponda de acuerdo con la Constitución o las Leyes de la materia, podrán otorgar concesiones a personas jurídicas, nacionales o extranjeras, para la construcción, reparación, conservación y explotación de obras de servicios públicos.

En ese sentido, define a la concesión como “(...) el acto administrativo por el cual el Estado, con el objeto que el concesionario realice determinadas obras y/o servicios fijados o aceptados previamente por el organismo concedente, le otorga el aprovechamiento de una obra para la prestación de un servicio público, por un plazo establecido” (art. 5°).

Además, precisa que la concesión sobre bienes públicos no otorga un derecho real sobre los mismos. Sin embargo, en estos casos, el contrato de concesión constituirá título suficiente para que el concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones. En estos supuestos, el concesionario podrá explotar el o los bienes objeto de la concesión por cuenta propia o por medio de terceros, quedando siempre como único responsable frente al organismo concedente.

iv) Constitución Política del Perú²⁸.

El actual texto Constitucional incorpora los principios y derechos que rigen el actual régimen económico en el país, el mismo que garantiza y promueve la inversión privada, como son la economía social de mercado²⁹, la libertad

27 Publicado el 13 de noviembre de 1991.

28 Publicada el 29 de diciembre de 1993.

29 Art. 58°

de empresa³⁰, la libre iniciativa privada³¹, la libertad contractual³², la libre competencia³³, el establecimiento de garantías y seguridades a través de contratos – ley³⁴, el rol subsidiario del Estado y su actuación como un orientador del desarrollo económico del país³⁵, la actuación del Estado como promotor de los servicios públicos e infraestructura, la sujeción de la inversión nacional y extranjera a las mismas condiciones³⁶ y la posibilidad de someter y resolver controversias mediante arbitraje nacional o internacional.

En esa medida, el régimen económico no sólo busca promover la inversión privada en el país (nacional o extranjera), sino también establecer mecanismos de protección a través del reconocimiento de garantías a favor de dicha inversión, lo cual brinda un marco adecuado para el desarrollo de las Asociaciones Público – Privadas.

v) Decreto Legislativo N° 839, Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos³⁷.

Si bien el Decreto Legislativo N° 758 establece las disposiciones generales aplicables a todas las obras de infraestructura y de servicios públicos que pueden ser otorgados en concesión a los inversionistas privados, no existía un Plan Maestro de Concesiones que identifique la infraestructura con la que cuenta el Estado, así como los proyectos, que puedan ser otorgados en concesión. Por ello, las pocas iniciativas presentadas para obtener concesiones en esa etapa, al amparo de dicho Decreto Legislativo, se habían referido sólo a soluciones parciales e incompletas, usualmente en aquella porción de la obra o del proyecto donde el Estado había ejecutado cuantiosas inversiones³⁸.

30 Art. 60°

31 Art. 58°

32 Art. 62°

33 Art. 61°

34 Art. 62°

35 Art. 59°

36 Art. 63°

37 Publicado el 20 de agosto de 1996.

38 Parte considerativa del Decreto Legislativo N° 839.

Por tanto, era importante introducir soluciones integrales para satisfacer las necesidades de los usuarios y/o beneficiarios de las obras de infraestructura o de servicios públicos, así como contar con un solo organismo coordinador que, de manera ordenada, se encargue de seleccionar y precisar, dentro del contexto de proyectos integrales, aquellas obras de infraestructura o servicios públicos que deban ser otorgados en concesión al sector privado o deban ser ejecutada por el Estado. De esta manera se otorgaba mayor confianza y seguridad a los inversionistas privados.

Teniendo en cuenta ello, el Decreto Legislativo N° 839, no sólo declaró de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos bajo la modalidad de la concesión, sino que también creó la Comisión de Promoción de Concesiones Privadas – PROMCEPRI como el organismo a cargo de la promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. Asimismo, creó el Fondo de Promoción de la Inversión Privada en las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos – FONCEPRI, cuya dirección estará a cargo del PROMCEPRI y reguló el procedimiento para el otorgamiento de concesiones.

vi) Decreto Supremo N° 059-96-PCM, Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega de concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos – en adelante TUO de Concesiones –³⁹ y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM⁴⁰.

39 Publicado el 27 de diciembre de 1996.

40 Publicado el 28 de diciembre de 1996.

El TUO de Concesiones y su reglamento compilan y ordenan las disposiciones de los Decretos Legislativos N° 758 y 839⁴¹ y al igual que estas normas señalan que “La modalidad bajo la cual se promueve la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos es la concesión” (art. 2°). Por tanto, constituyen el marco que regula lo concerniente al otorgamiento de concesiones a personas jurídicas, nacionales o extranjeras, para la construcción, reparación, conservación y explotación de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

No obstante la restricción establecida en el TUO de Concesiones y su Reglamento respecto a no considerar otras modalidades contractuales, distintas a la concesión, para llevar a cabo la inversión privada, es importante señalar que se mantienen los convenios de estabilidad jurídica a las inversiones que se realicen en obras de infraestructura y servicios públicos, consideradas en el Decreto Legislativo N° 757⁴².

A su vez, el Reglamento del TUO de Concesiones, establece que por concesión debe entenderse “al acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos, aprobados previamente por PROINVERSIÓN, por un plazo establecido” (art. 3°), plazo que no podrá superar los 60 años.

41 Ello en virtud de lo establecido en la Quinta Disposición Final y Transitoria del Decreto Legislativo N° 839 que dispuso que “Mediante Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros se aprobará un Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesiones al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. Este texto contemplará, así mismo, las modificaciones que, de ser el caso, puedan introducirse en el Decreto Legislativo N° 758 conforme a los Decretos Supremos mencionados en la Cuarta Disposición Final”.

La cuarta disposición final del Decreto Legislativo N° 839 dispuso que “Todos los procedimientos que se estén llevando a cabo de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 758 y el Decreto Supremo N° 189-92-PCM, quedan suspendidos, con la finalidad de que se inicien bajo los mecanismos, procedimientos y beneficios previstos en el presente Decreto Legislativo”.

42 Ello se enmarca dentro de las garantías para la inversión privada regulada en los artículos 17° al 19 del Capítulo II del Título IV del Decreto Supremo N° 059-96-PCM.

Además, el citado reglamento desarrolla el contenido de los términos ejecución y explotación a los que se hace referencia en el concepto de concesión antes mencionado. Así, señala que por ejecución de la obra debe entenderse su construcción, reparación y/o ampliación. La explotación de la obra o la prestación del servicio comprende: (i) la prestación del servicio básico y los servicios complementarios para los que fue entregada la concesión, de acuerdo con las condiciones contractuales de calidad; (ii) el mantenimiento de la obra; y, (iii) el pago de tarifas, precios, peajes u otros pagos pactados que realizarán los usuarios como retribución por los servicios básicos y complementarios recibidos⁴³.

Sin embargo, debemos señalar que las concesiones, licencias, autorizaciones, permisos, servidumbres y otros títulos habilitantes que se requieran para la utilización de recursos naturales, la ejecución de obras de infraestructura y la prestación de servicios públicos se rigen por lo establecido en las leyes sectoriales correspondientes⁴⁴. De igual manera, el TUO de Concesiones establece cuáles son las modalidades para el otorgamiento de la concesión. Estas se detallan en la siguiente tabla:

43 Debemos precisar, que de acuerdo al artículo 13° del TUO de Concesiones la concesión sobre bienes públicos, no otorga un derecho real sobre los mismos; sin embargo, constituirá título suficiente para que el inversionista privado (concesionario) haga valer los derechos que el contrato de concesión le otorga frente a terceros, en particular, el cobro de tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones, así como la percepción de los beneficios adicionales, expresamente, convenidos en el contrato, tales como concesiones para servicios turísticos, autoservicios, publicidad y otros. Aunque la explotación de los bienes de la concesión puede realizarse por medio de terceros, distintos del concesionario, éste será en todo caso el único responsable frente al Estado.

44 Art. 2° del TUO de Concesiones.

Tabla N° 05
Modalidades de Concesión

A título Oneroso	A título Gratuito	Cofinanciada	Mixta
El concesionario debe realizar una contribución determinada en dinero o permitir una participación sobre sus beneficios a favor del Estado.	El concesionario no realiza contribución o comparte las ganancias del proyecto a favor del Estado.	El Estado realiza una entrega inicial de recursos públicos durante la etapa de construcción o entregas en la etapa de la explotación, reintegrables o no.	Cuando concurren más de una de las modalidades antes señaladas.
Ejemplo: el contrato de concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.	Ejemplo: el contrato de concesión inicial de Vía Parque Rímac, antes de la adenda, luego de ella, la concesión se tornó en onerosa.	Ejemplo: la concesión del Primer Grupo de Aeropuertos Regionales.	

Fuente: Decreto Supremo N° 059-96-PCM.

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR.

De otro lado, tanto el TUO de Concesiones como su Reglamento regulan no sólo la organización para la promoción de la inversión privada en estas materias, sino también el financiamiento para ello. Respecto de la organización se establece que la PROMCEPRI, era el único organismo encargado de promover la inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos que podían ser otorgados en concesión al sector privado, y estaba a cargo de diseñar y conducir el proceso de promoción de la inversión privada correspondiente, como organismo rector máximo⁴⁵.

⁴⁵ Para tal fin, la PROMCEPRI cuenta con dos órganos: La Dirección Ejecutiva, que es el órgano encargado de coordinar los Comités Especiales y coadyuva a la implementación de los acuerdos del PROMCEPRI. Los Comités Especiales, que se constituyen por resolución de la Presidencia del Consejo de Ministros, a propuesta de la PROMCEPRI, con el objeto de colaborar con éste organismo en el mejor cumplimiento de sus fines.

Sin embargo, debemos señalar que en el año 1998 las funciones de PROMCEPRI fueron transferidas a la COPRI a través del Decreto de Urgencia N° 025-98⁴⁶, lo cual fue ratificado con la Ley N° 27111, Ley que aprueba la transferencia de PROMCEPRI a la COPRI y de organismos descentralizados a diversos Ministerios⁴⁷. Posteriormente, a través del Decreto Supremo N° 027-2002-EF⁴⁸, se dispuso la fusión por absorción de la COPRI por parte de PROINVERSIÓN⁴⁹, por tanto, es actualmente este organismo público ejecutor, adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, el que tiene como función principal promover la incorporación de inversión privada en servicios públicos y obras públicas de infraestructura, así como en activos, proyectos y empresas del Estado y demás actividades estatales, en base a iniciativas públicas y privadas de competencia nacional. Asimismo, brinda apoyo a los entes públicos responsables de impulsar estas iniciativas, con asistencia técnica especializada.

46 Publicado el 16 de junio de 1998.

47 Publicada el 5 de mayo de 1999.

48 Publicado el 25 de abril de 2002.

49 El Decreto Supremo N° 027-2002-EF dispuso lo siguiente:

Artículo 1.- Fusión por absorción.

1.1 Fusiónase la Dirección Ejecutiva FOPRI con la Comisión de Promoción de la Inversión Privada – COPRI, la Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras – CONITE, la Gerencia de Promoción Económica de la Comisión de Promoción del Perú – PROMPERU, a través de la transferencia a favor de la primera de las competencias, funciones y atribuciones de Comisión de Promoción de la Inversión Privada – COPRI, la Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras – CONITE y la Gerencia de Promoción Económica de la Comisión de Promoción del Perú – PROMPERU.

1.2 La fusión indicada se realiza bajo la modalidad de fusión por absorción, correspondiéndole a la Dirección Ejecutiva FOPRI, la calidad de entidad incorporante. Aclárese que la absorción de la Comisión de Promoción de la Inversión Privada – COPRI, incluye también a su dirección ejecutiva, así como todas sus competencias, funciones y atribuciones.

1.3 A partir de la vigencia de la presente norma cesan las competencias, funciones y atribuciones de la Comisión de Promoción de la Inversión Privada – COPRI, de la Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras – CONITE y de la Gerencia de Promoción Económica de la Comisión de Promoción del Perú – PROMPERU, las que serán asumidas por la Dirección Ejecutiva FOPRI.

1.4 Toda referencia normativa a la Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras – CONITE o, a la Gerencia de Promoción Económica de la Comisión de Promoción del Perú – PROMPERU o, a la Comisión de Promoción de la Inversión Privada – COPRI o, a las competencias, funciones y atribuciones que venían ejerciendo; se entenderán hechas a la Dirección Ejecutiva FOPRI.

Artículo 2.- Adscripción y denominación.

A partir de la vigencia de la presente norma la Dirección Ejecutiva FOPRI, pasará a denominarse Agencia de Promoción de la Inversión y estará adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas. La Agencia de Promoción de la Inversión podrá utilizar la denominación de PROINVERSIÓN.

En cuanto al financiamiento, se establece que la dirección del Fondo de Promoción de la Inversión Privada en las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos – FONCEPRI, estará a cargo de PROINVERSIÓN⁵⁰. Los recursos de dichos fondo son destinados a financiar las actividades propias del proceso de promoción antes indicado.

En el siguiente gráfico, se presenta el procedimiento para el otorgamiento de concesiones regulado en el TUO de Concesiones y su Reglamento:

50 En el marco de lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 011-99-PE, publicado el 31 de julio de 1999, los recursos del FOPRI y del FONCEPRI, serán administrados en forma integrada por la Dirección Ejecutiva de PROINVERSIÓN (antes COPRI y PROMCEPRI). Es importante señalar que de acuerdo a lo previsto por en el artículo 12° del TUO de Concesiones los recursos del FONCEPRI están integrados por:

Un monto que se establecerá en cada caso mediante Acuerdo de PROINVERSIÓN, sobre la base del tipo de concesión de que se trate.

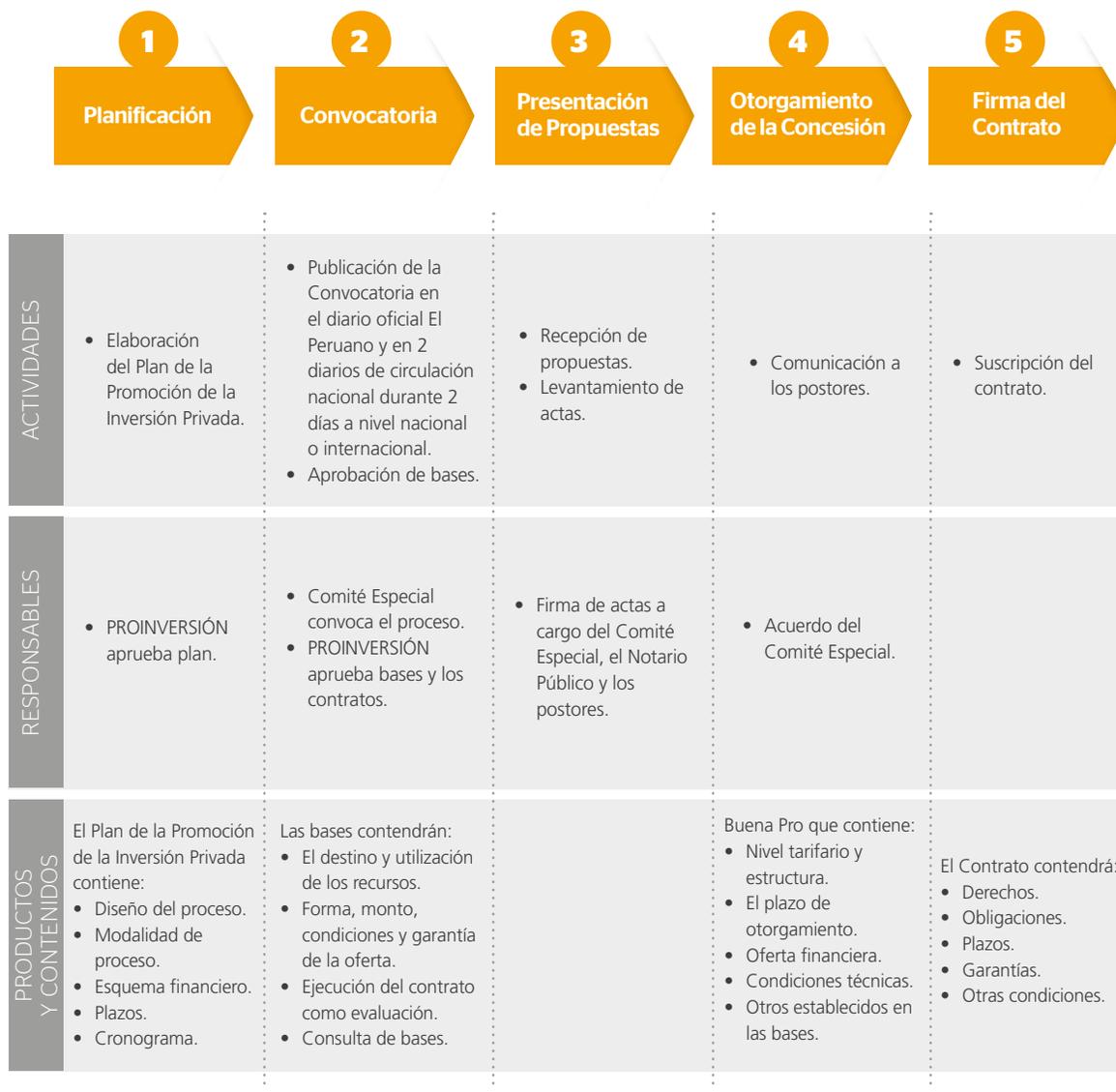
Los créditos o donaciones internas y externas que se obtengan para el cumplimiento del TUO de Concesiones.

Los ingresos financieros que genere la administración de sus propios recursos.

Otros que se le asignen.

Grafico N° 01

Procedimiento para el otorgamiento de concesiones



Fuente: Decreto Supremo N° 059-96-PCM y Decreto Supremo N° 060-96-PCM.

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR.

Finalmente, debemos señalar que el Comité Especial podrá desestimar todas las ofertas presentadas cuando no resultaran convenientes, sin obligación de pago de indemnización alguna en favor de los postores.

b. Segunda etapa (1997 – 2007)

En este periodo, como consecuencia del proceso de descentralización, se emiten normas que regulan este proceso, así como otras específicas que impulsan y promueven la inversión privada a nivel descentralizado, con el objetivo de lograr el desarrollo integral, armónico y sostenible de los departamentos del país. Pasaremos a describir brevemente estas normas:

i) Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización⁵¹

Dicha norma contiene una disposición referida a la promoción de la inversión privada en el ámbito regional. Así, establece en el inciso d) del artículo 35°, que es competencia exclusiva de los gobiernos regionales, “promover y ejecutar las inversiones públicas de ámbito regional en proyectos de infraestructura vial, energética, de comunicaciones y de servicios básicos de ámbito regional, con estrategias de sostenibilidad, competitividad, oportunidades de inversión privada, dinamizar mercados y rentabilizar actividades”.

ii) Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales⁵²

De acuerdo a esta ley los Gobiernos Regionales tienen la función general de promover la inversión privada para impulsar el desarrollo de los recursos regionales. Para ello, otorga a dichos gobiernos funciones específicas orientadas a ese objetivo.

En efecto, en el numeral 4, del inciso b), del artículo 45° de la Ley N° 27867 se establece que los gobiernos regionales tienen la función de “promover

51 Publicada el 17 de julio de 2002.

52 Publicada el 16 de noviembre de 2002.

las inversiones, incentivando y apoyando las actividades del sector privado nacional y extranjero, orientada a impulsar el desarrollo de los recursos regionales y creando los instrumentos necesarios para tal fin". Por su parte, el inciso c) del artículo 54° de la referida ley establece como función de los referidos gobiernos "Identificar las oportunidades de inversión y promover la iniciativa privada en proyectos industriales".

En la misma línea, el inciso d) del artículo 55° dispone que los Gobiernos Regionales deben "Identificar oportunidades comerciales para los productos de la región y promover la participación privada en proyectos de inversión en la región". Y el artículo 59° señala que deben impulsar proyectos y obras de generación de energía y electrificación urbano rurales, así como el aprovechamiento de hidrocarburos de la región, concesiones para minicentrales de generación eléctrica y pequeña minería y minería artesanal de alcance regional.

A su vez, el inciso h) del artículo 63° también señala que en materia de turismo los Gobiernos Regionales deben "Identificar posibilidades de inversión y zonas de interés turístico en la región, así como promover la participación de los inversionistas interesados en proyectos turísticos".

iii) Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades⁵³

Esta ley también establece funciones de los municipios referidas a la promoción de la inversión privada en sus localidades, al señalar en su artículo 33°, que "Los Gobiernos Locales pueden otorgar concesiones a personas jurídicas, nacionales o extranjeras para la ejecución y explotación de obras de infraestructura o de servicios públicos locales, conforme a ley". La concesión puede autorizar el reembolso de la inversión mediante los rendimientos de la obra o el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales generados, según sea el caso.

53 Publicada el 26 de mayo de 2003.

El referido artículo, además dispone que “Las decisiones de concesión de nuevos proyectos, obras y servicios públicos existentes o por crear, son adoptadas por acuerdo municipal en sesión de concejo y se definen por mayoría simple. Las municipalidades pueden celebrar convenios de asesoría y de apoyo para el financiamiento con las instituciones nacionales de promoción de la inversión, conforme a ley”.

En consecuencia, para el desarrollo de las funciones de promoción de la inversión privada los Gobiernos Locales pueden celebrar convenios de asistencia con PROINVERSION, los cuales son dirigidos por dicha entidad bajo la modalidad especial del encargo. Sin perjuicio de ello, es posible que se celebren asesorías vía contratos de servicios.

iv) Ley N° 28059, Ley Marco de la Inversión Descentralizada⁵⁴ y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 015-2004-PCM⁵⁵

Tanto la Ley N° 28059 como su reglamento, señalan que el Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales y Locales promueven el desarrollo de inversiones para fortalecer el proceso de descentralización productiva en el país, para lo cual el Estado garantiza la libre iniciativa e inversión privada, nacional y extranjera, en todos los sectores de la actividad económica, en cualesquiera de las formas empresariales y contractuales permitidas por la Constitución y las Leyes. Para ello, el Estado actúa a través de una alianza estratégica con el sector privado y la sociedad civil.

Estas normas regulan la modalidad de las Iniciativas Privadas – IP, buscando que éstas se conviertan en mecanismos eficientes para solucionar el déficit existente en infraestructura o servicios públicos esenciales para el país, a través de una colaboración entre el Estado y el sector privado. Es una modalidad mediante la cual se permite al privado identificar un proyecto de inversión en activos, empresas, proyectos, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos y proponer su ejecución a la autoridad competente del sector público, quien evaluará y determinará la viabilidad de la misma,

54 Publicada el 12 de agosto de 2003.

55 Publicado el 27 de febrero de 2004.

teniendo dicha IP la calidad de petición graciable⁵⁶. Bajo esta lógica, las IP se convierten en instrumentos que buscan promover proyectos de inversión ejecutados por particulares, tomando así una posición más participativa y no esperando que haya iniciativas estatales para participar en ellas⁵⁷.

c. Tercera etapa (2008 a la fecha)

En esta etapa se emite la Ley marco de las Asociaciones Público – Privadas y su reglamento, de esta manera se perfecciona el marco normativo de promoción de la inversión privada. Asimismo, se emiten normas reglamentarias que desarrollan aspectos puntuales de la citada ley y su reglamento. A continuación, se describen los aspectos generales de estas normas:

- i) Decreto Legislativo N° 1012, Ley Marco de las Asociaciones Público – Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada – en adelante Ley Marco de APP –⁵⁸ y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 127-2014-EF⁵⁹.

Como se puede advertir de lo señalado en los párrafos precedentes, la concesión era la figura contractual más utilizada para invertir en proyectos del Estado, no obstante que el marco jurídico permitía el uso de otras

56 Al tener las iniciativas privadas el carácter de peticiones de gracia se aplica lo dispuesto en el artículo 112° de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, por lo que, el derecho del proponente se agota con la presentación de la iniciativa privada ante los Organismos Promotores de la Inversión Privada – OPIP, sin posibilidad de impugnación del pronunciamiento en sede administrativa o judicial; y mantendrán dicho carácter hasta que se convoque el proceso de selección que corresponda, en cuyo caso será de aplicación lo dispuesto en las respectivas bases o en la legislación aplicable; o hasta que se suscriba el contrato correspondiente en caso se adjudique directamente por no haber terceros interesados.

57 UMEZAWA, Angie y REAÑO, María Elena, op. cit., p. 61.

58 Publicada el 13 de mayo de 2008.

59 Publicado el 31 de mayo del 2014.

modalidades contractuales como el *joint venture*, la asociación en participación, entre otros. De esta manera, se empezó a entender que la concesión era sólo una de las alternativas para invertir en proyectos estatales dentro de un género mayor como es la Asociación Público – Privada⁶⁰.

Bajo esta premisa, deja de ser necesario plantear el proyecto de inversión bajo modalidad contractual definida, como lo fue en su momento, por ejemplo, la venta de acciones de la empresas del Estado, y luego, la concesión; sino que más bien, sobre la base de un proyecto de inversión determinado, se adapta la modalidad contractual que mejor lo efective⁶¹.

Ello es lo que se busca precisamente con el Decreto Legislativo N° 1012, que establece el marco general aplicable a las iniciativas privadas, regulando los principios, procesos y atribuciones del Sector Público No Financiero (SPNF)⁶² de los tres niveles de gobierno, para la evaluación, implementación y operación de infraestructura pública o la prestación de servicios públicos, con participación del sector privado.

En ese sentido, el mencionado Decreto Legislativo, modificado por la Ley N° 30167⁶³, define a las APP como “una modalidad de participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente

60 UMEZAWA, Angie y REAÑO, María Elena, op. cit., p. 60.

61 *Ibidem*.

62 El artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1012 señala que dicha norma será de aplicación “a todas las entidades Sector Público No Financiero, en todos los niveles de gobierno”, por tanto según la definición contenida en el literal a) del numeral 4.1 del artículo 4° de la Ley N° 30099, Ley de Fortalecimiento de la Responsabilidad y Transparencia Fiscal (publicada el 31 de octubre de 2013), el Sector Público No Financiero está compuesto por “las entidades públicas del Gobierno General y las empresas públicas no financieras. El Gobierno General comprende a las entidades públicas del Gobierno Nacional, que incluye al Seguro Social de Salud (EsSalud), a los gobiernos regionales y a los gobiernos locales”.

63 Esta ley fue publicada el 02 de marzo de 2014 y modifica diversos artículos del Decreto Legislativo N° 1012.

privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública o proveer servicios públicos y/o prestar servicios vinculados a estos que requiera brindar el Estado, así como desarrollar proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica (...). Conforme a esta definición la consolidación de las APP obedece a un cambio en la visión de las relaciones entre el sector público y el privado, toda vez que actualmente se busca alinear los intereses de ambas partes para conseguir un objetivo y/o proyecto de carácter público⁶⁴.

Por tanto, las APP no se circunscriben a un determinado contrato, pues tal como se señala en el artículo 4° del Reglamento del citado Decreto Legislativo, las modalidades de APP “incluyen todos aquellos contratos en los que se propicia la participación activa del sector privado, tales como la concesión, asociación en participación, contratos de gerencia, contratos de riesgo compartido, contratos de especialización, así como cualquier otra modalidad contractual permitida por ley”⁶⁵.

64 UMEZAWA, Angie y REAÑO, María Elena, op. cit., p. 60.

65 Cabe señalar que si bien el Reglamento de APP no contiene una definición de los contratos que menciona en su artículo 4°, sin embargo de manera ilustrativa podemos mencionar que el artículo 10° del derogado Reglamento de la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, aprobado por Decreto Supremo N° 015-2004-PCM, contenía las definiciones de dichos contratos. Así tenemos:

“Artículo 10.- Las siguientes definiciones tienen carácter ilustrativo y no restrictivo para mejor uso de la norma por parte de los Organismos Promotores de la Inversión Privada:

a) Venta de Activos.- Es la modalidad de participación de la inversión privada por medio de la cual una entidad o empresa estatal o el Estado, a través de cualquiera de sus tres niveles de gobierno, transfiere a personas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras, mediante los procedimientos establecidos en las Normas Vigentes en Materia de la Inversión Privada, activos de su propiedad, a cambio de un precio. Para los efectos de la Ley y el presente Reglamento, la venta de activos comprende a su vez la transferencia de las acciones representativas del capital social de las entidades que conforman la actividad empresarial del Estado.

b) Concesión.- Es el acto administrativo por el cual el Estado, a través de cualesquiera de sus niveles de gobierno, otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de servicios públicos, por un plazo determinado.

c) Asociación en Participación.- Es la modalidad contractual mediante la cual, una empresa estatal a nivel del Gobierno Nacional, Regional o Local, denominado asociante, concede a otra u otras personas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras, denominadas asociados, una participación en el resultado y/o en las utilidades de uno o de varios negocios o empresas del asociante, a cambio de una determinada contribución.

De esta disposición también se puede inferir que no existe en nuestro ordenamiento jurídico un “Contrato de APP”. Por el contrario, la opción adoptada por el legislador es el establecimiento de reglas de APP aplicables a los clásicos contratos de concesión y similares, a fin de materializar la colaboración público – privada mediante el reparto de riesgos y tareas entre el sector público y la empresa privada⁶⁶.

Ahora bien, las APP pueden comprender bajo su ámbito, de manera enunciativa, lo siguiente:

- La infraestructura pública en general: incluyendo redes viales, aeropuertos, puertos, plataformas logísticas, la infraestructura urbana y de recreación, la infraestructura penitenciaria, de riego, de salud y de educación.
- Los servicios públicos: como los de telecomunicaciones, de energía y alumbrado, de agua y saneamiento, u otros de interés social, relacionados a la salud y el ambiente, como el tratamiento y procesamiento de desechos, la educación, los proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica, entre otras.

d) Contrato de Gerencia.- Es la modalidad contractual mediante la cual el Estado, a través de cualquiera de sus tres niveles de gobierno, cede temporalmente a otra u otras personas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras, la dirección, administración y/o gestión de una empresa estatal, transfiriendo el manejo o gerenciamiento de la misma.

e) Contrato de Riesgo Compartido (Joint Venture).- Es la modalidad contractual mediante la cual el Estado, a través de cualquiera de sus tres niveles de gobierno, celebra un acuerdo con una o más personas jurídicas nacionales o extranjeras para llevar a cabo, de manera conjunta, una operación económica empresarial y por el cual, ambas partes adquieren el compromiso de compartir, por un plazo determinado, costos de inversión, costos operativos, riesgos empresarios, entre otros”.

f) Especialización de Servicios (Outsourcing).- Es la modalidad contractual mediante la cual el Estado, a través de sus tres niveles de gobierno, celebra un acuerdo con una o más personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, transfiriéndoles una parte integral del proceso productivo de una o varias empresas estatales y/o de las actividades de las mismas, bajo la condición que el inversionista privado asuma las tareas contratadas por su cuenta y riesgo.”

66 HUAPAYA, Ramón, Diez Tesis sobre las Asociaciones Público – Privadas (APP) en nuestro régimen legal. En: Revista del Círculo de Derecho Administrativo, N°13, 2013, pp. 20-21.

- Prestación de servicios vinculados a la infraestructura: como sistemas de recaudación de peajes y tarifas, y otros servicios públicos que requiera brindar el Estado.

Asimismo, el artículo 4° de la Ley Marco de APP y el artículo 5° de su reglamento, realizan una clasificación de las APP en autosostenibles y cofinanciadas, bajo el criterio de cantidad y aporte que brinda el Estado en la inversión. Así tenemos:

Tabla N° 06
Clasificación de las Asociaciones Público - Privadas

TIPO	DEFINICIÓN	DETALLE
Autosostenible	<p>Aquella que satisfaga las siguientes condiciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Demanda mínima o nula garantía financiera por parte del Estado. • Las garantías no financieras tengan una probabilidad nula o mínima de demandar el uso de recursos públicos. 	<ul style="list-style-type: none"> • Garantías financieras: son aquellos aseguramientos de carácter incondicional y de ejecución inmediata, cuyo otorgamiento y contratación por el Estado tiene por objeto respaldar las obligaciones del privado, derivadas de préstamos o bonos emitidos para financiar los proyectos de APP, o para respaldar obligaciones de pago del Estado. • Garantías no financieras: son aquellos aseguramientos estipulados en el contrato que se derivan de riesgos propios de un proyecto de APP.

TIPO	DEFINICIÓN	DETALLE
Cofinanciada	Aquella que requiera del cofinanciamiento o del otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que tengan una probabilidad significativa de demandar el uso de recursos públicos.	<ul style="list-style-type: none"> • Se considerará como cofinanciamiento: a cualquier pago total o parcial a cargo de la entidad pública para cubrir las inversiones o la operación y mantenimiento, a ser entregado mediante una suma única periódica, o cualquiera que convengan las partes en el marco del contrato de APP. • No serán considerados como cofinanciamiento: la cesión en uso, en usufructo o bajo cualquier figura similar, de la infraestructura o inmuebles pre – existentes, siempre que no exista transferencia de propiedad y estén directamente vinculados al objeto del proyecto; los pagos por concepto de peajes, precios, tarifas, entre otros, cobrados directamente a los usuarios finales o indirectamente a través de empresas, incluyendo aquellas de titularidad del Estado o entidades del mismo para su posterior entrega al titular del proyecto, en el marco del contrato de APP.

Fuente: Decreto Legislativo N° 1012 y Decreto Supremo N° 127-2014-EF

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR

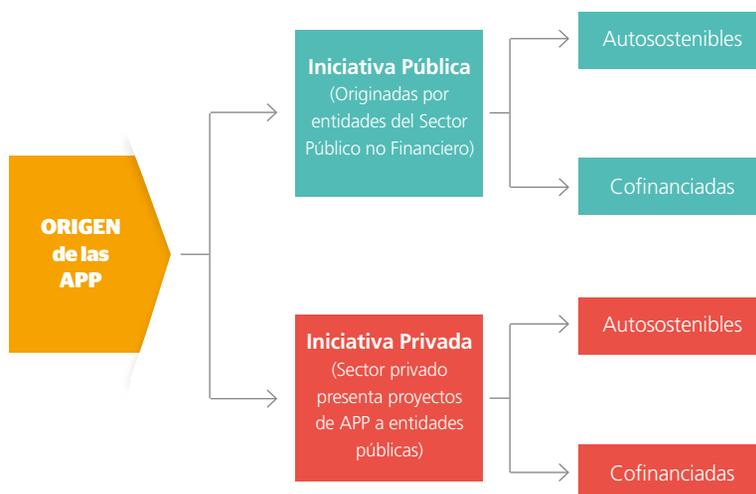
Cabe indicar que de acuerdo a lo previsto en los artículos 4°, 7° y 14° de la Ley Marco de APP, las APP pueden ser originadas por iniciativa pública o privada. Respecto de la primera, son originadas por las entidades del Sector Público No Financiero y pueden ser autosostenibles y cofinanciadas. Para tal fin, las referidas entidades deben identificar los niveles de servicio que buscan alcanzar, a partir de un diagnóstico sobre la situación actual, señalando su importancia en las prioridades nacionales, sectoriales, regionales y locales, según corresponda, en el marco de las cuales

desarrollan los proyectos de inversión correspondiente. Una APP podrá desarrollarse sobre la base de más de un Proyecto de Inversión Pública – PIP, siempre que estos hayan sido declarados viables en el marco del Sistema Nacional de Inversión Pública – SNIP.

Con relación a la iniciativa privada, el sector privado presenta proyectos de APP a las entidades del Estado, quienes evaluarán y determinarán la viabilidad de las mismas. Estas iniciativas, a su vez, se clasifican en: i) Iniciativas privadas autosostenibles, que se realizan sobre proyectos de inversión en activos, empresas, proyectos, infraestructura pública, servicios públicos, y/o otros servicios que requiera brindar el Estado, así como desarrollar proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica; ii) Iniciativas privadas cofinanciadas, estarán destinadas a cubrir el déficit de infraestructura pública, servicios públicos y/o prestar los servicios que requiera brindar el Estado, así como desarrollar proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica.

Grafico N° 02

Origen de las Asociaciones Público - Privadas



Fuente: Decreto Legislativo N° 1012 y Decreto Supremo N° 127-2014-EF

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR

Es importante señalar que las APP sólo serán exitosas si logran realizar el principio de Valor por Dinero, previsto en el artículo 5° de la Ley Marco de APP, el cual es definido como aquel que “Establece que un servicio público debe ser suministrado por aquel privado que pueda ofrecer una mayor calidad a un determinado costo o los mismos resultados de calidad a un menor costo. De esta manera, se busca maximizar la satisfacción de los usuarios del servicio, así como la optimización del valor del dinero proveniente de los recursos públicos”.

Es decir, la APP tiene que lograr como objetivo que la participación del sector privado sirva para asegurar el máximo valor del servicio al ciudadano por cada sol invertido por el Estado⁶⁷. En términos estrictos, el Valor por Dinero implica que dentro de todas las opciones que tiene el Estado para obtener la prestación de un servicio público o una nueva infraestructura, la APP es la mejor de todas debido a que maximiza la utilidad o beneficio de los recursos escasos del Estado destinados al financiamiento de la obra o servicio a ser obtenido vía la APP⁶⁸.

Para determinar esto, se adopta la metodología del comparador público – privado, como una herramienta para determinar que para el Estado, la APP implica un sistema de contratación de servicios u obras públicas más útil y eficiente que optar por servicios mediante un sistema clásico de contratación con el Estado, regido por la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo 1017⁶⁹.

Dicha metodología contiene un análisis cuantitativo (basado, principalmente, en la comparación entre el costo neto en valor presente y ajustado por riesgo, del proyecto a través de una obra pública y el costo del mismo vía una APP) y cualitativo (el cual considerará la evaluación de aspectos relacionados a temas institucionales, de mercado, entre otros).

67 APOYO CONSULTORIA, Cuatro medidas para mejorar la infraestructura de forma rápida, eficiente y sostenible. Propuesta de Política N° 2. Setiembre 2013, p. 8.

68 HUAPAYA, Ramón, op. cit. p. 23.

69 Ibidem, p. 24.

ii) Resolución Ministerial N° 249-2014-EF/15⁷⁰, que aprueba la “Metodología del Análisis Comparativo a que se refiere el Decreto Legislativo N° 1012, que aprobó la Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión Privada”.

El literal a) del artículo 3° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, aprobado por Decreto Supremo N° 127-2014-EF, señala que el análisis comparativo al que se refiere el numeral 8.1 del artículo 8° del citado decreto legislativo, contará con un contenido cuantitativo basado principalmente en la comparación entre el costo neto, en valor presente y ajustado por riesgo, de proveer un proyecto a través de una obra pública y el costo del mismo proyecto ejecutado a través de una APP; así como un contenido cualitativo, el cual considerará la evaluación de aspectos relacionados a temas institucionales, de mercado, entre otros. Dicho literal también dispone que el Ministerio de Economía y Finanzas, a través de una resolución ministerial, aprobará esta metodología.

En esa línea, el mencionado Ministerio emitió la Resolución Ministerial N° 249-2014-EF/15 a través de la cual se aprobó la metodología del análisis comparativo, que contiene tanto la “Metodología para la Aplicación del Análisis Cualitativo en la Elección de la Modalidad de Ejecución de Proyectos de Inversión Cofinanciados” como la “Metodología para la Aplicación del Análisis Cuantitativo en la Elección de la Modalidad de Ejecución de Proyectos de Inversión Cofinanciados”.

Cabe indicar que la Resolución Ministerial N° 249-2014-EF/15 también dispone la aplicación progresiva de dicha metodología. Así, establece que a partir de la entrada en vigencia de dicha resolución, el análisis comparativo será de aplicación a los proyectos que involucren infraestructura vial, ferroviaria, portuaria y aeroportuaria; mientras que desde el 1 de enero del 2016, será de aplicación a las demás tipologías de proyectos de los sectores.

70 Publicada el 02 de agosto de 2014.

iii) Resolución Ministerial N° 048-2015-EF/52⁷¹

Tanto el Decreto Legislativo N° 1012 como su reglamento establecen disposiciones que autorizan al Ministerio de Economía y Finanzas – MEF a emitir los lineamientos correspondientes que desarrollen algunos de los artículos de las citadas normas. En esa medida, la Resolución Ministerial N° 048-2015-EF/52, aprobó los siguientes lineamientos:

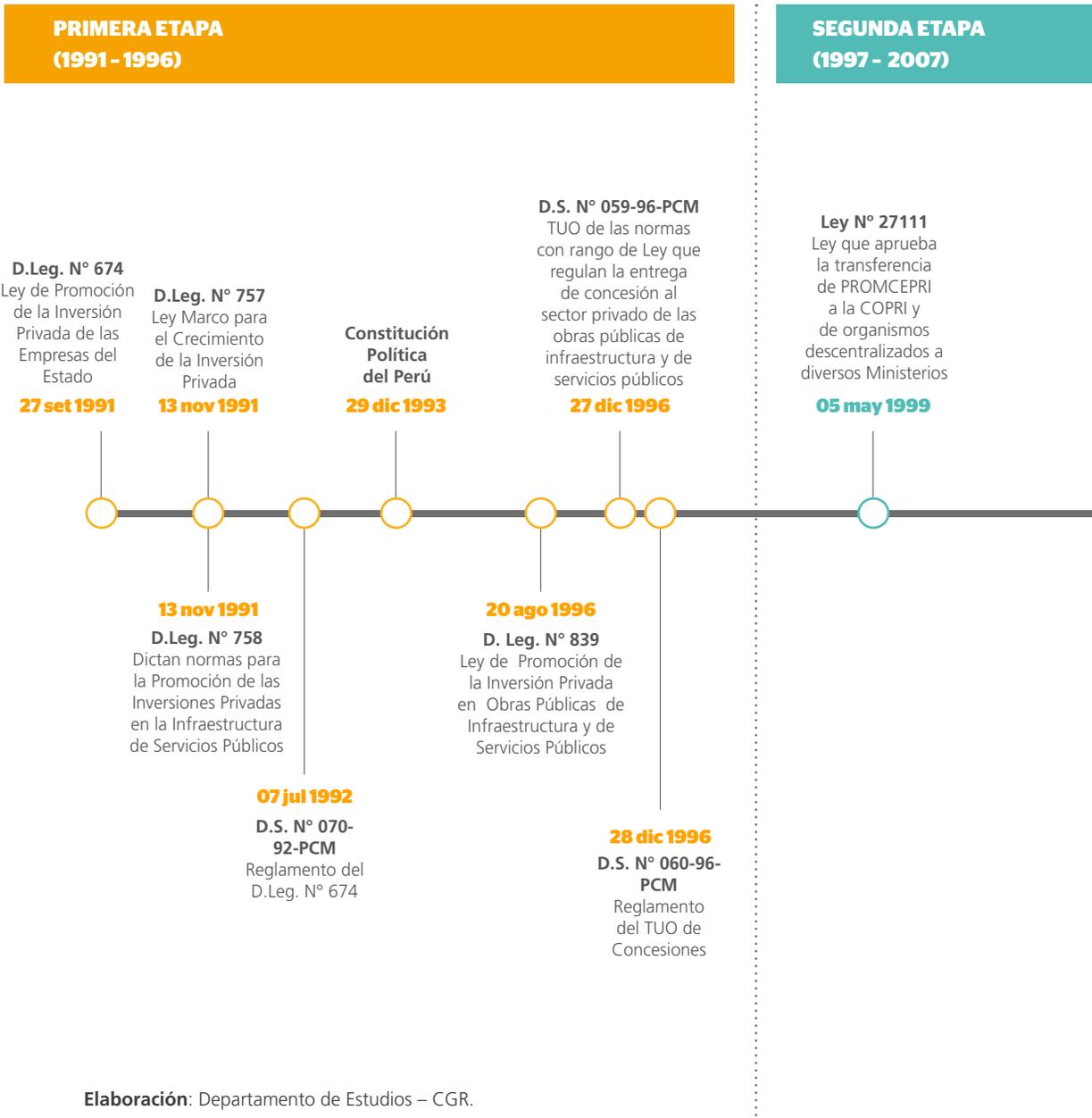
- “Lineamientos para la evaluación de compromisos contingentes cuantificables y del flujo de ingresos derivados de la explotación de proyectos materia de los contratos de Asociación Público – Privada”. Estos lineamientos se emiten, teniendo en cuenta lo dispuesto en el numeral 18.2 del artículo 18° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, aprobado por Decreto Supremo N° 127-2014-EF.
- “Lineamientos para determinar la probabilidad que una garantía no financiera demande uso de recursos públicos en el marco de una Asociación Público – Privada”. De igual manera, estos lineamientos se emiten de acuerdo a lo dispuesto en el literal b) del numeral 5.1 del artículo 5° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, aprobado por Decreto Supremo N° 127-2014-EF.
- “Lineamientos que regulan el registro y la actualización de los compromisos firmes y contingentes cuantificables, netos de ingresos, derivados de contratos de Asociación Público – Privada, así como la implementación del Registro Nacional de Contratos de Asociación Público – Privada”. Estos lineamientos responden a lo establecido en el artículo 12° y la Octava Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1012, así como en lo dispuesto en el numeral 18.3 del artículo 18° del Reglamento del citado decreto legislativo.

Para la adecuada implementación de estos lineamientos la Resolución Ministerial N° 048-2015-EF/52 dispone que el MEF brindará asistencia técnica a los especialistas de las entidades del Sector Público No Financiero encargados de la implementación de APP, ya sea a través de la absolución de sus consultas o la promoción del desarrollo de sus capacidades.

71 Publicada el 07 de febrero de 2015.

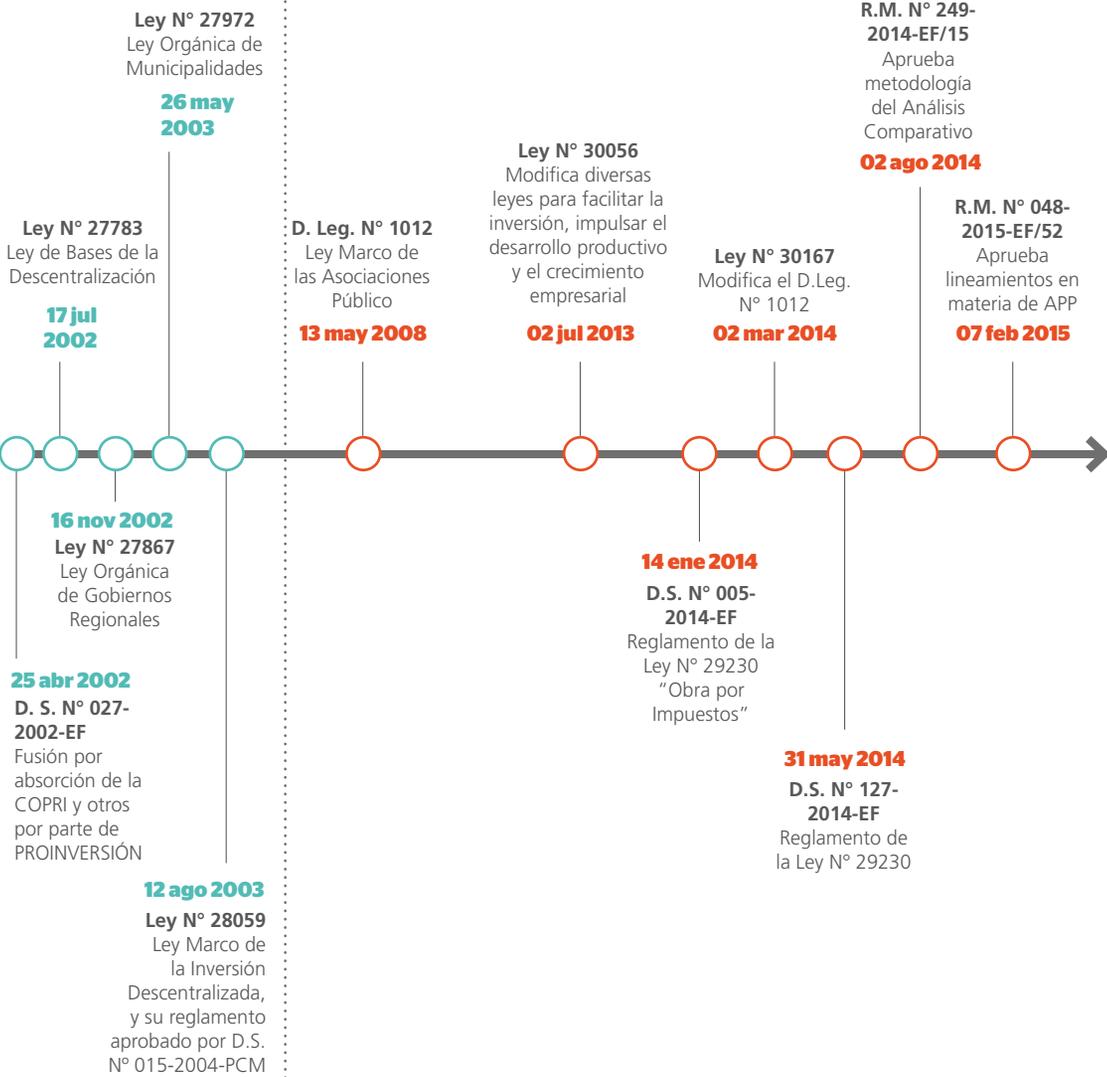
Gráfico N° 03

Línea de tiempo sobre la evolución normativa de la participación privada en infraestructura y servicios públicos



Elaboración: Departamento de Estudios – CGR.

**TERCERA ETAPA
(2008 - A la fecha)**



2.2. Normativa nacional e internacional de Control Gubernamental vinculada a la auditoría de las Asociaciones Público - Privadas

a. Normas que regulan el Sistema Nacional de Control y el Control Gubernamental

El control gubernamental ha sido regulado a nivel constitucional en el artículo 83° de la Constitución que reconoce a la Contraloría General de la República como un organismo constitucional autónomo, que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Asimismo, es el órgano superior del Sistema Nacional de Control que supervisa la legalidad de la ejecución del presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785⁷², desarrolla este sistema, así como las atribuciones de los órganos que lo conforman. Las disposiciones de dicha ley y las normas que emite el sistema son de aplicación a las siguientes entidades sujetas a control⁷³:

Tabla N° 07
Entidades Sujetas a Control

N°	Entidades
1	El Gobierno Central, sus entidades y órganos que, bajo cualquier denominación, formen parte del Poder Ejecutivo, incluyendo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, y sus respectivas instituciones.
2	Los Gobiernos Regionales y Locales e instituciones y empresas pertenecientes a los mismos, por los recursos y bienes materia de su participación accionaria.
3	Las unidades administrativas del Poder Legislativo, Poder Judicial y Ministerio Público.

72 Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 23 de julio de 2002.

73 Artículo 3° de la Ley N° 27785.

N°	Entidades
4	Los organismos autónomos creados por la Constitución Política del Estado y por ley, e instituciones y personas de derecho público.
5	Los organismos reguladores de los servicios públicos y las entidades a cargo de supervisar el cumplimiento de los compromisos de inversión provenientes de contratos de privatización.
6	Las empresas del Estado, así como aquellas empresas en las que éste participe en el accionariado, cualquiera sea la forma societaria que adopten, por los recursos y bienes materia de dicha participación.
7	Las entidades privadas, las entidades no gubernamentales y las entidades internacionales, exclusivamente por los recursos y bienes del Estado que perciban o administren. En estos casos, la entidad sujeta a control, deberá prever los mecanismos necesarios que permitan el control detallado por parte del Sistema.

Fuente: Ley N° 27785 | **Elaboración:** Departamento de Estudios – CGR

El control gubernamental es definido por la Ley N° 27785⁷⁴ como “la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado, así como del cumplimiento de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción, evaluando los sistemas de administración, gerencia y control, con fines de su mejoramiento a través de la adopción de acciones preventivas y correctivas pertinentes”⁷⁵. El control gubernamental es interno y externo y su desarrollo constituye un proceso integral y permanente.

El Sistema Nacional de Control busca asegurar la correcta utilización de los bienes y recursos públicos, así como mejorar el funcionamiento de los demás sistemas administrativos, contribuyendo de esta manera a la mejora de la gestión pública y por ende a la satisfacción de las necesidades de la población. Para tal fin, el referido sistema está conformado por los siguientes órganos: i) La Contraloría General de la República, como ente rector del sistema; ii) Los Órganos de Control Institucional de las entidades sujetas a

⁷⁴ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 23 de julio de 2002

⁷⁵ Art. 6.

control; iii) Las Sociedades de Auditoría Externa Independientes, cuando son designadas por la Contraloría General, y contratadas, durante un periodo determinado, para realizar servicios de auditoría (económica, financiera, de sistemas informáticos, de medio ambiente, entre otros) en las entidades sujetas a control.

Gráfico N° 04
Órganos del Sistema Nacional de Control



Fuente: Artículo 13° de la Ley N° 27785 | **Elaboración:** Departamento de Estudios - CGR

La Contraloría, como Órgano Superior de Control tiene diversas atribuciones que se encuentran reguladas en el artículo 22° de la Ley N° 27785, entre las que se encuentra la atribución de emitir lineamientos, disposiciones y procedimientos técnicos correspondientes que orienten a los órganos del sistema.

En ese sentido, la Contraloría emitió las “Normas Generales de Control Gubernamental”, aprobadas por Resolución de Contraloría N° 273-2014-CG⁷⁶, que dejó sin efecto tanto las Normas de Auditoría Gubernamental (NAGU), aprobadas por Resolución de Contraloría N° 162-95-CG, como el Manual de Auditoría Gubernamental (MAGU), la Guía de Planeamiento de Auditoría Gubernamental y la Guía para la Elaboración del Informe de Auditoría Gubernamental, aprobados por Resolución de Contraloría N° 152-98-CG.

Las Normas Generales de Control Gubernamental son de obligatorio cumplimiento para los órganos del Sistema Nacional de Control, y regulan el ejercicio del control gubernamental, los servicios de control que realiza la Contraloría, el desempeño profesional del personal del Sistema Nacional de Control y el desarrollo técnico de los procesos y productos de control. El control gubernamental se clasifica de la siguiente manera⁷⁷:

⁷⁶ Publicada el 13 de mayo de 2014.

⁷⁷ Al respecto puede revisarse los artículos 7 y 8 de la Ley N° 27785 y los artículos 1. 10 al 1. 18 de las Normas Generales de Control Gubernamental.

Tabla N° 08
Clasificación del Control Gubernamental

EN FUNCIÓN DEL MOMENTO DE SU EJERCICIO				
Control	Definición			
Control simultáneo	Se realiza a las actividades de un proceso en curso, correspondiente a la gestión de una entidad con el objeto de alertar a la entidad de hechos que ponen en riesgo el resultado o logro de sus objetivos.			
Control posterior	Tiene por objeto efectuar la evaluación de los actos y resultados ejecutados por las entidades en la gestión de los bienes, recursos y operaciones institucionales.			
EN FUNCIÓN DE QUIÉN LO EJERCE				
Control	Definición	Actores que lo realizan	Tipos	
Control Interno	Comprende las acciones de cautela previa, simultánea y de verificación posterior que realiza la entidad sujeta a control, con la finalidad que la gestión de sus recursos, bienes y operaciones se efectúe correcta y eficientemente.	Autoridades, funcionarios y servidores de las entidades sujetas a control.	Previo	Compete a las autoridades, funcionarios y servidores como responsabilidad propia de las funciones que le son inherentes, sobre las base de las normas que rigen las actividades de la organización y los procedimientos establecidos en sus planes, reglamentos, manuales y disposiciones institucionales, que contienen las políticas y métodos de autorización, registro, verificación, evaluación, seguridad y protección.
			Simultáneo	
		Responsables superiores del servidor o funcionario ejecutor. El Órgano de Control Institucional – OCI de las entidades.	Posterior	Verifica el cumplimiento de las disposiciones establecidas. El OCI actúa conforme a las disposiciones establecidas en las Normas Generales de Control Gubernamental.

EN FUNCIÓN DE QUIÉN LO EJERCE				
Denominación	Definición	Actores que lo realizan	Tipos	
Control externo	Conjunto de políticas, normas, métodos y procedimientos técnicos, que compete aplicar a la Contraloría General u otro órgano del Sistema por encargo o designación de ésta, con el objeto de supervisar, vigilar y verificar la gestión, la captación y el uso de los recursos y bienes del Estado. Se realiza fundamentalmente mediante acciones de control de carácter selectivo y posterior.	Contraloría u otro órgano del Sistema por encargo o designación de ésta.	Previo	Lo efectúa exclusivamente la Contraloría con anterioridad a la ejecución de un acto u operación de una entidad, de acuerdo con lo establecido por la Ley o norma expresa, con el objeto de emitir un resultado según corresponda a la materia del requerimiento que realice la entidad solicitante del servicio (por ejemplo autorización previa de presupuestos adicionales de obra y mayores servicios de supervisión).
			Simultáneo	Aquellos que se realizan a las actividades de un proceso en curso, correspondiente a la gestión de una entidad sujeta a control gubernamental, con el objeto de alertar a la entidad de hechos que ponen en riesgo el resultado o logro de sus objetivos.
			Posterior	Aquellos que se realizan con el objeto de efectuar la evaluación de los actos y resultados ejecutados por las entidades en la gestión de los bienes, recursos y operaciones institucionales.

Fuente: Ley N° 27785 y Resolución de Contraloría N° 273-2014-CG

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR

b. Normas que regulan la intervención de la Contraloría General de la República en las diferentes etapas del proceso de promoción de las Asociaciones Público – Privadas

El Sistema Nacional de Control supervisa las actividades y acciones en los campos administrativo, presupuestal, operativo y financiero de la entidades públicas, a fin de asegurar la correcta utilización de los bienes y recursos públicos. En esa medida, las actividades, acciones y procedimientos que las diferentes entidades públicas realizan para la implementación, operación y evaluación de la infraestructura pública o la prestación de servicios públicos a través de Asociaciones Público – Privadas (APP) también es materia de control por parte de este Órgano Superior de Control, lo cual se encuentra regulado en las diferentes normas de control y en aquellas que regulan el marco de las APP.

Así, la Ley Marco de APP establece en el numeral 9.3 del artículo 9° que la Contraloría General de la República emitirá un informe previo respecto de la versión final del contrato de Asociación Público – Privada únicamente cuando se refiera a aquellos aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado de conformidad con el inciso l) del Artículo 22 de la Ley 27785⁷⁸. Dicho informe previo no es vinculante, sin perjuicio de control posterior.

Para la emisión del informe previo, la Contraloría toma en consideración las disposiciones del “Reglamento para la Emisión del Informe Previo establecido por el literal l) del artículo 22 de la Ley N° 27785”, aprobado por Resolución de Contraloría N° 052-2010-CG⁷⁹. Este reglamento regula el trámite al que deben someterse las solicitudes de emisión del informe previo que se presenten ante la Contraloría en el caso de operaciones que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado a que se refiere la citada ley. Este trámite se desarrolla en el siguiente gráfico:

⁷⁸ El mencionado inciso señala como función atribución de la Contraloría el “Informar previamente sobre las operaciones, fianzas, avales y otras garantías que otorgue el Estado, inclusive los proyectos de contrato, que en cualquier forma comprometa su crédito o capacidad financiera, sea que se trate de negociaciones en el país o en el exterior”.

⁷⁹ Publicada el 23 de febrero de 2010.

Gráfico N° 05

Emisión del informe previo de la Contraloría sobre operaciones, fianzas o avales que comprometan al Estado

La Contraloría debe informar de manera previa sobre las operaciones, fianzas, avales y otras garantías que otorgue el Estado, incluyendo proyectos de contrato, que en cualquier forma comprometan su crédito o capacidad financiera, sea que se trate de negociaciones en el país o en el exterior.

La emisión del informe previo no significa la autorización o aprobación de la operación, no exceptúa el ejercicio del control simultáneo o posterior correspondiente.

La Contraloría y los Órganos de Control Institucional (OCI) cautelarán que en la ejecución de la operación materia de control previo, la entidad sujete su actuación al alcance indicado en el pronunciamiento emitido por la Contraloría.

Fuente: Resolución de Contraloría N° 052-2010-CG.

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR.

No sólo en el caso de operaciones que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado la Contraloría puede realizar un control simultáneo o posterior en los procesos de promoción de las APP. Teniendo en cuenta lo previsto en la Ley N° 27785, como en las Normas Generales de Control Gubernamental, se pueden dar otros supuestos, tales como:

- El control simultáneo realizado por el Órgano de Control Institucional de PROINVERSIÓN, cuando dicho órgano participa en el acto de apertura de sobres de los postores precalificados para el otorgamiento en concesión de un proyecto de APP.
- La orientación de oficio⁸⁰, cuando la Unidad Orgánica competente de la Contraloría emite un Oficio a PROINVERSIÓN comunicando los riesgos que podrían concretarse sobre la base de la revisión efectuada a los proyectos de contratos de APP (previos a la versión final del contrato) y de otros documentos del proceso de promoción de un proyecto de APP.
- La visita de control⁸¹ cuando, por ejemplo, el Órgano de Control Institucional de OSITRAN se constituye en el área de ejecución de determinada obra comprometida según el contrato de APP que corresponda.

En cuanto al control posterior que pueden realizar los diferentes órganos del Sistema Nacional de Control, éste puede ser de tres tipos: i) Auditoria

80 La orientación de oficio es la modalidad de control simultáneo que se ejerce alertando por escrito y de manera puntual, al Titular de la entidad o quien haga sus veces, sobre la presencia de situaciones que puedan conllevar a la gestión a incurrir en errores, omisiones o incumplimientos, en el desarrollo de una o más actividades de un proceso, de los cuales se puede tomar conocimiento, a través de la misma entidad u otras fuentes.

81 La visita de control es la modalidad de control simultáneo que consiste en presenciar actos o hechos en curso relacionados a la entrega de bienes, presentación de servicios o ejecución de obras públicas, constatando que su ejecución se realice conforme a la normativa vigente

Financiera⁸², ii) Auditoría de Desempeño⁸³, y iii) Auditoría de Cumplimiento⁸⁴. En cada una de estas auditorías se desarrollan, a su vez, tres etapas interrelacionadas (planificación, ejecución y elaboración de informes) que tienen por objetivo que el proceso se lleve a cabo de modo ordenado y efectivo, garantizando la solidez, calidad y oportunidad de los resultados de la acción de control.

82 La auditoría financiera es el examen a los estados financieros de las entidades que se practica para expresar una opinión profesional e independiente sobre la razonabilidad de los estados financieros, de acuerdo con el marco de información financiera aplicable para la preparación y presentación de información financiera. Esta modalidad se emplea como una herramienta para la rendición de cuentas y de evaluación del sector público para la realización de la auditoría a la Cuenta General de la República. La auditoría financiera incluye la auditoría de los estados financieros y la auditoría de la información presupuestaria.

83 La auditoría de desempeño es un examen de la eficacia, eficiencia, economía y calidad de la producción y entrega de los bienes o servicios que realizan las entidades con la finalidad de alcanzar resultados en beneficio del ciudadano; y se orienta a la búsqueda de mejora continua en la gestión pública, teniendo en cuenta el impacto positivo en el bienestar del ciudadano y fomentando la implementación de una gestión por resultados y la rendición de cuentas. Su análisis puede adquirir un carácter transversal dado que examina la entrega de bienes o prestación de servicios públicos, en la que pueden intervenir diversas entidades, de distintos sectores o niveles de gobierno.

84 La auditoría de cumplimiento es un examen objetivo y profesional para determinar la medida de cumplimiento de la normativa aplicable, disposiciones internas y las estipulaciones contractuales establecidas, en el ejercicio de la función o la prestación del servicio público y en el uso y gestión de los recursos del Estado por parte de las entidades sujetas a control. La finalidad de esta auditoría es la mejora de la gestión, transparencia, rendición de cuentas y buen gobierno de las entidades, mediante las recomendaciones incluidas en el informe de auditoría, que permitan optimizar sus sistemas administrativos, de gestión y de control interno.

Grafico N° 06

Tipos de auditorías realizadas en el Control Posterior



Fuente: Ley N° 27785 y Normas Generales de Control Gubernamental

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR

Como ejemplo de control posterior realizado por la Contraloría a los procesos de promoción de APP, podemos mencionar que la auditoría realizada al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN, para evaluar la razonabilidad técnica y económica del proceso de selección y ejecución contractual de la Concesión de Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica de la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. – CONVIPERÚ, por la construcción de un puente peatonal en Pucusana, hallándose irregularidades en las obras de ejecución de dicho puente peatonal, a partir del cual se determinaron responsabilidades en funcionarios públicos del Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC y del OSITRAN, informándose a las autoridades competentes.

c. Guía de Auditoría de Cumplimiento a las Asociaciones Público – Privadas⁸⁵

Esta guía tiene como objetivo orientar el desarrollo de la auditoría de cumplimiento mediante la revisión y evaluación de los procesos que se llevan a cabo para la implementación de una Asociación Público – Privada. Dicha guía es de carácter orientador y de uso interno para las unidades orgánicas de la Contraloría General de la República y los Órganos de Control Institucional – OCI que tienen bajo su ámbito de control entidades que participan en los procesos de implementación de una APP.

En esa línea, la citada guía complementa los procedimientos de auditoría que apliquen las unidades orgánicas de la Contraloría y los OCI en el marco de una auditoría de cumplimiento a una APP.

d. Lineamientos de la Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores – INTOSAI sobre mejores prácticas de auditoría de las Asociaciones Público – Privadas

La Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores – INTOSAI es una organización no gubernamental, autónoma, independiente y apolítica, con estatus especial en el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas – ECOSOC que agrupa a 192 Entidades Fiscalizadoras Superiores – EFS ⁸⁶ como miembros de pleno derecho (entre ellos, la CGR de Perú) y 5 miembros asociados.

⁸⁵ Aprobada el 29 de diciembre de 2014.

⁸⁶ Por EFS se entiende a aquellas instituciones públicas de un Estado o de una organización supranacional que ejercen, de acuerdo con las leyes u otros actos formales del Estado o de la organización supranacional, de forma independiente – con o sin competencias jurisdiccionales – la máxima función de control financiero de dicho Estado o de dicha organización supranacional, sea cual fuere su denominación, modalidad de constitución u organización (artículo 2° de los Estatutos del INTOSAI, disponible en: <http://www.intosai.org/es/acerca-de-nosotros/estatutos/articulo-2-participacion.html>).

Esta organización proporciona un marco institucional para la transferencia y aumento de conocimientos a fin de mejorar a nivel mundial la fiscalización externa pública y por lo tanto, fortalecer la posición, la competencia y el prestigio de las EFS en sus respectivos países. En esa línea, INTOSAI recoge las mejores prácticas aplicables sobre auditoría gubernamental de diversas EFS con la finalidad de mejorar los procesos, técnicas de las mismas y superar las falencias advertidas, así como compartir los conocimientos entre las EFS miembros. Para tal fin, los Comités, Subcomités, Grupos de Trabajo y Task Forces del INTOSAI elaboran documentos vinculados con la auditoría, los cuales son aprobados por el Congreso de la citada Organización (denominado INCOSAI)⁸⁷, como normas de auditoría de la fiscalización externa pública.⁸⁸

Para el caso concreto de auditorías a las APP, la INTOSAI aprobó las siguientes Normas Internacionales de las Entidades Fiscalizadoras Superiores – ISSAI:

- ISSAI 5220: “Lineamientos para la Mejor Práctica en la Auditoría de Financiamiento Público/Privado y Concesiones”, elaborados por el Grupo de Trabajo sobre la Auditoría de la Privatización; y,
- ISSAI 5240: “Directrices sobre las mejores prácticas para la auditoría del riesgo en los Parteneriados Público/Privado (PPP)”, elaboradas por el mismo grupo de trabajo.

A continuación desarrollaremos brevemente los principales aspectos regulados en las citadas Normas Internacionales de las Entidades Fiscalizadoras Superiores:

i) Lineamientos para la Mejor Práctica en la Auditoría de Financiamiento Público/Privado y Concesiones (ISSAI 5220).

Estos lineamientos tienen como objetivo ofrecer un marco de trabajo lógico a las Entidades Fiscalizadoras Superiores – EFS que vayan a auditar una APP, para establecer si el sector público logró el mejor acuerdo posible

⁸⁷ El INCOSAI comprende a todas las EFS miembros de la INTOSAI.

⁸⁸ <http://www.intosai.org/es/documentos/intosai/documentos-de-auditoria.html>

para la sociedad. Este marco será aplicable según el contexto y grado de madurez de las APP en cada país. Para mayor detalle puede revisarse el Anexo I del presente estudio, por lo que a continuación presentaremos, de manera resumida, los aspectos más relevantes de la norma, estos son los siguientes:

- **Sección 1.** El enfoque general de la EFS (Directrices 1 a 4): esta sección orienta a las EFS que deseen llevar a cabo auditorías de gestión a las APP, en la determinación de sus competencias para examinar ese tipo de contratos y planificar sus auditorías, así como sobre las habilidades especializadas para dicha labor.
- **Sección 2.** Definición del alcance del proyecto (Directrices 5 a 14): se refiere a la evaluación que realiza la EFS sobre la forma en que la entidad pública aprobó el alcance del contrato, los motivos por los que prefirió el proyecto analizado frente a otros, así como los objetivos y el diseño del proyecto.
- **Sección 3.** Gestión del proyecto (Directrices 15 al 27): la sección desarrolla la evaluación de la EFS sobre la gestión del proceso de promoción de la inversión privada a cargo del Organismo Promotor de la Inversión Privada (OPIP): experiencia y habilidades del equipo, costo del proceso sujeto a control, competencia efectiva por el mercado y relación calidad – precio aceptable en los acuerdos.
- **Sección 4.** Licitación (Directrices 28 a 30): esta sección contempla directrices para la evaluación del proceso de selección del inversionista privado; de ser el caso, la negociación de las cláusulas del contrato; la adecuada evaluación de las ofertas recibidas considerando la asignación de riesgo y la oferta económica ofrecida por el postor ganador.
- **Sección 5.** El contrato adecuado (Directrices 31 a 35): la sección se refiere a la evaluación que realiza la EFS acerca de la manera en que la entidad va a suscribir el contrato, para lo cual también evaluará las

negociaciones entre la entidad y el postor, y de ser el caso, identificará los efectos de los cambios acordados en las negociaciones del contrato, y si el acuerdo cumple con los objetivos del proyecto.

- **Sección 6.** La fase operativa (Directrices 36 a 43): comprende la evaluación sobre la forma en que se gestionó la ejecución contractual, tales como la entrega de bienes para los fines del proyecto, prestación del servicio acorde a lo fijado en el contrato, mantenimiento de una relación calidad – precio aceptable, modificación y caducidad contractual, así como asignación de riesgos.

ii) Directrices sobre las Mejores Prácticas para la Auditoría del Riesgo en los Partenariados Público/Privado (ISSAI 5240).

Esta directriz utiliza el término "partenariados" para referirse a las Asociaciones Público – Privadas, por lo que utilizaremos los términos partenariados o APP, indistintamente.

Estas directrices no desarrollan una metodología de auditoría, sino que se centran en los riesgos inherentes a las APP, tanto para el Estado como para la EFS. Sin embargo, la EFS tiene una función importante a desempeñar, como es, asegurarse de que las entidades públicas consideren minuciosamente estos riesgos. Por consiguiente, las directrices de la citada norma adoptan un enfoque práctico, esbozando cómo se pueden manejar los riesgos. Asimismo, se alienta a las EFS a compartir estas directrices con las entidades sujetas a auditoría a fin de promover un enfoque conjunto de la gestión de riesgos.

La ISSAI 5240 se estructura en dos partes. La primera referida a "Riesgos a los que hace frente el Estado", al promover las APP a fin de lograr beneficios para la sociedad. La segunda parte desarrolla los "Riesgos a los que hacen frente las EFS", estas directrices buscan asegurar que las entidades públicas consideren los riesgos inherentes en cada momento del ciclo del proyecto para la promoción de la APP. Para mayor detalle puede revisarse el Anexo II del presente documento.

A continuación se desarrolla, de manera resumida, los aspectos más relevantes de la directriz antes indicada.

Primera parte. Riesgos a los que hace frente el Estado: comprende los riesgos vinculados con la claridad acerca de los objetivos de las APP, negociar un proyecto apropiado, proteger los intereses del Estado como accionista minoritario, seguir de cerca los intereses del Estado y su exposición en caso de dificultades. Los riesgos a considerar serían:

- Claridad acerca de los objetivos de la APP
Los objetivos del Estado respecto de la infraestructura y servicios públicos pueden ser variados e, incluso, opuestos (metas económicas, protección de inversiones, salvaguardar servicios y niveles de servicios y de calidad, protección de los usuarios, etc.); por lo que se deberán identificar y priorizar las alternativas disponibles para ejecutar el proyecto.
- Negociar una apropiada APP
Cuando sea necesario contar con asesores financieros y legales externos es recomendable evitar depender excesivamente de ese tipo de asesoramiento y de pagar más de lo que el mercado cobra por tales servicios. Los asesores podrían ser sobornados para favorecer a una empresa o para que el proyecto que se diseñe no sea el que mejor proteja los intereses del sector público. Por ello, los asesores deberán ser contratados bajo concurso donde se privilegie las aptitudes, calidad y costo de los servicios del asesor; las entidades deberán establecer mecanismos para que el asesor transfiera conocimientos y aptitudes al personal del sector público involucrado en las APP (entidad, OPIP, ministerios, organismo regulador, supervisor, etc.); fijar presupuestos detallados y una remuneración acorde con los logros del asesoramiento; y, fijar mecanismos para identificar y resolver conflictos de interés.

- Proteger los intereses del Estado como accionista minoritario
El contrato de APP deberá contemplar la potestad del sector público (entidad, supervisor, organismo regulador, EFS) para intervenir o evaluar la estructura, dirección y gestión de la empresa privada.
- Exposición del Estado en caso de dificultades
En su evaluación sobre los riesgos del proyecto, el OPIP deberá prever disposiciones contractuales que regulen las acciones a seguir en caso que el inversionista privado, operador de la infraestructura y servicios públicos, se constituya en quiebra; o cuando el Estado desee resolver el contrato.

Segunda parte. Riesgos a los que hace frente las EFS: comprende el examen del proceso y de los resultados, identificar lecciones que merezcan la pena y seguimiento de las EFS a su propio trabajo. Al respecto, se puede obtener las siguientes lecciones:

- Examen del proceso y de los resultados
El personal de la EFS podría carecer de la pericia comercial necesaria para evaluar si los intereses públicos están siendo protegidos en el contrato o si la entidad ha adoptado riesgos irrazonables; por lo que deberá lograr que su personal alcance la especialidad necesaria.
- Identificar lecciones que merezcan la pena
El examen de la EFS podría ser muy restringido, podría restringirse a identificar los aspectos que no funcionaron bien o no tenga en cuenta otros exámenes o experiencia previa pertinente. Por tanto, la EFS debe enmarcar los fracasos o deficiencias dentro del contexto en el cual se dieron y tener en cuenta que las formas novedosas de APP tienen más riesgos que las modalidades de APP donde existe más experiencia, así como investigar sobre las experiencias e investigaciones de otros países. Asimismo, la EFS debe difundir las buenas prácticas que identifique en la gestión de las APP en conferencias, informes y contactos con otras entidades.

- Seguimiento de las EFS a su propio trabajo
La EFS debería realizar estudios de seguimiento de los proyectos de APP sobre los cuales se han presentado informes, y a partir de los mismos evaluar la respuesta del Estado a los resultados de dichos informes, a fin de informar al Parlamento respecto de si el Estado ha mejorado dentro de sus competencias la operación de las APP.

Como se puede advertir, la auditoría en el proceso de promoción, selección y ejecución de las APP es importante debido a que crea transparencia, hace visible el riesgo y crea controles internos eficaces para contribuir específicamente a la prevención de la corrupción en estos proyectos.



Capítulo 03

Marco Institucional de las Asociaciones Público – Privadas

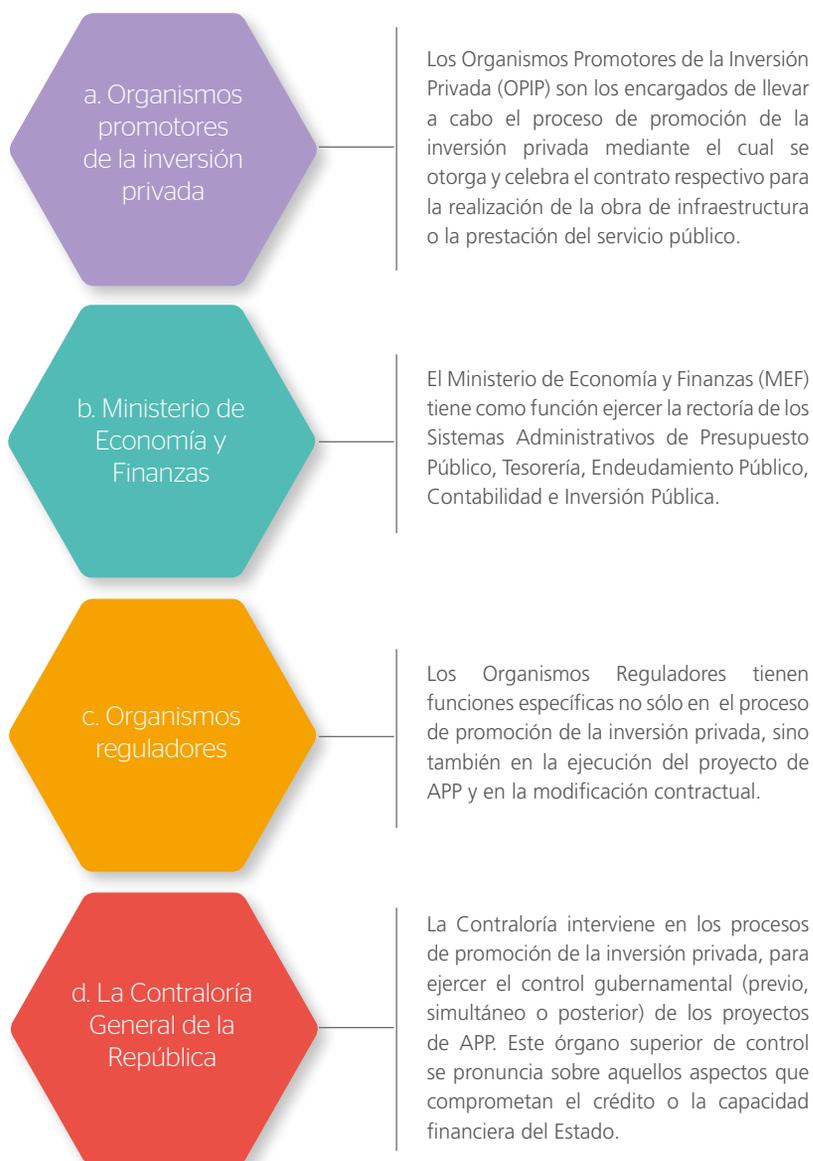
En el presente capítulo se desarrollará el marco institucional de las Asociaciones Público – Privadas en el país. En esa línea, pasaremos a identificar a los actores que intervienen en el proceso de promoción de la Inversión Privada y de las APP, así como sus funciones. También se describen las diferentes etapas de este proceso de promoción y finalmente se desarrollan los alcances normativos y conceptuales de la renegociación de los contratos de concesión en los proyectos de APP.

3.1 Actores involucrados en el proceso de promoción de las Asociaciones Público - Privadas

a. Organismos Promotores de la Inversión Privada

Los Organismos Promotores de la Inversión Privada (OPIP) son los encargados de llevar a cabo el proceso de promoción de la inversión privada mediante el cual se otorga y celebra, en el marco de sus competencias, el contrato respectivo para la realización de la obra de infraestructura o la prestación del servicio público. En el artículo 6° de la Ley Marco de APP se señala cuáles son los organismos y órganos que ejercen funciones de OPIP en las diferentes entidades públicas de los tres niveles de gobierno. Así tenemos:

Gráfico N° 07
Actores involucrados en el proceso de
promoción de las APP



Elaboración: Departamento de Estudios - CGR

i) En el caso del Gobierno Nacional, los OPIP son PROINVERSIÓN para los proyectos que se le asignen en función de su relevancia nacional y los Ministerios a través de los Comités de Inversión que conformen. Los proyectos que correspondan a PROINVERSIÓN son asignados y/o incorporados por acuerdo de su Consejo Directivo, el cual es ratificado por Resolución Suprema. De igual manera, los proyectos a cargo de los Ministerios son asignados y/o incorporados mediante Resolución Suprema del sector correspondiente.

ii) En el caso de los Gobiernos Regionales y Locales, las facultades de OPIP se ejercen en forma directa a través del órgano del Gobierno Regional o Local designado para tal efecto. El órgano máximo de estos OPIP es el respectivo Consejo Regional o Consejo Municipal. Los proyectos de competencia regional o local se incorporan mediante acuerdo de Consejo Regional o Consejo Municipal, según corresponda.

Específicamente, el artículo 6° del Reglamento de la Ley Marco de APP establece cuales son los proyectos que, de acuerdo a su monto y alcance (multisectorial, nacional, regional o local), serán asignados a cada OPIP de los diferentes niveles de gobierno. Estos son:

Tabla N° 09

Proyectos de Asociaciones Público - Privadas asignadas a los Organismos de Promoción de la Inversión Privada

PROINVERSIÓN	Comités de Inversión de los Ministerios	OPIP del Gobierno Regional	OPIP del Gobierno Local
<p>Proyectos de competencia nacional e iniciativa estatal que sean multisectoriales o tengan un costo total de Inversión mayor a 15 000 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).</p> <p>Proyectos que involucran sólo gestión, operación y mantenimiento, siempre que tengan un costo total (del proyecto) mayor a 15 000 UIT.</p> <p>Proyectos de competencia nacional y de iniciativas privadas autosostenibles.</p> <p>Proyectos originados por iniciativas privadas cofinanciadas.</p> <p>Proyectos cuya conducción del proceso de promoción de la inversión privada haya sido solicitada por la entidad a PROINVERSIÓN (mediante encargo).</p>	<p>Proyectos de competencia nacional no comprendidos en PROINVERSIÓN.</p> <p>Proyectos de competencia nacional e iniciativa estatal con costo total de Inversión menor o igual a 15 000 UIT; y, si se tratara de proyectos que sólo involucren gestión u operación y mantenimiento, cuando tengan un costo total de Proyecto menor o igual a 15 000 UIT.</p> <p>Proyectos de competencia nacional que no sean multisectoriales, y que el titular de la entidad no haya solicitado el encargo del proceso de promoción de la inversión privada a PROINVERSIÓN.</p>	<p>Proyectos de su competencia y con alcance a más de una provincia.</p>	<p>Proyectos de su competencia.</p>

Fuente: Decreto Legislativo N° 1012 | **Elaboración:** Departamento de Estudios – CGR

Los OPIP actúan como un ente coordinador de las iniciativas públicas o privadas, según sea el caso, en esa medida elaboran el Plan de Promoción de la Inversión Privada, diseñan el proyecto de APP y la versión final del contrato de la modalidad de APP que se trate; y, desde el 1 de junio de 2014⁸⁹, tienen la función de emitir opinión no vinculante sobre la modificación del contrato en la etapa de modificación contractual, opinión que estará orientada a brindar información sobre el diseño original del contrato, su estructuración económica financiera y la distribución de riesgos.

Respecto a PROINVERSIÓN, debemos señalar que es el organismo público encargado de ejecutar la política nacional de promoción de la inversión privada en el país y se encuentra adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas – MEF. Tiene como función principal promover la incorporación de la inversión privada en los servicios públicos y obras públicas de infraestructura a través de APP, en base a iniciativas públicas y privadas de competencia nacional.

Asimismo, puede brindar asistencia técnica a cualquier entidad pública, incluyendo a los Comités de Inversión de los Ministerios y a los Gobiernos Regionales y Locales, en las materias de su especialización, tales como la identificación de proyectos de APP, la elaboración del informe de evaluación, la consistencia de las iniciativas privadas cofinanciadas con los objetivos estratégicos de dichos niveles de gobierno, etc., a solicitud de aquellos⁹⁰. Para el cumplimiento de sus funciones, el referido organismo se estructura de la siguiente manera⁹¹:

i) Consejo Directivo: es el órgano máximo de PROINVERSIÓN, está integrado por cinco (5) Ministros de los sectores de Economía y Finanzas,

89 Fecha de inicio de la vigencia el Reglamento de la Ley Marco de APP, aprobado por Decreto Supremo N° 127-2014-EF. Es por ello que las Adendas evaluadas en el Capítulo II del presente documento no han contado con la opinión previa del OPIP.

90 En este caso, para que PROINVERSIÓN lleve adelante el proceso de promoción de la APP, se requerirá el acuerdo previo del Consejo Regional, Concejo Municipal o la autorización del titular de la entidad, según corresponda, así como el acuerdo del Consejo Directivo de PROINVERSIÓN.

91 De acuerdo a lo previsto en el Reglamento de Organización y Funciones de PROINVERSIÓN, aprobado por Resolución Ministerial N° 083-2013-EF/10, publicada el 21 de marzo de 2013.

quien lo preside, de Vivienda, Construcción y Saneamiento, de Transportes y Comunicaciones, de Energía y Minas, y de Agricultura y Riego, quienes son designados por Resolución Suprema. Este consejo aprueba la política general de la institución y conduce los procesos de promoción de la inversión privada.

ii) Comités Especiales: son órganos colegiados cuyos miembros son designados por Resolución Suprema y no forman parte del staff de PROINVERSION. Su responsabilidad principal es diseñar, proponer y ejecutar los procesos de promoción de la inversión privada bajo los mecanismos y procedimientos establecidos por ley. Cuenta con el soporte técnico y legal de la Dirección de Promoción de Inversiones⁹², que actúa en el Comité como Secretaría Técnica. A la fecha, PROINVERSION tiene cinco (5) Comités, cuatro (4) de ellos a cargo de la ejecución de los procesos de promoción de inversión privada que son asignados por el Consejo Directivo, divididos por especialidad según el sector de inversión y un (1) Comité que tiene a su cargo los proyectos de inversión pública.

En el caso de los Ministerios, como se indicó, la función de OPIP recae en los Comités de Inversión, cuyos miembros son designados mediante Resolución Suprema, y actuarán para los casos en que no corresponda atender los proyectos a PROINVERSIÓN, previstos en el Decreto Legislativo N° 674 y el TUO de Concesiones.

En cuanto a los Gobiernos Regionales y Locales, se señaló, que las funciones de OPIP corresponden a una oficina especializada en la materia, distinta al Presidente del Gobierno Regional o del Alcalde, siendo el órgano máximo de estos OPIP el Consejo Regional o el Concejo Municipal, según sea el caso. En esa medida, dichos gobiernos tienen la facultad de: i) conducir sus propios procesos de promoción de inversión privada dentro de su jurisdicción y en el

92 Es Dirección es un Órgano de Línea de PROINVERSIÓN, encargado de brindar asistencia técnica y apoyo a los Comités Especiales para cumplir con los procesos de promoción de inversión a su cargo. Constituye a su vez, el órgano de gestión del conocimiento de los procesos de promoción. Tiene a su cargo la elaboración de los informes técnicos y de evaluación de las iniciativas privadas y estatales, que corresponda.

ámbito de su competencia, ii) concertar con el sector privado la orientación de la inversión pública necesaria para la promoción de la inversión privada, e, iii) identificar trabas y distorsiones legales que afecten los procesos de promoción de la inversión privada, proponiendo soluciones para superarla⁹³.

Finalmente, debemos mencionar que los procesos de promoción (que comprende la admisión a trámite, priorización y evaluación) de iniciativas privadas autosostenibles de competencia nacional deben efectuarse a través de PROINVERSION; aquellos que sean de competencia regional serán de competencia del OPIP de dicho nivel de gobierno; y los que sean de competencia local, lo serán del OPIP del Gobierno Local. Los procesos de promoción de iniciativas privadas cofinanciadas deben efectuarse a través de PROINVERSION y no por otro OPIP, independientemente del nivel de gobierno.

b. Ministerio de Economía y Finanzas

El Ministerio de Economía y Finanzas – MEF tiene, entre otras, competencias en materias de carácter económico, financiero, fiscal, inversión pública y privada, presupuesto público y endeudamiento público. En esa línea, de acuerdo a lo establecido en su Reglamento de Organización y Funciones (ROF), aprobado por Decreto Supremo N° 117-2014-EF⁹⁴, tiene como función ejercer la rectoría de los Sistemas Administrativos de Presupuesto Público, Tesorería, Endeudamiento Público, Contabilidad e Inversión Pública. Asimismo, le corresponde la función de formular, proponer, ejecutar y evaluar políticas, normas y lineamientos técnicos sobre materia de inversión pública y privada⁹⁵.

93 CASTILLO ADVÍNCULA, Víctor, Alianza Público – Privada APP en los Gobiernos Regionales y Locales – Iniciativas Privadas – Casos. En presentación para PROINVERSIÓN (http://www.proinversion.gob.pe/Repositorios_APPS/0/0/JER/OBRASXIMPUESTOS_DIFUSIÓN_LALIBERTAD_PPT/Present%20APP%20Trujillo%2002.12.10.pdf, Lima 08 de marzo de 2013, diapositiva N° 4).

94 Publicado el 23 de mayo de 2014.

95 En cuanto a normas y lineamientos sobre materias de APP, entre otros: (i) el Ministerio de Economía y Finanzas emite los lineamientos para los cálculos de la probabilidad mínima o nula cuando la probabilidad del uso de recursos públicos no sea mayor al 10% para cada uno de los primeros 5 años de vigencia de la cobertura de la garantía prevista en el contrato, los cuales serán aprobados mediante resolución ministerial; (ii) mediante resolución ministerial de dicho Ministerio se aprobarán los lineamientos de valuación de compromisos contingentes

Teniendo en cuenta sus competencias y funciones en materia de inversión pública y privada, la Ley Marco de APP y su Reglamento asignan al MEF una serie de funciones específicas no sólo en la etapa previa de identificación de proyectos de inversión que puedan ser ejecutados bajo la modalidad de APP, sino también en las diferentes etapas de promoción de la iniciativa privada, así como en la ejecución y modificación contractual de la modalidad de APP que se trate.

Así, se establece que tanto PROINVERSIÓN como el MEF podrán establecer los mecanismos de apoyo y asistencia técnica correspondientes a las entidades públicas de los tres niveles de gobierno para la identificación de proyectos que puedan desarrollarse mediante la modalidad de APP. Dicha identificación debe efectuarse de acuerdo a los objetivos estratégicos de las entidades, pudiendo señalarse aquellas a ser promovidas por iniciativa estatal o privada⁹⁶.

De igual manera, en el Reglamento de la Ley Marco de APP se establece como una formalidad que debe cumplirse para la incorporación de los proyectos de APP al proceso de promoción de la inversión privada, que los OPIP soliciten opinión favorable al MEF respecto del Informe de Evaluación previsto en el

cuantificables y del flujo de ingresos derivados de la explotación de los proyectos materia de los contratos de APP; (iii) mediante resolución ministerial, establecerá la metodología para la aplicación del Análisis Comparativo; y, (iv) mediante resolución ministerial, aprobará los lineamientos para el registro y la actualización de los compromisos firmes y contingentes cuantificables.

⁹⁶ De acuerdo a lo establecido en el numeral 7.2 del artículo 7° de la Ley Marco de APP y el artículo 10° del Reglamento de dicha ley.

numeral 7.1 del artículo 7º⁹⁷ del Reglamento de la Ley Marco de APP, tanto para el caso de los proyectos autosostenibles que requieran garantías como para los proyectos cofinanciados. Además, para proyectos que correspondan a PROINVERSIÓN la opinión favorable del MEF será solicitada previamente a la aprobación del acuerdo del Consejo Directivo de PROINVERSIÓN⁹⁸.

97 Artículo 7º.- Requisitos para la incorporación al proceso de promoción de la inversión privada

7.1 Para la incorporación de proyectos de Asociación Público – Privada al proceso de promoción de la inversión privada, la entidad elaborará y remitirá al Organismo Promotor de la Inversión Privada correspondiente, un Informe de Evaluación en el cual se indiquen y sustenten los aspectos relevantes del proyecto. Este Informe de Evaluación tendrá el siguiente contenido mínimo:

Para todo tipo de proyecto:

- a) Nombre, descripción y objetivo del proyecto.
- b) Importancia y consistencia con las prioridades locales, regionales o nacionales, según corresponda.
- c) Clasificación como proyecto autosostenible o cofinanciado.

Para proyectos autosostenibles:

- d) Diagnóstico sobre la provisión actual de la infraestructura pública o servicio público, identificando las características de la demanda y la oferta existente en términos de cobertura y calidad.
- e) Descripción preliminar del nivel de servicio a alcanzar.
- f) Inversiones y costos de operación y mantenimiento estimados.
- g) Tarifas.
- h) Evaluación económica financiera preliminar como Asociación Público – Privada.
- i) Identificación y asignación preliminar de riesgos.
- j) Estimación preliminar de las garantías financieras o no financieras que podrían ser requeridas y la capacidad de la entidad para asumir dichos compromisos.
- k) Ventajas de desarrollar el proyecto mediante una Asociación Público – Privada.
- l) Estimación preliminar de costos de supervisión.

Para proyectos cofinanciados:

- m) Declaración de viabilidad de acuerdo con las normas del Sistema Nacional de Inversión Pública.
- n) Información relativa a los literales d), e), f), g), h), i) y j) del presente numeral que no esté incluida en el Estudio de Preinversión aprobado.
- o) La evaluación del Análisis Comparativo de acuerdo a lo previsto en el literal d) del numeral 5.2 del artículo 5º del presente Reglamento.
- p) Capacidad presupuestal certificada por la entidad, de acuerdo con las normas del Sistema Nacional de Presupuesto.

98 Numeral 8.2 del art. 8º del Reglamento de la Ley Marco de APP.

Asimismo, debemos mencionar que en el trámite de las iniciativas privadas autosostenibles, el OPIP, una vez culminada la etapa de evaluación de dichas iniciativas, elaborará la propuesta de Declaración de Interés⁹⁹. Si tales iniciativas requieren de garantías, entonces el OPIP solicitará opinión a la entidad correspondiente y al MEF sobre la propuesta. El pronunciamiento del MEF deberá abarcar la evaluación del Análisis Comparativo, la responsabilidad fiscal y capacidad presupuestal así como los demás aspectos de su competencia.

En cuanto a las iniciativas privadas cofinanciadas, el MEF evaluará y declarará la viabilidad o verificará la viabilidad de los proyectos de inversión pública que sean financiados total o parcialmente con operaciones de endeudamiento u otras que conlleve el aval o garantía del Estado, conforme a la normatividad vigente; en concordancia con lo establecido en el artículo 128° del ROF de dicho Ministerio. Respecto de las iniciativas privadas cofinanciadas de competencia del Gobierno Nacional, PROINVERSIÓN solicitará a dicho Ministerio el Informe de Impacto Fiscal¹⁰⁰; mientras que para el caso de los proyectos de competencia de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, PROINVERSIÓN le solicitará opinión sobre el monto máximo de los compromisos que podrían asumir dichas entidades.

De otro lado, durante el proceso de promoción, dicho Ministerio emitirá opinión favorable, de ser el caso, sobre el diseño de los proyectos de APP autosostenibles, si éstos requieren el otorgamiento de garantías. Además, en el caso de los proyectos de APP cofinanciados el MEF emitirá opinión favorable, de ser pertinente, sobre el diseño del proyecto y el análisis de su modalidad de ejecución, desde el punto de vista de la responsabilidad fiscal y capacidad presupuestal.

99 Esta declaración de interés contiene el análisis y el pronunciamiento respecto del interés del Estado sobre el proyecto materia de la iniciativa privada.

100 Según el literal e) del artículo 3° del Reglamento de la Ley de APP, dicho informe “evalúa el posible impacto fiscal de los compromisos que asumirían las entidades del Sector Público No Financiero. Para ello se tendrá en cuenta principalmente el horizonte inter – temporal de las iniciativas privadas cofinanciadas y su impacto sobre la sostenibilidad fiscal, predictibilidad del financiamiento del gasto público, programación presupuestal multianual y posibles contingencias fiscales de mediano y largo plazo.”

El MEF también debe emitir opinión favorable en el diseño final del contrato que se ha utilizado en el proyecto de APP, ya sea que se trate de un proyecto originado por iniciativa estatal o privada, autosostenible o cofinanciado, sin excepción y bajo sanción de nulidad, respecto de las materias de su competencia. En el caso de APP cofinanciadas, dicha opinión favorable deberá incluir su pronunciamiento, desde el punto de vista de la responsabilidad fiscal y de la capacidad presupuestal, sobre el monto de cofinanciamiento máximo a ser otorgado en el contrato que haya sido aprobado por el OPIP.

En la misma línea, el citado Ministerio emitirá opinión favorable, respecto de las modificaciones que se produzcan a la versión final del contrato que se ha utilizado en el proyecto de APP, que impliquen cambios significativos en los parámetros económicos, durante la fase de promoción de la inversión o la implementación del proyecto, en el marco de las materias de su competencia; así como alteración del cofinanciamiento o de las garantías, para lo cual la entidad deberá adjuntar la opinión del organismo regulador y del OPIP, según corresponda.

En la etapa de ejecución del proyecto de APP, el Reglamento de la Ley de APP establece dos funciones al MEF: por un lado, le otorga la función de desarrollar y administrar Registro Nacional de Contratos de Asociaciones Público – Privadas, que contendrá los contratos suscritos por las entidades públicas, así como sus modificaciones¹⁰¹; por otro lado, el Ministerio también aprobará la solicitud presentada por PROINVERSIÓN, por encargo del sector o sectores competentes para el otorgamiento o contratación de garantías financieras por parte del Gobierno Nacional a favor del operador privado durante la fase de ejecución u operación de un proyecto, a fin de permitir la implementación de compromisos adicionales a ser establecidos mediante adendas en los respectivos contratos de APP.

c. Organismos Reguladores

Los Organismos Reguladores tienen funciones específicas no sólo en el proceso de promoción de la inversión privada, sino también en la ejecución

101 Art. 34° del Reglamento de la Ley Marco de APP.

del proyecto de APP y en la modificación contractual, de acuerdo con lo establecido tanto en la Ley Marco de APP y su Reglamento, como en la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332, y su Reglamento, así como en sus respectivas leyes de creación y normas reglamentarias.

En el proceso de promoción de la inversión privada, los organismos reguladores participan de la siguiente manera:

- A requerimiento del OPIP correspondiente, emiten opinión sobre el diseño final del contrato del proyecto de APP (ya sea que dicho proyecto se haya originado por iniciativa estatal o privada), la misma que deberá emitirla, exclusivamente, sobre sus competencias previstas en sus respectivas leyes de creación y normas reglamentarias.
- Emite opinión previa sobre las modificaciones que se produzcan a la versión final del contrato del proyecto de APP. En caso la modificación altere el cofinanciamiento o las garantías, la opinión que el organismo regulador y el OPIP emitan se presentará al MEF, a efectos de que también emita opinión.
- A solicitud del OPIP correspondiente, el organismo regulador emite opinión sobre la propuesta de declaración de interés de la iniciativa privada autosostenible, cuando ésta sea financiada con tarifas de servicio público.
- A requerimiento de PROINVERSIÓN, emite opinión sobre la propuesta de declaración de interés de la iniciativa privada cofinanciada, cuando ésta sea financiada con tarifas de servicio público.

Durante la ejecución de los proyectos de APP, los Organismos Reguladores ejercen sus funciones de supervisión, regulación, normativa, fiscalización y sanción, resolución de controversias y resolución de reclamos de los usuarios, respecto de los servicios públicos bajo su ámbito de competencia. Asimismo, según lo establecido en el artículo 25° del TUO de Concesiones, les

corresponde velar por que se cumplan los términos y condiciones propuestos en la oferta del adjudicatario del respectivo concurso o licitación, cuales comprenden, entre otros, los siguientes aspectos:

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

Asimismo, durante la ejecución contractual, los Organismos Reguladores tienen la responsabilidad de supervisar el desarrollo de los contratos de APP, por lo que supervisan las actividades relacionadas con la ejecución de las obras, implementación del equipamiento, provisión de servicios públicos, así como el cumplimiento de las obligaciones de las partes de los contratos de los proyectos de APP.

De igual manera, para la modificación de los contratos de los proyectos de APP se requerirá opinión previa no vinculante del organismo regulador correspondiente, cuando se trate de proyectos bajo su competencia. Dicha opinión es importante a fin de garantizar el cumplimiento de lo establecido en los respectivos contratos, así como del marco normativo que los rige. En algunos temas contractuales su opinión es vinculante y sus observaciones deben ser seguidas por las partes y en otros no vinculantes constituye una opinión orientadora a ser considerada por las partes. Así por ejemplo, según lo indicado por el numeral 37.5 del artículo 37° del Reglamento de la Ley Marco de APP, no podrán someterse al procedimiento de "Amigable Componedor" las decisiones de los organismos reguladores u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la vía administrativa.

d. Contraloría General de la República

La Contraloría interviene en los procesos de promoción de la inversión privada para ejercer el control gubernamental (previo, simultáneo o posterior) de los proyectos de APP. En esa línea, este órgano superior de control se pronuncia sobre aquellos aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado, según lo dispuesto en el literal l) del artículo 22° de su Ley Orgánica. Los informes que emita sobre el particular son de carácter no vinculante y no impiden el ejercicio del control posterior por parte de los órganos del Sistema Nacional de Control.

Teniendo en cuenta ello, la participación de la Contraloría General de la República en el marco del proceso de promoción de la inversión privada bajo la modalidad de APP es la siguiente:

- En el caso de la APP autosostenible originada por iniciativa pública, si el proyecto tuviera una demanda mínima de la garantía financiera del Estado o la garantía no financiera tuviera una probabilidad mínima de demandar recursos públicos, el OPIP solicitará a la Contraloría que emita opinión sobre la versión final del contrato, toda vez que el proyecto comprometerá la capacidad financiera del Estado¹⁰².
- En el caso de una APP cofinanciada, el OPIP deberá solicitar a la Contraloría General de la República opinión sobre la versión final del contrato, lo cual se tramitará conforme al reglamento para la emisión del Informe Previo.
- En cuanto a las iniciativas privadas autosostenibles, si el proyecto tuviera una demanda mínima de garantía financiera del Estado o la garantía no financiera tuviera una probabilidad mínima de demandar recursos públicos, el OPIP deberá solicitar a la Contraloría General de la República opinión sobre la versión final del contrato.

¹⁰² Según el artículo 2° de dicho Reglamento: “se compromete el crédito o la capacidad financiera del Estado, cuando se incrementa el stock y servicio de la deuda pública o se generan pasivos contingentes para el Estado, derivados de operaciones financieras o no financieras.”

- Respecto de las iniciativas privadas cofinanciadas, la Contraloría General de la República emitirá informe previo en dos oportunidades¹⁰³: i) Sobre la propuesta de declaración de interés; y, ii) Sobre la versión final del contrato.

3.2 El proceso de implementación de un proyecto de Asociación Público - Privada

a. Proceso de promoción

El proceso de promoción de la inversión privada de la APP contempla una serie de actividades dirigidas a hacer que el sector privado y la entidad pública (de nivel nacional, regional o local) colaboren para poner en marcha proyectos de infraestructura o de servicios públicos de manera eficiente, a través de contratos de larga duración.

En el Gráfico N° 07, se muestra de manera resumida el esquema general de un proceso para la conformación de una APP, a fin de identificar sus principales etapas:

103 Según lo indicado por los numerales 14.3 y 27.4 de los artículos 14° y 27°, respectivamente, del Reglamento de la Ley Marco de APP, e indicado por el Ministerio de Economía y Finanzas, mediante el Informe N° 041-2014-EF/68.01 de 01 de setiembre de 2014, notificado a la Contraloría General de la República mediante Oficio N° 010-2014-EF/68.01 de 08 de setiembre de 2014. El Informe mencionado fue elaborado por la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada, y consolida la opinión de la Oficina General de Asesoría Jurídica de dicho Ministerio y de la Dirección General antes mencionada.

Gráfico N° 08

Esquema general del proceso de una Asociación Público - Privada



(*) Este proceso es aplicable a la Iniciativa Privada cuando se presenten terceros interesados.

Fuente: Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 127-2014-EF. | **Elaboración:** Departamento de Estudios – CGR.

Como se indicó, los proyectos serán asignados a los OPIP correspondientes para que lleve a cabo el proceso de promoción de la inversión privada de la APP, siguiendo los criterios de asignación de proyectos establecidos en el artículo 6° del Reglamento de la Ley Marco de APP. En ese sentido, serán asignados a:

PROINVERSIÓN:

- Los proyectos de competencia nacional originados por iniciativa estatal que sean multisectoriales o tengan un costo total de inversión mayor a 15 000 Unidades Impositivas Tributarias (UIT)¹⁰⁴. Asimismo, aquellos proyectos que involucran sólo gestión, operación y mantenimiento, siempre que tengan un costo total (del proyecto) mayor a 15 000 UIT.
- Los proyectos de competencia nacional originados por iniciativas privadas autosostenibles.
- Los proyectos originados por iniciativas privadas cofinanciadas.
- Los proyectos cuyo proceso de promoción de la inversión privada haya sido encargada por la entidad y aceptada por PROINVERSIÓN.

Los Comités de Inversión de los Ministerios: los proyectos de competencia nacional no comprendidos en el acápite anterior comprenden:

- Proyectos de competencia nacional originados por iniciativa estatal que tengan un costo total de inversión menor o igual a 15 000 UIT; y, si se tratara de proyectos que sólo involucren gestión u operación y mantenimiento, cuando tengan un costo total de proyecto menor o igual a 15 000 UIT.
- Proyectos de competencia nacional que no sean multisectoriales, y que el titular de la entidad no haya solicitado el encargo del proceso de promoción de la inversión privada a PROINVERSIÓN.

El OPIP que conforme el Gobierno Regional correspondiente: los proyectos de su competencia y aquellos que tengan alcance mayor a una provincia.

¹⁰⁴ Para el 2015, el monto de la UIT es S/. 3 850, por lo que el costo total de inversión debería ser mayor a S/. 57 750 mil.

El OPIP que conforme el Gobierno Local correspondiente: los proyectos de su competencia.

i) Proceso de promoción a través de una iniciativa pública autosostenible

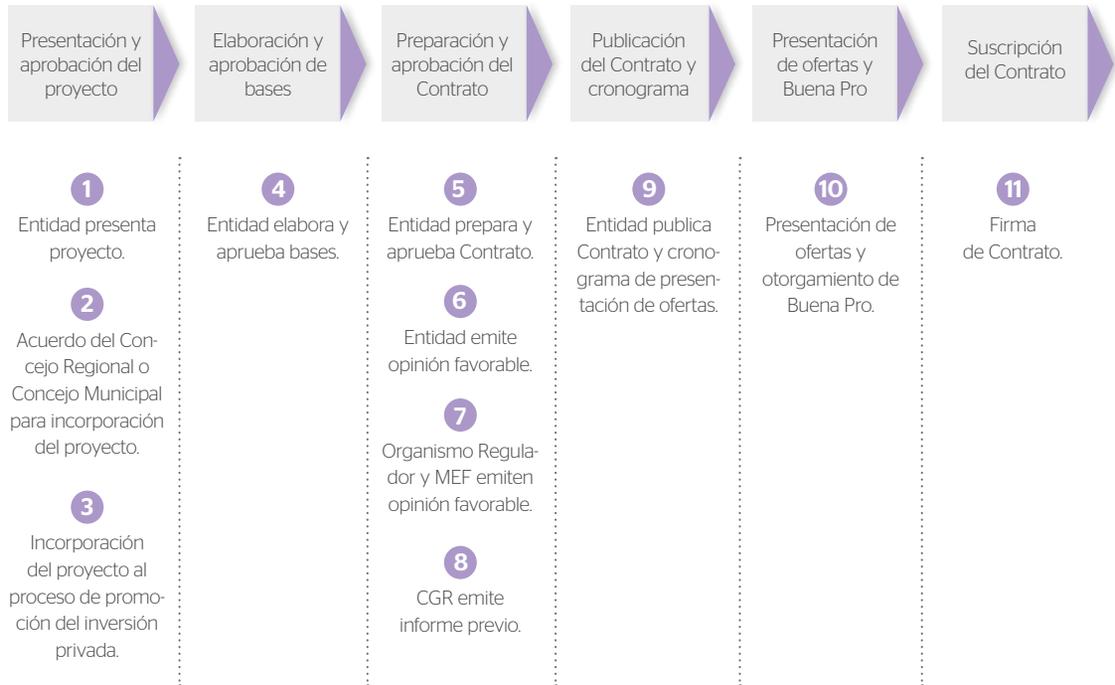
Las principales actividades del proceso de promoción de una APP autosostenible, cuando ésta se ha originado por iniciativa de la entidad pública, comprende lo siguiente:

El **Ministerio de Economía y Finanzas** opinará sobre la versión final del contrato, para lo cual el OPIP remitirá la documentación que sustente la distribución de riesgos y la estructuración económica financiera del contrato, según lo establecido en el artículo 14° del Reglamento de la Ley Marco de APP.

La **Contraloría General de la República**, conforme el Reglamento para la emisión del Informe Previo, si el proyecto tuviera una demanda mínima de garantía financiera del Estado o la garantía no financiera tuviera una probabilidad mínima de demandar recursos públicos, el OPIP solicitará a la Contraloría la emisión de su informe previo sobre la versión final del contrato, toda vez que el proyecto comprometerá el crédito o la capacidad financiera del Estado.

El siguiente gráfico muestra el desarrollo del proceso antes indicado:

Gráfico N° 09
Proceso de Promoción de las Iniciativas Públicas Autosostenibles



Fuente: Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 127-2014-EF. | **Elaboración:** Departamento de Estudios – CGR

ii) Proceso de promoción a través de iniciativa pública cofinanciada

Las principales actividades del proceso de promoción de una APP cofinanciada, cuando ésta se ha originado por iniciativa de la entidad pública, comprende lo siguiente:

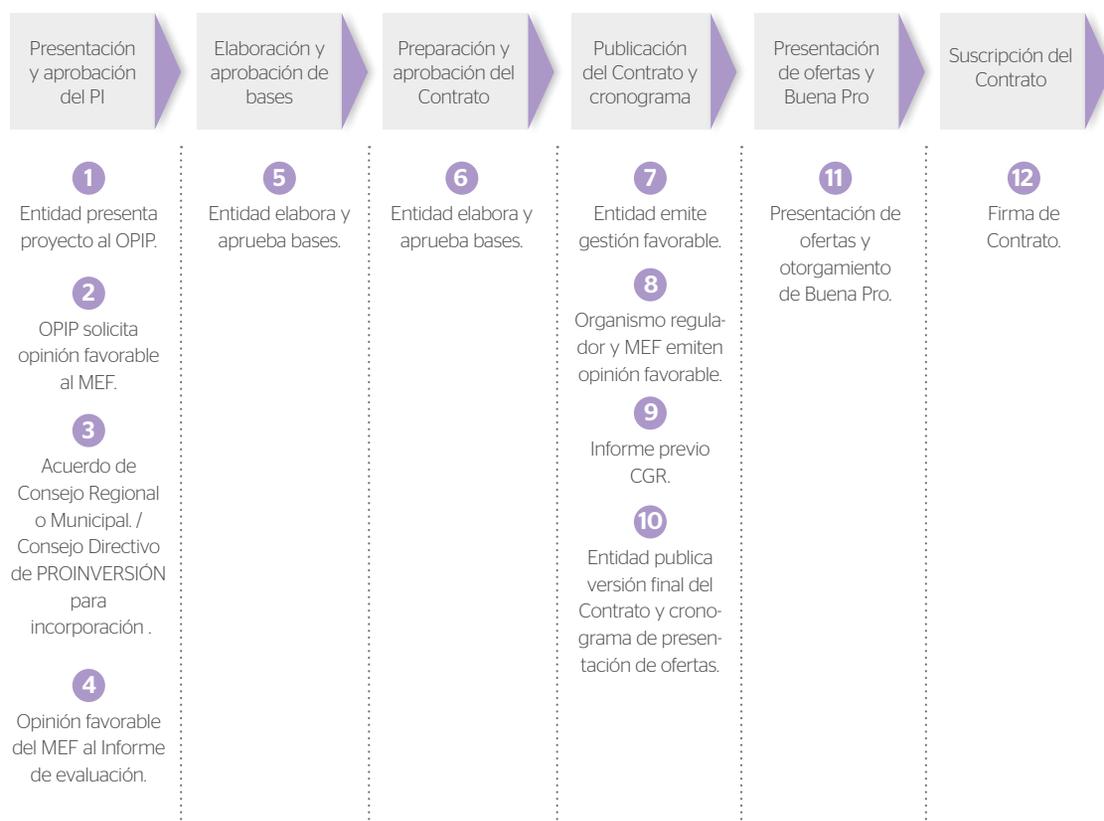
El **Ministerio de Economía y Finanzas** intervendrá en dos oportunidades durante el proceso:

- Para dar su opinión favorable respecto de la iniciativa en trámite.
- Posteriormente, para revisar la versión final del contrato.

La **Contraloría General de la República**, según lo indicado por el artículo 14° del reglamento de la Ley Marco de APP, el OPIP deberá solicitar a la Contraloría la emisión de su informe previo sobre la versión final del contrato, lo cual se tramitará conforme al reglamento para la emisión del Informe Previo.

En el siguiente gráfico se muestra el desarrollo del proceso antes indicado:

Gráfico N° 10
Proceso de Promoción de las Iniciativas Públicas Cofinanciadas



Fuente: Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 127-2014-EF. | **Elaboración:** Departamento de Estudios – CGR.

iii) Proceso de promoción a través de iniciativa privada autosostenible

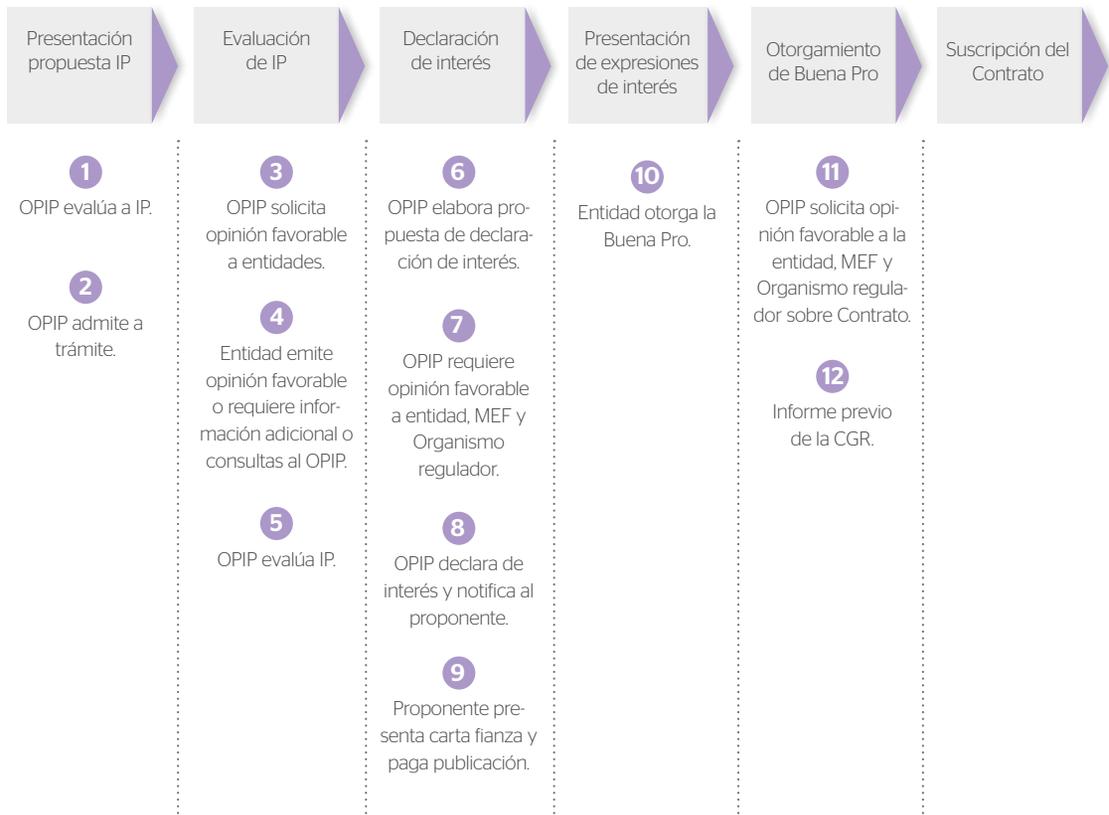
Las principales actividades del proceso de promoción de una APP autosostenible, cuando ésta se ha originado por iniciativa de un inversionista privado, son las siguientes:

- El **Ministerio de Economía y Finanzas** opinará sobre la propuesta de declaración de interés que elabore el OPIP correspondiente, en caso que el proyecto requiera garantías; así como, emitirá opinión sobre la versión final del contrato.
- La **Contraloría General de la República**, conforme al Reglamento para la emisión del Informe Previo, si el proyecto tuviera una demanda mínima de garantía financiera del Estado o la garantía no financiera tuviera una probabilidad mínima de demandar recursos públicos, el OPIP correspondiente solicitará a la Contraloría la emisión de su informe previo sobre la versión final del contrato, toda vez que el proyecto comprometerá el crédito o la capacidad financiera del Estado.

El siguiente gráfico muestra el desarrollo del proceso antes indicado:

Gráfico N° 11

Proceso de Promoción de las Iniciativas Privadas Autosostenibles



Fuente: Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 127-2014-EF. | **Elaboración:** Departamento de Estudios – CGR

iv) Proceso de promoción a través de iniciativa privada cofinanciada

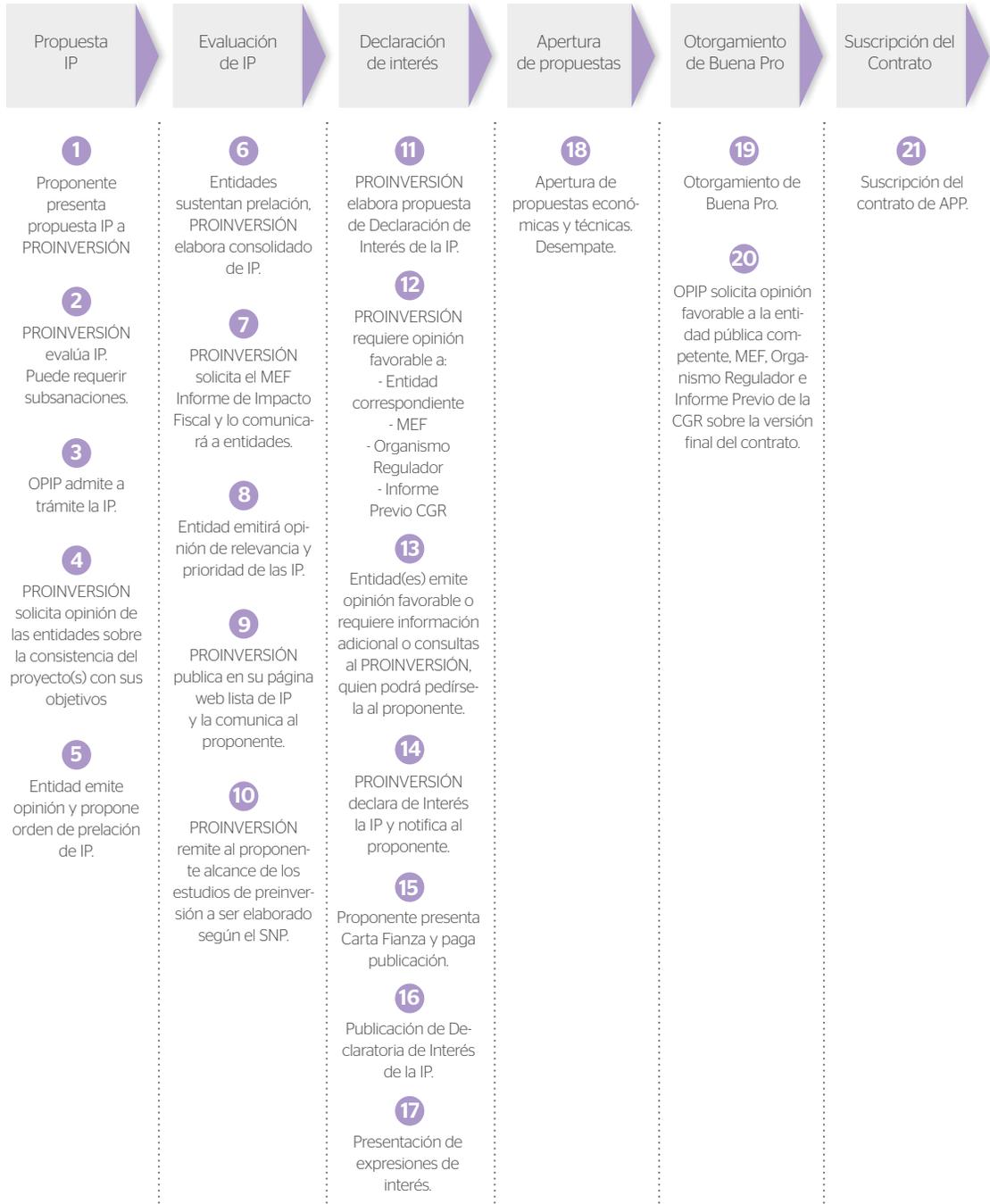
Las principales actividades del proceso de promoción de una APP cofinanciada, cuando ésta se ha originado por iniciativa de un inversionista privado, comprende lo siguiente:

- El **Ministerio de Economía y Finanzas** intervendrá en tres momentos, a través de la emisión de su: (i) Informe de Impacto Fiscal; (ii) opinión favorable sobre la propuesta de declaración de interés; y, (iii) opinión favorable sobre la versión final del contrato.
- La **Contraloría General de la República**, toda vez que este tipo de proyectos comprometen el crédito o la capacidad financiera del Estado, la Contraloría, a solicitud de PROINVERSIÓN, emitirá informe previo en dos oportunidades: (i) sobre la propuesta de declaración de interés de dicha iniciativa; y, (ii) sobre la versión final del contrato.

Cabe mencionar que la solicitud, elaboración y comunicación de los informes previos de la Contraloría General de la República se hará en el marco de lo establecido por el Reglamento para la Emisión del Informe Previo, la Ley Marco de APP y en su Reglamento. El siguiente gráfico muestra el desarrollo del proceso antes indicado:

Gráfico N° 12

Proceso de Promoción de las Iniciativas Privadas Cofinanciadas



Fuente: Decreto Legislativo N° 1012 y su nuevo Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 127-2014-EF. | **Elaboración:** Departamento de Estudios – CGR.

b) Proceso de ejecución contractual de la Asociación Público – Privada

i) Actores que intervienen en la ejecución contractual de las APP

En la etapa de ejecución contractual, se puede identificar cuatro actores que interactúan entre sí para viabilizar el contrato suscrito entre la entidad pública y el inversionista privado con la finalidad de ejecutar una obra u operar un servicio, a través de la compartición de riesgos.

Los dos actores principales en la ejecución contractual son las partes que suscriben los respectivos contratos: el Estado, representado por alguna entidad pública, que para el caso de los contratos de concesión, se denomina “concedente”; y, el inversionista privado, que para el caso de dichos contratos se denomina “concesionario”.

Los otros dos actores son el organismo regulador y el supervisor, pudiendo este último, generalmente, ser un tercero contratado por el organismo regulador o supervisor, caso en el cual si bien la persona natural o jurídica que actúa como supervisora realiza la supervisión de la ejecución contractual, la titularidad de la función o competencia estatal se mantiene en el organismo regulador o supervisor.

ii) Actividades a desarrollar en la ejecución contractual de las APP

El proceso de ejecución de contratos de APP contempla, por lo general, las siguientes actividades:

- Aprobación de los acreedores permitidos

Esta actividad se orienta a calificar a una entidad financiera de confianza (Acreedor Permitido) para que respalde, económicamente, al proyecto según las disposiciones establecidas en el contrato de APP. Para este fin, el concedente y el organismo regulador, si lo hubiera, revisan las referencias del acreedor permitido con el objeto de determinar su rol dentro del proceso de financiamiento, así como los

distintos contratos que suscribirá el concesionario con las entidades financieras para verificar que no se contrapongan al contrato de APP ni al marco legal vigente. La definición de acreedores permitidos permite adecuarse a la modalidad de financiamiento que opte el concesionario para el cumplimiento de sus obligaciones, entre las cuales están el endeudamiento o la emisión de títulos valores, entre otros.

Esta actividad es importante para asegurar la accesibilidad a los recursos privados que financiarían las obras comprometidas en el contrato de APP. Por ello se verifica en detalle los compromisos que asumiría el concesionario a fin de no exponer al concedente ni a los bienes del Estado que están bajo la administración del inversionista privado y que, al término del contrato, deberán ser devueltos al Estado.

Cabe mencionar que en los proyectos cofinanciados o autosostenibles con garantía, el Estado asume por lo general el riesgo de la “bancabilidad” de los mismos, mediante la garantía de ingresos mínimos, pagos periódicos, etc. para lo cual se contempla en el contrato el pago o reconocimiento de conceptos tales como: pago anual por obras (PAO), certificado de reconocimiento de pago anual por obras (CRPAO), pago por obras (PPO), retribución por inversiones (RPI), pago por kilómetro tren recorrido (PKT), pago anual por mantenimiento y operación (PAMO), entre otros.

- Cierre financiero

El cierre financiero constituye la oportunidad en la que el concesionario acredita disponer de la totalidad de los recursos financieros o de los contratos suscritos que establezcan los compromisos de financiamiento asumidos, para evitar un posible riesgo moral. Es decir, un problema que puede evidenciarse con la existencia de una situación en la que la empresa concesionaria (el inversionista privado elegido en el proceso de selección) aislada de la consecuencia de sus acciones podría cambiar su comportamiento o compromisos con los que obtuvo la buena pro.

- Expropiaciones

La adquisición y disposición de predios se encuentra estrechamente vinculada con el inicio de la ejecución de obras, pues la misma, según algunos contratos de APP, constituye un requisito previo al inicio de las mismas.

Esta actividad está referida a la adquisición de predios, a través de trato directo o expropiaciones, ubicados en las zonas de influencia del proyecto de APP, la cual debe realizarse dentro de un plazo específico, y por lo general es responsabilidad del concedente, no sólo por considerarse que es el mejor que podría administrar ese riesgo, sino porque el proyecto puede nacer de una necesidad cuya satisfacción es declarada de interés por parte del Estado en beneficio de la sociedad.

Debe destacarse que en los últimos años (2009 – 2014) se han emitido diversas disposiciones con el objeto de establecer mecanismos más eficientes para agilizar los procesos de obtención vía trato directo o expropiación de los terrenos considerados necesarios para la ejecución de proyectos de inversión declarados de necesidad nacional y de ejecución prioritaria, toda vez que la falta de disposición de terrenos afecta significativamente la eficacia y eficiencia de los proyectos de APP. Entre dichas normas se encuentra la Ley N° 30025, Ley que facilita la adquisición, expropiación y posesión de bienes inmuebles para obras de infraestructura y declara de necesidad pública la adquisición o expropiación de bienes inmuebles afectados para la ejecución de diversas obras de infraestructura¹⁰⁵.

- Construcción

- › Inicio de Obras: el inicio de obras, por lo general, dependerá de la aprobación de los estudios definitivos, la aprobación del documento de gestión ambiental como el estudio de impacto ambiental (EIA) y la disponibilidad de los terrenos en donde se ejecutarán las mismas.

105 Publicada en el diario oficial El Peruano el 22 de mayo de 2013.

Las obras debieran iniciarse siempre que exista designado un supervisor que verifique su ejecución.

› Avances de Obra: normalmente, este proceso, que implica la supervisión a nivel de avance físico y financiero, se realiza en contratos de naturaleza cofinanciada y es importante porque define el porcentaje o importe a pagar del cofinanciamiento, que se puede expresar en Pago por Obra (PPO) o Pago Anual por Obras (PAO), según sea el caso.

› En los casos de los contratos de APP autosostenibles, la supervisión es del avance físico; es decir, es esencialmente de naturaleza técnica y no presupuestal o financiera, por lo que los informes de avance se referirán a la cantidad de obra, calidad y a la oportunidad de su ejecución de acuerdo con el cronograma de obras y a los estudios de ingeniería o plan de obras aprobados.

› Emisión de Certificado de Conformidad de Obra: este proceso garantiza que las obras o inversiones obligatorias realizadas y culminadas por el concesionario estén acordes con las especificaciones técnicas y los índices de servicio establecidos en el contrato de APP. En ese sentido, el concedente nombra un comité o comisión de recepción de obras, que se encargará de realizar observaciones para que sean levantadas por el concesionario en un plazo determinado, luego de lo cual el Comité o Comisión emite un acta donde expresa su conformidad con la obra, y con ello se da inicio a la explotación de la infraestructura.

- Tarifas

Las tarifas de proyectos de APP pueden ser de diferente tipo, pues son fijadas en función de las condiciones de mercado. Así por ejemplo en Telecomunicaciones, Aeropuertos y Puertos, se utilizan Precios Topes o

Price Cap (RPI – X)¹⁰⁶; mientras que en infraestructura de transporte vial, saneamiento, energía y otros se utilizan tasas de retorno y precios de eficiencia. En todos los casos, los organismos reguladores juegan un rol esencial porque se encargan de la regulación tarifaria de manera exclusiva sobre los proyectos de su competencia conforme a la Ley N° 27332 y sus respectivas normas.

- Régimen económico financiero

El régimen económico financiero establecido en el contrato esencialmente hace referencia a la manera cómo se remunera al concesionario para pagar las obras y el periodo de explotación de la Concesión, la que puede ser a través del usuario, peajes o tarifas, o mediante cofinanciamiento del Estado (concedente o Tesoro Público), que se puede expresar en pagos por obra (PPO) o pago anual por obra (PAO), así como las remuneraciones por el mantenimiento periódico (PAMO) y recuperativo durante el periodo de explotación de una infraestructura o provisión de los servicios públicos.

- Aporte por regulación / retribución al Estado

El artículo 10° de la Ley N° 27332 dispone que los Organismos Reguladores¹⁰⁷ perciben de las empresas y entidades bajo su ámbito un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% del valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito.

106 Por ejemplo, los modelos de regulación tarifaria en los Contratos de Lima Airport Airlines Partners, (LAP) de Aeropuerto Jorge Chávez y en el Contrato de Concesión de DP World para el Nuevo Terminal de Contenedores del Terminal Portuario del Callao – Zona Sur (a partir del quinto año), y de Telefónica del Perú son Price Cap (RPI – X).

107 Los organismos reguladores son:

Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN)

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN)

Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL)

Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS)

- Plan de Mantenimiento

Luego de la aceptación de las obras o inversiones, se debe garantizar que éstas se conserven en el tiempo, razón por la cual, es obligación del concesionario presentar para aprobación un plan de mantenimiento y conservación. Este se presenta al inicio del periodo de explotación en concordancia con lo establecido el respectivo contrato y en la propuesta técnica presentada en su oportunidad.

- Garantías

- › Garantías otorgadas por el concesionario: entre las garantías otorgadas por el concesionario se encuentran: (i) la garantía de fiel cumplimiento del contrato de concesión, constituida por la carta fianza que el concesionario, entrega al concedente, a fin de asegurar toda y cada una de las obligaciones establecidas en el contrato de APP; y, (ii) la garantía de fiel cumplimiento de construcción de obra, que el concesionario entrega al concedente a fin de garantizar la correcta ejecución de la obra de acuerdo con el expediente técnico y el estudio de ingeniería de detalle.

- › Garantías otorgadas por el concedente: Constituye la garantía de un Ingreso Mínimo Garantizado (IMAG), dada la existencia de una demanda incierta por el servicio público a prestar bajo la APP.

- Seguros

Los contratos de APP exigen contratar durante todo el periodo de vigencia seguros cuyas proformas serán aprobadas por el organismo regulador o por el concedente, según corresponda. Estos deben cubrir los siniestros que pudieran ocurrir relacionados con la infraestructura o servicios públicos concesionados.

- Cesión o transferencia

Toda cesión o transferencia de la concesión por parte del concesionario debe tener la autorización previa por escrito del concedente, contando con la opinión técnica del organismo regulador. Por lo general, los contratos de APP establecen que el consentimiento del concedente, a la cesión o transferencia del derecho de concesión, no libera al concesionario de su responsabilidad hasta por un plazo máximo posterior (por ejemplo, un año) a la fecha de aprobación de la transferencia.

- Caducidad

La caducidad de la concesión significa su extinción, la misma que puede darse por:

- › Vencimiento del plazo de la concesión: este tipo de caducidad, por lo general no contempla contraprestación por las inversiones en obras e instalaciones, así como por los bienes reversibles, ni monto indemnizatorio alguno por eventuales daños.
- › Mutuo acuerdo: el contrato puede terminar en cualquier momento, por acuerdo escrito entre las partes, previa opinión del organismo regulador y de los acreedores permitidos, si los hubiere. En ese caso, debe considerarse el mecanismo de liquidación de la concesión, cuyos cálculos, por lo general, son efectuados por el organismo regulador. A partir de ello, las partes negocian, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde la celebración del contrato, los montos de avance de inversiones pendientes de ser reconocidas, el valor de los bienes reversibles y las circunstancias existentes a la fecha, como criterios para determinar el mecanismo de liquidación.
- › Incumplimiento del concesionario: el contrato terminará, anticipadamente, en caso el concesionario incurra en incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales, lo cual puede ser advertido o ratificado por el organismo regulador, si fuera el caso; situación

en la cual el concedente invoca la caducidad del contrato, se ejecutan las garantías a favor del concedente, sin perjuicio de las penalidades aplicables.

› Incumplimiento del concedente: el concesionario podrá poner término, anticipadamente, al contrato en caso que el concedente incurra en incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales. Ante tal situación, se calculará el monto de inversión realizado por el concesionario pendiente de pago para su respectivo reconocimiento y las compensaciones a que diera lugar.

› Circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito: el concesionario tendrá la opción de resolver el contrato por eventos de fuerza mayor o caso fortuito, siempre y cuando se verifique que se trata de eventos calificados como tales, los cuales son sucesos insuperables, fuera del control razonable del concesionario.

3.3 Renegociación de los contratos de concesión en los proyectos de Asociaciones Público - Privadas. Alcances conceptuales y normativos

a. Definición y elementos que integran la concesión

La doctrina concuerda que los contratos de concesión constituyen contratos administrativos y se rigen, en su mayor parte, por el Derecho Público, en consecuencia en estos contratos la administración contará con especiales poderes para garantizar el interés público que subyace en ellos¹⁰⁸.

En esa medida, debemos señalar que la concesión, en sentido estricto, puede entenderse como el acto o contrato administrativo que otorga al particular el derecho al goce de una cosa o competencia de un ente público; o bien el

108 Al respecto puede revisarse TRELLES, Oscar, El Contrato administrativo, el contrato ley y los contratos de concesión de servicios públicos. En: THEMIS, Revista de Derecho, N° 44, Lima, PUCP, 2002, p. 247.

acto o contrato administrativo que transfiere al particular derechos y atribuciones propias de la Administración Pública¹⁰⁹.

Como ya se indicó, en nuestro ordenamiento jurídico se ha definido a la concesión como el “acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos”.

Teniendo en cuenta los elementos de la definición antes mencionados, la doctrina ha desarrollado las principales características de la concesión administrativa en general, las cuales pueden ser reseñadas de acuerdo a lo siguiente¹¹⁰:

i) La concesión es o nace de un acto administrativo: la concesión tiene su origen en una facultad discrecional de la administración pública, la cual mediante una manifestación de voluntad (exteriorizada a través de un acto de autoridad y en ejercicio de su potestad administrativa), decide transferir a particulares la satisfacción de una necesidad colectiva, sea por medio de la prestación de un servicio o la ejecución de una obra pública¹¹¹.

ii) La causa de la concesión consiste en un interés público de carácter predominantemente económico: aún cuando la actividad delegada por la administración al particular a través de la concesión tenga un contenido evidentemente patrimonial (de ahí la posibilidad de su explotación económica por el concesionario), no se puede equiparar la misma a únicamente un negocio de carácter privado. Por el contrario, la concesión reviste un doble carácter.

109 VARGAS FRITZ, José, *Concesión de Obras Públicas*, Santiago, La Ley, 1997, p. 22. En: PEDRESCHI GARCÉS, Willy, *Notas sobre el régimen actualmente aplicable a las Concesiones de Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos de ámbito Municipal*, Lima, círculo de Derecho Administrativo, N° 7, Lima, 2009, p. 252.

110 VARGAS FRITZ, José, op. cit., pp. 23-31.

111 Confirmando esta característica el TUO de concesiones establece como atribuciones de los Sectores y/o Organismos del Estado, las siguientes: suscribir el contrato de concesión y otorgar las concesiones, licencias, autorizaciones, permisos, servidumbres y otros que se requieran para el desarrollo de las obras o la prestación de los servicios.

Por un lado, es una actividad de interés público, cuya gestión ha de realizarse buscando el predominio del interés general. Ello, debido a que los fines que el Estado se propone cuando concede el ejercicio de una actividad de interés público a una persona privada son los mismos que persigue cuando asume la gestión directamente. En ambos casos, la actividad es sustraída del juego del mercado y se le asigna un régimen en el cual la finalidad pública de interés general prevalece sobre las de especulación privada o de utilidad individual. Esta es la causa fundamental de la concesión.

Por otro lado, es una empresa o negocio, que entraña la compensación económica al concesionario por las cargas onerosas que la concesión le impone. Estas características determinan que en la concesión prevalezca el interés colectivo sobre el particular.

iii) La concesión pertenece al grupo de actos jurídicos que amplían la esfera de los particulares: la concesión implica una transferencia al particular de facultades o potestades propias de la administración pública, a efectos de realizar directamente determinada actividad de interés público, lo cual implica ciertamente un aumento del ámbito de competencia de los entes privados. Sin embargo, el derecho del concesionario comprende sólo las facultades necesarias para la ejecución y explotación de la obra o la prestación del servicio, manteniendo la administración de las facultades de control y supervisión, toda vez que la transferencia o delegación en que consiste la delegación, no comporta una renuncia a sus competencias propias y exclusivas. De esta situación se deriva el hecho de que la facultad transferida al particular mediante la concesión sea temporal y revocable.

iv) La administración pública conserva una serie de potestades o derechos en relación con el objeto de la concesión y el concesionario: esta situación es consecuencia de que en la concesión prime el interés colectivo sobre el interés particular del concesionario, y se fundamenta en la obligación que tiene el Estado de velar por la adecuada satisfacción del bien común. Por lo tanto, el desarrollo por el concesionario de la actividad para la cual el

Estado le ha delegado la competencia, está sujeta al ejercicio de una serie de facultades que, sobre la materia, conserva la administración. Estas son:

- Facultad de supervisión y control: implica velar por el correcto desempeño de la gestión por parte del concesionario. La administración pública ejerce esta facultad a través de sus funciones de policía, seguridad y salubridad pública, entre otras¹¹².
- Facultad de regulación: corresponde a la administración pública establecer el marco normativo dentro del cual el concesionario desarrollará su gestión incluyendo entre otras, la potestad de modificar unilateralmente las condiciones de la concesión. No obstante, estas modificaciones deben ser concordadas con el concesionario¹¹³.
- Facultad sancionadora: la administración podrá eventualmente, hacer efectiva las garantías establecidas en las bases, así como las penalidades por incumplimiento previstas en las mismas¹¹⁴.
- Facultad de autorizar al concesionario la transferencia de su concesión: en virtud de esta autorización, el concesionario puede constituir una hipoteca sobre la concesión y la constitución de garantías sobre sus ingresos¹¹⁵.
- Facultad de revisión y sustitución: la administración pública puede,

112 El literal b) del artículo 30° del Reglamento del TUO de Concesiones establece como atribución de los sectores y/u organismos del Estado "fiscalizar el cumplimiento del contrato en sus aspectos de ejecución, explotación y cobro de tarifas u otros cobros previstos como retribución de los servicios prestados".

113 El artículo 33° del TUO de Concesiones y el literal f) del artículo 30° de su Reglamento, establecen como una de las atribuciones de los sectores y/u organismos del Estado, la posibilidad, cuando ello resulte conveniente, de modificar la concesión. No obstante, ambas disposiciones coinciden en señalar que tal proceder deberá realizarse mediante previo acuerdo con el concesionario y respetando en lo posible: 1) la naturaleza de la concesión; 2) las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas; 3) el equilibrio financiero de las prestaciones a cargo de las partes.

114 Literal a) del artículo 30° del Reglamento del TUO de Concesiones y literal g) del artículo 30° de su reglamento.

115 Literal e) del artículo 30° del Reglamento del TUO de Concesiones.

sólo en circunstancias excepcionales, temporalmente y cuando el interés general así lo requiera, tomar a su cargo la explotación de la obra o la ejecución del servicio objeto de la concesión¹¹⁶.

v) La concesión es temporal: siendo la concesión un derecho de carácter temporal el término de la misma está condicionado al cumplimiento de un determinado plazo. En principio, la duración de la concesión debe establecerse por un periodo suficientemente razonable. En nuestro ordenamiento jurídico, el plazo máximo de vigencia para el otorgamiento de las concesiones en materia de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos en general no podrá exceder de 60 años, el cual se computará a partir de la firma del contrato, de acuerdo a lo establecido en el artículo 16° del TUO de Concesiones.

vi) La concesión es precaria: los derechos que confiere la concesión al particular, además de ser temporales, están sujetos a desaparecer en cualquier momento por decisión de la administración pública, sea que la misma se deba a causales imputables al concesionario, o por razones de conveniencia u oportunidad¹¹⁷.

vii) La concesión es “intuitu personae”: la concesión, por regla general, se otorga teniendo en cuenta la persona de concesionario, a través de

116 Al respecto, los literales b) y c) del artículo 32° del TUO de Concesiones, y los literales h) e i) del artículo 30° de su Reglamento, establecen como atribuciones del Estado: “Declarar la suspensión temporal de la concesión o su caducidad, cuando concurra alguna de las causales establecidas en la ley y en las bases”; y, “asumir la responsabilidad de la operación de la obra pública de infraestructura y/o del servicio público, durante la suspensión de la concesión o después de la caducidad de la misma.

117 Tanto el artículo 39° del TUO de Concesiones como la Segunda Disposición Complementaria de su Reglamento, establecen las causales de terminación de la Concesión distintas al vencimiento del plazo, señalando como causales de caducidad de la concesión: a) incumplimiento de las obligaciones del concesionario cuya violación haya sido expresamente tipificada como causal de caducidad del contrato correspondiente, b) acuerdo entre Estado y concesionario; c) destrucción total de la obra; c) destrucción total de la obra; d) quiebra del concesionario; e) otras causales que se estipulen en el contrato.

un procedimiento de selección propuesta (procedimiento de licitación pública o concurso de proyectos integrales), el cual asegura la existencia de una adecuada competencia de ofertas técnicas y económicas entre todos los interesados que cumplan los requisitos técnicos y legales. Por ello, el concesionario no podrá transferir a otro particular los derechos que le corresponden sin que exista una previa autorización expedida por la administración concedente¹¹⁸.

b. Renegociación de los contratos de concesión

El elemento más importante del contrato de concesión es el objeto contractual, pues éste se destina a la satisfacción del interés público. Dicho elemento se toma en consideración durante la elaboración del contrato, a través del desarrollo de un proceso de promoción de la inversión privada – que implica una relación de continua interacción entre el organismo promotor y los postores –, así como en la ejecución contractual¹¹⁹.

Ahora bien, una vez perfeccionado, el contrato de concesión se transforma en ley para las partes; y si bien las condiciones contractuales acordadas originalmente, se pactan para ser, en principio, ejecutadas hasta el final del plazo de vigencia del contrato (más aún si los procesos de promoción de la inversión privada duran varios meses hasta la adjudicación del proyecto); sin embargo, las partes pueden, expresando su voluntad y de común acuerdo, modificar los términos del contrato¹²⁰.

No obstante, tales modificaciones presentan algunas limitaciones normativas y/o contractuales respecto no sólo de las causales en que se basa dicha modificación sino también en cuanto a su procedimiento. Ello, debido a que las nuevas condiciones pactadas no pueden significar un perjuicio para el in-

118 La posibilidad de que el concesionario pueda transferir la concesión a otro particular, previa autorización de la Administración Pública, está contemplado en el literal e) del artículo 30° del Reglamento del T.U.O. de Concesiones.

119 UMEZAWA, Angie y REAÑO, María Elena, op. cit., p. 33.

120 Ibidem, p. 34.

terés público; por el contrario, como ya se indicó, el objeto de los contratos de concesión es la satisfacción de aquel mediante el desarrollo de infraestructura y/o servicios públicos.

Por ello, si bien los contratos de concesión han servido como instrumento para mejorar la infraestructura y los servicios públicos en el país, a través de la participación privada, sin embargo, ha sido un hecho recurrente que tales contratos han sufrido renegociaciones que han modificado las condiciones bajo las cuales dichas concesiones fueron adjudicadas.

Como bien señala Guasch, la renegociación tiene lugar cuando el contrato original y el impacto financiero de un contrato de concesión se ven significativamente modificados y tales modificaciones no son el resultado de contingencias plasmadas en el contrato. Así por ejemplo, no será una renegociación las revisiones periódicas de las tarifas estipuladas en el contrato. Sólo cuando se aparta sustancialmente del contrato original y éste se modifica, se puede decir que medió una renegociación¹²¹.

En principio, la renegociación puede ser un instrumento positivo cuando aborda la naturaleza forzosamente incompleta de los contratos de concesión. Si se utiliza correctamente, la renegociación puede aumentar el bienestar general, por tanto, algún grado de renegociación es deseable, adecuado y natural¹²².

Por el contrario, una alta incidencia de renegociaciones que excedan los niveles esperados y razonables pone en tela de juicio el modelo de concesión, debido a que podría indicar un comportamiento excesivamente oportunista por parte del concesionario y del concedente. Tal comportamiento socava la eficiencia de los procesos y el bienestar en general, debido a que las partes actúan buscando procurarse beneficios adicionales y no actúan bajo la motivación de abordar la naturaleza incompleta del contrato¹²³.

121 GUASCH, José Luis, *Concesiones en Infraestructura. Como hacerlo bien*, Barcelona, Antoni Bosch Editor – The World Bank, 2004, p. 54.

122 *Idem*, p. 55.

123 *Ibidem*.

A continuación pasaremos a desarrollar la naturaleza incompleta del contrato de concesión, así como una descripción de las principales variables relacionadas a las renegociaciones de dichos contratos que se han dado a nivel internacional y nacional. Finalmente, se desarrolla el proceso de renegociación de los contratos de concesión y sus límites previstos en nuestro ordenamiento.

i) La naturaleza incompleta del contrato de concesión

Un proceso de concesión puede ser visto a partir de dos etapas en el tiempo, una primera etapa que describe la situación antes de la firma del contrato (ex – ante) y otra después de la firma del contrato (ex – post). La situación ex – ante se refiere básicamente al diseño del contrato donde se busca establecer las reglas de juego y prever, en mayor grado, las contingencias futuras, como por ejemplo, las caídas futuras de demanda, incumplimientos de obligaciones del concedente y/o concesionario, riesgos financieros, riesgos de operación, riesgos de construcción, etc. Luego del diseño, se otorga la concesión al sector privado mediante el mecanismo de licitación, principalmente, debido a la naturaleza económica de monopolio natural¹²⁴ de una concesión y al grado de asimetría de información que existe entre el Estado y la empresa privada¹²⁵.

De otro lado, en la situación ex – post, los contratos de concesión están sujetos a renegociaciones (adendas) que, según la teoría de los costos de transacción¹²⁶, pueden deberse a la existencia de contratos

124 Existe monopolio natural cuando los costos de producción de un bien o servicio son tales que para los demandantes del mercado (consumidores o usuarios) es más barato obtener ese bien o servicio de una sola empresa que de muchas empresas (por ejemplo SEDAPAL que presta el servicio en monopolio). En esa situación, es óptimo, desde el punto de vista de costos, de que exista una empresa antes que muchas.

125 HUMANÍ, Sandro y VARGAS, Tito, op. cit., p. 92.

126 Esta teoría postula que toda transacción económica (como los contratos) engendra costos previos a su realización, como por ejemplo costos ligados a la búsqueda de información o a prevenir el oportunismo de otros agentes, etc. Por tanto, ciertas transacciones que se desarrollan en un mercado, pueden generar costos para su concreción que pueden ser bastante importantes, y en consecuencia, los agentes económicos (en el caso de concesiones el Estado y las empresas privadas), en los hechos, pueden ser obligados o impelidos a buscar acuerdos institucionales o personales alternativos, que permitan minimizar o reducir esos costes.

incompletos, que son a su vez, consecuencia de la racionalidad limitada de los contratantes. La racionalidad limitada hace que los contratantes no puedan describir o identificar todas las contingencias que podrían afectar el desarrollo del contrato, así como la imposibilidad o el alto costo de incluir en los contratos dichas contingencias¹²⁷.

En otros términos, la teoría de la contratación óptima señala que, si bien las partes no pueden obligarse a no renegociar el contrato en el futuro, éste nunca será materia de renegociación siempre que se pacten todas las contingencias posibles y se incluya una descripción completa del procedimiento que deberán llevar a cabo las partes. Sin embargo, las partes de un contrato no pueden prever ex ante todas las posibles circunstancias sobrevinientes que puedan ocurrir después de la suscripción del contrato. Por tanto, estaremos ante un contrato incompleto cuando se inicia un proceso de renegociación debido a que ocurren eventos que no han sido inicialmente previstos y que, por ende, resultan extraordinarios a su desarrollo contractual¹²⁸. La imperfección de los contratos que da lugar a la renegociación se presenta, principalmente, a causa de los siguientes factores¹²⁹:

- La imposibilidad de las partes o los altos costos que implica describir de forma detallada en un contrato todas las posibles contingencias que podrían afectar su desarrollo.
- Si bien se presentan aquellos supuestos que pueden ser identificados, sin embargo, son de difícil o imposible verificación por parte de terceros y, consecuentemente, presentan serios problemas para los tribunales de justicia.

127 HUMANÍ, Sandro y VARGAS, Tito, op. cit., p. 93.

128 GUASCH, José Luis, op. cit., pp. 95 – 103.

129 SUTO FUJITA, Fenix, AZAÑA PÉREZ, Roxana, CHAMORRO VILCA, Mery, LEÓN VASQUEZ, Lorena, MENCHOLA ARANA, Muriel, op. cit., pp. 36-37.

- Existen contingencias que no pueden preverse, más aún en los casos de los contratos de concesión que contemplan largos plazos de vigencia.
- Los agentes presentan límites a su racionalidad, debido a que frecuentemente cometen errores y necesitan de un periodo de aprendizaje para alcanzar la contratación óptima, lo que solo es posible a largo plazo. Por tanto, la renegociación es un mecanismo de corrección.
- Otro elemento a tener en cuenta es el cambio de los objetivos gubernamentales. Al respecto, debemos señalar que las metas que el Estado se propone alcanzar mediante su programa de inversiones – que es lo que, finalmente, da lugar a lugar a la suscripción de los contratos de concesión –, dependen del gobierno de turno. Ello puede, por tanto, llevar, en algunos casos, a su renegociación, especialmente cuando los objetivos del gobierno presente durante el periodo de ejecución contractual son distintos de los del gobierno que suscribió el contrato.

Tirole y Guash coinciden en señalar que la mayor parte de la literatura especializada en teoría de contratos incompletos invoca los altos costos de transacción como la principal razón de la imperfección de los contratos de concesión, sin perjuicio de la especificidad de su naturaleza, y cuya renegociación puede implicar factores adicionales, como, por ejemplo, el cambio de los objetivos gubernamentales¹³⁰.

Ahora bien, ya se indicó que por la racionalidad limitada de las partes es difícil que éstas prevean, al momento de diseñar el contrato, todas las contingencias que se puedan presentar, y aún en el supuesto de que puedan prever todos los supuestos o eventos sobrevinientes, el número de

130 TIROLE, Jean. Incomplete contracts: Where do we stand? En: *Econometrica*, Vol. 67, N° 4, The Econometric Society, July 1999, pp. 741-742 (disponible en: <http://www.jstor.org/stable/2999457>), y GUASCH, Luis, op. cit., p. 97

estos resultaría tan elevado que su descripción y, por ende, la redacción del respectivo contrato terminarían, siendo altamente costosos. Más aún, en caso que tal redacción fuese posible, otro aspecto a tomar en consideración sería que dicho contrato pueda ser comprendido (perfectamente y al detalle) por los tribunales de justicia, a fin de que puedan verificar lo acordado contractualmente respecto de las contingencias y actuaciones de las partes¹³¹. Si los tribunales no logran entenderlo en su totalidad ni pueden efectuar una verificación posterior por la complejidad del texto, la ejecución del contrato en cuestión generaría un costo excesivo¹³².

Además de lo señalado en los párrafos precedentes, respecto de la naturaleza incompleta de los contratos de concesión, Guash¹³³ ha identificado algunos factores institucionales que inciden de manera directa en la mayor o menor probabilidad de iniciar un proceso de renegociación, que deben tenerse en cuenta. Estos son:

- Cuanto más esté capturado el Estado por parte del sector privado, mayor es la probabilidad de una renegociación.
- Cuanto mayor sea la inversión comprometida, mayor es la probabilidad de renegociación.
- La existencia del arbitraje como mecanismo de solución de controversias en los contratos de concesión aumenta las probabilidades de iniciar una renegociación.
- La existencia de una agencia reguladora disminuye las probabilidades de renegociación.
- Las garantías de ingresos mínimos reducen las probabilidades de renegociación.
- El otorgamiento de concesiones poco tiempo antes o después de un proceso electoral aumenta la incidencia de renegociaciones.
- Una mayor proporción de los riesgos asignados a los operadores privados aumenta la incidencia de renegociaciones.

131 TIROLE, J. op. cit., p 744.

132 SUTO FUJITA, Fenix, AZAÑA PÉREZ, Roxana, CHAMORRO VILCA, Mery, LEÓN VASQUEZ, Lorena, MENCHOLA ARANA, Muriel, op. cit., p. 37.

133 GUASCH, José Luis, op. cit., pp. 101-103.

- Incremento de concesiones: a medida que el número de concesiones otorgadas aumenta en un país, la incidencia de renegociaciones disminuye.
- Crisis macroeconómicas: las crisis macroeconómicas aumentan la incidencia de renegociaciones.

Como se puede advertir, la realidad puede superar cualquier tipo de previsión contractual, por tanto los contratos de concesión tienden a incluir procesos de renegociación durante el periodo de ejecución contractual, no sólo por su naturaleza incompleta sino también por factores que inciden de forma directa en la concesión¹³⁴.

En resumen, la renegociación puede ser positiva, en la medida en que afronta la naturaleza incompleta de los contratos de concesión, por tanto, estos deben de renegociarse cuando se trate de circunstancias sobrevinientes, imprevisibles o extraordinarias¹³⁵, bajo parámetros o criterios que puedan servir de guía. En caso contrario, como señala Guash, podría debilitarse el mecanismo competitivo que implican los procesos de promoción de la inversión privada para efectos de la selección del concesionario y, consecuentemente, perjudicar el diseño integral de la concesión y el interés público¹³⁶. Por tanto, el Estado debe garantizar y salvaguardar el interés público a través de la renegociación (sea que haya sido solicitada por el concesionario o por el concedente), pues éste es la finalidad de la actividad administrativa contractual del Estado¹³⁷.

134 SUTO FUJITA, Fenix, AZAÑA PÉREZ, Roxana, CHAMORRO VILCA, Mery, LEÓN VASQUEZ, Lorena, MENCHOLA ARANA, Muriel, op. cit., p. 39.

135 De acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (DRAE) se entiende por:

- Evento sobreviniente: aquel que sucede o acaece después de otro, en este caso, luego de firmarse el contrato de concesión.
- Evento extraordinario: aquel que ocurre fuera del orden previsto en el contrato.
- Evento imprevisible: aquel respecto de cuál no se ha podido establecer medida alguna en el cuerpo del contrato.

136 GUASCH, Luis, op. cit., p. 53-55

137 DROMI, Roberto, *Renegociación y reconversión de los contratos públicos*, Buenos Aires, Edit, Ciudad Argentina, 1998, p. 14

ii) La evidencia empírica internacional y nacional sobre renegociación de los contratos de concesión

Dos estudios realizados por Guash¹³⁸ son los referentes más cercanos, en cuanto a estimación empírica de los principales determinantes de la renegociación de los contratos de concesión. En tales estudios se utilizó una base de datos de casi mil (1000) concesiones adjudicadas en 17 países de América Latina y el Caribe, durante el periodo 1985 – 2000, para infraestructura de agua y saneamiento, telecomunicaciones, energía y transporte. Se contó con información de las características de la concesión (sector, actividad y año de adjudicación), criterio de selección, duración del contrato, contexto, institucional, grado de libertad del regulador, tipo de esquema de regulación tarifaria, y varias más como nacionalidad de los concesionarios, cláusulas de arbitraje, entre otras. De acuerdo a estos trabajos los resultados más significativos son:

- La renegociación de contratos de concesión ha sido mayor (siguiendo el orden) en los sectores de agua y saneamiento (74,4 %), transporte (54,7%) y energía (9,7%), principalmente en México, Brasil, Argentina, Colombia, Chile, República Dominicana, Perú, Honduras, Guatemala, Venezuela, Trinidad y Tobago, Costa Rica, Panamá y Uruguay. Esto en conjunto ha llevado a que, aproximadamente, el 29,8% de los contratos de concesión en la región hayan sido modificados; y, cuando se excluyen las concesiones del sector telecomunicaciones (debido a que la mayoría de proyectos fueron privatizados), la cifra se incrementa a 41,5%.
- En cuanto a la prontitud de las renegociaciones de los contratos de concesión una vez adjudicados, en promedio ello ocurre después de 2,2 años, y se manifiesta más rápido en agua y saneamiento y en transporte (1,6 y 3,1 años después de la adjudicación, respectivamente).

138 GUASCH, Luis, Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing It Right, WBI Development Studies 28816,, The World Bank, 2004, y GUASH, José Luis, LAFFONTY, J. y STRAUB, S., Renegotiation of Concession Contracts in Latin America, Policy Research Working Paper 3011, The World Bank, 2003.

- Respecto de la incidencia de la renegociación de los contratos según el tipo de proceso de adjudicación, se tiene que del 78% de las concesiones que fueron adjudicadas vía licitación, el 46% de los contratos fue renegociado. Por el contrario, del 22% restante de concesiones adjudicadas de manera directa o por negociación bilateral, sólo el 8% fue renegociado.
- En cuanto a quién inicia la renegociación, la mayoría se da a iniciativa del concesionario (61% del total de solicitudes de modificación). En lo que concierne a infraestructura de transporte, el 57%, 27% y 16% de las solicitudes de modificación corresponde al concesionario, gobierno y a ambos, respectivamente.
- La renegociación de las concesiones fue más frecuente cuando el criterio de adjudicación se basó en la tarifa mínima para usuarios (el 60% de los casos) que cuando se consideró la mayor retribución al Estado (11% de casos). En materia de compromisos contractuales, la renegociación fue mas frecuente en contratos que contenían requerimientos de inversión (70% de los casos) que cuando consideraban indicadores de desempeño (18%).
- Por su parte, respecto del aspecto institucional, los contratos de concesión han sido modificados mayormente en escenarios donde no se cuenta con una agencia regulatoria (en el 61% de los casos), que cuando esta está presente (en el 17% de los casos).
- Por último, cuando el esquema regulatorio está contenido en el contrato de concesión, la renegociación suele ser más frecuente (40% de los casos) que cuando es especificada por un decreto (28%) o por una ley (17%).

Estos resultados empíricos son coincidentes con lo manifestado en la literatura teórica en cuanto a que las variables de corte institucional, el contenido de los contratos y los aspectos vinculados a la adjudicación de los mismos juegan un rol importante en la renegociación. En ese sentido, más

allá de los costos de transacción subyacentes a un contrato incompleto, existe clara evidencia de los resultados esperados ante la presencia de determinadas variables, cuyo menor control puede reducir marcadamente el riesgo y consecuente costo de las renegociaciones¹³⁹.

En el ámbito local, el Perú no ha sido ajeno a la renegociación de los contratos de concesión. En efecto, desde enero de 1995 hasta agosto de 2014 se adjudicaron 125 concesiones para la prestación de servicios públicos y la construcción de infraestructura pública, de los cuales están pendientes de suscripción cinco contratos de concesión¹⁴⁰. El mayor número de contratos se celebraron en los años 2009 y 2013, suscribiéndose en total 67. En el Gráfico N° 12 se muestra la evolución del número de contratos de concesión en el periodo antes indicado:

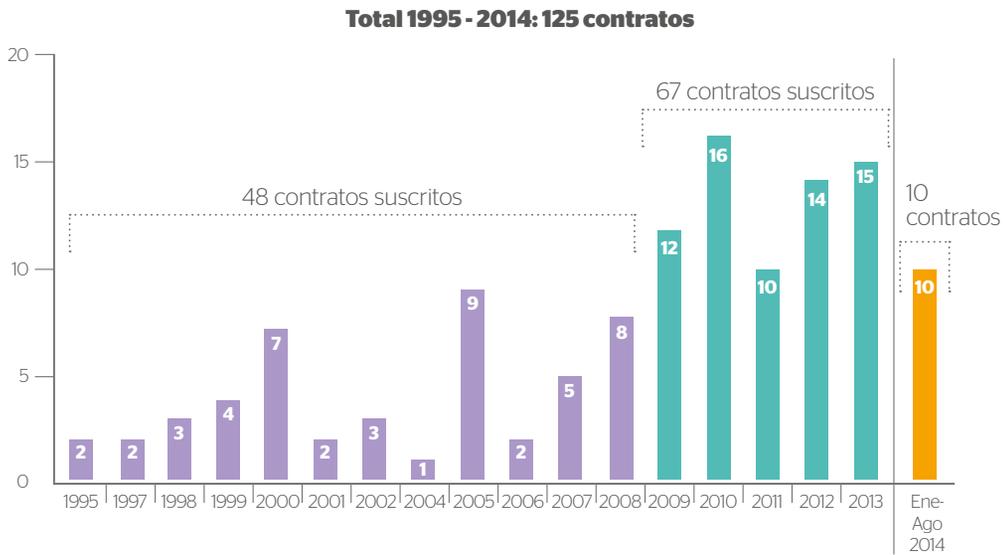
139 MONTESINOS, Jorge y SAAVEDRA, Eduardo, Algunos alcances en torno a la institucionalidad y renegociación, op. cit., p. 59.

140 Considerando los contratos de concesión adjudicados hasta agosto del 2014 por PROINVERSIÓN y los adjudicados en años anteriores por los tres niveles de gobierno según lo indicado por el extinto Departamento de Estudios Especiales de la Contraloría General de la República (2014), en su Reporte N° 24-2014-CG/EST.

Es preciso indicar que la fuente de información sobre el número de contratos de concesión corresponde a los contratos adjudicados por PROINVERSIÓN (para los proyectos del Gobierno Nacional y de los Gobiernos Regionales cuando éstos se lo hayan encargado), ESSALUD y MINEM (cuando haya actuado como Organismo Promotor de la Inversión Privada), los cuales se encuentran publicados en sus respectivas páginas web.

Para el caso de los Gobiernos Locales y Regionales la fuente ha sido la información que el extinto Departamento de Asociaciones Público – Privadas de la Contraloría General de la República recabó en su oportunidad hasta junio del año 2013, a través de oficios que remitió a los Gobiernos Locales y Regionales. Para estos niveles de gobierno no se cuenta con información más actualizada.

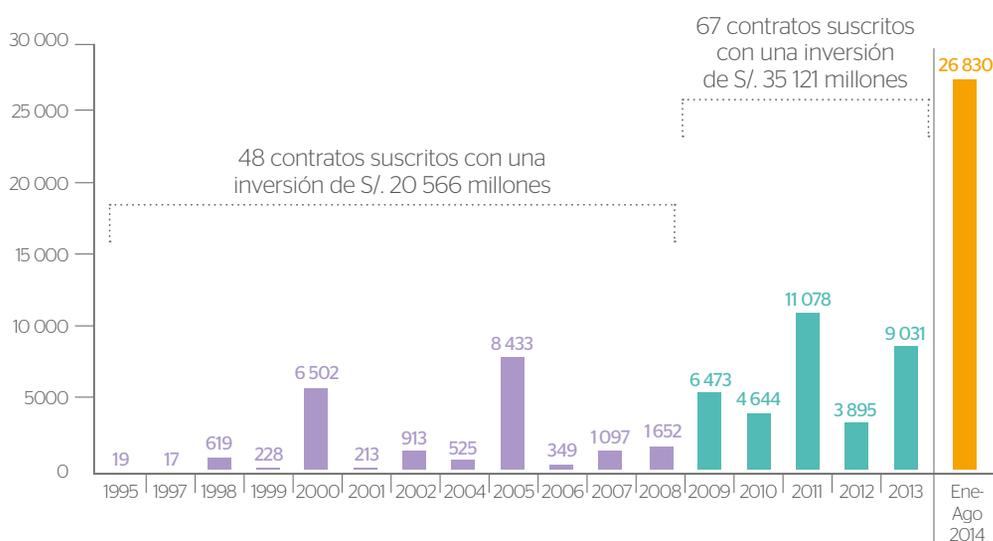
Gráfico N° 13
 Evolución del número de contratos adjudicados por el Estado
 Periodo enero 1995 - agosto 2014



Fuente: Portal Institucional de PROINVERSIÓN, ESSALUD e información remitida por los Gobiernos Regionales y Locales | **Elaboración:** Departamento de Estudios – CGR.

Cabe señalar que el monto de inversión relacionado a los 125 contratos de concesión, asciende a S/. 82 517 millones, de los cuales S/. 20 566 millones corresponden al periodo comprendido entre 1995 a 2008, S/. 35 121 millones corresponde al periodo de 2009 al 2013 y S/. 26 830 millones al periodo de enero a agosto de 2014, tal como se puede apreciar en el siguiente gráfico:

Gráfico N° 14
Evolución del monto de inversión adjudicado por el Estado
Periodo enero 1995 - agosto 2014 (Millones de S/.)

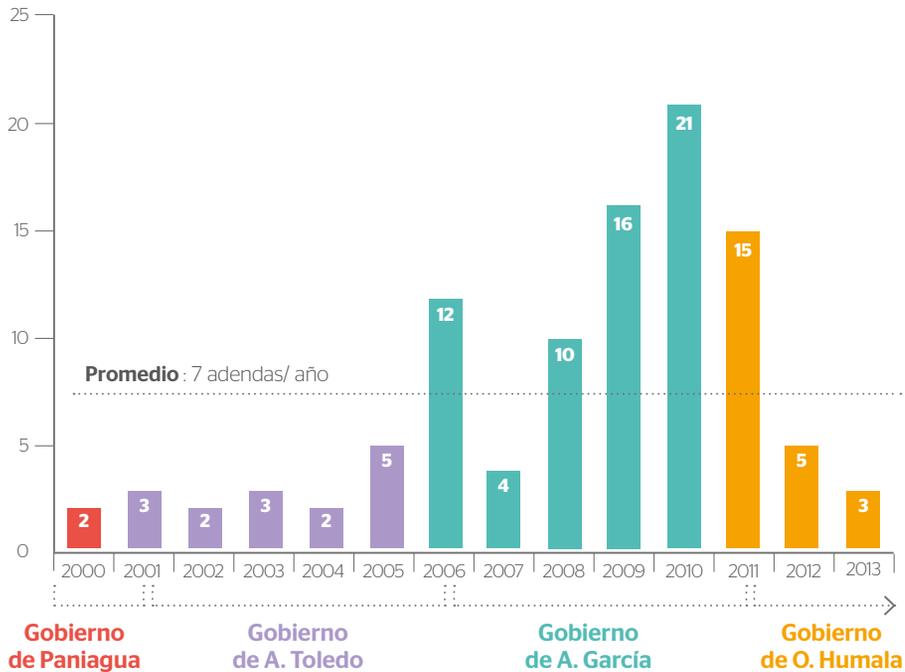


Fuente: Portal Institucional de PROINVERSIÓN, ESSALUD, OSITRAN e información remitida por los Gobiernos Regionales y Locales. | **Elaboración:** Departamento de Estudios – CGR.

Asimismo, entre el 2000 al 2013 se han realizado un total de 103 adendas a los contratos de concesión suscritos durante este periodo de tiempo, con un promedio de 7 adendas por año. El periodo en que más renegociaciones se realizaron fue en el segundo gobierno del ex presidente Alan García (desde 2006 al 2011), en donde se celebraron aproximadamente 66 adendas¹⁴¹, y en promedio 13 adendas por año, tal como se puede advertir del siguiente gráfico:

¹⁴¹ El Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012 en el artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Supremo N° 106-2011-EF, publicado el 17 junio 2011, nos dice que en el numeral 9.2.: "Durante los primeros tres (3) años contados desde la fecha de su suscripción, los sectores competentes no podrán suscribir adendas a los contratos de APP, salvo que se tratara de: a) la corrección de errores materiales; b) de requerimientos sustentados de los acreedores permitidos vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato (...)"

Gráfico N° 15
 Número de adendas por año a los contratos de concesión suscritos
 entre el 2000 al 2013



Fuente: Páginas web de los reguladores, contratos de concesión, adendas, medios de comunicación. | **Elaboración:** Departamento de Estudios – CGR.

En materia de infraestructura de transporte, hasta el año 2012, se celebraron 27 contratos de concesión, habiéndose suscrito hasta esa fecha un total de 72 adendas. La mayoría de estas renegotiaciones se concentraron en los contratos de concesión relacionados a carreteras (41), seguido de aeropuertos (15), ferrocarriles (12; y terminales portuarios (4)¹⁴².

¹⁴² Para mayor detalle revisar el anexo N°1.

iii) El proceso de renegociación de los contratos de concesión

Como se ha señalado, la renegociación de un contrato de concesión incluye cualquier tipo de alteración de los términos contractuales originales, siempre que ésta se derive de circunstancias no contempladas como supuestos de renegociación en el mismo cuerpo del contrato.

En esa línea, en los procesos de renegociación confluyen, por un lado el interés público expresado en la ejecución de la obra de infraestructura o la prestación del servicio público y el interés privado que busca obtener una rentabilidad adecuada en función de las inversiones que efectuará. Así, en el análisis de dicho proceso se evaluará y fundamentarán las causas que motivan la renegociación, el impacto que generará en los términos originales del contrato y los actores que formarán parte de ella. Esto será evaluado en los informes y opiniones del concedente y del organismo regulador, así como de la Contraloría y del Ministerio de Economía y Finanzas, de ser el caso¹⁴³.

Siendo ello así, las modificaciones contractuales deben realizarse de acuerdo a lo dispuesto tanto en el TUO de Concesiones como en la Ley Marco de APP y sus respectivos reglamentos, los cuales regulan las causales, el procedimiento y parámetros para la renegociación de los contratos de concesión. A continuación, desarrollaremos lo señalado en cada una de estas normas:

- **El Texto Único Ordenado de Concesiones y su reglamento**

Si bien, en principio, el concedente y el concesionario pueden modificar por mutuo acuerdo el contrato de concesión, a fin de preservar el interés público, el artículo 32° del T.U.O. de Concesiones faculta al Estado a mo-

143 SUTO FUJITA, Fenix, AZAÑA PÉREZ, Roxana, CHAMORRO VILCA, Mery, LEÓN VASQUEZ, Lorena, MENCHOLA ARANA, Muriel, op. cit., p. 64.

dificar la concesión cuando ello resulte conveniente, de acuerdo a lo previsto en el artículo 33° de dicha norma, el cual establece:

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

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

Similar disposición se encuentra establecida en el literal f) del artículo 30° del Reglamento del TUO de Concesiones, que señala lo siguiente:

“Artículo 32°.- Son atribuciones de los sectores y/u organismos del Estado las siguientes:

(...)

- d) 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”.*

Cabe indicar que pese a que las citadas normas no mencionan al interés general como sustento para que el Estado pueda modificar el contrato de concesión cuando resulte conveniente, tal fundamento queda implícito, pues garantizar dicho interés es una finalidad del Estado. Asimismo, ambas normas coinciden en que se debe respetar: la naturaleza de la concesión, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas; y, el equilibrio económico financiero. Estos tres parámetros implican lo siguiente¹⁴⁴:

› **La naturaleza de la concesión:** se refiere a las características esenciales del proyecto de infraestructura que determinan su implementación, comprende el objeto, la modalidad y otras características principales,

144 Idem, p. 67.

como, por ejemplo, el derecho del concesionario a efectuar la construcción, la operación y el mantenimiento de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. Por tanto, respetar la naturaleza de la concesión implica verificar si la modificación del contrato conlleva a que se cambien las condiciones establecidas en estos conceptos, como puede ser el carácter de autosostenible cofinanciado o viceversa.

› **Las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas:** son las condiciones de inversión en el proyecto, los términos de ingeniería y los parámetros de calidad. En suma, se trata de aquellas condiciones que permitirán la viabilidad de la concesión. En el caso de las condiciones económicas, tenemos por ejemplo, las obligaciones de construir infraestructura – las cuales implican costos –, el mecanismo de retribución u otras relativas a las garantías otorgadas. Entre las condiciones técnicas se encuentran, por ejemplo, los parámetros de ingeniería que debe tener una infraestructura o los niveles de servicio que debe cumplir el concesionario en la prestación del servicio.

› **El equilibrio económico financiero:** cada contrato de concesión regula su propio equilibrio económico – financiero, éste supone la existencia de un equilibrio entre los derechos y obligaciones que asumen las partes del contrato de concesión. En el caso del concesionario existirá un equilibrio entre las prestaciones a su cargo – principalmente la inversión para la prestación del servicio, de acuerdo con los índices de calidad establecidos contractualmente y/o regulados – y los beneficios obtenidos mediante tarifas, es decir existirá un equilibrio entre el costo y beneficio previsto contractualmente.

Estos parámetros constituyen, entonces, requisitos de admisibilidad para efectos de la suscripción de una adenda, por lo que su análisis permitirá revisar las modificaciones que se presenten al contrato de concesión y dar inicio a cualquier proceso de renegociación.

- **Ley Marco de APP y su reglamento**

Teniendo en cuenta que la concesión es una modalidad de APP, le son aplicables las disposiciones de la Ley Marco de APP y su reglamento. En esa medida, el artículo 15° del Capítulo III del Título II del referido Reglamento regula lo concerniente a las causales y el procedimiento para la modificación de los contratos de los proyectos de APP.

Así, el numeral 15.1 del citado artículo 15° señala que las modificaciones a los contratos de APP procurarán mantener: i) el diseño original, ii) la distribución de riesgos, iii) las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y iv) el equilibrio económico – financiero para ambas partes. En todo caso, las modificaciones contractuales deberán ser debidamente sustentadas por la entidad.

De igual manera, establece que los contratos de APP que prevean la introducción de inversiones adicionales para el proyecto deberán incluir cláusulas para que dichas inversiones se aprueben según el procedimiento de modificación contractual previsto en el mencionado capítulo; por tanto, las partes no podrán pactar un procedimiento distinto al previsto en el indicado reglamento para los contratos que se suscriban a partir del 1 de junio de 2014¹⁴⁵,

Además, señala que si la modificación contractual propuesta desvirtuara el objeto del proyecto original o involucrara un monto adicional superior al 15% del costo total del proyecto¹⁴⁶, la entidad pública competente evaluará la conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección como alternativa a la negociación de una modificación contractual.

145 Inicio de vigencia del Reglamento

146 Según la definición contenida en el literal d) del artículo 3° del Reglamento de la Ley Marco de APP, el Costo Total del Proyecto es el Costo Total de Inversión más los costos estimados de operación y mantenimiento de un proyecto o de un conjunto de proyectos con características similares, expresados en valor presente, de los primeros 10 años del proyecto o de su vida útil el que resulte menor. La tasa de descuento a ser utilizada para el cálculo del valor presente será aquella que la entidad defina en función al riesgo del proyecto, la misma que deberá contar con el sustento respectivo.

Por su parte, el numeral 15.2 del artículo 15° del Reglamento de la Ley Marco de APP, señala que durante los primeros tres (3) años contados desde la fecha de suscripción de los contratos de APP, las entidades públicas competentes no podrán suscribir adendas a dichos contratos, salvo que se trate de cualquiera de las siguientes causales:

› **Corrección de errores materiales:** tales como errores en la redacción del documento. Por ejemplo, colocar signos monetarios distintos a los montos expresados en letras, plazos errados o discordantes en cuanto al cumplimiento de obligaciones, etc. Lo que podría generar incumplimiento de alguna de las partes o controversia que con una corrección material pudiera evitarse.

› **Requerimientos sustentados de los acreedores permitidos vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato:** a través del cierre financiero, el concesionario acredita contar con los recursos disponibles para cumplir la inversión comprometida. Como las inversiones corresponden a montos bastante altos, muchas veces la banca de inversión (la que financiará las inversiones) requiere identificar y mitigar todos los riesgos posibles, por lo que solicita alguna modificación contractual, cuya pertinencia será evaluada por el concedente y demás entidades competentes (organismo regulador, Ministerio de Economía y Finanzas, etc.).

› **Precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato:** por ejemplo, la implementación de nueva tecnología que permita optimizar la operación del proyecto dado en concesión y atender la creciente demanda, podría requerir una modificación contractual, puesto que dichas situaciones no estaban consideradas en el contrato. También podría presentarse este tipo de causal cuando la demanda prevista en el modelamiento económico financiero de la APP supere la oferta prevista en los plazos señalados en el contrato.

Tanto el numeral 9.5 del artículo 9° de la Ley Marco de APP como el numeral 15.3 del artículo 15° de su Reglamento contemplan el procedimiento para

la emisión de las opiniones en el marco de las modificaciones contractuales, independientemente del plazo de vigencia del contrato de APP. En ese sentido, señalan:

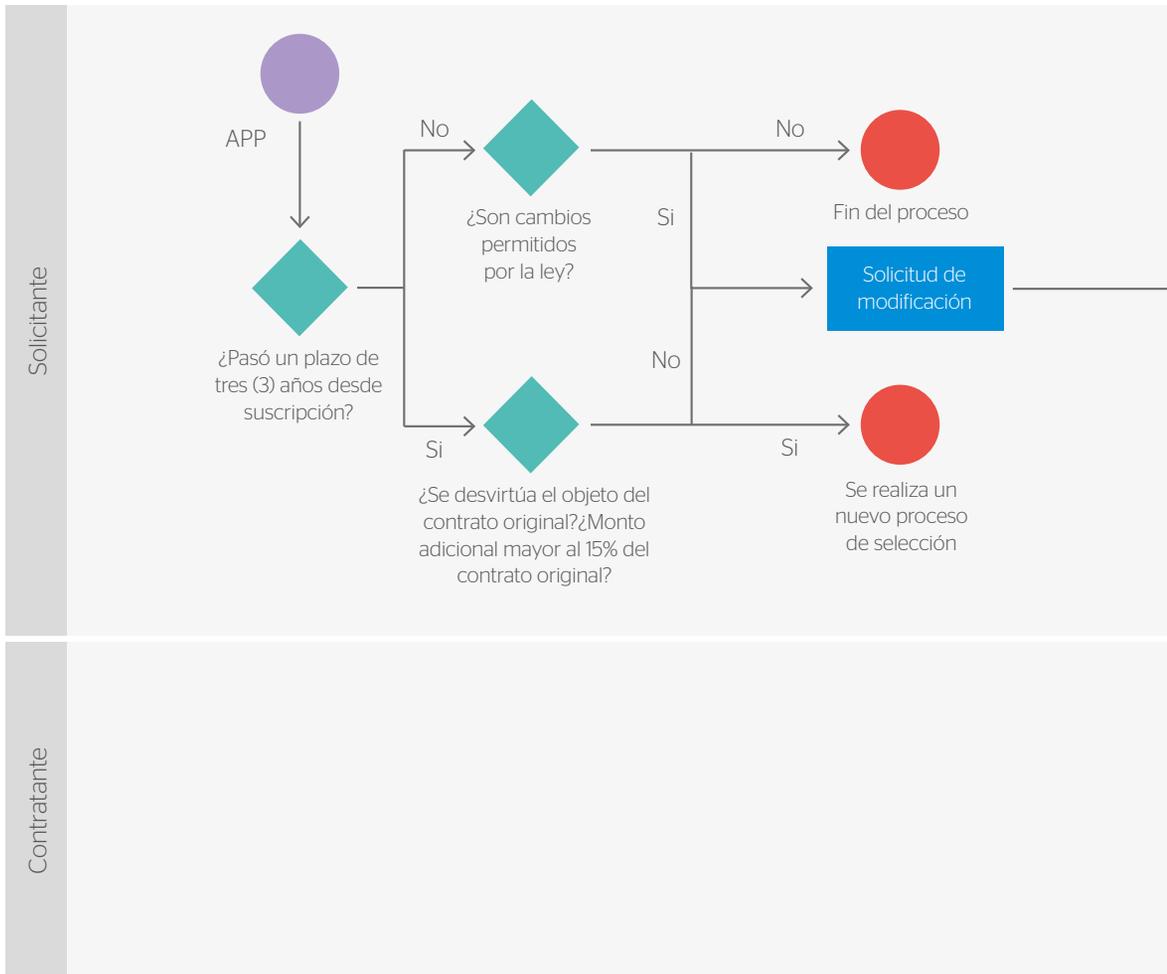
- › La modificación del contrato de APP que impliquen cambios significativos en los parámetros económicos (incluye las garantías establecidas) requerirá la opinión favorable de la entidad pública competente.
- › La modificación de los contratos de APP requerirá la opinión previa del correspondiente organismo regulador que tenga bajo su competencia los proyectos que sustentan dichos contratos.
- › La modificación de los contratos de APP requerirá la opinión no vinculante del OPIP que estuvo a cargo del proceso de promoción o de la dependencia que haga sus veces que dio origen al contrato, la misma que informará sobre el diseño original del contrato, su estructuración económica financiera y su distribución de riesgos.
- › En caso las modificaciones contractuales impliquen cambios significativos en los parámetros económicos (incluye la alteración del cofinanciamiento o de las garantías establecidas), requerirá la opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, para lo cual la entidad pública competente deberá adjuntar la opinión del organismo regulador y del OPIP.
- › Las entidades antes mencionadas emitirán opinión en el plazo máximo de 10 días hábiles contados desde el día siguiente de la recepción de la solicitud de opinión; de lo contrario, se entenderá que es favorable.
- › En caso requirieran mayor información para opinar, por una sola vez dentro de los 3 días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud de opinión, deberán formular su pedido de información. En este supuesto, el cómputo del plazo se suspenderá y una vez recibida la información requerida, se reiniciará el mismo.

Finalmente, debemos señalar que resulta razonable admitir la modificación de los términos contractuales, considerando que el plazo de vigencia de los contratos de APP trasciende el período de los representantes de cada nivel de gobierno que suscribieron dichos contratos y muchas veces se requiere que los contratos se adapten a la innovación tecnológica, realidad económica o nuevas condiciones de mercado; o, que incluyan aspectos no considerados con precisión en el diseño y estructuración del contrato¹⁴⁷, sin perder de vista el interés público por el cual los mismos fueron suscritos.

A continuación, se presenta el esquema del proceso de renegociación contractual, según las disposiciones de la Ley Marco de APP y su Reglamento:

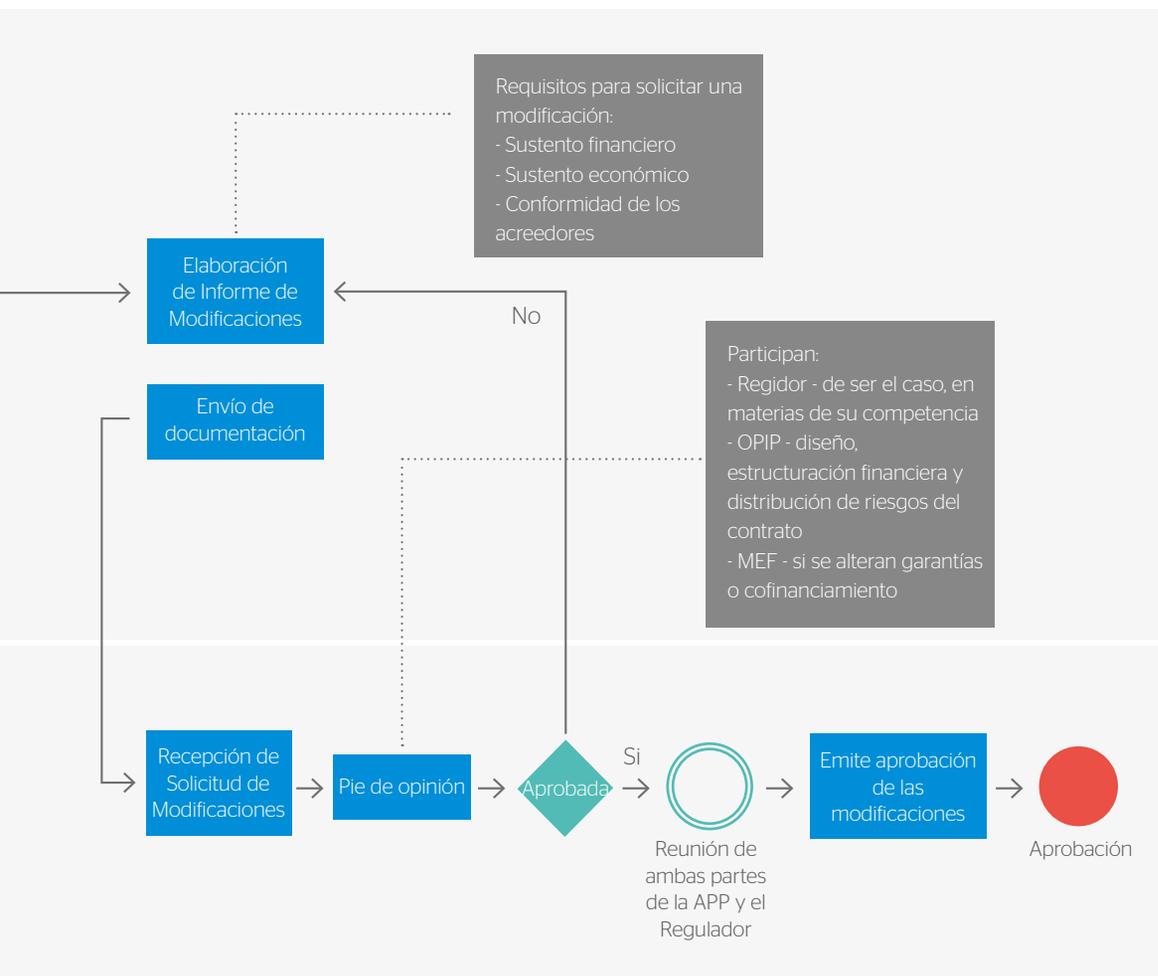
147 "...Los contratos de concesión han enfrentado inconvenientes y han incluido algunos errores (...) Entre los principales problemas o errores pueden mencionarse (...): La especificación de las inversiones, ya sea de su monto, del plazo en el que deben ser realizadas o de las obras que deben efectuarse, o peor aún de todas estas características, resulta perjudicial al restarle flexibilidad al concesionario. Las condiciones futuras podrían variar y hacer que la necesidad de inversiones en determinada obra o periodo también varíen, de manera que las condiciones planteadas inicialmente resulten inadecuadas...". (En: BONIFAZ, José Luis, URRUNAGA, Roberto y Astorne, Carmen, Estimación de los Beneficios Económicos de la Carretera Interoceánica, Lima, Universidad del Pacífico, 2008, p.29)

Gráfico N° 16
Proceso de renegociación del contrato de un proyecto de APP



Fuente: Ley Marco de APP y Reglamento.

Elaboración: Departamento de Estudios Especiales – CGR.





Capítulo 04

Identificación y análisis de las causas que generan las renegociaciones contractuales en las Asociaciones Público – Privadas

En este capítulo, se identifican los principales temas que han sido objeto de modificación en los contratos de concesión analizados en la presente investigación. Para tal fin, se han agrupado los proyectos concesionados por sector económico, se describen las principales características del contrato de concesión, se analizan los términos y condiciones de las adendas suscritas por cada contrato, así como las causas o razones que dieron lugar a la renegociación entre las partes y los efectos que han generado tanto para el Estado como para el concesionario y el usuario.

Ello, con el objetivo de determinar si estas modificaciones estuvieron dirigidas a atender la naturaleza incompleta de los contratos de concesión por hechos sobrevinientes o imprevisibles, o por el contrario fueron consecuencia de hechos previsibles o incumplimientos de obligaciones contractuales por parte del concesionario o concedente, entre otras razones. Finalmente, se desarrollan las materias más recurrentes que presentan las renegociaciones analizadas.

4.1. Información sobre los contratos de concesión y sus adendas

Como se indicó en el Capítulo 1, la presente investigación tiene como alcance el análisis de los procesos de renegociación y las adendas de diez (10) contratos de concesión suscritos entre los años 1991 a 1992, 1999 y 2000 hasta el 2013. Estos contratos suman en total treinta y nueve (39) adendas, esto es, un promedio de cuatro (4) adendas por contrato. En la siguiente

tabla se detallan estos contratos, la fecha en que fueron suscritos, así como el número de adendas por contrato y la fecha de suscripción de las mismas.

Tabla N° 10
Contratos y adendas
Muestra materia de análisis

N°	Concesión	Tipo de APP	Plazo de la concesión en años	Fecha de suscripción del contrato	N° de adendas por contrato
1	Ferrocarril Sur y Sur Oriente	Autosostenible	35	19/07/1999	5
2	IIRSA SUR, Tramo 2: Urcos - Inambari	Cofinanciada	25	04/08/2005	8
3	Terminal de contenedores Muelle Sur - Callao	Autosostenible	30	24/07/2006	1
4	Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia	Cofinanciada	25	11/12/2006	7
5	Proyecto Vía Parque Rímac	Autosostenible	40	12/11/2009	1
6	Proyecto Derivación Huascacocha – Rímac	Cofinanciada	20	17/01/2009	7
7	Sistema de Transmisión Eléctrica ETECEN – ETESUR	Autosostenible	30	05/09/2002	3
8	Proyecto de Generación Eléctrica Chaglla	Autosostenible	Indefinido	23/12/2009	1
9	Concesión de Telefónica	Autosostenible	38	26/05/1991	3
10	Proyecto de Irrigación Olmos	Autosostenible	25	11/06/2010	3

Fuente: Contratos de concesión y adendas. | **Elaboración:** Departamento de Estudios – CGR.

Fecha de suscripción de las Adendas							
1ra	2da	3era	4ta	5ta	6ta	7ta	8va
10/03/2000	13/01/2003	14/10/2003	23/12/2010	26/07/2013			
24/02/2006	16/06/2006	26/07/2006	16/07/2007	18/02/2009	31/07/2009	08/07/2010	27/12/2010
11/03/2010							
05/02/2008	06/03/2008	17/09/2008	24/11/2008	23/12/2009	20/12/2010	31/03/2011	
13/02/2013							
15/01/2010	16/04/2010	16/08/2010	17/01/2011	16/12/2011	25/04/2012	17/12/2012	
31/03/2006	26/07/2006	07/08/2007					
27/05/2011							
01/06/2005	08/02/2011	21/03/2013					
02/12/2010	30/05/2012	06/09/2012					

Para facilitar el análisis de las adendas a los contratos de concesión seleccionados, se consideró conveniente agruparlos por sectores económicos y precisar la infraestructura o servicio público que desarrollan, tal como se detalla en el siguiente cuadro.

Tabla N° 11
Proyectos de APP por sector económico
Muestra materia de análisis

Sector Económico		Proyecto de Asociación Público - Privada		Infraestructura y/o Servicio
		N°	Denominación	
1	Transporte	1	Ferrocarril del Sur y Sur - Oriente	Ferrocarriles
		2	IIRSA Sur, tramo 2: Urcos - Inambari	Carreteras
		3	Terminal de Contenedores Muelle Sur Callao	Terminal Portuario
		4	Primer Grupo de Aeropuertos Regionales	Aeropuertos
		5	Proyecto Vía Parque Rímac	Carreteras
2	Saneamiento	6	Proyecto Derivación Huascacocha – Rímac	Saneamiento
3	Transmisión y Generación Eléctrica	7	Sistema de Transmisión Eléctrica ETECEN - ETESUR	Electricidad
		8	Proyecto de Generación Eléctrica Chaglla	
4	Comunicaciones	9	Telefónica	Telecomunicaciones
5	Agrícola	10	Proyecto de Irrigación Olmos	Irrigación

Fuente: Contratos de concesión. | **Elaboración:** Departamento de Estudios – CGR.

4.2. Causas específicas de renegociación por sector económico

A continuación, se describen las causas o razones que dieron origen a la renegociación de los contratos de concesión seleccionados, de acuerdo al sector económico en el que se desarrolla el proyecto de APP.

4.2.1. Sector Transporte

a. Ferrocarril del Sur y Sur Oriente

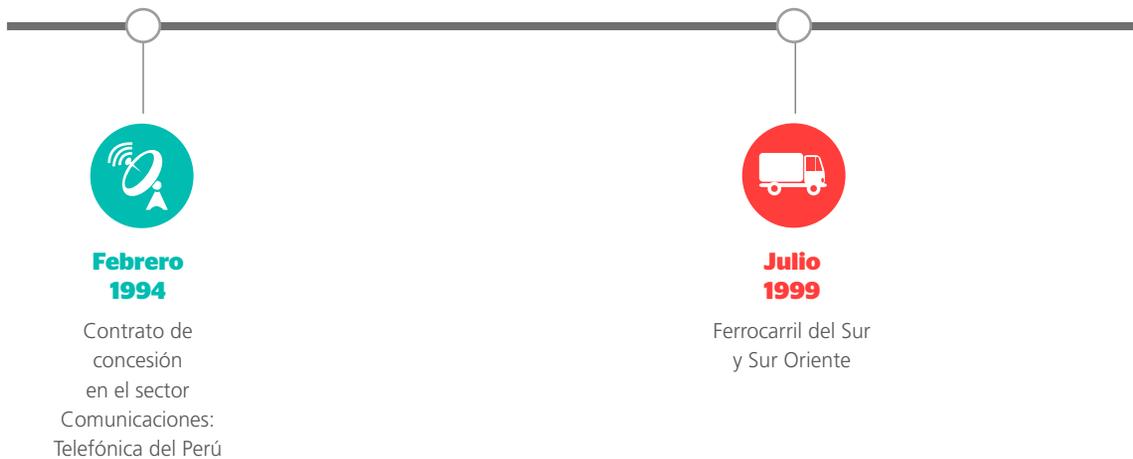
El contrato de concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente se suscribió el 19 de julio de 1999 entre el Estado peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC y el Consorcio Ferrocarril Trasandino S.A. – FETRANSA, conformado por la empresa Containers y Peruval Corp. y la empresa Perú Rail S.A.

Mediante este contrato se otorgó al concesionario (FETRANSA) el derecho de explotar los bienes de la concesión y prestar servicios de transporte ferroviarios, con excepción del transporte de pasajeros y carga que serán desarrollados por cualquier operador, y servicios complementarios en el área matriz de la vía férrea del Sur y Sur – Oriente; así como, la obligación de pagar la retribución principal y especial a favor del Estado. La empresa Containers y Peruval Corp. se encarga de administrar la infraestructura ferroviaria y la empresa Perú Rail S.A., se encarga de la operación, para lo cual utiliza la línea férrea pagando una tarifa por ese servicio. Esta red está compuesta por los siguientes tramos:

- **Tramo Sur.** El tramo sur para el transporte de pasajeros cubre las rutas entre Arequipa y Cusco. Los principales mercados relevantes en esta red son los correspondientes a la ruta Cusco – Juliaca / Puno: (338 Km) y Juliaca / Puno – Cusco.
- **Tramo Sur Oriente.** El Ferrocarril del Sur Oriente opera entre Cusco y Machu Picchu. Esta línea puede dividirse en dos sub tramos: Cusco – Ollanta y viceversa en el que enfrenta competencia de transporte carretero, y Ollanta – Machu Picchu y viceversa, cautivo, dado que no existe otro medio alternativo de transporte. Los principales mercados relevantes de este tramo son las rutas Machu Picchu / Aguas Calientes – Cusco (108 Km) y Cusco – Machu Picchu / Aguas Calientes: además de las rutas Machu Picchu – Ollanta (43 Km) y Ollanta – Machu Picchu.

Gráfico N° 17

Causas específicas de renegociación por sector



Elaboración: Departamento de Estudios - CGR

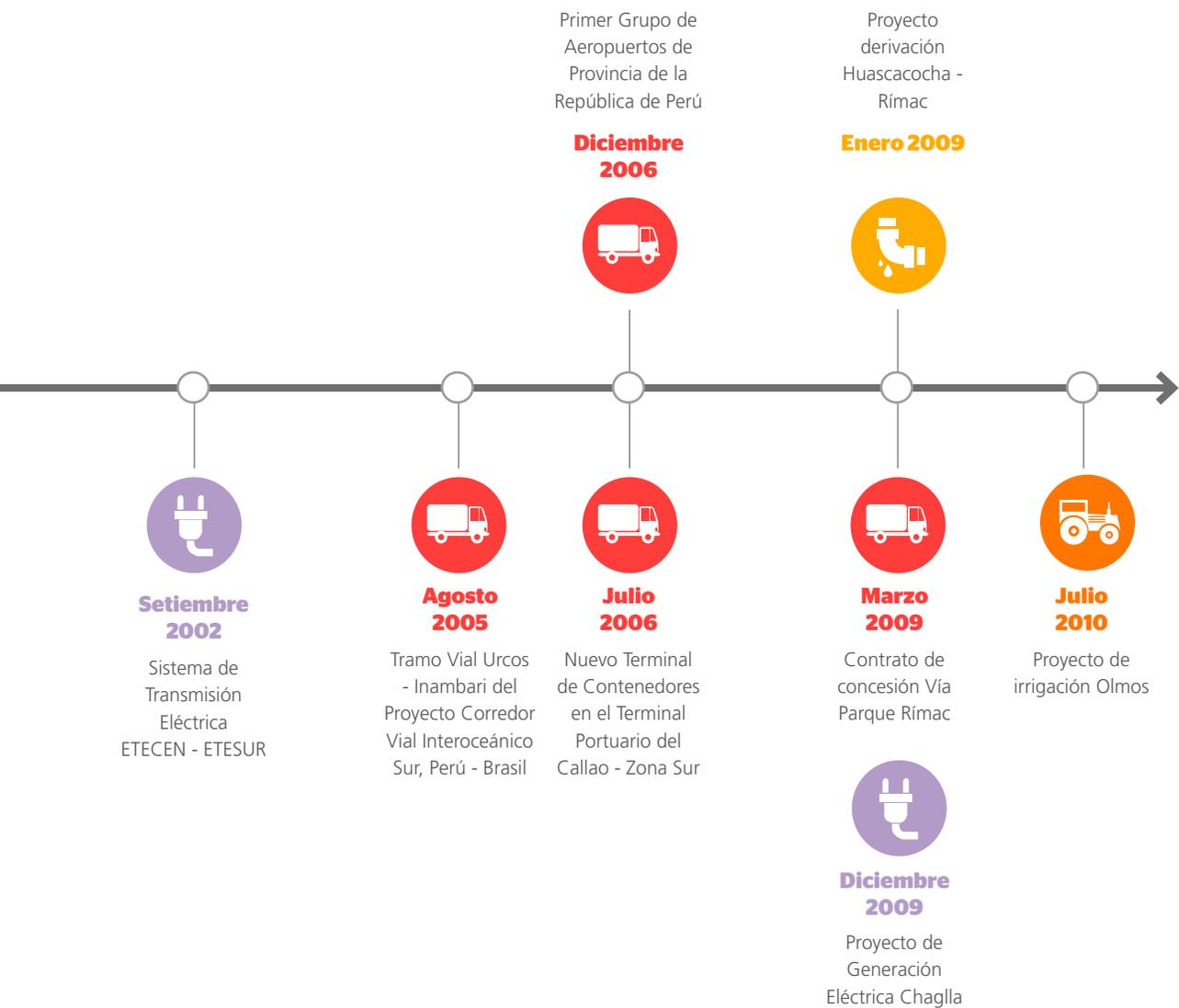


Figura N° 01
Tramos de la Concesión



Fuente: Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR

Para hacer atractiva la concesión, el comité encargado de llevar a cabo el proceso de promoción estableció un incentivo por el cual el adjudicatario podría destinar un porcentaje de las regalías que ofreció pagar al Estado peruano a la rehabilitación de la vía férrea. Este incentivo tiene como fin que se realicen inversiones en infraestructura, a pesar de que el contrato de concesión no estableció montos fijos de inversión; pero sí exige alcanzar y mantener los requisitos y estándares de la United States Federal Railroad Administration (FRA) Class II¹⁴⁸.

En la Tabla N° 12 se detallan las características generales del contrato de concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente:

Tabla N° 12
Principales características del Contrato de Concesión del
Ferrocarril del Sur y Sur Oriente

Concedente	Estado peruano, a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
Concesionario	Consortio Ferrocarril Transandino S.A. – FETRANSA.
Factor de competencia	Mayor retribución al Estado: retribución anual principal al Estado de 37,25% de ingresos brutos (no incluye ingresos provenientes de material tractivo o rodante, ni IGV).
Clasificación de APP	Autosostenible.
Modalidad de APP	Concesión.
Plazo de vigencia de la concesión	30 años (inicial), se extendió por 5 años adicionales.
Fecha de suscripción	19 de julio de 1999.
Inicio de operaciones	Debido a que la infraestructura era inexistente las mejoras se realizaron en paralelo a las operaciones.
Objeto de la Concesión	Mantenimiento, rehabilitación y explotación de los bienes de la Concesión, así como la construcción de obras de Infraestructura Vial Ferroviaria, para la prestación de servicios de transporte Ferroviario y de Servicios Complementarios.

148 El estándar FRA II = Federal Railroad Administration (FRA) II, estándar de calidad para ferrocarriles, no basado en la inversión.

Compromiso de inversión	No tiene monto de inversión comprometido, debiendo mantener los bienes de la concesión en buen estado de conservación de acuerdo a las Normas de Seguridad Ferroviaria. El concesionario debe, bajo sanción de nulidad del contrato, alcanzar en los cinco primeros años de la concesión los estándares de la United States Railroad Administration (FRA) Class II.
Garantías a favor del Concedente	Garantía de Fiel Cumplimiento (Ferrocarril del Sur: US\$ 1,72 millones mínimo; Ferrocarril del Sur Oriente: US\$ 1,04 millones mínimo)
Garantías a favor del Concesionario	En caso de destrucción parcial de la infraestructura vial no imputable al concesionario, el concedente asumirá los costos de reparación que excedan la cobertura de seguro hasta un máximo de US\$ 5 millones adicionales por ferrocarril, por evento y en exceso de lo que cubra el seguro.
Tarifas	US\$ 0.45 por cada kilómetro recorrido de cada unidad de vagón, autovagón y coche, cargada o descargada, que circulen por la vía férrea del ferrocarril del Sur y US\$ 3 para el ferrocarril del Sur Oriente.
Retribución al Estado	Retribución anual principal (37,25% de ingresos brutos). Retribución especial semestral (50% de ingresos semestrales del material tractivo y/o material rodante) 5.2
Número de Adendas	Cinco (5)
Regulador	OSITRAN
Supervisor	OSITRAN

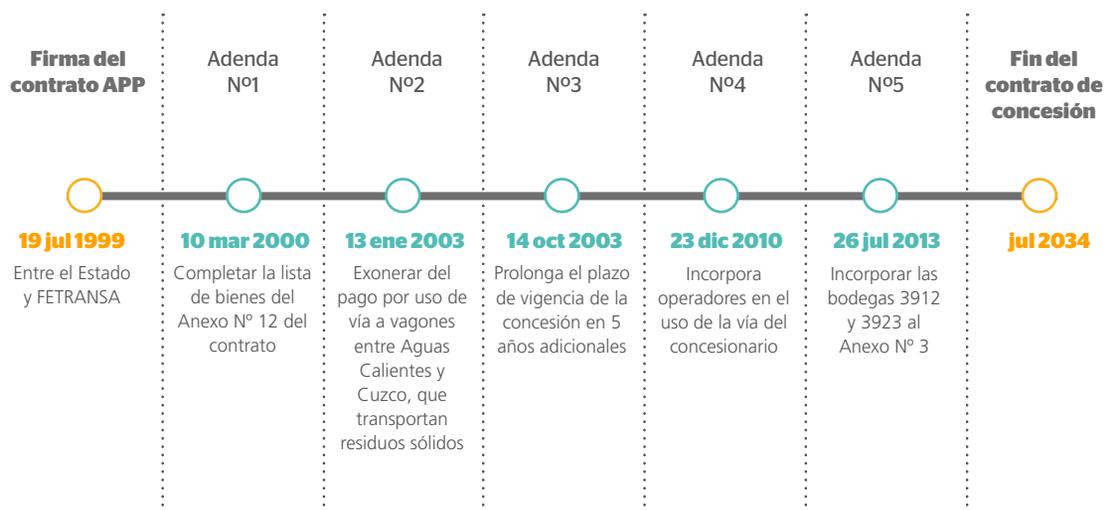
Fuente: Contrato de concesión y adendas del Ferrocarril Sur y Sur Oriente.

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR.

En el siguiente gráfico, se muestra la línea de tiempo de la suscripción de contrato y de las respectivas adendas:

Gráfico N° 18

Adendas suscritas al Contrato de Concesión Ferrocarril del Sur y Sur Oriente



Fuente: Contratos y Adendas del Contrato de Concesión Ferrocarril del Sur y Sur Oriente.

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR.

i) Adenda N°1: Incorpora bienes y equipos que fueron omitidos en el listado de bienes a ser entregados en concesión

La Adenda N° 1 fue suscrita el 10 de marzo del 2000, es decir siete (7) meses y veinte (20) días después de firmado el contrato de concesión. La causa que originó la suscripción de la adenda fue que, por un error involuntario al momento de confeccionar los listados de bienes, se omitió incorporar una serie de bienes (equipos ferroviarios, repuestos, entre otros) adquiridos por la Empresa Nacional de Ferrocarriles – ENAFER¹⁴⁹ con recursos del Banco Mundial, que debieron estar considerados por ser indispensables para el

¹⁴⁹ Empresa estatal que se dedicaba a la administración y gestión ferroviaria en el país antes que se diera esta concesión y la del Ferrocarril del Centro.

normal desarrollo de las operaciones ferroviarias. En esa medida, el objeto de la adenda fue completar el listado de bienes comprendidos en el Anexo N° 12 del contrato de concesión¹⁵⁰. A continuación, en la Tabla N° 13 se presentan los principales aspectos de la adenda.

Tabla N° 13

Adenda N° 1 al Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente

Problemática/Causa	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
A la fecha de cierre del proceso de concesión, la Comisión de Transferencia advierte que existen bienes que fueron omitidos en el listado de bienes a ser entregados al concesionario.	Incorporar bienes a la concesión	Se incorpora en el Anexo N° 12 del contrato de concesión los bienes omitidos.	<ul style="list-style-type: none"> - La suscripción de la adenda permite mejorar la operatividad de la concesión, debido a que el concesionario recibe bienes que no habían sido considerados. - La adenda corrige un error, por lo que no tiene impacto en el equilibrio económico financiero del proyecto, ni en la asignación de los riesgos.

Fuente: Contrato de Concesión y Adenda N° 1 del Ferrocarril Sur y Sur Oriente.

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR.

ii) Adenda N°2: Exonera del pago de tarifas por el uso de vías férreas a las unidades que transportan residuos sólidos

La Adenda N° 2 fue suscrita el 13 de enero de 2003, es decir tres (3) años cinco (5) meses y veintidós (22) días después de firmado el contrato de concesión. La causa que originó la adenda fue que la localidad de Aguas Calientes (cercana al Santuario Histórico de Machu Picchu) no tiene un área destinada a relleno sanitario¹⁵¹, lo cual genera un problema de

¹⁵⁰ Este anexo contiene la lista de activos entregados a la concesión.

¹⁵¹ Un relleno sanitario es un lugar destinado a la disposición final de desechos o basura.

contaminación. La única vía para el traslado de los residuos sólidos¹⁵² hacía el botadero de basura de San Antonio, en la ciudad de Cusco, es a través de la vía férrea.

En ese sentido, el objeto de la adenda fue modificar el numeral 7.1 de la Cláusula Séptima del Contrato de Concesión (Condiciones del Servicio de Transporte Ferroviario), a fin de exonerar del pago de la tarifa por el uso de vías a las unidades, de cualquier operador, destinadas exclusivamente al transporte de residuos sólidos en sus trayectos desde y hacia la localidad de Aguas Calientes, por cuenta de la Municipalidad Distrital de Machu Picchu, siempre y cuando el operador no cobre suma alguna por dicho servicio. En la Tabla N° 14, se describen los principales aspectos de la adenda:

Tabla N° 14

Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente

Problemática/Causa	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
La localidad de Aguas Calientes no tenía un área destinada para un relleno sanitario, siendo la vía férrea la única vía para el traslado de los residuos sólidos hacía el botadero de basura de San Antonio, en la ciudad de Cusco.	Exoneración del pago de tarifas	Se exonera del pago de tarifa por el uso de la vía férrea a las unidades de los operadores destinadas, exclusivamente, al transporte de residuos sólidos, en sus trayectos desde y hacia la localidad de Aguas Calientes.	<ul style="list-style-type: none"> - La suscripción de la adenda no generó impacto económico directo para el Estado puesto que no tiene que financiar los ingresos dejados de percibir por el operador. - Para el usuario y el concesionario genera mejores condiciones para la explotación del negocio, debido a la solución de un problema social (contaminación).

Fuente: Contrato de Concesión y Adenda N° 2 del Ferrocarril Sur y Sur Oriente

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR

¹⁵² Un residuo sólido urbano es aquel que se genera en las actividades desarrolladas en los núcleos urbanos o en sus zonas de influencia, como son los domicilios particulares, los comercios, las oficinas y los servicios.

iii) Adenda N°3: Amplía el plazo de la concesión a pedido del concesionario

La Adenda N° 3 se suscribió el 14 de octubre de 2003, es decir, cuatro (4) años y tres (3) meses después de firmado el contrato de concesión. La causa que originó la adenda fue la solicitud del concesionario para ampliar el plazo de la concesión por cinco (5) años adicionales, en virtud de lo dispuesto en la cláusula 4.2.1 del contrato, que establece que al cuarto año de la concesión, el concesionario tiene derecho a solicitar al concedente la aprobación de una ampliación de la concesión por el plazo antes indicado. Por tanto, el plazo de la concesión pasó de treinta (30) a treinta y cinco (35) años.

Cabe mencionar que la cláusula 4.2.2 del contrato también establece el derecho del concesionario de solicitar al concedente la ampliación del plazo de la concesión durante el noveno (9), decimocuarto (14), decimonoveno (19), vigésimo cuarto (24) y vigésimo noveno (29) años de la concesión, solicitando en cada oportunidad una ampliación de cinco (5) años, de forma tal que la vigencia de la concesión alcance un plazo total máximo de sesenta (60) años, de conformidad con lo previsto en el artículo 16° del TUO de Concesiones. A continuación, se describen los principales aspectos de la adenda:

Tabla N° 15**Adenda N° 3 al Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente**

Problemática/Causa	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
Al haberse cumplido cuatro (4) años de la concesión, el concesionario ejerció su derecho de solicitar la ampliación del plazo de la concesión por 5 años adicionales.	Ampliación de Plazo	Se modificó la cláusula 4.1 del contrato, ampliándose el plazo de la concesión de 30 años a 35 años.	<ul style="list-style-type: none"> - Esta modificación beneficia al concesionario, debido a que percibirá ganancias adicionales por el periodo de la ampliación, sin incurrir en un costo adicional. - Si bien no se puede medir el impacto de forma cuantitativa porque no se contó con el modelo económico financiero, se puede señalar que el Estado pudo haber recibido ingresos adicionales por la ampliación del plazo, es decir, pudo haber negociado una mayor retribución o mayores compromisos de inversión como retribución por la explotación de los activos estatales. Ello dependía de la capacidad de negociación del Estado, pues el contrato no restringía una negociación en ese sentido.

Fuente: Contrato de Concesión y Adenda N° 3 del Ferrocarril Sur y Sur Oriente

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR

iv) Adenda N°4: Precisa las responsabilidades del concesionario respecto de los operadores de transporte vinculados y no vinculados

La Adenda N° 4 fue suscrita el 23 de diciembre del 2010, esto es once (11) años y cinco (5) meses después de firmado el contrato de concesión. La causa que generó la suscripción de dicha adenda fue la emisión, por el Consejo Directivo de OSITRAN, de la Resolución N° 050-2008-CD/OSITRAN¹⁵³, que dispuso que el concesionario, en los procesos de subasta

¹⁵³ De fecha 29 de octubre de 2008.

por el acceso a la línea férrea, brinde un trato equitativo tanto a los operadores no vinculados como a su operador vinculado¹⁵⁴.

Ello, teniendo en cuenta que la citada resolución interpretó la cláusula 7.6 del contrato de concesión, en los siguientes términos:

- El inciso i) de la cláusula 7.6 únicamente permite la participación del operador vinculado en la subasta cuando este se encuentre ocupando el horario solicitado por un nuevo operador (no vinculado).
- El contrato no prohíbe que un operador vinculado al concesionario pueda ser postor en un concurso por horarios o frecuencias, respecto de los horarios en los cuales viene prestando el servicio de transporte.
- No se ha encontrado elementos que permitan concluir que la Circular N° 17 emitida en el proceso de promoción de la concesión que señale que la actividad del operador vinculado tenga carácter temporal o provisional.

En ese sentido, el concesionario presentó una solicitud al concedente para modificar las cláusulas 7.7 (Mantenimiento), 14.1 (Responsabilidad por la explotación de la concesión) y 23.3 (Modificación del Contrato); así como, los ítems 46 y 47 del numeral 2.2.1.2 del Anexo N° 2 (Área Matriz y Bienes de la Concesión), a fin de precisar sus responsabilidades respecto a los operadores de transporte vinculados y no vinculados, para no incurrir en incumplimientos. En la siguiente tabla, se presentan los principales aspectos de la adenda.

154 El operador vinculado es aquel que tiene una relación o vínculo con la empresa concesionaria.

Tabla N° 16

Adenda N° 4 al Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente

Problemática/Causa	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
<p>OSITRAN emitió la Resolución N° 050-2008-CD/OSITRAN, mediante la cual interpretó la cláusula 7.6 del contrato de concesión, disponiendo, además, que en los procesos de subasta por el acceso a la línea férrea, el concesionario brinde un trato equitativo tanto a los postores no vinculados como a su operador vinculado.</p> <p>Ello, motivó que el concesionario solicite modificar el contrato a fin de precisar sus responsabilidades respecto de los operadores de transporte vinculados y no vinculados.</p>	<p>Modificación de la responsabilidad solidaria del concesionario</p>	<p>- Se modificó la cláusula 7.7 del contrato a fin de excluir al concesionario de la responsabilidad solidaria cuando los operadores del servicio de transporte no vinculados con él, desarrollen actividades sin cumplir con las normas de seguridad.</p> <p>- Se modificó la cláusula 14.1 del contrato referida a la responsabilidad solidaria del concesionario frente al concedente por los daños y perjuicios que produjera su operador de servicio de transporte vinculado.</p> <p>- Estas modificaciones se realizaron en un contexto de participación de operadores no vinculados.</p>	<p>- La modificación de la cláusula 7.7 no permite que el concesionario asuma solidariamente la responsabilidad ante el concedente, OSITRAN o los que resulten perjudicados, por las actividades que realice el operador no vinculado sin cumplir con las normas de seguridad.</p> <p>- La modificación de la cláusula 14.1 si bien sincera la asignación de riesgos del concesionario respecto de terceros, y por ende, fomenta la competencia por la operación del transporte; generará que el Estado, en caso se produzcan incumplimientos por parte de los operadores (quienes alquilan las vías), no podrá exigir su cumplimiento al concesionario, lo cual podría crear ineficiencias en el cumplimiento de las normas de seguridad.</p>
	<p>Modificación sobre los requisitos para modificar el contrato, así como para la vigencia de las adendas</p>	<p>- Se modificó la cláusula 23.3 que regula la modificación contractual. El cambio dispuso que para la modificación contractual solo se requiere la opinión técnica de OSITRAN, en lugar de la opinión favorable.</p> <p>- Se modificó el requisito para la vigencia de las adendas. Así, se dispuso que solo es necesario que las adendas consten por escrito y hayan sido suscritas por representantes autorizados para su vigencia y no que se formalicen en escritura pública.</p>	<p>- La modificación facilita la expedición de la opinión del OSITRAN y la efectividad de las adendas.</p>
	<p>Actualización de la lista de bienes de la concesión</p>	<p>- Se excluye bienes de la concesión: Se modificó el Anexo N° 2 del contrato para precisar el área de terreno devuelta al concedente en el patio estación Puno y en el muelle Puno del Ferrocarril del Sur (Tramo Arequipa – Juliaca – Puno).</p>	<p>No afecta al Estado.</p>

Fuente: Contrato de Concesión y Adenda N° 4 del Ferrocarril Sur y Sur Oriente.

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR.

v) Adenda N°5: Incrementa la capacidad de los trenes locales por necesidad técnica operativa

La Adenda N° 5 fue suscrita el 26 de julio de 2013, esto es a los trece (13) años y siete (7) días de firmado el contrato de concesión. La causa que originó la suscripción de la adenda respondió a la necesidad técnica operativa de incrementar la capacidad de los trenes locales (incorporar más bodegas a los trenes), debido a que la demanda de la concesión (los pobladores usuarios del servicio de la zona de Machu Picchu) se vio incrementada de manera significativa y era necesario atender esta demanda insatisfecha.

Teniendo en cuenta dicha problemática, el concesionario solicitó al concedente que le haga entrega de dos bodegas correspondientes al ferrocarril Huancayo – Huancavelica, en calidad de bienes concesionados. Por tanto, el objeto de la adenda fue incorporar en el Anexo N° 03 del contrato, como bienes de la concesión, las Bodegas 3912 y 3923 pertenecientes al ferrocarril Huancayo – Huancavelica, a fin de que el Operador Ferroviario PERURAIL S.A. (operador vinculado al concesionario) pueda incrementar el servicio de equipaje del Tren Local del Ferrocarril del Sur Oriente. En la siguiente tabla se presentan los principales aspectos de la adenda:

Tabla N° 17**Adenda N° 5 al Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente**

Problemática/Causa	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
El incremento significativo de la demanda de transporte por parte de la población del distrito de Machu Picchu, generaba, la necesidad técnica operativa de incorporar más bodegas a los trenes.	Incorporación de bienes a la concesión	Incorporar dos bodegas, en calidad de bienes de la concesión, para atender la demanda insatisfecha.	<ul style="list-style-type: none"> - Para el concesionario y su operador vinculado, la modificación representa ganancias adicionales, producto de la atención de un volumen mayor de demanda; sin que se haya fijado algún mecanismo de compensación a favor del Estado. - Para el Estado, la adenda redujo las presiones sociales para contar con más trenes locales de carga; sin embargo, el haber entregado dos (2) bodegas al operador vinculado al concesionario podría generar reclamos de los otros operadores en el sentido que el Estado estaría alterando las condiciones de competencia entre ellos. - La modificación genera un impacto positivo en el usuario, pues la incorporación de las bodegas permite atender la demanda insatisfecha.

Fuente: Contrato de Concesión y Adenda N° 5 del Ferrocarril Sur y Sur Oriente.

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR.

b. Tramo Vial Urcos – Inambari del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil (IIRSA Sur – Tramo 2)

El contrato de concesión del proyecto IIRSA Sur – Tramo 2, fue suscrito el 4 de agosto del 2005, entre el Estado Peruano a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC y la Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 2 S.A., bajo la modalidad de concesión cofinanciada. Este proyecto tiene una vigencia de 25 años, bajo un esquema de Construcción, Operación y Financiamiento¹⁵⁵ (BOT por sus siglas en inglés), e implica la construcción, conservación y explotación del Tramo Urcos – Inambari, que tiene una longitud de 300 km., el cual, a su vez, incluye los siguientes tramos:

- Urcos – Ocongate (73.5 km)
- Ocongate – Marcapata (97.0 km)
- Marcapata – Quincemil (72.45 km)
- Quincemil – Inambari (57.05 km)

¹⁵⁵ En el esquema BOT la transferencia de actividades antes referidas no supone la transferencia de propiedad de la infraestructura que forma parte de los Sub Tramos de la Concesión, la misma que en todo momento mantiene su condición pública.

Figura N° 02
Corredor Vial Interoceánico Sur: Tramos 2, 3 y 4



Fuente: Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR

Las principales características del contrato analizado se presentan en la siguiente tabla:

Tabla N° 18
Principales características del Contrato de Concesión IIRSA Sur,
Tramo 2: Urcos - Inambari

Concedente	Estado Peruano a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC.
Concesionario	Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 2 S.A.
Factor de competencia	Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO) por US\$ 4,76 millones.
Modalidad de APP	Cofinanciada
Plazo de vigencia de la concesión	25 años
Fecha de suscripción	4 de agosto de 2005
Objeto de la Concesión	Construcción, Operación y Financiamiento (BOT) de la Infraestructura Vial del Servicio Público del Tramo Urcos – Inambari (300 km.).
Obras a ejecutar	<ul style="list-style-type: none"> - Construcción y Rehabilitación de plataformas, bermas y puentes - Construcción, reconstrucción y rehabilitación de sistemas de drenaje. - Obras de Estabilización y protección de talud superior. - Obras de Defensa ribereña y estabilización de talud inferior. - Mejoramiento de señalización y elementos de seguridad vial. - Construcción y equipamiento de nuevas unid. De peaje y estaciones de pesaje. - Implementación y equipamiento para la prestación de los servicios
Compromiso de inversión	Inversión de US\$ 654 millones (incluye IGV)
Garantías a favor del Concedente	Garantías de Fiel Cumplimiento
Garantías a favor del Concesionario	Garantía a Acreedores Permitidos
PAO	US\$ 31,86 millones
Número de Adendas	Ocho (08)
Regulador	OSITRAN
Supervisor	OSITRAN / Consorcio Vial Sur
Supervisor de obra	Consorcio Supervisor Vial Sur Alpha Consult – LAGESA – Serconsult

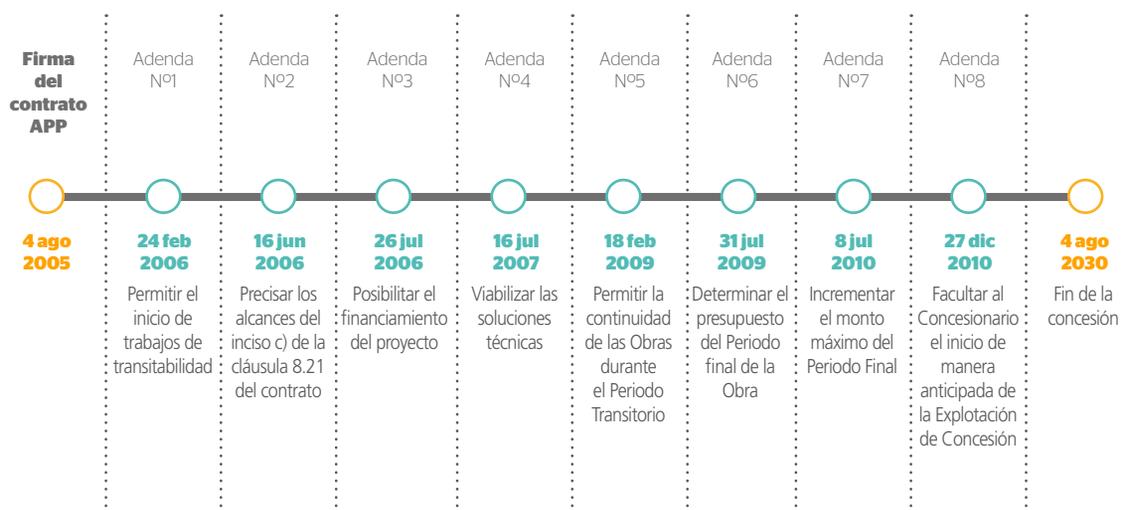
Fuente: Contrato de Concesión y Adendas de IIRSA Sur, Tramo 2: Urcos – Inambari.

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR.

Desde la suscripción del contrato de concesión, en agosto del 2005, éste ha sufrido ocho (8) modificaciones. La cronología de las mismas, se presenta en la siguiente línea de tiempo:

Gráfico N° 19

Adendas suscritas al Contrato de Concesión IIRSA Sur, tramo 2: Urcos - Inambari



Fuente: Contrato de Concesión y Adendas de IIRSA Sur, Tramo 2: Urcos – Inambari.

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR.

i) Adenda N°1: Permite el inicio de actividades para garantizar la transitabilidad del tramo antes de la fecha de vigencia de las obligaciones por parte del concesionario

La Adenda N° 1 fue suscrita el 24 de febrero de 2006, es decir seis (6) meses y cuatro (4) días después de firmado el contrato de concesión. La causa que originó la adenda fue que a pesar que no se había cumplido la fecha para que el concesionario inicie su obligación de mantener la transitabilidad¹⁵⁶ del tramo, de acuerdo a lo estipulado en el contrato¹⁵⁷, el concedente le solicitó anticipar dicha obligación, por lo que le pidió realizar actividades para garantizar dicha transitabilidad, debido a que el tramo no contaba con las condiciones mínimas de seguridad vial, lo que incrementaba el tiempo de viaje de los usuarios. Estas actividades fueron:

- Labores de mantenimiento de transitabilidad, a partir del 8 de setiembre de 2005, con arreglo a lo establecido en la Sección V del contrato.
- Elaboración de los estudios definitivos de ingeniería e impacto ambiental, a partir del 29 de setiembre de 2005, de acuerdo a lo estipulado en la cláusula 6.4 de la Sección VI, en la cláusula 11.5 de la Sección XI, y el Anexo VIII del contrato.
- Las actividades preparatorias a las que se refiere la Sección VI, numeral 6.1 y el Anexo XI del contrato, a partir del 14 de octubre de 2005.

156 El concepto de transitabilidad en el Perú, define una situación de disponibilidad de uso del camino. Denota que un camino específico está disponible para su uso, es decir, que no ha sido cerrado al tránsito público por causas de emergencias viales que lo hubieran cortado en algún o en algunos lugares del recorrido, como consecuencia de deterioros mayores causados, por ejemplo, por fuerzas de la naturaleza, tales como deslizamientos de materiales saturados de agua (huaycos), desprendimiento de rocas, pérdidas de la plataforma de camino, erosiones causadas por ríos, caídas de puentes, etc. (Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Manual para la Conservación de Caminos de Bajo Volumen de Tránsito, p. 8. En: http://www.mtc.gob.pe/portal/transportes/caminos_ferro/manual/Manuales_Conservacion_BVT/Tomo%20I/Tomo%20I-MTC.pdf.)

157 El inciso c) de la cláusula 8.21 del contrato de concesión estipula que el concesionario deberá mantener la transitabilidad en todo el tramo, desde la fecha de vigencia de las obligaciones hasta la fecha de culminación de la etapa de construcción de obras. Cabe señalar que la fecha de inicio de la vigencia de las obligaciones estaba programada para realizarse el 04 de febrero del 2006.

Teniendo en cuenta que el concesionario accedió a adelantar la obligación de mantener la transitabilidad del tramo, se generó la obligación a cargo del concedente de pagar al concesionario la indemnización correspondiente por los costos incurridos en dichas actividades.

Tabla N° 19

Adenda N° 1 al Contrato de Concesión IIRSA Sur, Tramo 2: Urcos - Inambari

Problemática/Causa	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
A pesar de que no se había cumplido la fecha para que el concesionario inicie su obligación de mantener la transitabilidad del tramo, el concedente le solicitó anticipar dicha obligación, por lo que le pidió realizar actividades para garantizar dicha transitabilidad, debido a que el tramo no contaba con las condiciones mínimas de seguridad vial, lo que incrementaba el tiempo de viaje de los usuarios.	Anticipar el inicio de obligaciones contractuales.	Las partes acordaron reconocer que se han iniciado actividades con anterioridad a la fecha de vigencia de las obligaciones, para garantizar la transitabilidad del tramo.	<p>La realización anticipada de actividades para garantizar la transitabilidad del tramo tuvieron los siguientes efectos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Permitieron tener una vía disponible para su uso, debido a que en ese entonces la vía entre Urcos e Inambari no estaba asfaltada, por lo que era de difícil tránsito. Con las actividades de mantenimiento se produjo un ahorro en tiempo de viaje y costos operativos para pasajeros y transportistas. • El concesionario tuvo un manejo más eficiente de sus recursos porque no sólo adelantó el desarrollo de los estudios definitivos y las labores preparatorias de las obras (movilización de equipo, maquinaria y recursos humanos y materiales), sino que recibió con anticipación el pago trimestral por concepto de transitabilidad. • El adelanto de la transitabilidad permitió al Estado solucionar un requerimiento de los alcaldes y la población que viven en las localidades de la zona de influencia del proyecto, mitigando la presión social. • La adenda generó impacto sobre los montos que el concedente debía asumir por la concesión y en los usuarios de vehículos distintos a los ligeros.
	Pago de indemnización	Se reconoce al concesionario el derecho a ser indemnizado, como consecuencia de haber accedido a anticipar el inicio de actividades con anterioridad a la fecha de vigencia de las obligaciones.	

Fuente: Contrato de Concesión y Adenda N° 1 de IIRSA Sur, Tramo 2: Urcos – Inambari.

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR.

De acuerdo con la normatividad vigente¹⁵⁸, las modificaciones contractuales deben garantizar las condiciones económicas y técnicas, así como el equilibrio económico financiero. Por ello, de la revisión del contrato se analizó el impacto de la modificación con y sin adenda, tal como se puede apreciar en la siguiente tabla:

Tabla N° 20
Impacto en el Equilibrio Económico - Financiero

Rentabilidad para los Accionistas	Sin Adenda US\$ Millones	Con Adenda US\$ Millones
Tasa Interna de Retorno (TIR)	14.88%	14.88%
Valor Actual Neto (VAN) (TD 8%)	US\$ 10,329	US\$ 10,326
Rentabilidad para los Accionistas	Sin Adenda US\$ Millones	Con Adenda US\$ Millones
Tasa Interna de Retorno (TIR)	8.01%	8.01%
Valor Actual Neto (VAN) (TD 10%)	US\$ 0,194	US\$ 0,187

Fuente: Contrato de concesión y adendas de IIRSA Sur, Tramo 2: Urcos – Inambari.

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR.

De la tabla se observa que no existe una alteración de la tasa interna de retorno – TIR – del accionista (se mantiene en 14.88%) y del proyecto (se mantiene en 8.01%). En el caso del valor anual neto (VAN) del accionista y del proyecto, se experimenta una variación no significativa. En el primer caso varía de US\$ 10,329 a US\$ 10,326 y en el segundo caso varía de US\$ 0,194 a US\$ 0,187, por lo que se mantiene el equilibrio económico – financiero.

Al respecto, debemos señalar que si bien el pago del concedente por la transitabilidad es a contraprestación del servicio, cuya calidad debe ser garantizada por el supervisor del contrato (OSITRAN), la adenda modificó las condiciones originales bajo las cuales se consideraba que existía transitabilidad y se calculaba su pago a favor del concesionario.

158 Decreto Legislativo N° 758, Artículo 25° y 26°, y Decreto Supremo 060-96-PCM, Artículo 32° y 33°

En efecto, conforme al contrato original, existía transitabilidad si “todo tipo de vehículo” pudiera desplazarse sin restricción alguna en todo el tramo, y se pagaba por utilización de recursos por semestre realmente utilizados; mientras que bajo la adenda sólo se requería que pudiera transitar “un vehículo ligero” y se estableció una obligación de pago semestral midiendo niveles de servicio del paso de un vehículo ligero, a efectos de dar la conformidad y pagar el semestre. Por tanto, las condiciones para medir la transitabilidad fueron rebajadas, sin que por ello se haya reducido el monto a pagar por dicha “transitabilidad”; lo que, a su vez, no aseguraba mejores condiciones de la vía en favor del usuario que transitaba con vehículos pesados.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que técnicamente los niveles de servicio solo deben ser aplicados para infraestructura concluida, no para una trocha, como era la condición de esa vía en ese entonces.

Asimismo, a raíz del adelanto del plazo para exigir el cumplimiento de la transitabilidad, el Estado pagó dos semestres más, un monto adicional por cada semestre, por un total aproximado de US\$ 2,5 millones.

ii) Adenda N°2: Busca precisar que el índice de transitabilidad está referido a todo tipo de vehículo que circule en el tramo vial

La Adenda N° 2 fue suscrita el 16 de junio de 2006, es decir, a los diez (10) meses y doce (12) días de firmado el contrato de concesión. La causa que originó la suscripción de la adenda fue que el OSITRAN advirtió que la Contraloría General de la República observó el índice de transitabilidad¹⁵⁹ establecido en el primer párrafo del literal c) de la cláusula 8.21 del contrato, modificado por la Adenda N°1, que establecía: “(...) Para tal efecto, se entenderá que existe transitabilidad cuando un vehículo ligero pueda desplazarse por todo el tramo sin restricción alguna y a los 12 meses alcance como niveles de servicio las velocidades medias durante toda la etapa de construcción”; por lo que dicha redacción excluía a otro tipo de

159 De acuerdo a lo señalado en el numeral 25 del informe N 14-06-GRE-GAL-OSITRAN

vehículos no ligeros. Asimismo, no se preveía como nivel de servicio para el pago de la transitabilidad las velocidades medias durante la primera etapa de construcción de obras conforme a lo establecido en el Plan de Transitabilidad.

En esa medida, el objeto de la Adenda N° 2 fue aclarar la redacción del primer párrafo del literal c) de la cláusula 8.21 del contrato de concesión, modificado por la Adenda N° 1, en los siguientes términos "(...) Para tal efecto, se entenderá que existe transitabilidad, cuando todo tipo de vehículo pueda desplazarse por todo el tramo sin restricción alguna y a los 12 meses alcance, como niveles de servicio, las velocidades medias durante toda la etapa de construcción, conforme está establecido en el Plan de Transitabilidad". Cabe indicar que el plan de transitabilidad lo aprueba el concedente. En la siguiente tabla, se señalan los aspectos más relevantes de la adenda.

Tabla N° 21
Adenda N° 2 al Contrato de Concesión IIRSA Sur, Tramo 2:
Urcos - Puente Inambari

Problemática/Causa	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
Conforme señaló OSITRAN en su informe N° 014-06-GRE-GAL-OSITRAN, la Contraloría General de la República observó el índice de transitabilidad establecido en el primer párrafo del literal c) de la cláusula 8.21 del contrato de concesión, modificado por la Adenda N° 1, al advertir que la redacción de dicho párrafo podría estar excluyendo a otros tipos de vehículos no ligeros. Asimismo, no se preveía como nivel de servicio para el pago de la transitabilidad las velocidades medias durante la primera etapa de construcción de obras, conforme al Plan de Transitabilidad	Condición de Transitabilidad	Se modifica el primer párrafo del literal c) de la cláusula 8.21 del contrato de concesión, modificado por la Adenda N°1.	La Adenda N° 2 aclara los términos convenidos por las partes en la Adenda N° 1 y evita interpretaciones indebidas, lo cual no cambia las condiciones técnicas económicas del contrato, ni la asignación de los riesgos acordados.

Fuente: Contrato de Concesión y Adenda N° 2 de IIRSA Sur, Tramo 2.

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR.

iii) Adenda N°3: Adecua el contrato de concesión al sistema Certificado de Reconocimiento del Pago Anual por Obras (CRPAO) para que el proyecto pueda ser bancable.

La Adenda N° 3 fue suscrita el 26 de julio del 2006, esto es a los once (11) meses y veintidos (22) días de firmado el contrato de concesión. La causa

que originó la suscripción de la adenda fue la ausencia de un instrumento que permita el financiamiento del proyecto, lo cual ponía en riesgo la bancabilidad¹⁶⁰ del mismo.

Por ello, el objeto de la Adenda N° 2 fue adecuar el contrato de concesión al sistema Certificado de Reconocimiento del Pago Anual por Obras (CRPAO) para hacerlo bancable o financiable. En esa medida, se modificó el literal a) de la cláusula 8.21 del contrato, que regula el Pago Anual por Obras (PAO) para retribuir las inversiones que realizará el concesionario¹⁶¹, estableciéndose una cuota anual por este concepto ascendente a US\$ 31,86 millones, por un plazo de quince (15) años de la concesión, correspondiente a la etapa de construcción, a partir de la verificación de los plazos señalados en los literales e), g), e i) de la cláusula 8.23 del contrato.

De igual manera, se modificó la cláusula 1.6 del contrato de concesión, a fin de modificar e incorporar conceptos que resultaban necesarios para la implementación adecuada del Certificado de Reconocimiento del Pago Anual por Obras. Estos son:

- Se modificó el concepto de acreedor permitido: se señala que podrán ser acreedores permitidos i) cualquier institución multilateral de crédito de la cual el Estado peruano sea miembro, ii) cualquier institución o cualquier agencia gubernamental de cualquier país con el cual el Estado

160 Bancable es cualquier operación susceptible de ser canalizada a través de una institución bancaria o financiera (Enciclopedia de Economía, disponible en: <http://www.economia48.com/spa/d/bancable/bancable.htm>).

161 Cabe señalar que para que se haga efectivo el Pago Anual por Obras (PAO), primero el OSITRAN debe de supervisar la ejecución efectiva de las obras de construcción y emitir el respectivo Certificado de Avance de Obras (CAO), de ser el caso. Luego, en base al CAO emitido, el Concedente emite un Certificado de Reconocimiento de Derechos sobre el PAO (CRPAO), el cual certifica y acredita la obligación (general, incondicional e irrevocable) del Concedente de pagar el monto establecido en dicho certificado por concepto de PAOCAO (es la parte del PAO reconocido por el CAO). Debido a que los CRPAO representan una obligación por parte del Concedente, el Concesionario puede utilizarlos como garantía para solicitar financiamiento en el mercado financiero (ZEVALLLOS, Juan Carlos, La Regulación de la Infraestructura de Transporte en el Perú: Lecciones y Agenda Pendiente. En: Revista de Regulación en Infraestructura de Transportes, Año 1 - Volumen 1, OSITRAN, Julio - 2008 p.26.)

peruano mantenga relaciones diplomáticas, iii) cualquier institución financiera aprobada por el Estado y designada como banco extranjero de primera categoría de acuerdo a la Circular N° 01-2004-EF-90, emitida por el Banco Central de Reserva del Perú, o cualquier otra circular que la modifique, y adicionalmente las que la sustituyan, iv) cualquier otra institución financiera internacional aprobada por el concedente que tenga la clasificación de riesgo no menor a “A”, evaluada por una entidad de reconocido prestigio aceptada por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas de Valores – CONASEV (actualmente Superintendencia de Mercados y Valores), v) cualquier institución financiera aprobada por el concedente, vi) todos los inversionistas institucionales nacionales o internacionales que adquieran directa o indirectamente cualquier tipo de valor mobiliario emitido por el concesionario, o vii) cualquier patrimonio fideicometido o sociedad titulizadora, constituida en el Perú o en el extranjero.

- Se incorporó a la cláusula 1.6 del contrato las siguientes definiciones:
 - › **Certificado de Avance de Obra – CAO:** a través de este certificado el regulador otorga su conformidad al avance de las obras ejecutadas por el concesionario materia de certificación. El concedente al recepcionar el CAO del regulador, se obliga a la emisión del Certificado de Reconocimiento del pago anual por obras.
 - › **PAOCAO:** es el monto resultante de aplicar el porcentaje reconocido en el Certificado de Avance de Obra (CAO) al monto del Pago Anual por Obras (PAO) correspondiente a cada etapa, reajustado conforme al literal m) de la cláusula 8.23 y la cláusula 8.35 del contrato, dividido entre dos. El PAOCAO se encuentra representado en los Certificados de Reconocimiento del Pago Anual por Obras (CRPAOs) y será pagado en las fechas establecidas en dichos documentos.
 - › **Hito:** es el conjunto de avances de obra en las subpartidas del Programa de Ejecución de Obras cuya sumatoria resulte en un monto no menor al capital de trabajo previsto en el numeral 3, del anexo XI del contrato.

› **Titulares de los Certificados de Reconocimiento del Pago Anual por Obras – CRPAO:** son las personas naturales o jurídicas titulares de los derechos al cobro del PAOCAO representados en el CRPAO.

Tabla N° 22

Adenda N° 3 al Contrato de Concesión IIRSA Sur, Tramo 2:
Urcos - Puente Inambari

Problemática/Causa	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
La ausencia de un instrumento que permita el financiamiento del proyecto ponía en riesgo la bancabilidad del mismo.	Financiamiento	<p>- Se incorporó el Certificado de Reconocimiento de Derechos sobre el Pago Anual por Obras (CRPAO), como instrumento para el financiamiento del proyecto.</p> <p>Se modificó el literal a) de la cláusula 8.21 del contrato, que regula el Pago Anual por Obras (PAO) para retribuir las inversiones que realizará el concesionario.</p>	<p>- El Certificado de Reconocimiento de Derechos sobre el Pago Anual por Obras</p> <p>- CRPAO mejoró la bancabilidad del proyecto y por ende un mayor acceso a financiamiento, debido a que genera una mejor calificación del riesgo.</p> <p>- El CRPAO generó para los Supervisores, una carga de labores inicialmente no prevista, generando documentación excesiva y un mayor requerimiento de recursos para realizar la supervisión.</p>
	Modificación e incorporación de definiciones	<p>- Se modificó la cláusula 1.6 del contrato de concesión para modificar e incorporar conceptos que resultaban necesarios para la implementación adecuada del CRPAO.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Se modificó el concepto de acreedor permitido • Se incorporaron las siguientes definiciones: Certificado por Avance de Obra (CAO), PAOCAO, hito y titulares de los CRPAO. 	<p>- El CRPAO afectó las variables consideradas en el modelo de negocio original, por lo que se alteró las condiciones previstas en el contrato inicial.</p> <p>- El cambio en el mecanismo de pago del cofinanciamiento a favor del concesionario en función a cada hito constructivo alteró las condiciones originalmente previstas, adelantando el plazo para que el concesionario pueda acceder a los recursos del cofinanciamiento, como si se tratara de una obra pública, donde el Estado debe pagar en plazos cortos al contratista; y cuya naturaleza es distinta a una APP.</p>

Fuente: Contrato de Concesión y Adenda N° 3 de IIRSA Sur, Tramo 2: Urcos – Puente Inambari | **Elaboración:** Departamento de Estudios – CGR

iv) Adenda N°4: Precisa la base sobre la cual se determinará las variaciones de metrados

La Adenda N° 4 fue suscrita el 16 de julio de 2007, esto es un (1) año, once (11) meses y doce (12) días después de firmado el contrato de concesión. La causa que originó la suscripción de la adenda fue que en la versión original del contrato de concesión, el Pago Anual por Obras (PAO) se encontraba asociado a las obras establecidas en el Proyecto Referencial¹⁶². Sin embargo, las modificaciones al diseño del contrato incorporadas por el postor, referidas a introducir el concepto de variaciones de metrados conllevaron a que el monto de inversión inicial sufriera variaciones respecto al presentado en el expediente técnico original. Ello hacía difícil prever los procesos de control de avance financiero de las obras e incidía en la operatividad del contrato. Por tanto, era necesario que el mecanismo de reconocimiento y compensación de diferencias en metrados tenga como base el expediente técnico.

Debido a ello, el concesionario solicitó la modificación de la cláusula 6.4.A del contrato referida al “Mecanismo de reconocimiento y compensación de diferencias de metrados del Expediente Técnico de Ejecución de Obras (Mecanismos de reajuste de metrados)”. En ese sentido, el objeto de la Adenda N° 2 fue modificar la citada cláusula en los siguientes aspectos:

- La cláusula 6.4.A estipulaba que el mecanismo de reconocimiento y compensación de diferencias en metrados tenía como base al proyecto referencial, por lo que se modificó para que tenga como base el Expediente Técnico¹⁶³.
- Asimismo, se precisa que para los propósitos de la cláusula 6.4.A debe entenderse que los metrados de las sub – partidas del expediente técnico que pueden variar durante la ejecución de las obras, sólo corresponden a los metrados de las sub – partidas del proyecto

162 El Proyecto Referencial son los estudios técnicos elaborados y aprobados por las entidades competentes para el tramo objeto del concurso.

163 El expediente técnico está compuesto por los metrados de las sub – partidas del Proyecto Referencial menos los metrados de las sub – partidas sustituidas por las Obras Alternativas, más las obras alternativas cuyos metrados son a suma alzada.

referencial que no fueron sustituidos por las obras alternativas¹⁶⁴ aprobadas por PROINVERSIÓN.

Estas modificaciones al contrato terminan precisando que las variaciones de metrados solo pueden ser valorizadas respecto del valor del proyecto referencial que representa solo 52% del valor de la inversión y no del 100% de la inversión.

164 Las obras alternativas están relacionadas a los cambios de trazo, cambios de la estructura del pavimento y clasificación del suelo a lo largo del tramo.

Tabla N° 23

**Adenda N° 4 al Contrato de Concesión IIRSA Sur, Tramo 2:
Urcos - Puente Inambari**

Problemática/Causa	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
<p>Las modificaciones al diseño incorporadas por el postor, alteraron el monto de inversión inicial contemplado en el Proyecto Referencial, al que estaba asociado el Pago Anual por Obras (PAO). Esto benefició al concedente por cuanto redujo en 48% del valor de la inversión sujeto a variaciones de metrados, variaciones planteadas a suma alzada, quedando el saldo como Proyecto Referencial sujeto a variaciones, lo cual hacía dificultoso prever los procesos de control de avance financiero de la ejecución de las obra e incidía en la operatividad del desarrollo del contrato.</p>	<p>Mecanismo de reconocimiento y compensación de diferencias en metrados</p>	<p>Se modificó la cláusula 6.4.A del contrato, referida al Mecanismo de reconocimiento y compensación de diferencias de metrados del expediente técnico de ejecución de obras.</p>	<p>La adenda, sólo precisa la base para determinar las variaciones de metrados, variable que no altera el equilibrio económico – financiero del contrato, por tanto el concedente y el concesionario no se ven afectados.</p>
		<p>Se especificó, que para los propósitos de la cláusula 6.4.A debe entenderse que los metrados de las sub – partidas del expediente técnico que pueden variar durante la ejecución de las obras, sólo corresponden a los metrados de las sub – partidas del proyecto referencial que no fueron sustituidos por las obras alternativas aprobadas por PROINVERSIÓN.</p>	<p>La Adenda significó un reconocimiento de Gastos Generales y Utilidad del 55%. Si la variación tuvo un tratamiento de obra adicional sobre el reconocimiento; los gastos generales y utilidad debieron ser menores que el establecido en el presupuesto referencial. Bajo el mecanismo de obra pública, los gastos generales de las obras adicionales son menores porque ya hay costos hundidos. Sin embargo, en el caso bajo análisis esos costos excedieron ampliamente los costos del mercado. Adicionalmente, dichos costos fueron pagados por el Concedente de manera directa, como si fuera obra pública; cuando lo ideal hubiera sido comprometer más los recursos del concesionario con cargo de pagos futuros.</p>

Fuente: Contrato de Concesión y Adenda N° 4 de IIRSA Sur, Tramo 2: Urcos – Puente Inambari. | **Elaboración:** Departamento de Estudios – CGR.

v) Adenda N°5: Incorpora definiciones y cláusulas para el reconocimiento de los costos y gastos generados por encima de la inversión máxima

La Adenda N° 5 fue suscrita el 18 de febrero de 2009, es decir tres (3) años, seis (6) meses y catorce (14) días después de firmado el contrato

de concesión. La causa que originó la suscripción del contrato fue que al tercer trimestre del 2008 el presupuesto referencial del proyecto¹⁶⁵ y la inversión máxima vinculada al Pago Anual por Obras (PAO) prevista en el contrato, se habían extinguido. No obstante, se siguieron ejecutando obras por encima de dicha inversión máxima, además estaba pendiente la ejecución de obras por un monto adicional aproximado de US\$ 196,68 millones (con IGTV)¹⁶⁶. Por tanto, era necesario garantizar la continuidad de tales obras durante el periodo transitorio comprendido entre el cuarto trimestre del 2008 y el primer trimestre del 2009.

Si bien la cláusula 6.4.A. del contrato contiene disposiciones que permiten atender las variaciones de metrados del proyecto referencial vinculados al Pago Anual por Obras (PAO), estableciendo además un mecanismo de ajuste, este ajuste no puede exceder del 10% de la inversión máxima vinculada al PAO. Sin embargo, las obras pendientes de ejecución (mayores metrados) representaban un 75% adicional del presupuesto referencial, lo cual excedía el límite del 10%. Ello generó un riesgo en la continuidad del proyecto al existir obras por ejecutar que requerían de financiamiento para su culminación, debido a que en el contrato no se había previsto el alto volumen de variaciones de metrados.

Teniendo en cuenta la situación descrita se emitió el Decreto de Urgencia N° 045-2008¹⁶⁷, que dispuso “Medidas económico financieras para garantizar la continuación de las obras del Tramo 2 del Corredor Vial Interoceánico Sur Perú Brasil IIRSA SUR, así como la asignación de recursos

165 El presupuesto referencial era de US\$ 263,06 millones (sin IGTV) y fue elaborado sobre la base del estudio de factibilidad.

166 Monto aproximado considerando los valores del 2004.

167 Publicado el 15 de noviembre de 2008. Este Decreto Urgencia señala en su parte considerativa: “(...) Que, de acuerdo a lo informado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, es necesario atender los costos y gastos generados por encima de la inversión máxima contemplada en el Contrato de Concesión, incluida la supervisión, durante los meses de octubre, noviembre y diciembre del presente Año Fiscal hasta por la suma de S/. 160 000 000,00 (Ciento Sesenta Millones y 00/100 Nuevos Soles); Que, la paralización de las obras ocasionaría perjuicios económicos irreparables para el Estado derivados del riesgo de pérdida de la inversión realizada en sectores críticos de las obras, como consecuencia de la estacionalidad del periodo pluvial, sin perjuicio de los conflictos sociales en la zona de influencia del proyecto, que podrían suscitarse de no continuar con la ejecución de las obras del mencionado Tramo 2;(...)”

para garantizar su continuación". En ese sentido, la Adenda N° 5 tuvo por objeto lo siguiente:

- Establecer y regular los aspectos necesarios para cumplir con los alcances del Decreto de Urgencia N° 045-2008, mediante el cual se autorizó al concedente a determinar y atender los costos y gastos generados por encima de la inversión máxima.
- Acordar que el concesionario continuó y continuará con la ejecución de las obras de conformidad con los términos establecidos en la adenda.
- En el marco de lo dispuesto en la Ley N° 29309, el concedente adoptará una decisión definitiva sobre la continuación de la obra a cargo del concesionario, para lo cual tomará la oferta que éste le presentó. Dicha decisión debió ser comunicada por el concedente al concesionario el 28 de febrero de 2009.
- Modificar la cláusula 16.11, literal b), acápite ii) referido a la adecuación de los plazos establecidos en el Contrato, conforme al Reglamento Procesal del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

En base a estos objetivos se estableció una metodología para proceder al cierre de los metrados vinculados al pago anual por obras, de tal forma que se cuantifique los pagos no abonados al concesionario y se adopte la decisión de continuar la ejecución de la obra en el marco del contrato.

Tabla N° 24

**Adenda N° 5 al Contrato de Concesión IIRSA Sur, Tramo 2:
Urcos - Puente Inambari**

Problemática/Causa	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
<p>Al tercer trimestre del 2008, el presupuesto referencial del proyecto y la inversión máxima vinculada al Pago Anual por Obras (PAO) establecido en el contrato, se habían extinguido; sin embargo, se siguieron ejecutando obras por encima de dicha inversión máxima, además estaba pendiente la ejecución de obras por un monto adicional aproximado de US\$ 196,68 millones (con IGV). Por tanto, era necesario garantizar la continuidad de tales obras durante el periodo transitorio comprendido entre el cuarto trimestre del 2008 y el primer trimestre del 2009.</p> <p>Ello representaba 75% adicional respecto al presupuesto referencial, lo cual excedía el límite del 10% de inversión máxima adicional permitida en el contrato.</p>	Incorporación de definiciones	<p>Se incorporaron al contrato nuevas definiciones, como:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Valorización por período transitorio • Inversión máxima • Inversión vinculada al Pago Anual por Obras Contractual (PAOC) • Programa de Ejecución de Obras del Periodo Transitorio (PEOT) • Periodo Transitorio • Régimen Económico Transitorio 	<p>Para el concedente, desde el punto de vista financiero, la adenda significó considerar un mecanismo que le permita determinar el presupuesto adicional de inversión para el periodo transitorio de Enero a Marzo del 2009, cuyos avances se pagarían en efectivo. En tanto que las obligaciones de inversión vinculadas al PAO constituían pagos diferidos. Sin embargo, el pago en efectivo, y no diferido no se condice con la naturaleza de una APP, sino que lo distorsiona al semejarlo a una obra pública</p> <p>Garantizar la sostenibilidad y culminación a tiempo del Tramo 2 tiene para los habitantes de las localidades que se encuentran en la zona de influencia del proyecto (Cuzco, Madre de Dios, Apurímac, Puno), diferentes beneficios:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Contribuye al crecimiento y desarrollo de la economía regional. • Contribuye a un incremento de la eficiencia en tiempo y costos de transporte, lo que a su vez incide en el incremento de los flujos de comercio, empleo y turismo entre y dentro las regiones cercanas al proyecto. • Menores costos de transporte contribuirían a abaratar la adquisición de los insumos, propiciando las condiciones de una mayor competitividad, producción y empleo en las regiones involucradas.
	Incorporación de nuevas cláusulas	<p>Se incorporaron aspectos necesarios para cumplir con lo dispuesto en el Decreto de Urgencia N° 045-2008.</p> <p>Se incorporaron al contrato las siguientes cláusulas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cláusula quinta.- Determinación de las obras de construcción vinculadas al Pago Anual por Obras Contractual. • Cláusula sexta.- Etapas y emisión del último CAO vinculado al Pago Anual por Obras Contractual. • Cláusula séptima.- Inicio del régimen económico transitorio. • Cláusula octava.- Programa de ejecución de obras del periodo transitorio (PEOT). • Entre otras cláusulas. 	
	Modificación del plazo para acudir a arbitraje	<p>Se modificó el acápite segundo del literal b) de la cláusula 16.11 del contrato de concesión, a fin de adecuar los plazos establecidos en el contrato de acuerdo con el Reglamento Procesal del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.</p>	

Fuente: Contrato de Concesión y Adenda N° 5 de IIRSA Sur, Tramo 2: Urcos – Puente Inambari | **Elaboración:** Departamento de Estudios – CGR

vi) Adendas N°6 y N°7: Define las condiciones y los procedimientos que debían regir el desarrollo y culminación de los saldos de obra para efectuar los pagos no abonados al concesionario

La Adenda N° 6 se suscribió el 31 de julio del 2009, es decir, tres (3) años, once (11) meses y veintisiete (27) días posteriores a la firma del contrato de concesión. La causa que originó la suscripción de la adenda fue que luego de vencido el periodo transitorio establecido en la Adenda N° 5 (cuarto trimestre del 2008 y primer trimestre del 2009), quedaron pendientes de ejecutar algunas obras (saldo de obra)¹⁶⁸. Asimismo, era necesario que el concedente libere las áreas para la construcción de las obras, hecho que generó demoras en el saneamiento de los predios, produciéndose el incumplimiento de plazos contractuales.

Cabe señalar que el concesionario manifestó su predisposición para ejecutar los saldos de obra y el concedente tenía la voluntad de extender las prestaciones del concesionario para ejecutar dichos saldos, por lo que, era necesario establecer las condiciones y los procedimientos que debían regir el desarrollo y culminación de las obras. En ese sentido, la Adenda N° 6 tuvo como objeto:

- Acordar que el concesionario continuaría con la ejecución de las obras que quedaron pendientes al término del periodo transitorio. Asimismo, el concedente se obliga a pagar la contraprestación por la ejecución de las obras que hubiese ejecutado el concesionario al término del periodo transitorio.

¹⁶⁸ Cabe señalar que Artículo 3° de la Ley 29309 que establece 90 días a partir de su promulgación para decidir la modalidad de ejecución bajo la cual se continuará y culminará las obras de los Tramos 2, 3 y 4 del proyecto IIRSA SUR , al haberse sido declaradas de necesidad pública e interés nacional.

- Establecer las reglas que serían aplicables a las obras que se ejecutarían durante el periodo final¹⁶⁹ hasta su culminación, que sería el 31 de diciembre de 2010.
- Establecer un mecanismo para liberar los predios afectados por la construcción, incluyendo la reposición de las viviendas afectadas.
- Determinar un presupuesto y las condiciones para mantener la transitabilidad en el periodo final.
- Modificar las siguientes cláusulas contrato de concesión: i) Cláusula 6.4.A.2 sobre variaciones de metrados, ii) Cláusula 6.4.A.5 sobre la ejecución de subpartidas no consideradas en el Expediente Técnico, iii) Cláusula 6.39 sobre el monto de las obras adicionales asumidas por el concesionario.

169 El periodo final es el periodo durante el cual el concesionario ejecutará obras una vez concluido el periodo transitorio. Este periodo final comprendió hasta el 31 diciembre de 2010, e implicó la ejecución de obras por parte del concesionario, de acuerdo al Proyecto de Ingeniería Definitivo (PID) y los expedientes de variaciones de metrados aprobados.

Tabla N° 25

Adenda N° 6 al Contrato de Concesión IIRSA – Sur, Tramo 2: Urcos – Inambari

Problemática/Causa	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
Una vez vencido el periodo transitorio, era necesario definir las condiciones y los procedimientos que debían regir el desarrollo y culminación de los saldos de obra, e incorporar mecanismos para liberar los predios afectados por la construcción de las obras, incluyendo la reposición de las viviendas afectadas.	Ejecución de Obras	<p>Se establecieron reglas que serán aplicables a las obras que se ejecutarán durante el periodo final y hasta su culminación.</p> <p>Se estableció un mecanismo para liberar los predios afectados por la construcción de las obras, incluyendo la reposición de las viviendas afectadas.</p> <p>Se determinó un presupuesto y las condiciones para mantener la transitabilidad en el periodo final.</p> <p>Se modificaron las siguientes cláusulas del contrato de concesión:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cláusula 6.4.A.2. • Cláusula 6.4.A.5. • Cláusula 6.39. 	<p>El incremento de inversión a consecuencia de las diferencias de metrados, se encuentra prevista en el contrato, a raíz de las Adendas que antes se suscribieron.</p> <p>La adenda permitió continuar con las inversiones, que, a marzo de 2009, significaban un monto de US\$ 411,79 millones; una inversión hundida para el Estado.</p> <p>Sin embargo, como antes se ha señalado, el proyecto se desnaturalizó, debido que no sólo se incrementaron excesivamente los montos del cofinanciamiento inicialmente previsto, sino que además se realizaron pagos dentro de corto plazo a favor del concesionario, como pasa en un régimen de obra pública.</p>

Fuente: Contrato de Concesión y Adenda N° 6 de IIRSA Sur, Tramo 2: Urcos – Puente Inambari. | **Elaboración:** Departamento de Estudios – CGR.

Por su parte, la Adenda N° 7 se suscribió el 08 de julio del 2010, esto es 4 años y 11 meses posteriores a la firma del contrato de concesión. La causa que originó la suscripción de la adenda fue que se agotó anticipadamente el monto máximo presupuestado para las obras que debían ejecutarse durante el periodo final establecido en la Adenda N° 6 del contrato, debido a la persistencia de variaciones en los metrados¹⁷⁰. Ello generó el desfinanciamiento de las obras y, por ende, la necesidad de incrementar la inversión para lograr la culminación del proyecto.

¹⁷⁰ Los pagos efectuados en el periodo transitorio y en el periodo final se efectuaron por avance de obra de manera directa y no diferida a través del Certificado de Reconocimiento de Derechos sobre el Pago Anual por Obras (CRPAO), porque éste estaba calculado con el Pago Anual por Obra (PAO) contractual.

En ese sentido, el objeto de la Adenda N° 7 fue modificar la cláusula 3.2.6 de la Adenda N° 6 del contrato de concesión, que regula lo referente al monto máximo del periodo final, a fin que las partes acuerden continuar con la ejecución de las obras que quedaron pendientes al término del periodo transitorio y modificar el monto máximo del periodo final de la obra. En el siguiente cuadro, se resumen los aspectos relevantes de la adenda.

Tabla N° 26

Adenda N° 7 al Contrato de Concesión IIRSA - Sur, Tramo 2: Urcos - Inambari

Problemática/Causa	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
Se agotó anticipadamente el monto máximo presupuestado para las obras que debían ejecutarse durante el periodo final establecido en la Adenda N° 6 del contrato, debido a la persistencia de variaciones en los metrados. Ello generó el desfinanciamiento de las obras y por ende, la necesidad de incrementar la inversión para lograr la culminación del proyecto.	Monto máximo del periodo final	Se modificó la Cláusula 3.2.6 de la Adenda N° 6 al contrato de concesión.	<p>Si bien la adenda permitió el logro de los objetivos del proyecto, para beneficiar a la población del ámbito de influencia del proyecto; el monto final del costo del proyecto superó en exceso el monto inicialmente previsto; lo cual unido al hecho que el Estado realizó pagos de costos por encima del mercado y en plazos cortos, afectaría los intereses del Estado y la naturaleza de la APP. Las concesiones son contratos que deben estar diseñados para que el concesionario invierta y el Estado pague en pagos futuros, pero no como se ha hecho en este caso, como si se tratase de una obra pública.</p> <p>Al monto de US\$ 223,39 millones sin IGV (periodo final), habría que sumarle el de las obras iniciales (US\$ 212,69 millones) conforme a la Adenda N° 5. A ello, falta agregar las obras complementarias y el monto total por transitabilidad, además que mediante Actas de Acuerdo se han ejecutado una serie de obras adicionales y accesorias.</p> <p>El compromiso de inversión fue solo US\$ 212,69 millones; mediante los CRPAOs, el resto lo ha pagado directamente el Concedente con sus recursos.</p>

Fuente: Contrato de concesión y adenda n°7 de IIRSA Sur, Tramo 2: Urcos –
Puente Inambari | **Elaboración:** Departamento de Estudios – CGR

Tabla N° 27

Inversión del Periodo Final del Tramo 2: Urcos - Inambari

Concepto	N° de Adenda	Dólares (US\$ Millones)
Monto del Periodo Final	Adenda 6	144,36
Incremento del Monto del Periodo Final	Adenda 7	79,03
Monto Total:		223,39

Fuente: Contrato de Concesión y Adenda N° 5 de IIRSA Sur, Tramo 2: Urcos – Puente Inambari | **Elaboración:** Departamento de Estudios – CGR

vii) Adenda N°8: Dar inicio de manera anticipada la explotación de las obras de la concesión

La Adenda N° 8 fue suscrita el día 27 de diciembre del 2010, es decir a los cinco (5) años, cuatro (4) meses y veintitrés (23) días de firmado el contrato de concesión. La causa que originó la suscripción de la adenda fue que a pesar que el proyecto se encontraba a punto de concluir (con un avance de ejecución de obra del 95%), el concedente no cumplió con los plazos para liberar y entregar las áreas que eran necesarias para la construcción de las estaciones del peaje en el Tramo 2. Ello impidió el inicio de la explotación de la concesión.

En ese sentido, el objeto de la Adenda N° 8 fue dar inicio de manera anticipada a la explotación de las obras de la concesión del Tramo 2: Urcos – Inambari, para tal efecto las partes convinieron en precisar y/o modificar las siguientes cláusulas del contrato:

- Precisar la definición del tramo de la concesión, contenida en la cláusula 1.6 del contrato.
- Precisar la definición del mantenimiento de emergencia, contenida en la cláusula 1.6 del contrato.
- Agregar un párrafo a la definición de peajes de la cláusula 1.6 del contrato.

- Precisar la cláusula 5.15 del contrato.
- Incluir la cláusula 6.51 al contrato.
- Modificar la cláusula 7.7 del contrato.
- Modificar la cláusula 8.10 del contrato.
- Modificar el literal a) de la cláusula 8.12 del contrato.
- Modificar la cláusula 8.14 del contrato.
- Modificar la cláusula 8.14 a) y 8.14 b) del contrato.
- Modificar el literal b) de la cláusula 8.21 del contrato.
- Incluir el literal d) y e) a la cláusula 8.21 del contrato.
- Precisar la cláusula 8.24.A g) del contrato.
- Precisar la cláusula 8.24.B del contrato.
- Precisar la cláusula 8.26 del contrato.
- Modificar los literales c), d) y e) de la cláusula 8.32 del contrato.
- Modificar el numeral 4.13 y 5.1 del Anexo I del contrato.
- Modificar el apéndice 3 del Anexo I del contrato.

Estos cambios al contrato permitieron el inicio anticipado de la explotación de la concesión y la prestación de servicios complementarios por parte del concesionario. Asimismo, permitieron corregir el error material en el contrato relacionado al ajuste del Pago Anual por Concepto de Mantenimiento y Operación (PAMO), debido a que en el título del literal g) de la cláusula 8.24.A se indicaba que el cálculo de ajuste era anual, mientras que en el texto de dicha cláusula se señalaba que el cálculo correspondía a un ajuste trimestral¹⁷¹.

171 Cabe señalar que de acuerdo a lo dispuesto en el literal g) de la cláusula 8.24.A del contrato de concesión, el Pago Anual por concepto de Mantenimiento y Operación (PAMO) se ajusta periódicamente y para tal efecto se establece la relación funcional explícita y los respectivos parámetros variables para su cálculo correspondiente.

Asimismo, el Consejo Directivo de OSITRAN, mediante el acuerdo N° 1321-371-CD-OSITRAN, aprobó el informe N° 041-10-GRE-GS-GAL-OSITRAN de fecha 10 de diciembre del 2010, el cual señaló respecto al ajuste del PAMO, lo siguiente:

“171. Con respecto a la fecha en la cual se inicia el cómputo para la actualización del valor del PAMO, el inciso g) de la cláusula 8.24.A, el “0” en la fórmula señala que es “la fecha de presentación de la oferta económica de los Postores en el Concurso”, la cual corresponde el 21 de junio del 2005, pero de acuerdo a lo señalado en la Circular N° 39 del 17 de junio del 2005, emitida por PROINVERSION, en su numeral 2, señala que las ofertas económicas “(...) deberán ser elaboradas con costos a setiembre del 2004”, en ese sentido si bien la presentación de la oferta, por parte del Concesionario, fue el 21 de junio

El objetivo del ajuste del Pago Anual por Concepto de Mantenimiento y Operación (PAMO) fue mantener el valor del dinero en el tiempo, es decir, que el concesionario reciba una cantidad de dinero equivalente en capacidad de compra al monto establecido en el contrato de concesión. Es por ello que la adenda precisó la fecha que hace posible el ajuste en términos coherentes financieramente, sin perjuicio para las partes¹⁷².

del 2005, PROINVERSION precisó que las ofertas económicas se presentaban a valores de setiembre del 2004.

172. Es preciso que, el objeto del ajuste del PAMO por concepto de inflación, es mantener el poder adquisitivo del PAMO, desde su elaboración, por parte del Concesionario hasta el último día de la Concesión; en ese sentido la modificación propuesta busca mantener inalterado el poder adquisitivo del PAMO. Por lo indicado consideramos que lo señalado por el concedente no genera desequilibrios en los riesgos sino más bien corrige un error en el Contrato de Concesión”.

172 Tal precisión era necesaria debido a que se observó que el mecanismo de ajuste y pago anual no era consistente (en términos financieros) con el propósito del contrato, debido a que el ajuste del Pago Anual por Concepto de Mantenimiento y Operación (PAMO) mantiene constante el monto por este concepto entre la fecha de presentación de la propuesta por parte de los postores y el inicio de explotación. Pues al ser fechas diferentes, las unidades monetarias evidentemente no tienen el mismo valor, es decir no se estaría respetando el valor del dinero en el tiempo. En esa medida, la adenda precisó la consistencia de la fórmula de la aplicación del ajuste del PAMO establecida en el Contrato en cada oportunidad de pago (trimestral) del PAMO durante el desarrollo de horizonte de vida de la concesión, cuyos montos dependerán de los índices de actualización.

Tabla N° 28

**Adenda N° 8 al Contrato de Concesión IIRSA Sur, Tramo 2:
Urcos - Puente Inambari**

Problemática/Causa	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
A pesar que el proyecto se encontraba a punto de concluir (con un avance de ejecución de obra del 95%), el concedente no cumplió con los plazos para liberar y entregar las áreas que eran necesarias para la construcción de las estaciones del peaje en el Tramo 2	Inicio anticipado de explotación de las obras de la concesión	Se precisan los siguientes conceptos: <ul style="list-style-type: none"> • Tramo de la Concesión • Mantenimiento de Emergencia • Peaje 	Se redujo el pago al que se encontraba obligado el concedente durante los 12 meses establecidos desde la culminación de la obra hasta el inicio de la explotación. Durante este periodo la vía sería utilizada sin compensar su mantenimiento. Asimismo, el concedente se vería beneficiado por una mayor recaudación proveniente de los peajes.
		Se incorporó una cláusula referida al mantenimiento y conservación de las obras derivadas de las variaciones de metrados no consideradas inicialmente en el contrato. Dichas obras deben identificar y valorizar su mantenimiento por cuenta del concedente, cuyo pago se haría en el momento del pago del PAMO, previo acuerdo de las partes.	Sin embargo, todos los beneficios que se tenía previsto obtener con la suscripción de la Adenda aún no se han concretado, debido a la imposibilidad del Estado de realizar la entrega de los predios para la construcción de las estaciones de peaje y pesaje, de acuerdo a lo inicialmente programado por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - PROVIAS NACIONAL.
		Se modificó la fecha de inicio de explotación del tramo, después de 12 meses de culminada la etapa de las obras.	El concesionario pudo dar inicio al periodo de explotación (periodo operativo) y prestar los servicios obligatorios, a fin de obtener mayores ingresos (75% del PAMO), a diferencia de lo establecido para el periodo pre operativo en el cual se le reconoce solo el 25% del PAMO para mantenimiento de todo el Tramo de la carretera.
	Pago Anual por Concepto de Mantenimiento y Operación PAMO	Se modificaron cláusulas referidas a: <ul style="list-style-type: none"> • Servicios obligatorios. • Unidades de peaje. • Mecanismo de compensación por mantenimiento. • Otras cláusulas que precisan los plazos en que deben establecerse los servicios de emergencia y de mantenimiento rutinario. 	Los usuarios de la vía se beneficiarían directamente, puesto que se mejoraría la eficiencia de tiempos y costos de transportes. Sin embargo, como se ha mencionado, esta condición no se ha cumplido puesto que aún no se cuenta con los predios necesarios para ejecutar las estaciones de peaje.

Problemática/Causa	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
		Se precisó la fecha de ajuste del PAMO, a fin que se realice de manera trimestral de acuerdo al contrato de concesión, considerando el valor del dinero en el tiempo al momento en que se efectivice el PAMO.	Esta modificación significó que el concesionario pueda obtener al cofinanciamiento por PAMO en periodos más cortos del inicialmente previsto en el contrato. Sin embargo, a la fecha no se ha formalizado el inicio de la explotación, lo cual implica un perjuicio para el Estado, al tener que cubrir el íntegro del mantenimiento preventivo de la carretera (100% del PAMO), sin que el concesionario pueda realizar el cobro de peajes al no existir todavía las citadas estaciones de peaje.

Fuente: Contrato de Concesión y Adenda N°8 de IIRSA Sur, Tramo 2: Urcos – Puente Inambari | **Elaboración:** Departamento de Estudios – CGR

Si bien la tabla presenta los beneficios que se derivarían de la firma de la adenda, estos beneficios en su totalidad aún no se han concretado, debido a la imposibilidad del Estado de realizar la entrega de los predios para la construcción de las estaciones de peaje y pesaje, de acuerdo a lo inicialmente programado por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL. Por tanto, a la fecha no se ha formalizado el inicio de la explotación, lo cual implica un perjuicio para el Estado, al tener que cubrir el íntegro del mantenimiento preventivo de la carretera (100% del PAMO), debido a que el concesionario no puede realizar el cobro de peajes al no existir aún las citadas estaciones.

c. Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur

El 24 de julio de 2006, el Estado peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC, que a su vez actuó a través de la Autoridad Portuaria Nacional – APN y la empresa Dubai Ports World Callao

S.A.¹⁷³, suscribieron un contrato de concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Nuevo Terminal de Contenedores ubicado en la parte adyacente al rompeolas sur del terminal portuario del Callao – Zona Sur (en adelante, Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores Muelle Sur).

La concesión fue clasificada como autosostenible y tiene una vigencia de 30 años. Las principales características de dicho contrato de concesión se presentan a continuación en la Tabla N° 29.

Tabla N° 29
Principales características del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores Muelle Sur

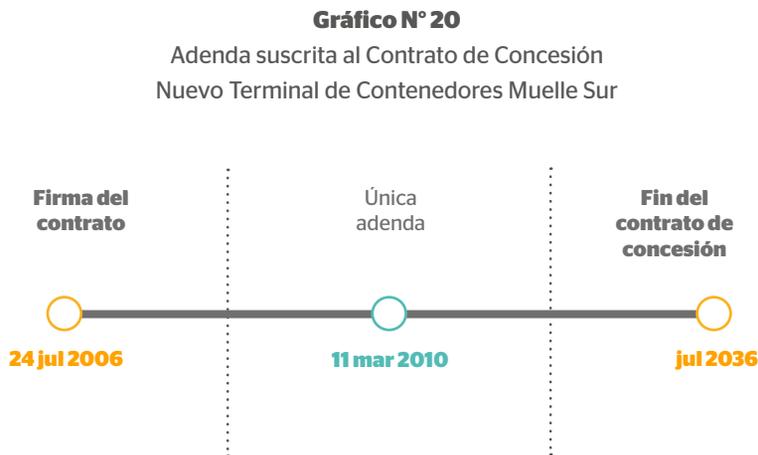
Concedente	Estado peruano, a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC.
Concesionario	DP World Callao S.R.L.
Factor de competencia	- Primer Tramo: Menor Índice Tarifario Estándar - Segundo Tramo: Mayor Inversión Complementaria Adicional.
Clasificación de APP	Autosostenible.
Modalidad de APP	Concesión.
Plazo de vigencia de la concesión	30 años.
Fecha de suscripción	24 de julio de 2006.
Objeto de la concesión	Diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur.
Compromiso de inversión	Inversión en obras: US\$ 218 434 millones. Inversión en equipos: US\$ 254 674 millones. Inversión complementaria adicional: US\$ 144 millones.
Inversión Total	US\$ 617 108 millones (sin IGV).
Garantías a favor del concedente	Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato.

¹⁷³ Desde el 1 de octubre de 2009 transformó su forma societaria, de Sociedad Anónima a Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada.

Garantías a favor del concesionario	Entre otras, garantía de demanda mínima anual de 300 mil TEUs (Twenty – foot Equivalent Unit) de importación y exportación y 100 mil TEUs de transbordo durante los 10 primeros años a partir del inicio de la explotación; la misma que no aplica si el tráfico de transbordo se desvió a otros puertos, el servicio del concesionario no cumple con los niveles de servicio y productividad y por fuerza mayor o si invocó el equilibrio económico – financiero.
Retribución al Estado	3% de los ingresos brutos mensuales que obtenga el concesionario por la prestación de los servicios, a partir del inicio de la explotación hasta el término de la concesión.
Número de Adendas	Una (01).
Regulador	OSITRAN.
Supervisor	OSITRAN.
Supervisor de Obra	Consorcio Supervisor Nippon Koei co. Ltd. – CESEL S.A.

Fuente: Ficha de Contrato, elaborada por OSITRAN al 30 de junio de 2014, y Contrato de Concesión. | **Elaboración:** Departamento de Estudios – CGR

Desde la suscripción del contrato de concesión, en julio del 2006, éste ha sufrido una sola modificación, tal como se puede apreciar en la siguiente línea de tiempo:



Fuente: Contrato de concesión y adendas.
Elaboración: Departamento de Estudios – CGR.

i) Adenda N°1: Considera la posibilidad de efectuar modificaciones al expediente técnico aprobado por la Autoridad Portuaria Nacional

La Adenda N° 1 fue suscrita el 11 de marzo de 2010, esto es a los tres (3) años, siete (7) meses y cinco (5) días de firmado el contrato de concesión. La causa que originó la suscripción de la adenda fue que durante el desarrollo de la obra se presentaron una serie de inconvenientes técnicos que no pudieron ser solucionados debido a que no se podía efectuar modificaciones al expediente técnico aprobado por la Autoridad Portuaria Nacional – APN.

En ese sentido, el objeto de la Adenda N° 1 fue modificar el expediente técnico, así como ajustar los mecanismos para agilizar la gestión de la ejecución de obras por parte del concesionario, por lo que se procedió a incorporar algunas definiciones y modificar determinadas cláusulas del contrato de concesión:

- Se incorporaron las definiciones de obras mayores y obras menores¹⁷⁴ como una sub clasificación dentro de la definición de obras establecida en el numeral 1.20.67.
- Se modificó la cláusula 6.6 del contrato, a fin de establecer el procedimiento de modificación del expediente técnico aprobado, durante la ejecución de las obras, a solicitud del concesionario. En esa medida, se regulan dos procedimientos distintos. El primero, para la obra menor y el segundo para la obra mayor, cuya calificación estará sujeta a la revisión de la Autoridad Portuaria Nacional – APN. El plazo para que la APN emita un pronunciamiento sobre la modificación

174 "1.20.67.1. Obras Mayores

Aquellas obras que por su alcance comprometen la estructura, la resistencia de los materiales y/o los aspectos de arquitectura principal en una edificación, no contraviniendo las normas que rigen en la construcción de una obra en el país, ni compromete la operación y uso de las mismas."

"1.20.67.2. Obras Menores

Aquellas obras que por su alcance no comprometen la funcionalidad de las edificaciones ni contravienen las normas que rigen la construcción de una obra civil en el país."

solicitada es para obras menores de 10 días, y para obras mayores de 20 días¹⁷⁵.

- Se incorporó a la cláusula 15.6. del contrato, referida a inversiones adicionales, un segundo párrafo. Este párrafo introdujo disposiciones que permitían al concesionario, en caso decidiera desarrollar infraestructura adicional, presentar a la Autoridad Portuaria Nacional los documentos técnicos para tal fin. Asimismo, establece que el procedimiento de evaluación de esta solicitud sería el mismo que se ha previsto en la cláusula 6.6 para la modificación de obra mayor.
- Se modificó el numeral 2.3.3 del Anexo N° 9 del contrato, a fin de disponer que en caso no se ejecute la reparación del saldo pendiente del rompeolas sur o quede un saldo a favor del Estado, el monto de presupuesto aprobado se destinará a realizar infraestructura adicional no prevista en ninguna de las fases de la propuesta técnica ni en los expedientes técnicos de dichas fases del Nuevo Terminal de Contenedores¹⁷⁶.

En la siguiente tabla se presenta los aspectos relevantes de la adenda.

175 Al respecto, debemos señalar que en el numeral 46 del Informe N° 001-10-GRE-GS-GAL-OSITRAN del 18 de enero de 2010, el OSITRAN indicó que para efectos de aprobar modificaciones al expediente técnico, se deberá evaluar que dichos cambios impliquen mejoras en la propuesta técnica del concesionario, puesto que dicha propuesta fue parte del factor de competencia por la concesión.

176 Si bien dicha modificación permitirá que no se destinen recursos para obras que posteriormente serán modificadas, como es el caso del rompeolas sur, nos obstante, en la medida que el concesionario tenía el compromiso de realizar obras de beneficio común para cualquier operador portuario, hubiera sido conveniente que, en la adenda, se fije un orden de prelación, como: (i) obras comunes como las contempladas en el Anexo N° 9 del contrato; y, (ii) otro tipo de obras, si es que no hubiera obra común que requiera de financiamiento. Ello, en concordancia con lo recomendado por el OSITRAN, en el numeral 53 del Informe N° 001-10-GRE-GS-GAL-OSITRAN de 18 de enero de 2010.

Tabla N° 30
Adenda N° 1 al Contrato de Concesión del Nuevo Terminal
de Contenedores Muelle Sur

Problemática/Causa	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
Durante el desarrollo de la obra se presentaron una serie de inconvenientes técnicos que no pudieron ser solucionados debido a que no se podían efectuar modificaciones al expediente técnico aprobado por la Autoridad Portuaria Nacional – APN.	Modificación del expediente técnico	<p>Se incorporaron definiciones y se realizaron modificaciones a diferentes cláusulas del contrato:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Se incorporaron las definiciones de obras mayores y obras menores en la cláusula 1.20.67. • Se incorporó un segundo párrafo a la cláusula 15.6. • Se modificó la cláusula 6.6, y el numeral 2.3.3 del Anexo 9. 	<ul style="list-style-type: none"> - Se adecuó el expediente técnico a circunstancias que puedan presentarse durante la ejecución contractual, lo que permite alcanzar una mayor eficiencia en la operación del muelle, sin alterar o afectar la prestación de los servicios, lo que beneficia tanto a las partes como al usuario. - La adenda no generó obligaciones adicionales para las partes, por tanto no se alteró el equilibrio económico – financiero. - Permitió que el saldo pendiente de la ejecución del rompeolas sur (US\$ 3,82 millones), pueda ser destinado a infraestructura adicional distinta a la comprometida, la que revertirá al concedente al término del plazo de la concesión.

Fuente: Contrato de Concesión y Adenda del Nuevo Terminal de Contenedores Muelle Sur.

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR.

d. Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República de Perú

El 11 de diciembre de 2006, el Estado, a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC y la empresa Aeropuertos del Perú S.A. – ADP, suscribieron un contrato de concesión para el diseño, la construcción, mejora, mantenimiento y explotación de doce (12) aeropuertos ubicados en distintos departamentos del país, denominados Primer Grupo de Aeropuertos de

Provincia de la República del Perú (en adelante, el Contrato de Concesión del Primer Grupo de Aeropuertos).

El tipo de concesión es cofinanciada, con un plazo de vigencia de 25 años. Las principales características de dicho contrato se presentan a continuación en la Tabla N° 31.

Tabla N° 31
Principales características del Contrato de Concesión del
Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia

Concedente	Estado Peruano, a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC.
Concesionario	Aeropuertos del Perú S.A.
Factor de competencia	Menor Pago por Mantenimiento y Operación (PAMO), PAMO= US\$ 9,5 millones anuales.
Clasificación de APP	Cofinanciada.
Modalidad de APP	Concesión.
Plazo de vigencia de la concesión	25 años.
Fecha de suscripción	11 de diciembre de 2006.
Objeto de la Concesión	Diseño, construcción, mejora, mantenimiento y explotación del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia del Perú: 12 aeropuertos.
Obras a ejecutar	Obras obligatorias: <ul style="list-style-type: none"> • Obras de Rápido impacto (primeros 9 meses), aprox. US\$ 4 millones. • Obras de seguridad (primeros 18 meses). • Obras de ampliación y remodelación de terminales de Cajamarca, Piura y Tumbes (primeros 24 meses). Obras del plan maestro detallado de desarrollo (año 2 al 25) Obras de Rehabilitación (año 2 al 25).
Compromiso de inversión (1)	US\$ 108,16 millones.
Garantías a favor del Concedente	Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato. Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de Obras. Garantía de Adelanto de Pago por las Obras de Rápido Impacto y Equipamiento Mínimo.

Garantías a favor del Concesionario	Transferencia completa y oportuna de los fondos destinados al Fideicomiso. Seguridad de la aviación civil a cargo de CORPAC. No construcción, ni operación de nuevo aeropuerto de uso comercial en un radio de 150 km.
Retribución al Estado	El 15% de los ingresos no regulados del concesionario, menos impuestos y participación de empleados; deducidos de las facturas por cobrar a las Fuerzas Armadas; por lo que puede ser mayor o menor que cero.
Número de Adendas	Siete (07).
Regulador	OSITRAN.
Supervisor	OSITRAN.
Supervisor de obra (2)	Ing. René Franco Pebe, Ing. Wilson Aranda Chávez e Ing. Carlos Córdova Facundo.

(1) Inversiones Reconocidas en los Contratos de Concesión de OSITRAN, al 09 de setiembre de 2014.

(2) Según las competencias den OSITRAN los contratados fueron personas naturales.

Fuente: Ficha de Contrato, elaborada por OSITRAN al 30 de junio de 2014, y Contrato de Concesión. | **Elaboración:** Departamento de Estudios – CGR.

Desde la suscripción del contrato, en diciembre de 2006, el mismo ha sido objeto de 7 adendas. La cronología de las mismas, se presenta en el Gráfico N° 19 que ilustra la línea de tiempo seguida por las adendas:

Gráfico N° 21
Adendas suscritas al Contrato de Concesión del Primer
Grupo de Aeropuertos de Provincia



Fuente: Contrato de concesión y adendas
Elaboración: Departamento de Estudios – CGR

i) Adendas N°1, N°2 y N°4: Incorpora aeropuertos a la concesión, que no fueron considerados previamente por demoras en el saneamiento legal de terrenos

Los plazos en que se suscribieron las adendas materia de análisis, contados desde la suscripción del contrato de concesión, fueron los siguientes:

- La Adenda N° 1 se suscribió el 5 de febrero de 2008, es decir, un (1) año, un (1) mes y veinticuatro (24) días, después de firmado el contrato de concesión.
- La Adenda N° 2 se suscribió el 6 de marzo de 2008, esto es, un (1) año, dos (2) meses y veintiséis (26) días, posteriores a la firma del contrato de concesión.
- La Adenda N° 4 se suscribió el 24 de noviembre de 2008, es decir, dos (2) años, once (11) meses y trece (13) días, después de firmado el contrato de concesión.

La causa que originó la firma de las tres adendas fue el interés del Estado de priorizar la entrega en operación de los aeropuertos ubicados en las ciudades de Chiclayo, Piura y Pisco, los mismos que no fueron entregados al concesionario en la toma de posesión de los aeropuertos concesionados, debido a que según lo estipulado en la cláusula 5.9.1 del contrato el concedente se reservó el derecho de entregar dichos aeropuertos dentro del plazo de 2 años contados a partir de la suscripción del contrato o de la

fecha de cierre¹⁷⁷, debido a que a esa fecha no había logrado saneamiento legal de los aeropuertos de Chiclayo, Piura y Pisco.

En ese sentido, el objeto de las tres (3) adendas fue que el concedente entregue en operación los tres (3) aeropuertos al concesionario para su diseño, construcción, mejora, mantenimiento y explotación en los términos establecidos en el contrato.

Asimismo, se incorporaron en las adendas precisiones referidas al derecho de uso de las pistas de aterrizaje y las calles de rodaje que conforman tales aeropuertos, también se acordaron aspectos referidos a los límites de propiedad de los aeropuertos, a la disponibilidad de uso y acceso a las pistas de aterrizaje por parte del Ministerio de Defensa – MINDEF o la Fuerza Aérea del Perú – FAP, y se reguló lo concerniente a las inversiones y mantenimiento a cargo del concesionario, esto a cambio del Pago por Mantenimiento y Operación (PAMO) y Pago por Obras (PAO)¹⁷⁸ que el concedente retribuirá al concesionario.

A continuación, se presenta en la Tabla N° 32 los aspectos más relevantes de la tres adendas.

177 La fecha de cierre es el día y hora en que se suscribe el contrato. Cabe indicar que durante el proceso de promoción del proyecto de concesión, de los doce (12) aeropuertos comprendidos en el contrato de concesión, no se logró el saneamiento legal de los aeropuertos de Chiclayo, Piura y Pisco. En esa medida, la entrega de los aeropuertos se dividió en dos grupos:

Nueve (9) aeropuertos inicialmente previstos (Anta, Cajamarca, Chachapoyas, Iquitos, Pucallpa, Talara, Tarapoto, Trujillo y Tumbes), los cuales fueron entregados el 11 de diciembre de 2006, en la toma de posesión.

Tres (3) aeropuertos adicionales (Pisco, Chiclayo y Piura), a ser entregados después de la toma de posesión, de acuerdo al plazo establecido en la cláusula 5.9.1 del contrato (hasta dos años posteriores a la suscripción del contrato o fecha de cierre), en forma individual.

178 Según la definición contenida en la cláusula 1.81 del contrato, el Pago por Mantenimiento y Operación (PAMO) es el dinero requerido por el concesionario para el Mantenimiento, salvo el Periódico, y operación de los aeropuertos; cuyo monto fue consignado en la Propuesta Económica presentada por el concesionario, reajustado de manera anual por inflación y revisado cada 5 años. Asimismo, la cláusula 1.83 del contrato señala que el Pago por Obras (PAO) es el pago trimestral que el concedente realizará a favor del concesionario por la construcción de infraestructura, adquisición de equipamiento y Mantenimiento Periódico, efectuadas tanto en el Período Inicial como en el Período Remanente.

Tabla N° 32

Adendas N° 1, 2 y 4 al Contrato de Concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia

Problemática/Causa	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
<p>Las adendas se suscriben por el interés del Estado de priorizar la entrega en operación de los aeropuertos ubicados en las ciudades de Chiclayo, Piura y Pisco, los mismos que no fueron entregados al concesionario en la toma de posesión de los aeropuertos concesionados, debido a que según lo estipulado en la cláusula 5.9.1 del contrato el concedente se reservó el derecho de entregar dichos aeropuertos dentro del plazo de 2 años contados a partir de la suscripción del contrato o de la fecha de cierre.</p>	<p>Entrega en operación de tres (3) aeropuertos</p>	<p>Adenda N° 1:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Se incorporó a la concesión los aeropuertos de Chiclayo, Piura y Pisco. - Se incorporó al contrato las cláusulas 5.9.4; 5.9.5; 5.9.6 y 5.9.7, referidas al derecho y obligaciones de uso de pistas de aterrizaje y calles de rodaje en los tres (3) aeropuertos. - Se incorporó el numeral 3.6 al Anexo N° 11 del contrato, referido a la disponibilidad de uso y acceso a las pistas de aterrizaje y áreas dichos aeropuertos para fines de defensa nacional a favor del MINDEF o la FAP. - Se modificó el numeral 5 del Anexo N° 11, que desarrolla el contenido del Reglamento de Uso de Plataforma, en lo que respecta al acceso y uso de dicha plataforma por parte de la FAP y garantiza su seguridad operacional. - Se modificaron los Anexos N° 1, 2, 3 y 14, referidos a la descripción general, áreas, bienes muebles e inmuebles y personal al 10 de setiembre de 2004, vinculado con los tres (3) aeropuertos. 	<ul style="list-style-type: none"> - Para el concesionario, significó incorporar en su Plan de Inversiones tres (3) nuevos aeropuertos. - La entrega y posterior operación de los tres (3) aeropuertos generó un reajuste del Pago por Mantenimiento y Operación (PAMO) a favor del concesionario de acuerdo a lo establecido en el Anexo N° 17 del contrato (esquema de pago del cofinanciamiento). - Para el Estado, significó asumir un mayor pago de cofinanciamiento, mediante el incremento del Pago por Obras (PAO) y del Pago por Mantenimiento y Operación (PAMO) correspondiente a dichos aeropuertos. Sin embargo, ello no significó un perjuicio para el concedente, pues en el supuesto de no entregar los aeropuertos a la concesión, el Estado hubiera realizado inversiones en operación y mantenimiento, recurriendo a recursos públicos. - En cuanto al usuario, las intervenciones en los tres (3) aeropuertos genera una mejora en los servicios aeroportuarios debido a las obras de rápido impacto, que significaron adecuar el terminal y brindar un mantenimiento adecuado para su operación.
		<p>Adenda N° 2:</p> <p>Se modificó la cláusula 5.12.1, para permitir la inscripción grupal de las obras realizadas en cada aeropuerto a favor del concedente, en el Registro de Propiedad Inmueble.</p>	
		<p>Adenda N° 4:</p> <p>Precisa lo referente al mantenimiento y obras a realizar en las pistas de aterrizaje y calles de rodaje.</p> <p>Modifica los siguientes anexos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Anexo 1: Apéndice 1 (planos perimétricos), Apéndice 3 (Planos de distribución). • Anexo 2: Apéndice 1 (planos de las áreas a ser entregadas en concesión). • Anexo 3: Apéndice 1 (bienes inmuebles cuyo aprovechamiento económico será entregado en concesión), Apéndice 2 (bienes muebles cuyo aprovechamiento económico será entregado a la concesión) • Anexo 4: Personal al 10 de setiembre de 2004 <p>La cláusula segunda de la adenda regula lo concerniente a la entrega en operación del aeropuerto.</p>	

Fuente: Contrato de Concesión y Adendas N° 1,2 y 4 del Contrato de Concesión del Primer Grupo de Aeropuertos. | **Elaboración:** Departamento de Estudios – CGR.

ii) Adenda N°3: Modifica definiciones del aspecto económico – financiero para hacer viable el financiamiento del proyecto

El 17 de setiembre de 2008 se suscribió la Adenda N° 3, esto es a un (1) año y nueve (9) meses de la firma del contrato de concesión. La causa que originó la suscripción de la adenda fue que la estructura de capital de la empresa no hacía viable el financiamiento de las inversiones vía un crédito bancario tradicional, debido a que el contrato no contemplaba la posibilidad de obtener el cierre financiero¹⁷⁹ vía emisión de bonos, asimismo estableció el Pago por Obras (PAO) sólo en dólares, a pesar de que la deuda y las inversiones se expresaban en nuevos soles. Por ello, los Acreedores Permitidos, durante la primera estructuración financiera, solicitaron que se incorpore al contrato la posibilidad de que el cierre financiero pueda obtenerse vía emisión de bonos y el PAO pueda ser pagado en nuevos soles, como consta en los contratos de Acto Constitutivo de Fideicomiso de Titulación y de Crédito suscrito con el Banco Continental.

En ese sentido, el objeto de la Adenda N° 3 fue modificar los numerales 1.1. y 1.83 de la cláusula primera y adicionar los numerales 7.7.9, 7.7.10 y 7.7.11 a la cláusula séptima del contrato, a fin de:

- Viabilizar el financiamiento de las inversiones establecidas en el contrato.

¹⁷⁹ El cierre financiero, es el perfeccionamiento de la operación o conjunto de operaciones de financiación del proyecto que demuestren, en los términos del contrato de concesión, que el concesionario contará con los recursos que éste requiera (deuda y/o capital del concesionario) para realizar la totalidad de las obras previstas en cada una de las etapas del contrato de acuerdo con las especificaciones técnicas de construcción, rehabilitación y mejoramiento para cada uno de los trayectos y los términos y condiciones del contrato de concesión. Sin perjuicio de que la responsabilidad y riesgo de aportar la totalidad de la financiación para las obras de construcción y rehabilitación es del Concesionario, quien deberá realizar aportes adicionales de capital y/o deuda en el caso en que los recursos inicialmente previstos resulten insuficientes, sólo se entenderá cumplido el cierre financiero, si el concesionario prueba -a satisfacción del concedente- que cuenta con las fuentes de recursos establecidas en el contrato de concesión. (Agencia NACIONAL Nacional de Infraestructura de Colombia. Disponible en: <http://www.ani.gov.co/glosario/cierre-financiero>).

- Permitir que el Pago por Obras (PAO) pueda ser realizado tanto en nuevos soles como en dólares , dependiendo de la moneda empleada en la estructuración financiera.

- Establecer tarifas especiales para los siguientes casos de vuelos de:
 - › Ayuda humanitaria
 - › Acción cívica
 - › Transporte de delegaciones nacionales o internacionales (protocolares)
 - › Salvamento
 - › Retorno por malas condiciones meteorológicas

Tabla N° 33

Adenda N° 3 al Contrato de Concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia

Problemática/Causa	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
<p>La estructura de capital de la empresa no hacía viable el financiamiento de las inversiones vía un crédito bancario tradicional, debido a que el contrato no contemplaba la posibilidad de obtener el cierre financiero vía emisión de bonos. Asimismo, estableció el Pago por Obras (PAO) sólo en dólares, a pesar que la deuda y las inversiones se expresaban en nuevos soles.</p> <p>Asimismo, había situaciones donde la tarifa podría ser reducida o exonerada.</p>	Definición de Acreedor Permitido	Se modificó el numeral 1.1. de la cláusula primera del contrato, a fin de incorporar dentro de la definición de acreedores permitidos a cualquier patrimonio fideicometido o sociedad titularizadora. Ello para viabilizar el financiamiento mediante la emisión de bonos.	Facilita al concesionario el acceso a financiamiento en mejores condiciones, lo que a su vez beneficia al Estado, pues se genera un menor costo de deuda e impacta en el Pago por Obras.
	Definición del Pago por Obras (PAO)	Se modificó el numeral 1.83 de la cláusula primera del contrato, para establecer que el Pago por Obras (PAO) pueda efectuarse en nuevos soles o en dólares, en función a la moneda que se utilice para la estructuración financiera.	<p>- Garantiza al concesionario los pagos en la moneda establecida en el cierre financiero.</p> <p>- Permite calzar el tipo de moneda del presupuesto público respecto de la obligación del Pago por Obras calculado y expresado en nuevos soles.</p>
	Tarifas	<p>Se incorporó al contrato las siguientes cláusulas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cláusula 7.7.9, establece una tarifa de US\$ 1 para el aterrizaje y despegue, estacionamiento y acceso para carga, en casos de vuelos de ayuda humanitaria, acción cívica, entre otros. • Cláusula 7.7.10, exonera el cobro de Tarifa Única de Uso Aeroportuario (TUUA) al personal de INDECI, FAP, PNP y Cruz Roja en vuelos de ayuda humanitaria. • Cláusula 7.7.11, establece la responsabilidad del concesionario de verificar que las tarifas especiales o su exoneración sea solamente a favor de aeronaves o personas que se ajustan a los supuestos señalados¹³. 	<p>- El cobro de tarifas especiales y, en algunos casos, la exoneración asegura costos no significativos para la ayuda humanitaria.</p> <p>- Según el MTC, se estimó que la incidencia en la operación para los años 2007 y 2008 representaría en términos de ayuda humanitaria 0,029% y 0,0264% del Pago por Mantenimiento y Operación (PAMO).</p>

Fuente: Contrato de Concesión y Adenda N° 3 del Primer Grupo de Aeropuertos Regionales. | **Elaboración:** Departamento de Estudios – CGR.

iii) Adenda N°5: Incorpora el reconocimiento de adicionales de obra y el pago por la elaboración de estudios técnicos preliminares

El 23 de diciembre de 2009, se suscribió la Adenda N° 5, es decir a los tres (3) años y doce (12) días de firmado el contrato de concesión. La causa que originó la suscripción de la adenda fue que el contrato no contempló el reconocimiento de pago de los adicionales de obra¹⁸⁰, ni la realización de deductivos; en consecuencia, si el concesionario ejecutara dichos adicionales, no podría recuperar esa inversión, lo que impactaría en su rentabilidad. Tampoco se contempló el pago por la elaboración de los estudios técnicos preliminares, lo que generaba problemas en la liquidación de intangibles.

En ese sentido, la Adenda N° 5, tuvo como objeto:

- Incorporar la definición y procedimiento de pago y aprobación de las obras adicionales.
- Agilizar el proceso de aprobación de los planes maestros, así como precisar que dichos planes sean remitidos directamente al organismo regulador y, una vez que se cuente con su opinión técnica, sean entregados a la Dirección General de Aeronáutica Civil – DGAC del Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC para su evaluación y aprobación.

¹⁸⁰ Las obras adicionales no se encuentran previstas en los expedientes técnicos, pero tienen relación directa con las inversiones contenidas en éstos. Las disposiciones no exigen que resulten esenciales para la concesión ni que hayan sido imprevisibles, por lo que se corre el riesgo que se aprueben y reembolsen como obras adicionales, obras que deberían haber sido previstas en el estudio técnico.

Por tanto, el OSITRAN o el MTC, según corresponda, debieran evaluar si las mismas habrían sido predecibles durante la elaboración del Expediente Técnico, caso en el cual tanto la construcción como su operación y mantenimiento debieran ser asumidas por cuenta y riesgo del concesionario, sin demandar compensación adicional alguna al concedente. Lo contrario podría generar incentivos para que el concesionario no considere en los Expedientes Técnicos, obras necesarias pero cuya ejecución no es inmediata, a fin de solicitar, posteriormente, su ejecución vía obras adicionales, con el fin de solicitar reembolso al concedente.

- Precisar que la instalación de puentes de embarque en el aeropuerto de Iquitos se hará según lo propuesto en el Plan Maestro.
- Definir la modalidad de pago de los estudios técnicos preliminares.

En consecuencia a través de la citada adenda se modificó los numerales 1.77, 8.3.3, 8.3.4 y literal b) del numeral 1.4 del Anexo 8 e incorporar los numerales 8.24 y 2.6.4 del Anexo 17 del contrato de concesión.

En la siguiente tabla se presentan los aspectos más relevantes de la adenda.

Tabla N° 34

Adenda N° 5 del Contrato de Concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia

Problemática/Causa	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
El contrato no contempló el reconocimiento de pago de los adicionales de obra, ni la realización de deductivos; en consecuencia, si el concesionario ejecutara dichos adicionales, no podría recuperar esa inversión, lo que impactaría en su rentabilidad. Tampoco se contempló el pago por la elaboración de los estudios técnicos preliminares, lo que generaba problemas en la liquidación de intangibles	Obras adicionales	<ul style="list-style-type: none"> - Se modificó el numeral 1.77 del Anexo 8 del contrato, a fin de incorporar el reconocimiento de pago de obras adicionales, así como del deductivo de obra. - Se incorporaron las cláusulas 8.24, 8.24.1 y 8.24.2 al Anexo 17 del contrato, que establecen el procedimiento de reconocimiento de adicionales de obras, según sean mayores o no al 15% de los montos contratados. 	<ul style="list-style-type: none"> - La previsión de los adicionales de obra y de su procedimiento para el reconocimiento del reembolso en el contrato, evitaría el inicio de un proceso arbitral por parte del concesionario para el pago de los adicionales de obra. - La previsión contractual de los deductivos de obra permitirá que las inversiones que debe retribuir el concedente se reduzcan, proporcionalmente en caso que ellas no se ejecuten.
	Plan Maestro	<ul style="list-style-type: none"> - Se modificaron las cláusulas 8.3.3 y 8.3.4 del contrato, estableciendo el nuevo procedimiento y plazos para la aprobación de Planes Maestros de Desarrollo por parte del MTC (Dirección General de Aeronáutica Civil) con la participación del OSITRAN. De esta manera, se reduce de 6 a 3 meses el plazo del concedente para evaluar y aprobar dichos planes. 	<ul style="list-style-type: none"> - Se ha fijado un plazo determinado para que el supervisor (OSITRAN) revise los documentos y pueda emitir su opinión.
	Terminal de Pasajeros	<ul style="list-style-type: none"> - Se modificó el literal b) del numeral 1.4 del Anexo N° 8, a fin de precisar que la obligación de contar con puentes de embarque será incluida en proyectos de inversión pública (PIP), la cual será analizada con las ampliaciones y/o modificaciones del terminal, determinadas por los estudios de demanda y el incremento de pasajeros, según lo propuesto en el Plan Maestro de Desarrollo. 	<ul style="list-style-type: none"> - Permitirá que las inversiones se hagan como PIP en la medida que la demanda lo justifique, y con ello no se realicen intervenciones que sobredimensionan la demanda en aeropuertos donde no hay flujo suficiente de pasajeros.
	Pagos de los Estudios Técnicos Preliminares	<ul style="list-style-type: none"> - Se incorporó el numeral 2.6.4 al Anexo N° 17, que establece mecanismos para el pago de los estudios técnicos previos. 	<ul style="list-style-type: none"> - Posibilitó que se reconozca el pago de los estudios técnicos previos, los mismos que no necesariamente implican la ejecución de obras (por ejemplo estudios topográficos, de suelos, de seguridad aeroportuaria, estudios ambientales, de tráfico, de obstáculos, de ruido aeronáutico, etc.).

Fuente: Contrato de Concesión y Adenda N° 5 del Primer Grupo de Aeropuertos Regionales.

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR.

iv) Adenda N°6: Incorpora mecanismos para la emisión del Certificado de Aceptación de Obra (CAO) y Certificados de Reconocimiento del Pago Anual por Obras (CRPAO) posibilitando que el proyecto pueda ser bancable o financiable

El 20 de diciembre de 2010 se suscribió la Adenda N° 6, esto es a los cuatro (4) años y nueve (9) días de firmado el contrato de concesión. El motivo que originó la suscripción de la adenda fue que el presupuesto del proyecto para la modernización del aeropuerto de Pisco excedía ampliamente la inversión estimada para los 12 aeropuertos, debido a que se consideraron modificaciones sustanciales con respecto al diseño original. Asimismo, no se contempló el pago por uso de servicios aeroportuarios de entidades a cargo del concedente y tampoco se contempló la imposición de penalidades al concesionario por el atraso en la ejecución de las obras.

En ese sentido, la Adenda N° 6 tuvo como objeto incorporar mecanismos para la emisión del Certificado de Aceptación de Obra (CAO) y de los Certificados de Reconocimiento del Pago Anual por Obras (CRPAO), a fin de posibilitar la bancabilidad de las inversiones y la libre negociación y transmisión de los mismos hacia terceros (distintos del concesionario), así como, incorporar el pago por uso de servicios aeroportuarios de entidades a cargo del concedente y la imposición de penalidades al concesionario por el atraso en la ejecución de las obras. Para tal fin, se modificaron los numerales 1.20, 1.35, 1.55; numeral 2.5 del Anexo 17 y Anexo 18. Además, se adicionaron los numerales 16.6 y 2.5.3 del Anexo 17 y los literales n), o) y p) del numeral 3 del Anexo 17 y el Anexo 9.

A continuación, se presenta la Tabla N° 35 sobre las modificaciones introducidas por la citada adenda:

Tabla N° 35

Adenda N° 6 Contrato de Concesión del Primer Grupo de Aeropuertos

Problemática/Causa	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
El presupuesto del proyecto de modernización del aeropuerto de Pisco, consideraba modificaciones sustanciales con respecto al diseño original, lo que hacía que éste único proyecto exceda ampliamente la inversión estimada para los 12 aeropuertos.	Definiciones	<p>Se modificaron los numerales 1.20, 1.36 y 1.55 del Anexo 17 del contrato, a fin de precisar las siguientes definiciones</p> <ul style="list-style-type: none"> • El Certificado de Aceptación de Obra (CAO) pasó a ser un Certificado de Avance de Obra. • Se precisó que los Certificados de Reconocimiento de Derechos del Pago Anual por Obras (CRPAO) serán emitidos por el concedente, luego de la emisión del CAO por parte del regulador. • Se pasó de hitos físicos a hitos financieros (el hito representa un monto de dinero, no una obra). 	<ul style="list-style-type: none"> - Las modificaciones beneficiaron al concesionario, debido a que le brinda flexibilidad ante escenarios de financiamiento diversos. Además, significó diferir el cofinanciamiento a futuro. - Mejoró la liquidez del concesionario, debido a que éste no necesita culminar las obras para tramitar el respectivo pago, en tanto le permite organizar y obtener recursos que le permitan financiar las obras. - El Estado obtiene un mecanismo adicional para el pago de sus obligaciones frente al concesionario.
	Mecanismo de financiamiento vía CRPAO	<ul style="list-style-type: none"> - Se modificó el numeral 2.5 del Anexo N° 17 y se incorporó el Apéndice 1 a dicho anexo, para incluir el mecanismo de financiamiento de las obras, vía Certificados de Reconocimiento de Derechos del Pago Anual por Obras (CRPAO), así como el formato modelo de CRPAO, con el objeto de permitir el cierre financiero para las inversiones del periodo remanente. - Se incorporó el numeral 2.5.3 al Anexo N° 17 para regular el pago mediante CRPAO de las inversiones en el período remanente. - Se incorporó los literales n), o) y p) al numeral 3 del Anexo N° 17, a fin de regular el procedimiento de pago de los CRPAO. - Se modificó el Anexo N° 18, a fin de cambiar el entonces denominado procedimiento de aceptación de obra, por el procedimiento evaluación del avance de obra; a fin de regular, entre otros, la transferencia de los derechos de los CRPAO y eliminar la regulación del fideicomiso de titulación. - Se incorporó los apéndices 1 y 2 al Anexo 17, que contienen los modelos de los Certificados de Avance de Obra y el cronograma de pagos del CRPAO, respectivamente. 	

Problemática/Causa	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
No se contempló el pago por uso de servicios aeroportuarios de entidades, a cargo del concedente.	Regímenes especiales	Se incorporó el numeral 16.6 al Anexo 17 que dispone que en caso la ley establezca que el Estado asume el pago de los servicios aeroportuarios, se descontará de la retribución que el concesionario debe pagar al concedente.	Para la aplicación de este régimen, es necesario que una Ley establezca los casos en que el Estado asume el pago de los servicios aeroportuarios, debido a que ello implica que el Estado recibirá menor retribución por parte del concesionario.
No se contempló penalidades contra el concesionario por el atraso en la ejecución de obras.	Penalidades	Se incorporó en el Anexo IX penalidades por atraso en el inicio y avance de ejecución de las obras previstas en el Programa de Ejecución de Obras (PEO) por causas imputables al concesionario.	

Fuente: Contrato de Concesión y Adenda n° 6 del Primer Grupo de Aeropuertos Regionales. | **Elaboración:** Departamento de Estudios – CGR.

v) Adenda N°7: Modifica el plazo para la emisión del laudo arbitral

El 31 de marzo de 2011, se suscribió la Adenda N° 7, esto es a los cuatro (4) años, tres (3) meses y veinte (20) días de firmado el contrato de concesión. La causa que originó la suscripción de la adenda fue que el plazo consignado en el contrato para la emisión del laudo arbitral en el caso de los arbitrajes de derecho¹⁸¹, no guardaba concordancia con el plazo establecido en el Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

¹⁸¹ El literal b) de la cláusula 16.5.1 del contrato de concesión regula el arbitraje de derecho para las controversias no técnicas, de conformidad con el artículo 3° de la Ley General de Arbitraje peruana. Cabe indicar que el arbitraje de derecho podrá ser local e internacional, y podrá ser aplicado, entre otras, cuando las controversias no técnicas tengan un monto involucrado sea igual o menor a cinco millones con 00/100 de dólares (US\$ 5'000,000.00), o su equivalente en moneda nacional, y aquellas controversias de puro derecho que no son cuantificables en dinero.

En ese sentido, el objeto de la Adenda N° 7 fue precisar que el laudo arbitral se emitirá de acuerdo a los plazos establecidos en el citado Reglamento. Para tal fin, se modificó el segundo párrafo del acápite ii) del literal b) de la cláusula 16.5.1 del contrato, que regula esta materia.

En la siguiente tabla, se presentan los aspectos más relevantes de la adenda.

Tabla N° 36

Adenda N° 7 al Contrato de Concesión del Primer Grupo de Aeropuertos

Problemática/Causa	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
El plazo establecido en el contrato para la emisión del laudo arbitral en el caso de los arbitrajes de derecho, no guardaba concordancia con el plazo señalado en el Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.	Plazo	Se modificó el segundo párrafo del acápite ii) del literal b) de la cláusula 16.5.1 del contrato de concesión.	<ul style="list-style-type: none"> - Asegura la gestión del procedimiento arbitral según las normas del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima. - El usuario se beneficia de manera indirecta, por cuanto una mejor resolución de los conflictos entre las partes, permitirá el cumplimiento de los objetivos y metas de la concesión.

Fuente: Contrato de Concesión y Adenda N° 7 del Primer Grupo de Aeropuertos Regionales | **Elaboración:** Departamento de Estudios – CGR

e. Contrato de concesión Proyecto Vía Parque Rímac

El 31 de marzo de 2009, la empresa Constructora OAS L.T.D.A.¹⁸² presentó ante la Gerencia de Promoción de la Inversión Privada (GPIP) de la Municipalidad Metropolitana de Lima, una iniciativa privada denominada inicialmente Proyecto Línea Amarilla, actualmente Vía Parque Rímac, mediante la cual se planteó modernizar la gestión del tránsito y la integración vial de 11 distritos de Lima. El proyecto consiste en diseñar, construir, operar y mantener nuevas vías urbanas; así como, el mejoramiento, la operación y mantenimiento de algunas de las vías urbanas existentes.

Luego que la iniciativa privada fue declarada de interés y no habiéndose presentado ningún otro postor interesado, el proyecto fue adjudicado directamente a la empresa Constructora OAS L.T.D.A. El contrato de concesión fue suscrito el 12 de noviembre de 2009, entre la Municipalidad Metropolitana de Lima y la empresa Línea Amarilla S.A.C. (sociedad concesionaria formada por el adjudicatario).

Con posterioridad a la firma del contrato, las partes determinaron que era necesario establecer algunas modificaciones al contrato de concesión. Sin embargo, debido a que no habían transcurrido tres (3) años desde la firma del contrato de concesión (plazo requerido para poder establecer alguna adenda al contrato), las partes decidieron que firmarían un conjunto de acuerdos de naturaleza vinculante entre ellas. En esa medida, se firmaron ocho (8) acuerdos entre enero del 2010 y diciembre del 2011, con los siguientes propósitos:

- **Primer Acuerdo de modificación:**

Establecer un valor referencial para el concurso internacional de contratación de un supervisor de obra. Se requería dicho supervisor para asegurar que la obra se realice en el plazo establecido, bajo los estándares señalados en el contrato de concesión y dentro del presupuesto estipulado.

¹⁸² Empresa cuya matriz denominada OAS S.A. se encuentra ubicada en Brasil.

- **Segundo Acuerdo de modificación:**

Establece que el concedente pagará los honorarios del consultor que se requería para realizar el concurso público internacional para la contratación del supervisor de obra. Además, señala que el concesionario no tendrá, ni deberá tener relación o injerencia alguna sobre el consultor contratado. Ello, con la finalidad de asegurar que las opiniones que emita el consultor sean independientes de los intereses del concesionario.

- **Tercer Acuerdo de modificación:**

Reconocimiento de las condiciones sociales¹⁸³ que impiden el inicio de la obra, por lo que se requiere ampliar el plazo previsto para el inicio de la ejecución de la obra. Ello permitió que tanto el concedente como el concesionario establezcan por acuerdo el inicio del cómputo del plazo de la obra.

- **Cuarto Acuerdo de modificación:**

Acuerdo para regular los plazos y el procedimiento destinado a la aprobación del estudio definitivo de ingeniería (EDI). Además, se reconocieron las etapas que conforman la construcción de la obra y se estableció que el concesionario debe proporcionar toda la información necesaria y requerida al concedente y al supervisor de la obra concerniente a los estudios realizados para el proyecto. Mediante este acuerdo, se establecieron los acápites mínimos que el EDI debe contener y los plazos que posee el concesionario para entregarlo.

183 Las partes reconocieron la existencia de circunstancias o hechos ajenos a la voluntad del concesionario y del concedente, referidos a que no existía un ambiente social adecuado dentro del área geográfica en la cual debe ser construida la obra inicial del proyecto Línea Amarilla, que no permitían la ejecución de la obra conforme a los términos y condiciones previstos en el contrato de concesión (a fin de mitigar actos de violencia o vandalismo que pudieran afectar a la población en general y a los sujetos directamente involucrados en la ejecución de la obra inicial).

- **Quinto Acuerdo de modificación:**

Regula el procedimiento aplicable a las precisiones y/o modificaciones requeridas por el concedente y/o supervisor de la obra sobre el estudio definitivo de ingeniería. Establece que el concesionario deberá incluir cualquier precisión y/o modificación para la correcta implementación del proyecto, siempre y cuando estas no alteren el plazo de implementación de la obra; además, establece los plazos para la integración de las mencionadas precisiones y/o modificaciones.

- **Sexto Acuerdo de modificación:**

Acuerdo que regula los plazos y la presentación del estudio de impacto ambiental (EIA) del proyecto. Mediante el presente acuerdo, se establece que el EIA será presentado a la autoridad competente (Dirección Nacional de Construcción – DNC), en un plazo no mayor a 24 meses desde la fecha de suscripción del contrato y será requisito obligatorio para considerar el inicio de construcción de las obras del proyecto.

- **Sétimo Acuerdo de modificación:**

Acuerdo que establece la imposibilidad de la Gerencia de Seguridad Ciudadana de hacerse cargo de la seguridad durante la ejecución de las obras del proyecto, debido a que el órgano no contempla dentro de sus competencias labores de este tipo. Mediante este acuerdo, se establece la propuesta de la contratación de un particular para llevar a cabo dicha labor; además de retirar, como condición previa al inicio de obras de construcción, la firma de un acuerdo entre el concesionario y la Gerencia de Seguridad Ciudadana, para mantener la seguridad de la obra.

- **Octavo Acuerdo de modificación:**

Reconocimiento de hechos ajenos a las partes; correspondiente a la imposibilidad de liberación de los predios de la obra, por parte del concedente para su entrega al concesionario; que impiden dar inicio a la fecha de ejecución de obras del proyecto y de sus respectivas

subsecciones. Mediante el presente acuerdo se modifican los plazos del “Cronograma de liberación de los bienes de concesión”, así como el “Cronograma de avance físico de obras”, ampliando nuevamente el plazo de culminación del proyecto.

En la siguiente tabla, se detallan las características generales del contrato.

Tabla N° 37
Principales características del Contrato de Concesión del
Proyecto Vía Parque Rímac

Concedente	Municipalidad Metropolitana de Lima.
Concesionario	Línea Amarilla S.A.C. – LAMSAC.
Factor de competencia	Mayores obras (hasta un máximo del 15% de la inversión previsto en el Estudio Definitivo de Ingeniería).
Modalidad de APP	Autosostenible.
Tipo de APP	Onerosa.
Plazo de vigencia de la concesión	30 años inicialmente y se amplió a 40 años (mediante adenda N° 1).
Fecha de suscripción	12 de noviembre de 2009.
Inicio de operaciones	Subsección 2,2 - 11 de Abril de 2012.
Objeto de la Concesión	Diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento de 25 kilómetros de vías, divididos en 2 secciones: Sección 1: 16 km de vías ya existentes. Es un tramo de la Vía de Evitamiento, que va desde el Trébol de Javier Prado hasta el Ovalo Habich. Sección 2: 9 km de vías nuevas, ubicados entre el Puente Huáscar y el límite con el Callao. Esta sección incluye el Túnel debajo del río Rímac, 12 Viaductos y 6 km de la ribera del río Rímac mejorados con muros de contención y áreas verdes.

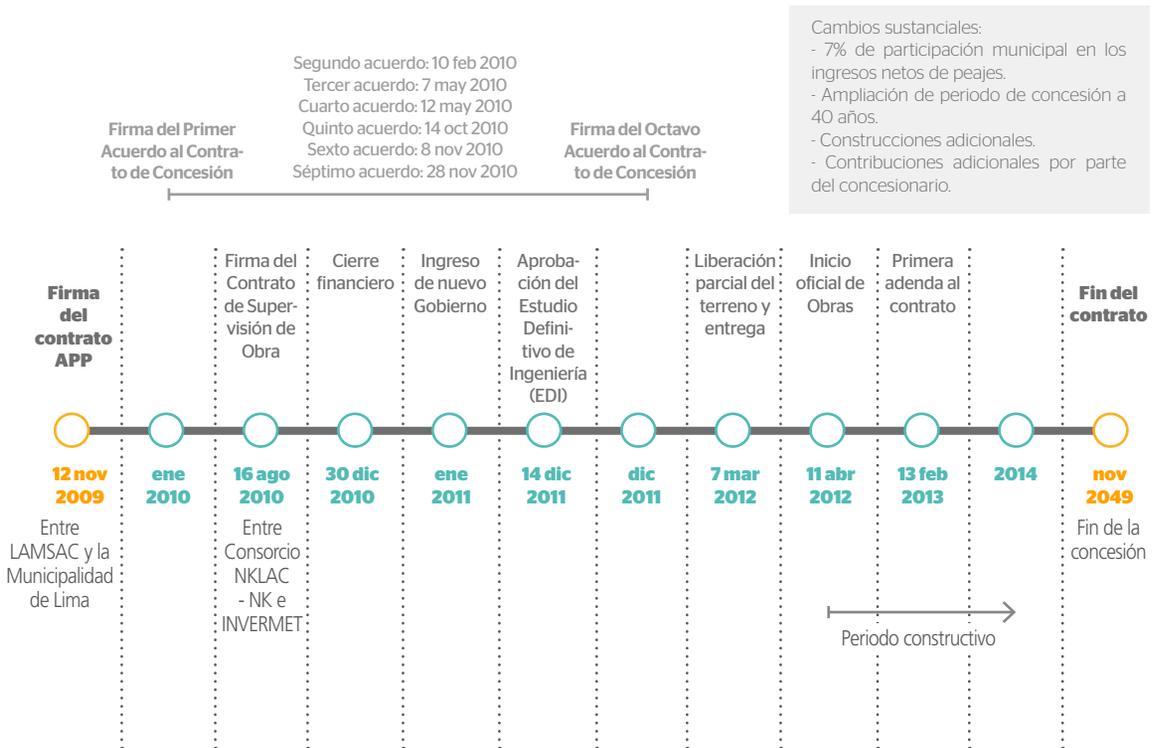
Obras a ejecutar	Túnel debajo del río Rímac (3 carriles en cada sentido).
	Doce (12) Viaductos.
	Nueve (9) kilómetros de vías nuevas.
	Seis (6) kilómetros de ribera del río Rímac, mejorados con muros de contención y áreas verdes.
	Proyecto Rio Verde, parque de esparcimiento e infraestructura comercial y deportiva.
Inversión comprometida Inicial	US\$ 703 millones.
Garantías a favor del Concedente	Garantía de Fiel Cumplimiento.
Garantías a favor del Concesionario	Garantías a favor de Acreedores Permitidos.
Tarifas	Tres (3) nuevos soles por eje + IGV (reajutable anualmente).
Retribución al Estado	Siete por ciento (7%) de los ingresos generados por peajes.
Número de Adendas	Uno (01).
Regulador	Fondo Metropolitano de Inversiones – INVERMET.
Supervisor de obra	Consortio NKLAC – NK.
Supervisor	Fondo Metropolitano de Inversiones – INVERMET.

Fuente: Contrato de Concesión Proyecto Vía Parque Rímac

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR

En el siguiente gráfico se presenta la línea de tiempo de los principales eventos que involucró la implementación del proyecto.

Grafico N° 22
Proceso de ejecución contractual y adendas



Fuente: Contrato y Adendas de la Concesión Proyecto Vía Parque Rímac

Elaboración: Departamento de Estudios - CGR

i) Adenda N°1: Redefine el contrato de concesión por cambio de gobierno en la Municipalidad de Lima

La única adenda fue firmada el 13 de febrero de 2013, es decir a los tres (3) años y tres (3) meses de firmado el contrato de concesión. La causa que originó la suscripción de la adenda fue que el nuevo gobierno municipal reevaluó la coherencia de los proyectos de infraestructura con los objetivos de la Municipalidad Metropolitana de Lima, concluyendo que era necesario redefinir el contrato de concesión del proyecto Vía Parque Rímac, a fin de contemplar elementos adicionales sin trastocar el objeto del mismo.

En ese sentido, las partes adoptaron los siguientes acuerdos:

- El concesionario realizará una contribución adicional al Fondo Municipal de la Inversión (FOMPRI) ascendente a US\$ 9,1 millones.
- Provisión de fondos para inversión social, prioritariamente en la zona de Primero y Dos de Mayo, por una suma de hasta US\$ 2,5 millones, más el IGV aplicable.
- Construcción por parte del concesionario de una obra vial de conexión con el Distrito de San Juan de Lurigancho.
- Construcción por parte del concesionario de un carril adicional en el área de la vía de evitamiento en la que originalmente sería ejecutado el Corredor Segregado de Alta Capacidad (COSAC), comprendida entre la intersección con la Avenida Javier Prado y el Puente Huáscar.
- Construcción por parte del concesionario de la obra vial Las Palmeras en la intersección de la Vía de Evitamiento con la Avenida Las Palmeras.
- Cambio en el plan de reubicación del programa de reubicación de viviendas del concesionario.

- Una contribución económica para la contratación de una empresa que elabore el expediente técnico para el Proyecto Río Verde, por un monto de US\$ 1,5 millones, más el IGV aplicable.
- La sustitución de la obligación del concesionario de la construcción del COSAC ubicado en la sección 1 del Área de la Concesión, por el aporte de un monto de US\$ 47,5 millones, a favor del Proyecto Río Verde.
- El pago de una retribución a favor del concedente ascendente a al 7% del flujo de peaje neto en las unidades de peaje existentes (Sección 1 del Área de Concesión).
- La obligación de aportar recursos complementarios a los señalados en el numeral 1.4.8 por un monto de US\$ 26,99 millones, es decir, hasta alcanzar el monto de US\$ 74,5 millones, para el proyecto Río Verde.
- Ampliar el plazo de la concesión de treinta (30) años a cuarenta (40) años.

Sobre la base de los acuerdos antes señalados, el objeto de la Adenda N° 1 fue modificar determinadas cláusulas del contrato de concesión e incorporar otras cláusulas al mismo que permitan la ejecución de los acuerdos adoptados. En la siguiente tabla, se describen los principales aspectos de la adenda.

Tabla N° 38

Adenda N° 1 al Contrato de Concesión del Proyecto Vía Parque Rímac

Problemática/Causa	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
El nuevo gobierno municipal reevaluó la coherencia de los proyectos de infraestructura con los objetivos de la Municipalidad Metropolitana de Lima, concluyendo que era necesario redefinir el contrato de concesión del proyecto Vía Parque Rímac, a fin de contemplar elementos adicionales sin trastocar el objeto del mismo	Contribuciones adicionales	<ul style="list-style-type: none"> - Contribución adicional del concesionario al Fondo Municipal de la Inversión ascendente a US\$ 9,1 millones. - Contribución económica del concesionario por US\$ 1,5 millones más IGV, para la elaboración del expediente técnico del proyecto Rio Verde. - Se reemplazó la construcción del Corredor Segregado de Alta Capacidad (COSAC), por un aporte de US\$ 47,51 millones destinado para el proyecto Rio Verde. - Obligación de aportar recursos complementarios por un monto ascendente a US\$ 26,99 millones para el proyecto Rio Verde. 	Se tuvo que ampliar el plazo de concesión para “mantener” las condiciones del equilibrio económico - financiero entre las partes; es decir, se le otorga más plazo al concesionario para recuperar los nuevos aportes y construcciones adicionales.
	Construcciones adicionales	<p>Se acordó añadir construcciones a ser realizadas por el concesionario:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Carril adicional en la Vía de Evitamiento (intersección de Av. Javier Prado y Puente Huáscar). - Obra vial Las Palmeras (intersección Vía de Evitamiento y la Av. Las Palmeras). 	
	Contribuciones al Estado	Pago de retribución a favor del concedente ascendente al 7% del flujo de peajes neto.	
	Ampliación del plazo de la concesión	Ampliación del plazo de concesión 30 años a 40 años, con plazos renovables de 10 años hasta un máximo de 60 años.	

Fuente: Contrato de concesión, acuerdos y adenda al Proyecto Vía Parque Rímac.

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR.

4.2.2 Saneamiento

a. Proyecto Derivación Huascacocha – Rímac

El 17 de enero del 2009, el Estado peruano, representado por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento – MVCS, y la Empresa Peruana de Aguas S.A. – EPASA celebraron un contrato de concesión para el diseño, construcción, operación y mantenimiento de la obra de trasvase del Proyecto Derivación Huascacocha – Rímac (en adelante contrato de concesión de Huascacocha - Rímac).

La concesión se desarrolla bajo la clasificación de autosostenible, siendo su modalidad gratuita, con una vigencia de 20 años. Las principales características del contrato de concesión, se presentan a continuación en la Tabla N° 39.

Tabla N° 39
Principales características del contrato de concesión del Proyecto Derivación
Huascacocha – Rímac

Concedente	Estado peruano, a través del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento – MVCS.
Concesionario	Empresa Peruana de Aguas S.A. – EPASA, constituida por la empresa Constructora OAS Ltda.
Factor de Competencia	Remuneración Unitaria Básica (RUB) del servicio de conducción de agua cruda por m ³ *.
Clasificación de APP	Autosostenible.
Modalidad de APP	Concesión.
Plazo de vigencia de la concesión	20 años.
Fecha de suscripción	17 de enero de 2009.
Objeto de la Concesión	Diseño, construcción, operación y mantenimiento de un sistema de represamiento y conducción del Proyecto Derivación Huascacocha – Rímac.
Compromiso de inversión	Construcción de una presa en la laguna Huascacocha y de un sistema de conducción (canales, túneles, sifones y sistemas de bombeo) hasta la entrega del agua cruda al Sistema Marca III, para su posterior trasvase hacia la cuenca del río Rímac.

Inversión Comprometida Inicial	US\$ 76,26 millones (incluido IGV).
Inversión al finalizar la Obra	US\$ 94,72 millones (incluido IGV).
Garantías a favor del Concedente	Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato.
Garantías a favor del Concesionario	Concesionario entregará a SEDAPAL el agua proveniente del Sistema Huascacocha; contra el pago de inversiones, operación y mantenimiento.
Retribución al Estado	Gratuita.
Número de Adendas	Siete (07).
Regulador	Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS).
Supervisor	SEDAPAL.
Supervisor de Obra	Asesores técnicos Asociados S.A. - ATA.

* La RUB base establecida por SEDAPAL fue S/. 0,84 por m³ y EPASA ofreció una RUB de S/. 0,7790

Fuente: Contrato de concesión y adendas al Proyecto Derivación Huascacocha – Rímac.

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR.

Antes de los cuatro (4) años de vigencia del contrato de concesión se suscribieron siete (7) adendas al mismo. En el siguiente gráfico se presenta la cronología contractual desde su suscripción, la firma de las adendas y la culminación de la concesión.

Gráfico N° 23
Adendas al Contrato de Concesión del Proyecto Derivación
Huascacocha - Rímac



Fuente: Contrato de Concesión y Adendas al Proyecto Derivación Huascacocha – Rímac

Elaboración: Departamento de Estudios - CGR

i) Adendas N°1 y N°2: Incorpora modificaciones para el cierre financiero

Los plazos en que se suscribieron las adendas materia de análisis, contados desde la suscripción del contrato de concesión, fueron los siguientes:

- La Adenda N° 1 fue suscrita el 15 de enero de 2010, es decir, al año de la firma del contrato de concesión.
- La Adenda N° 2 fue suscrita el 16 de abril de 2010, esto es luego de un (1) año y tres (3) meses de firmado el contrato de concesión.

Las causas que originaron la suscripción de las Adendas N° 1 y N° 2 fueron las siguientes:

- No se concretaba el cierre financiero, debido a que el trámite para la constitución del Fideicomiso de Administración de Fondos (FAF) ante el Ministerio de Economía y Finanzas – MEF no se había concluido, asimismo SEDAPAL no había logrado que se le otorgue la licencia de disponibilidad de agua comprometida en el contrato de concesión. Tales situaciones dificultaban el inicio de las obras.
- Los acreedores permitidos solicitaron que se realicen modificaciones en las condiciones del contrato de concesión, en los siguientes temas: i) definiciones a utilizarse en el contrato, ii) la funcionalidad del fideicomiso de recaudación; iii) la aplicación de mecanismos de ajuste de los precios de la construcción; iv) el cómputo, derechos, modalidad de pago y Reconocimiento de la Retribución por Inversión (RPI); v) mecanismo de ajuste de la Remuneración Unitaria Básica del servicio de conducción del agua (RUB); vi) procedimientos para el cómputo de la fecha de cierre, cierre financiero e inicio de obligaciones; vii) equilibrio financiero; viii) mecanismos de control; y, ix) liquidación de avance de obras y metas por hitos.
- SEDAPAL no había logrado que se le otorgue la licencia para la disponibilidad de agua comprometida para el proyecto. Tampoco había logrado la adquisición de terrenos y la obtención de las servidumbres para la concesión. Además, no había logrado que se autorice el reajuste tarifario.
- El concesionario solicitó cambios en la operatividad del fideicomiso, entre ellos el cambió del Fideicomiso de Administración de Fondos por el de Recaudación, asimismo, que se modifique y corrija los errores en la operatividad de las cuentas del fideicomiso.

En ese sentido, el objeto de las Adendas N° 1 y N° 2 fue modificar la cláusula 6.48 del contrato de concesión, a fin de ampliar el plazo para el cierre financiero de 12 a 15 meses, así como, modificar e incorporar

definiciones al contrato y dejar sin efecto las disposiciones sobre el Fideicomiso de Administración de Fondos (FAF). Los aspectos centrales de estos cambios se muestran en la Tabla N° 40.

Tabla N° 40
Adendas N° 1 y 2 al Contrato de Concesión del Proyecto
Derivación Huascacocha - Rímac

Problemática/Causa	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
No se concretaba el cierre financiero, debido a que el trámite para la constitución del fideicomiso de administración de fondos (FAF) ante el Ministerio de Economía y Finanzas no se había concluido. Asimismo SEDAPAL no había logrado que se le otorgue la licencia de disponibilidad de agua comprometida en el contrato de concesión. Tales situaciones dificultaban el inicio de las obras.	Cierre Financiero	Adenda N° 1: Se modificó la cláusula 6.48, a fin de ampliar el plazo para el cierre financiero de 12 a 15 meses desde la fecha de cierre.	<p>- Las modificaciones introducidas al contrato, así como a la estructura financiera y a las garantías del proyecto, generaron mejores condiciones para permitir la bancabilidad del proyecto, por parte de los acreedores permitidos.</p> <p>- Para el Estado, la adquisición de terrenos y la obtención de servidumbres para la concesión, que se ejecutaron luego de la suscripción del contrato, le generaron un mayor costo debido a la posición de dominio de los propietarios o poseedores de las áreas involucradas. No se ha podido cuantificar el mayor costo de dichas acciones.</p>
		<p>Adenda N° 2:</p> <p>- Se modificaron e incorporaron definiciones vinculadas con el contrato de fideicomiso de recaudación, entre ellas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Entidades recaudadoras, • Reconocimiento y pago de RPI y RPMO, • Acreditación de hitos constructivos, • Etc. <p>- Se dejó sin efecto las disposiciones sobre el Fideicomiso de Administración de Fondos.</p>	

Fuente: Contrato de Concesión y Adendas al Proyecto Derivación Huascacocha – Rímac.

Elaboración: Departamento de Estudios - CGR.

ii) Adendas N°3 a N°7: Amplía el plazo para que SEDAPAL cuente con el volumen de agua requerida.

Los plazos en que se suscribieron las adendas materia de análisis, contados desde la suscripción del contrato de concesión, fueron los siguientes:

- La Adenda N° 3 fue suscrita el 16 de agosto de 2010, es decir a un (1) año y siete (7) meses de firmado el contrato.
- La Adenda N° 4 fue suscrita el 17 de enero de 2011, esto es a los dos (2) años de firmado el contrato.
- La Adenda N° 5 fue suscrita el 16 de diciembre de 2011, es decir, luego de dos (2) años y once (11) meses después de firmado el contrato.
- La Adenda N° 6 fue suscrita el 16 de abril de 2012, esto es a los tres (3) años y tres (3) meses de firmado el contrato.
- La Adenda N° 7 fue suscrita el 17 de diciembre de 2012, es decir, a los tres (3) años y once (11) meses de firmado el contrato.

La causa que originó la suscripción de las adendas antes señaladas fue el hecho de que SEDAPAL no lograba obtener por parte de la Autoridad Nacional del Agua – ANA y las Administraciones Locales de Agua de Pisco y Mantaro y Chillón – Rímac – Junín, la autorización de disponibilidad de agua por 51,77 millones de metros cúbicos (MMC) anual, que fue ofrecida al concesionario en el contrato de concesión¹⁸⁴. Esta situación originó que el concesionario solicitara mayor plazo para la culminación de las obras.

Cabe señalar que la cláusula 6.30 del contrato de concesión consideraba dos alternativas en caso SEDAPAL no lograra la autorización de disponibilidad de agua por 51,77 MMC anual:

184 El objetivo de SEDAPAL a raíz de la concesión es incrementar la disponibilidad de agua hasta 51,77 MMC, para lo cual realizó gestiones ante la Autoridad Nacional del Agua (ANA) y ante las Administraciones Locales de Agua de Pisco y Mantaro y Chillón- Rímac-Junín, con el objetivo de aprovechar la disponibilidad de agua que podía generar la extinción de las licencias de uso de agua de compañías mineras y proyectos de generación eléctrica. En ese marco, SEDAPAL, contando con el apoyo del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, logró en diciembre de 2012 que la ANA autorizara la disponibilidad de agua comprometida, tras una prórroga de 35 meses adicionales para el cumplimiento de esa obligación contractual.

- Una prórroga inicial de 3 meses desde la fecha de vigencia de las obligaciones, si finalizaba dicho plazo podía declararse la caducidad del contrato de concesión.
- Durante el primer periodo de operaciones (mayo-noviembre), el concesionario podría operar con los volúmenes que correspondan a las licencias reservadas para SEDAPAL a la fecha de inicio de operación.

Sin embargo, el plazo estipulado en el contrato resultó insuficiente, lo que obligó a SEDAPAL a solicitar reiteradas modificaciones a la cláusula 6.30 del contrato. De ello se desprende que en el diseño del contrato no se evaluó adecuadamente el proceso y el tiempo para la obtención de la autorización de disponibilidad de agua, lo cual puso en riesgo la viabilidad del proyecto, porque el Estado asumió una obligación sobre un bien que en ese momento no disponía. Por tanto, el impedimento de cumplir con dicho compromiso no se habría tratado de una circunstancia no se trató de una situación imprevisible.

En ese sentido, el objeto de las Adendas N°s 3, 4, 5, 6 y 7 fue modificar la cláusula 6.30 del contrato a fin de ampliar el plazo de prórroga de SEDAPAL hasta obtener la autorización para contar con la disponibilidad de volumen total de agua por 51,77 MMC anual. A continuación, en la tabla N° 41 se presentan los aspectos más resaltantes de las adendas.

Tabla N° 41

**Adendas N° 3, 4, 5, 6 y 7 al Contrato de Concesión del Proyecto de Derivación
Huascacocha - Rímac**

Problemática/Causa	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
<p>SEDAPAL no lograba obtener por parte de la Autoridad Nacional del Agua -ANA- y las Administraciones Locales de Agua de Pisco y Mantaro y Chillón- Rímac- Junín, la autorización de disponibilidad de agua por 51,77 MMC anual, que fue ofrecida al concesionario en el contrato de concesión. Esta situación originó que el concesionario solicitara mayor plazo para la culminación de las obras</p>	<p>Ampliación de plazo</p>	<p>Adenda N°3: Se modificó la cláusula 6.30 del contrato, a fin de ampliar de 3 a 8 meses el plazo de prórroga de SEDAPAL para contar con la disponibilidad de un volumen total de agua por 51,77 MMC anual, contados desde la fecha de vigencia de las obligaciones.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - El concesionario no se vio afectado por la ampliación del plazo de prórroga, debido a que aún no había iniciado las obras, por tanto tampoco se vio afectado en el cumplimiento de sus responsabilidades en la etapa de construcción y operación. - Para el Estado, la ampliación del plazo significó sobrecostos de recursos de personal técnico y administrativo, durante el tiempo que duró el procedimiento para obtener de la ANA la autorización de disponibilidad de agua, así como, los gastos operativos para analizar, confirmar y preparar información para sustentar la solicitud de disponibilidad de agua para el proyecto. <p>Asimismo, el Estado tuvo que empezar a pagar al concesionario la Retribución por Inversión (RPI) antes del inicio de operaciones, debido que no contaba con la disponibilidad del volumen de agua.</p> <ul style="list-style-type: none"> - En cuanto al usuario, el efecto es que hubo un retraso de 2.7 años en la percepción de los beneficios del proyecto por parte de la sociedad, con el riesgo de que durante dicho tiempo se podría haber declarado la caducidad del proyecto.
		<p>Adenda N°4: Se modificó la cláusula 6.30 del contrato, a fin de ampliar de 8 a 19 meses el plazo de prórroga de SEDAPAL para contar con la disponibilidad de un volumen total de agua por 51,77 MMC anual.</p>	
		<p>Adenda N°5: Se modificó la cláusula 6.30 del contrato, a fin de ampliar de 19 a 23 meses el plazo de prórroga de SEDAPAL para contar con la disponibilidad de un volumen total de agua por 51,77 MMC anual.</p>	
		<p>Adenda N°6: Se modificó la cláusula 6.30 del contrato, a fin de ampliar de 23 a 31 meses el plazo de prórroga de SEDAPAL para contar con la disponibilidad de un volumen total de agua por 51,77 MMC anual.</p>	
		<p>Asimismo, en dicha cláusula se incorporó la condición para que antes del inicio de la operación SEDAPAL cuente con licencia de uso de agua por 51,77 MMC por año y con licencia estacional para el uso de excedentes.</p>	
		<p>Adenda N°7: Se modificó la cláusula 6.30 del contrato, a fin de ampliar de 31 a 35 meses el plazo de prórroga de SEDAPAL para contar con la disponibilidad de un volumen total de agua por 51,77 MMC anual.</p>	

Fuente: Contrato de concesión y adendas al Proyecto Derivación Huascacocha – Rímac - SEDAPAL, SUNASS. | **Elaboración:** Departamento de Estudios - CGR.

4.2.3. Sector Generación y Transmisión Eléctrica

a. Sistema de Transmisión Eléctrica ETECEN – ETESUR

El 5 de setiembre 2002, el Estado peruano, a través del Ministerio de Energía y Minas – MEM y la empresa de Interconexión Eléctrica S.A – ISA, celebraron un contrato de concesión, que tiene por objeto la explotación del Sistema de Transmisión Eléctrica¹⁸⁵, así como la prestación del correspondiente servicio de electricidad por el plazo acordado, la ejecución de los compromisos de inversión y la devolución de todos los bienes de la concesión al Estado al producirse la caducidad de la misma.

De igual manera, se estipula que el concedente otorga al concesionario el derecho a la explotación de los bienes de la concesión, de acuerdo a lo indicado en las respectivas cláusulas del contrato. También se señala que el concesionario podrá explotar las líneas de transmisión, las subestaciones eléctricas, los centros de control, los equipos de telecomunicación, y en general los bienes de concesión, incluyendo los bienes de la Empresa de Transmisión Eléctrica Centro Norte S.A. - ETECECEN y la Empresa de Transmisión Eléctrica del Sur S.A. - ETESUR.

185 El sistema de transmisión eléctrica es el conjunto de líneas de transmisión y subestaciones eléctricas y demás activos relacionados con el servicio de transporte de electricidad que se entregan en concesión, incluyendo los centros de control. Asimismo, comprende a todas las mejoras y a las instalaciones incluidas en los compromisos de inversión, a partir de la puesta en operación comercial.

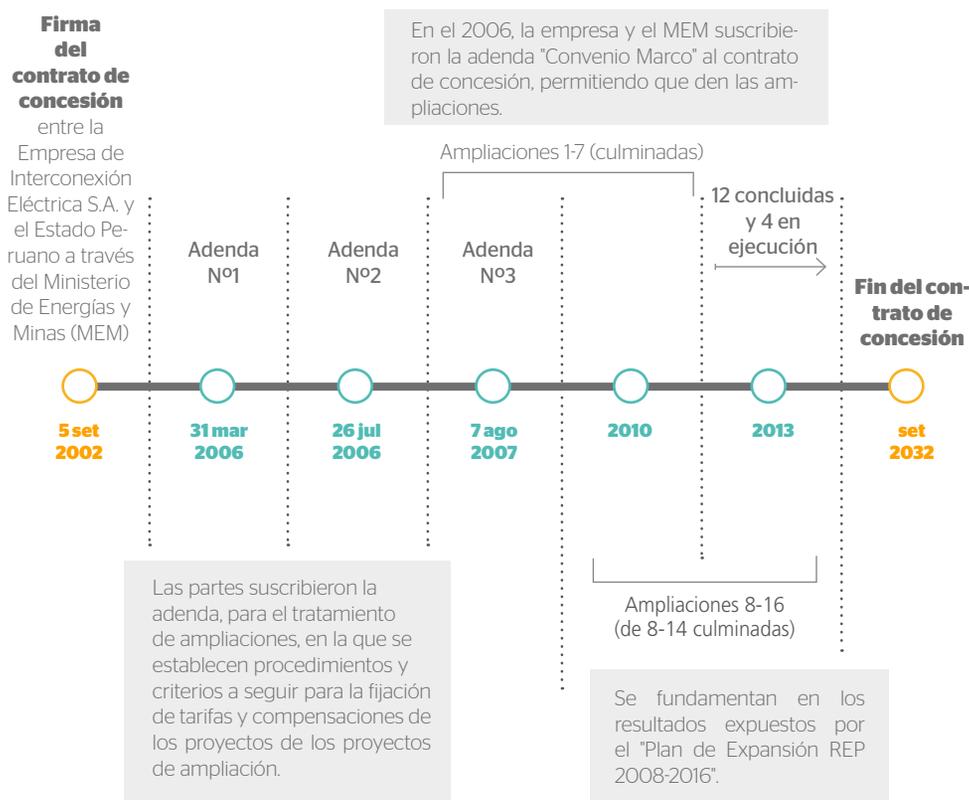
Tabla N° 42
Características Generales de la Concesión del Sistema de Transmisión Eléctrica ETECEN – ETESUR

Concedente	Estado Peruano a través del Ministerio de Energía y Minas.
Concesionario	Interconexión Eléctrica S.A - ISA.
Factor de competencia	Mejor Oferta Económica: Se establece un monto base de US\$ 229,5 millones.
Tipo de Concesión	Autosostenible.
Modalidad	Fijar una Remuneración Anual Garantizada (RAG) de US\$ 58,64 millones al concesionario.
Plazo de Concesión	30 años.
Suscripción del Contrato	5 de setiembre 2002.
Objeto de la concesión	Establecer los derechos y obligaciones de las Partes en el Contrato de Concesión y estipular las normas y procedimientos que regirán entre éstas la Explotación del Sistema de Transmisión, la prestación del correspondiente Servicio por el plazo acordado, ejecución de los Compromisos de Inversión y la devolución de todos los Bienes de la Concesión al Estado al producirse la caducidad de la Concesión, según la cláusula Vigésima del contrato.
Compromiso de Inversión	US\$ 261,99 millones (incl. IGV).
Garantía a favor del concesionario	Garantía de fiel cumplimiento.
Otras Garantías	Garantías a favor de las entidades financieras.
Retribución al Estado	US\$ 230 millones por la transferencia de inventarios.
Regulador	OSINERGMIN.
Supervisor	OSINERGMIN.
Número de Adendas	Tres (03) modificatorias y dieciséis (16) ampliatorias.

Fuente: Contrato de Concesión y Adendas al Sistemas de Transmisión Eléctrica ETECEN – ETESUR | **Elaboración:** Departamento de Estudios - CGR.

El supervisor de la concesión es el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERMIN, asimismo, es el responsable de fijar las tarifas de energía eléctrica y los correspondientes valores para asegurar que la remuneración anual garantizada (RAG)¹⁸⁶ del concesionario sea íntegramente pagada.

Gráfico N° 24
Adendas al Contrato de Concesión del Sistema de Transmisión Eléctrica ETECEN - ETESUR



Fuente: Contrato de Concesión y Adendas de la Concesión Sistemas de Transmisión Eléctrica ETECEN – ETESUR. | **Elaboración:** Departamento de Estudios – CGR.

¹⁸⁶ Es el monto señalado en la cláusula décimo tercera del contrato de concesión, a través del cual se remunerará la inversión y la operación y mantenimiento del sistema de transmisión.

i) Adenda N°1: Incorpora modificaciones para hacer viable la inversión en ampliaciones a la infraestructura concesionada

La Adenda N° 1 se suscribió el 31 de marzo de 2006, esto es a los tres (3) años, seis (6) meses y veintiséis (26) días de firmado el contrato de concesión. La causa que originó la suscripción de la adenda fue la necesidad de realizar la ampliación de la infraestructura concesionada y aumentar las redes de transmisión, debido a la creciente demanda de energía eléctrica por parte de distintos sectores y mercados, producto del crecimiento económico que experimenta la economía peruana; sin embargo, en el contrato de concesión, estas obligaciones de ampliación no estaban establecidas.

En ese sentido, la Adenda N° 1 tuvo como objeto establecer mecanismos que hagan viable la inversión en ampliaciones a la infraestructura concesionada, por parte del concesionario, para asegurar un mayor flujo eléctrico. Para ello, se modificaron las definiciones referidas a ampliaciones, bienes de la concesión y valor contable neto del intangible reguladas en el numeral 1.2 del contrato. Asimismo, se incorporaron los conceptos de ampliaciones menores, remuneración anual (RA), remuneración anual por ampliaciones (RAA) y valor de la inversión.

Tabla N° 43

**Adenda N°1 al Contrato de Concesión del Sistema de Transmisión Eléctrica
ETECEN - ETESUR**

Problemática/Causa	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
Era necesario realizar la ampliación de la infraestructura concesionada y aumentar las redes de transmisión, debido a la creciente demanda de energía eléctrica por parte de distintos sectores y mercados, producto del crecimiento económico que experimenta la economía peruana; sin embargo, en el contrato de concesión, estas obligaciones de ampliación no estaban establecidas.	Inversión en ampliaciones para atender aumento de la demanda.	Se modificó el concepto de ampliaciones a la infraestructura concesionada, estipulándose la compensación o remuneración que corresponda a las nuevas instalaciones efectuadas.	- La expansión de la demanda de energía, permitió al concesionario obtener mayores ingresos por ampliaciones y servicios a terceros ¹⁹ .
		Con la modificación al contrato, el concesionario podría realizar nuevas subestaciones o ampliaciones a las subestaciones existentes.	- Tanto el mecanismo de remuneración anual por ampliaciones, como el cálculo de la remuneración anual garantizada, permitieron estimar dicha remuneración a favor de ETECEN y de ETESUR con cargo a recursos provenientes de las generadoras y consumidores finales que utilicen la nueva infraestructura. Por tanto la concesión continuó siendo autosostenible.
		Se añade el concepto ampliaciones menores, remuneración anual y se modifica el concepto bienes de concesión.	- Las ampliaciones fortalecen el sistema eléctrico en todo el país, siendo clave para su desarrollo y crecimiento, lo que beneficia tanto a los usuarios residenciales e industriales.
		Se establece que la compensación y/o remuneración que se pagará por las ampliaciones no se regirán por las leyes aplicables.	
		Se estipula, que las ampliaciones que se efectúen, no estarán comprendidas en la remuneración anual garantizada (RAG). Asimismo, se remunera en forma adicional a las ampliaciones mediante una remuneración anual por ampliaciones (RAA), que es calculada por OSINERMIN.	

Fuente: Contrato de Concesión y Adenda N° 1 al Sistemas de Transmisión Eléctrica ETECEN – ETESUR. | **Elaboración:** Departamento de Estudios - CGR.

Cabe precisar que la Adenda N° 1 establece un mecanismo para que las remuneraciones por nuevas inversiones no se rijan por las leyes que regulan el sistema de transmisión eléctrica¹⁸⁷, ello debido a que el marco regulatorio para realizar nuevas inversiones en dicho sistema no establecía ningún incentivo para realizar tales inversiones, las cuales eran requeridas para atender la creciente demanda de energía eléctrica.

Como es práctica habitual; luego del análisis realizado por el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (COES), el OSINERGMIN y el Ministerio de Energía y Minas, se garantiza un nivel específico de demanda para el concesionario. Así, en el presente caso se previó en un porcentaje cercano al 83% de los ingresos al concesionario, con el propósito de incentivar y mantener las inversiones en el sector (tal como sucede en otros sectores como el de gas). En esa medida, el ingreso restante que genera el concesionario provienen de contratos de servicios de largo plazo, por lo que la empresa no enfrenta riesgos relacionados a precios ni demanda. Asimismo, sus posibilidades de crecimiento están acotadas por lo estipulado en el contrato de concesión. Como resultado de la adenda se ha permitido obtener mayores ingresos por ampliaciones y servicios a terceros¹⁸⁸, aprovechando la expansión de la demanda de energía.

ii) Adenda N°2: Incorpora criterios sobre las remuneraciones generadas por los contratos

La Adenda N° 2 se suscribió el 26 de julio del 2006, es decir a los tres (3) años y seis (6) meses de firmado el contrato de concesión. La causa que originó la suscripción de la adenda fue que los contratos de servicios de transmisión con la Empresa CPN Energía S.A. y la Empresa de Generación

187 En el contrato se menciona que Cualquier referencia a “Leyes Aplicables” deberá entenderse efectuada a las leyes y disposiciones mencionadas en el numeral 1.3 de las Bases, así como a todas las regulaciones y reglamentos que sean emitidos por una Autoridad Gubernamental, incluyendo normas complementarias, suplementarias, modificatorias y reglamentarias.

188 Imposibilidad de acceso a la información a los análisis de demanda del proyecto y sus ampliaciones, así como resultados económicos-financieros de Red.

Eléctrica Cahua S.A. que generaban ingresos adicionales durante los periodos tarifarios comprendidos entre el 1 de marzo del 2004 al 30 de abril del 2007, habían sido incluidos de manera incorrecta en el cómputo de la remuneración anual garantizada (RAG). Asimismo, la creación del Impuesto a las Transacciones Financieras (ITF) implicó para el concesionario un gasto que afectaba e incrementaba los costos de venta durante el año 2006, disminuyendo sus ingresos operativos debido a que los precios de venta son regulados.

En ese sentido, la Adenda N° 2 tuvo como objeto regularizar la remuneración de las instalaciones que generen ingresos adicionales a la remuneración anual garantizada (RAG), correspondiente a los contratos de servicios de transmisión con la Empresa CPN Energía S.A. y la Empresa de Generación Eléctrica Cahua S.A., así como, establecer la recuperación del monto pagado por concepto de Impuesto a las Transacciones Financieras (ITF). En la siguiente tabla se presentan los aspectos más relevantes de la adenda.

Tabla N° 44

**Adenda N°2 al Contrato de Concesión del Sistema de Transmisión Eléctrica
ETECEN - ETESUR**

Problemática/Causa	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
Los contratos de servicios de transmisión con la Empresa CPN Energía S.A. y la Empresa de Generación Eléctrica Cahua S.A. que generaban ingresos adicionales durante los periodos tarifarios comprendidos entre el 1 de marzo del 2004 al 30 de abril del 2007, habían sido incluidos de manera incorrecta en el cómputo de la remuneración anual garantizada (RAG).	Remuneraciones generadas por los contratos de servicios de transmisión	<p>Se modificaron las siguientes definiciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Explotación • Remuneración Anual Garantizada (RAG) • Remuneración Anual por Ampliaciones <p>Se incorporó la definición:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Instalaciones que generan ingresos adicionales a la RAG. <p>Se reclasificaron los ingresos adicionales (contratos de servicios de transmisión con las empresas CPN Energía S.A. y Cahua S.A) bajo el concepto de remuneración anual por ampliaciones (RAA).</p>	<p>- El concesionario recuperó los montos por concepto de ITF pagadas al Estado, correspondientes a los contratos de servicios de transmisión con las empresas C.N.P. Energía S.A. y Cahua S.A., por un total de US\$ 0,958 millones.</p> <p>- El concedente regularizó la remuneración anual (RA) mediante las instalaciones que generan ingresos adicionales a la remuneración anual garantizada (RAG), correspondientes a los servicios de transmisión.</p>
La creación del Impuesto a las Transacciones Financieras (ITF) implicó para el concesionario un gasto que afectaba e incrementaba los costos de venta durante el año 2006, disminuyendo sus ingresos operativos debido a que los precios de venta son regulados.	Impuesto a las Transacciones Financieras	La liquidación del ITF (saldos a favor del concesionario), fue anexado en el cálculo de la liquidación anual que efectuó el OSINERGMIN de acuerdo al Numeral 7 ¹ del Anexo N° 7 ² del contrato de concesión, agregándose dicha liquidación a la remuneración anual garantizada (RAG) del año siguiente.	<p>- El concesionario se benefició recuperando el monto pagado por concepto de Impuesto a las Transacciones Financieras (ITF) durante el año anterior.</p> <p>- En adelante está modificación no tiene impacto alguno en el concedente o el usuario.</p>

¹ El numeral 7 está referido al procedimiento de liquidación anual. En dicho numeral se señala que antes del 30 de abril del año "n" el OSINERGMIN "efectuará un calculo de liquidación anual con el objeto de garantizar la equivalencia de los montos mensuales que corresponde facturar y la RAG (n)", OSINERGMIN velara por la equivalencia de los montos mensuales a pagar y la remuneración anual garantizada.

² Este anexo regula los criterios generales para el pago de la remuneración anual garantizada.

Fuente: Contrato de Concesión y Adenda N° 2 al Sistemas de Transmisión Eléctrica ETECEN – ETESUR. | **Elaboración:** Departamento de Estudios – CGR.

iii) Adenda N°3: Establece criterios para el cálculo de la remuneración anual garantizada (RAG)

La Adenda N° 3 fue suscrita el 7 de agosto de 2007, esto es a los cuatro (4) años y once (11) meses de firmado el contrato de concesión. La causa que originó la suscripción del contrato fue que el 23 de julio de 2006 se publicó la “Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica”, Ley N° 28832, la cual estableció que el sistema de transmisión del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN) no estaría integrado por dos (2) categorías de instalaciones¹⁸⁹ sino por cuatro (4) categorías¹⁹⁰. Sin embargo, ello generó incertidumbre respecto al pago realizado por los consumidores, previsto en el numeral 5.2 del Anexo 7 del contrato, debido a que dicho pago se calculaba sobre la base de las dos categorías de instalaciones. Por tanto, era necesario determinar el cálculo y el procedimiento para la recaudación del pago de los consumidores.

Asimismo, era necesario modificar el numeral 10 del contrato, que regula lo referido a la remuneración de las instalaciones, que genera, a su vez, ingresos adicionales a la remuneración anual garantizada (RAG). Ello, para que el concedente no garantice las remuneraciones ante el incumplimiento de pago de los usuarios de dichas instalaciones, estableciendo que el riesgo de cobranza será asumido exclusivamente por el concesionario. En consecuencia, el concedente no garantiza el pago de los ingresos adicionales.

En ese sentido, el objeto de la Adenda N° 7 fue modificar el numeral 5.2 del Anexo N° 7, respecto al pago de la remuneración anual correspondiente a los consumidores, así como modificar el numeral 10, respecto a las instalaciones que generan ingresos adicionales a la remuneración anual garantizada (RAG).

189 Sistema Principal de Transmisión (SPT) y Sistema Secundario de Transmisión (SST).

190 Sistema Garantizado de Transmisión (SGT), Sistema Complementario de Transmisión (SCT), Sistema Principal de Transmisión (SPT), y Sistema Secundario de Transmisión (SST).

Tabla N° 45

Adenda N°3 al Contrato de Concesión del Sistema de Transmisión Eléctrica ETECEN - ETESUR

Problemática/Causa	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
<p>En julio de 2006 se publicó la "Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica", Ley N° 28832, la cual estableció que el sistema de transmisión del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN) no estaría integrado por dos (2) categorías de instalaciones²² sino por cuatro (4) categorías²³. Sin embargo, ello generó incertidumbre respecto al pago realizado por los consumidores, previsto en el numeral 5.2 del Anexo 7 del contrato, debido a que dicho pago se calculaba sobre las dos categorías de instalaciones. Por tanto era necesario determinar el cálculo y el procedimiento para la recaudación del pago de los consumidores.</p> <p>Asimismo, era necesario modificar el numeral 10 del contrato, que regula lo referido a la remuneración de las instalaciones, que genera, a su vez, ingresos adicionales a la remuneración anual garantizada (RAG). Ello, para que el concedente no garantice las remuneraciones ante el incumplimiento de pago de los usuarios de dichas instalaciones, estableciendo que el riesgo de cobranza es asumido exclusivamente por el concesionario. En consecuencia, el concedente no garantiza el pago de los ingresos adicionales.</p>	<p>Metodología de cálculo para la remuneración anual garantizada (RAG).</p>	<p>- Se modificó el numeral 5.2 del Anexo N° 7 del contrato de concesión, a fin de precisar que para el pago realizado por los consumidores, se tomará en cuenta las dos categorías de instalaciones que se rigen en el contrato, como son, Sistema Principal de Transmisión -SPT y Sistema Secundario de Transmisión SST, por lo que separa las otras dos categorías (Sistema Garantizado de Transmisión (SGT), Sistema Complementario de Transmisión (SCT).</p> <p>Con ello, se busca seleccionar las categorías de instalaciones previstas inicialmente en el contrato de concesión.</p> <p>- Se modificó el numeral 10.0 del contrato, referido a la remuneración de las instalaciones que generan ingresos adicionales a la remuneración anual garantizada (RAG), estableciéndose que el concedente no garantiza el pago de los ingresos adicionales.</p>	<p>- La reestructuración de la remuneración anual garantizada (RAG), no afecta al concesionario.</p> <p>- Mediante la modificatoria se brinda una mejor comprensión en cuanto al modo de pago.</p> <p>- El concesionario asume completamente el riesgo de cobranza, pero no se le garantiza el pago de los ingresos adicionales.</p>

Fuente: Contrato de Concesión y Adenda N° 3 al Sistemas de Transmisión Eléctrica ETECEN – ETESUR. | **Elaboración:** Departamento de Estudios – CGR.

b. Proyecto de Generación Eléctrica Chaglla

El 23 de diciembre de 2009, el Estado peruano, representado por el Ministerio de Energía y Minas (MEM) suscribió con la empresa concesionaria Empresa de Generación Huallaga S.A., el contrato de concesión definitivo de transmisión de energía eléctrica N° 343-2009, para el desarrollo del proyecto de la “Central Hidroeléctrica Chaglla”.

Este proyecto tiene como propósito fortalecer el desarrollo de la oferta energética en el país, reducir la incertidumbre en los contratos de suministro y servir de incentivo para la construcción de nuevas centrales hidroeléctricas.

El plazo de concesión es indefinido, mientras que el plazo para la construcción de la Central Hidroeléctrica Chaglla, es de 60 meses hasta las pruebas y puesta en servicio, de acuerdo a lo estipulado en la cláusula séptima del contrato. Dicha construcción se inició el 01 de agosto de 2011 y culminará el 31 de julio de 2016, conforme al calendario de ejecución de obras.

La supervisión de la concesión está a cargo de OSINERGMIN, en forma permanente y directa, o a través de empresas fiscalizadoras calificadas y clasificadas por dicha entidad, conforme a la Ley N° 26734, Ley del Organismo Supervisor de Inversión en Energía. A continuación se presenta en la Tabla N° 46 los principales datos de la concesión:

Tabla N° 46
Principales características del Contrato de Concesión de la
Central Hidroeléctrica Chaglla

Concedente	Estado peruano, a través del Ministerio de Energía y Minas.
Concesionario	Empresa de Generación Huallaga S.A.
Factor de competencia	Menor precio de energía ofertado.
Clasificación de Concesión	Autosostenible.
Plazo de Concesión	Plazo indefinido. Plazo ejecución de obras es de 60 meses. Tiene previsto entrar en servicio en setiembre de 2016.
Suscripción del contrato	23 de diciembre de 2009.
Objeto	Establecer los términos del compromiso de construir y poner en funcionamiento la central hidroeléctrica.
Compromiso de inversión	US\$ 1,25 millones (incl. IGV).
Garantías a favor del concedente	Garantía de Fiel Cumplimiento.
Garantías a favor del concesionario.	El estado garantiza al generador: a) Que el generador obtenga y/o renueve los permisos, licencias, autorizaciones, concesiones, servidumbres, derechos de uso y similares, necesarios para la construcción, operación y mantenimiento de la Central Hidroeléctrica, en caso dichos derechos no fueran otorgados o renovados por la autoridad gubernamental competente en el plazo legal establecido. b) Que se resuelvan de manera pronta los conflictos comunales, sociales o similares, en el entorno de la Central Hidroeléctrica, oponiéndose a la construcción, operación o mantenimiento de la misma.
Número de adendas	Una (1).
Regulador	OSINERGMIN.
Supervisor	OSINERGMIN.
Supervisor de obra	CNEC WORLEYPARSONS ENGENHARIA S.A. SUCURSAL PERÚ.

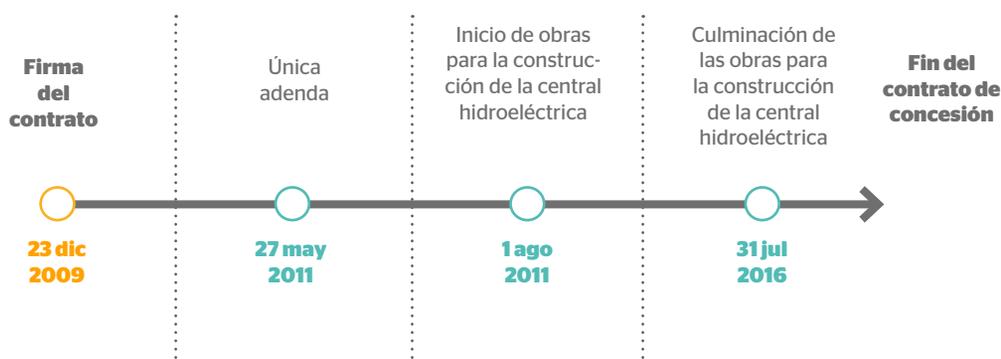
Fuente: Contrato de concesión y adenda a la Central Hidroeléctrica Chaglla

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR

En el siguiente gráfico se presenta la línea de tiempo de la adenda que modifica el contrato de concesión, así como el inicio y culminación de las obras del proyecto.

Gráfico N° 25

Adenda y obras del Contrato de Concesión Central Hidroeléctrica Chaglla



Fuente: Contrato de concesión y adenda a la Central Hidroeléctrica Chaglla.

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR.

i) Adenda N°1: Incorpora aspectos técnicos para optimizar el proyecto

La única adenda fue suscrita el 27 de mayo del 2011, es decir, a un (1) año, cinco (5) meses y cuatro (4) días de firmado el contrato de concesión. La causa que generó la suscripción del contrato fue la necesidad de optimizar el proyecto a través del incremento de la potencia instalada total (de 360 MW hasta 406 MW) para aumentar la capacidad de energía generada, sin modificar el cronograma de ejecución de obras. Ello con la finalidad de atender el incremento de la demanda que se había generado.

Cabe mencionar que el aumento de la potencia instalada permitirá que la generación de energía en el Perú se incremente. En la siguiente tabla, se señalan los aspectos más relevantes de la adenda.

Tabla N° 47

Adenda al Contrato de Concesión de Central Hidroeléctrica de Chaglla

Problemática/Causa	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
La necesidad de optimizar el proyecto a través del incremento de la potencia instalada total (de 360 MW hasta 406 MW) para aumentar la capacidad de energía generada, sin modificar el cronograma de ejecución de obras. Ello con la finalidad de atender el incremento de la demanda que se había generado.	Aspectos técnicos de la central hidroeléctrica.	<p>Se modificaron los siguientes aspectos técnicos del proyecto:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La potencia instalada total pasa de 360 MW a 406 MW. • La presa de altura pasa de 144 m. a 199 m. de altura. • El embalse pasa de 58 m3 a 328,5m3. • El túnel de abducción pasa de 9,6 km a 14,7km. <p>El presupuesto del proyecto pasó de US\$ 607,76 millones (sin IGV) a US\$ 1 177,32 millones (sin IGV). El concesionario realizará una inversión adicional de US\$ 569,56 millones, a cambio de una mayor colocación de energía eléctrica en el Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN).</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Para el concedente, la adenda significó una nueva revisión del estudio de impacto ambiental (EIA), para asegurar que las modificaciones de altura, embalse y túnel de abducción, no tengan mayores impactos en el medio ambiente. - El principal impacto de los cambios técnicos es que el concesionario generará más electricidad en el mercado.

Fuente: Contrato de Concesión y Adenda a la Central Hidroeléctrica Chaglla

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR

4.2.4. Sector Telecomunicaciones

a. Contrato de concesión en el sector comunicaciones: Telefónica del Perú

En un inicio las concesiones para la prestación del servicio público de telefonía móvil tanto en Lima y Callao como a nivel nacional, fueron concedidas a tres empresas, dos de ellas eran empresas públicas (Compañía Peruana de Teléfonos S.A. – CPT S.A. y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú S.A. – ENTEL PERÚ S.A.), y una de ellas era privada (Empresa Difusora Radio Tele S.A.C).

Posteriormente, en el marco del Decreto Legislativo N° 674, el Estado peruano realizó la subasta de las acciones que tenía en las empresas CPT S.A. y ENTEL PERU S.A. La buena pro fue adjudicada el 28 de febrero de 1994 a la empresa Telefónica del Perú S.A.¹⁹¹, que ofreció US\$ 2 000 millones¹⁹² por dichas acciones, es decir, un 267% mayor al precio base de la subasta (US\$ 546 millones).

El 16 de mayo de 1994 se hizo efectivo el pago por las acciones al Estado peruano y la empresa Telefónica del Perú S.A. se constituyó en accionista mayoritario de las empresas CPT S.A. y ENTEL PERU S.A., asumiendo el control de ambas.

Mediante Resolución Viceministerial N° 859-2001-MTC/15.03 del 02 de octubre de 2001, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC aprobó la transferencia de la concesión otorgada a la Empresa Difusora Radio Tele S.A.C. para la prestación del servicio público de telefonía móvil a favor de BellSouth Perú S.A., reconociendo a esta empresa como titular de dicha concesión, asumiendo de pleno derecho las obligaciones derivadas del respectivo contrato de concesión.

191 Telefónica del Perú estaba conformada por Telefónica de España, Graña y Montero, Backus y Banco Wiese, no conociéndose los porcentajes de participación del Consorcio en la Subasta.

192 Además del monto de la inversión, Telefónica se comprometió a invertir US\$1200 millones en la instalación de 1,5 millones de líneas telefónicas en cinco años.

Como producto de la fusión por absorción entre Comunicaciones Móviles del Perú S.A. (antes Bellsouth Perú S.A.) y Telefónica Móviles S.A.C., la empresa Telefónica Móviles S.A. se constituye en titular de las concesiones y permisos que le fueron otorgadas por el Estado peruano a ambas empresas.

En ese sentido, los contratos de concesión que están a cargo de Telefónica Móviles S.A. son tres, estos son:

- El 26 de mayo de 1991, el Estado peruano, a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC, suscribió con la empresa Compañía Peruana de Teléfonos S.A. (ahora denominada Telefónica Móviles S.A.), el contrato de concesión adicional para la prestación del servicio público de telefonía móvil en Lima y Callao, en la Banda A de 800 MHz. Este contrato tiene un plazo de duración de 20 años; y se aprobó mediante Resolución Ministerial N° 373-91-TC/15.17 del 23 de mayo de 1991.
- El 28 de junio de 1991, el Estado peruano, a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC, suscribió con la Empresa Difusora Radio Tele S.A.¹⁹³, el contrato de concesión para la prestación del servicio público de telefonía móvil en Lima y Callao, en la Banda B de 800 MHz., que posteriormente migró a la Banda 1900 MHz. Este contrato tiene un plazo de vigencia de 20 años, y se aprobó mediante Resolución Ministerial N° 440-91-TC/15.17 del 28 de junio de 1991.
- El 13 de febrero de 1992, el Estado peruano, a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC, suscribió con la Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú S.A. (ahora denominada Telefónica Móviles S.A.), el contrato de concesión para la prestación del servicio público de telefonía móvil a nivel nacional, con excepción de Lima y Callao, en la Banda A de 800 MHz. Este contrato tiene un plazo de vigencia 20 años, y se aprobó mediante Resolución Ministerial N° 055-92-TC/15.17 del 30 de enero de 1992.

193 Mediante contrato de compraventa de acciones de las empresas CPT S.A. y ENTEL PERÚ S.A. firmado entre Telefónica del Perú y el Estado peruano, tanto Telefónica de España como Telefónica del Perú se convierten en propietarias de la concesión de la empresa Bellsouth Perú, la cual anteriormente pertenecía a la Empresa Difusora Radio Tele S.A.C.

En la siguiente tabla se detallan las características generales del contrato de concesión.

Tabla N° 48

Principales características del Contrato de Concesión de Telefónica Móviles

Concedente	Estado peruano a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC.
Concesionario	Telefónica Móviles S.A.
Factor de competencia	Mayor monto (subasta).
Modalidad	Concesión.
Modalidad APP	Autosostenible.
Tipo de APP	Contrato de servicios.
Plazo de vigencia de la concesión	20 años.
Fecha de suscripción	26 de mayo de 1991, 28 de junio de 1991 y 13 de febrero de 1992.
Objeto de la concesión	Tres Contratos de Prestación del servicio público de telefonía móvil.
Obras a ejecutar	US\$ 2 000 millones (monto pagado por el concesionario).
Aportes del concesionario	0,5% de los Ingresos Brutos (al OSIPTEL) y 1% de los Ingresos Brutos (al FITEL).
Retribución al Estado	Retribución Principal a Favor del Concedente (37,25% de ingresos brutos anuales). Retribución Especial Semestral (50% de ingresos semestrales).
Número de adendas	Tres (3).
Regulador	OSIPTEL.
Supervisor	OSIPTEL.

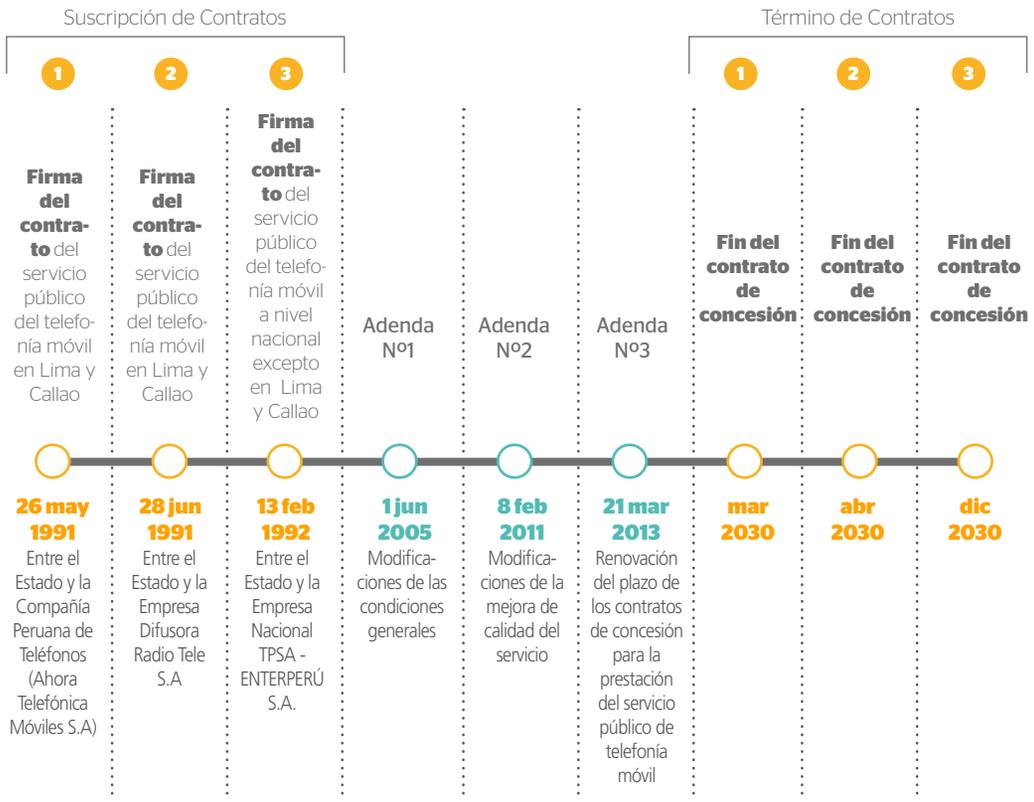
Fuente: Contrato de Concesión y Adendas a Telefónica Móviles.

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR.

En el siguiente gráfico se presenta una línea de tiempo de los principales eventos de la concesión:

Gráfico N° 26

Proceso de ejecución y Adendas del Contrato de Concesión de Telefónica Móviles



Fuente: Contratos y adenda, OSIPTEL. | **Elaboración:** Departamento de Estudios – CGR.

i) Adenda N°1: Formalizar las transferencias de las concesiones otorgadas a Telefónica del Perú S.A.C.

La Adenda N° 1 fue firmada el 1 de junio de 2005. La causa que originó la suscripción de la adenda, fue la aprobación por parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC de la transferencia de las concesiones otorgadas a Telefónica Móviles S.A.C. para la prestación del servicio público de telefonía móvil a favor de la empresa Comunicaciones Móviles del Perú S.A.¹⁹⁴.

En ese sentido, el objeto de la Adenda N° 1 fue modificar las condiciones generales del contrato de concesión, a fin de aprobar la transferencia de las concesiones otorgadas a Telefónica Móviles S.A.C. a favor de la empresa Comunicaciones Móviles del Perú S.A., así como incorporar activos a la concesión, la devolución por parte del concesionario de una banda de 800 MHz y posterior asignación de una banda de 1900 MHz y ampliar de la cobertura del servicio.

194 Cabe señalar que la empresa Telefónica Móviles de España compró la filial peruana de la empresa de telecomunicaciones estadounidense Bellsouth. Con posterioridad a dicha compra Telefónica necesitaba que se realice una fusión por absorción a nombre de la empresa Comunicaciones Móviles del Perú S.A.; la absorción se realizaría sobre los activos que poseía Telefónica Móviles S.A.C., que incluían las concesiones para la prestación del servicio de telefonía móvil en el Perú. De acuerdo a la normativa vigente en ese momento, el MTC tenía que aprobar la transferencia de dichas concesiones (por consiguiente de las bandas). En este contexto el concesionario pide al MTC llevar a cabo la formalización de la transferencia de las concesiones de una empresa a otra.

Tabla N° 49

Adenda N° 1 al Contrato de Concesión de Telefónica Móviles

Problemática/Causa	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
El Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC aprobó la transferencia de las concesiones otorgadas a Telefónica Móviles S.A.C. para la prestación del servicio público de telefonía móvil a favor de la empresa Comunicaciones Móviles del Perú S.A, por lo que era necesario modificar las condiciones generales del contrato.	Modificaciones generales al contrato	<ul style="list-style-type: none"> - Transferencia de las concesiones otorgadas. - Incorporación de activos a la concesión. - Devolución por parte del concesionario de una banda de 800 MHz. - Asignación de una banda de 1900 MHz al concesionario. - Ampliación de cobertura del servicio. 	<ul style="list-style-type: none"> - El Estado evitó que Telefónica ejerza un poder monopólico (ser el único operador en el mercado de telefonía) sobre las bandas de 25 MHz correspondientes a la banda de 800 MHz. - Se liberó un activo (banda de 800 MHz) que podría ser utilizado para un nuevo proyecto en beneficio del Estado. En febrero de 2013 OSIPTEL llegó a calcular el valor referencial de este activo en US\$ 830 millones. - La migración a la nueva banda conllevaría a una suspensión temporal del servicio.

Fuente: Contrato de concesión y adenda N° 1 a Telefónica Móviles S.A.C.

Elaboración: Departamento de Estudios - CGR.

Lo estipulado en la adenda, respecto a la ampliación de los servicios, implicó que el concesionario se comprometiera a instalar 500 000 nuevas líneas (fuera de la provincia de Lima y de la provincia constitucional del Callao), en 2000 distritos que no contaban con el servicio de esta empresa¹⁹⁵, lo cual benefició a un nuevo grupo de pobladores.

¹⁹⁵ En el Anexo N°1 de la mencionada adenda se citan los nuevos distritos como: En el distrito de Copallin en la localidad de Cambio Pitec, en el distrito de El Parco en la localidad de Chepén, distrito de Jazan en la El Edén, en el distrito La Luya en la localidad de Escobar, entre otros.

ii) Adenda N°2: Incorpora precisiones respecto al servicio brindado

La Adenda N° 2 fue suscrita el 08 de febrero de 2011. La causa que originó la suscripción de la adenda fue la necesidad de asegurar que la prestación del servicio público de telefonía, en la modalidad de teléfonos públicos (sea con el uso de la red de telefonía móvil o telefonía fija), se realice de acuerdo con los avances tecnológicos y se brinde bajo condiciones adecuadas, a fin de mejorar el servicio y la cobertura de teléfonos públicos. Ello significó establecer precisiones al contrato.

Cabe indicar que antes de la firma de la adenda, la empresa Comunicaciones Móviles del Perú S.A. cambió su denominación a Telefónica Móviles S.A. Asimismo, producto de la emisión de la Resolución Ministerial N° 243-99-MTC/15.03, se amplió el área de concesión a Telefónica Móviles S.A. en los departamentos del país, para la prestación del servicio público telefónico fijo local, conforme al Anexo 1 de esta adenda.

Tabla N° 50

Adenda N° 2 al Contrato de Concesión de Telefónica Móviles

Problemática/Causa	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
La necesidad de asegurar que la prestación del servicio público de telefonía, en la modalidad de teléfonos públicos, se realice de acuerdo con los avances tecnológicos y se brinde bajo condiciones adecuadas, a fin de mejorar el servicio y la cobertura de teléfonos públicos. Ello significó establecer precisiones al contrato.	Estándares de calidad y servicialidad	Se impone al concesionario mayores estándares de calidad en el servicio de telefonía tomando en cuenta los avances tecnológicos.	<ul style="list-style-type: none"> - Mayores estándares de calidad en el servicio, repercute favorablemente en el usuario. - Una mejor tecnología conlleva a menores costos de los servicios. - El concesionario obtiene mayores márgenes de ganancias.

Fuente: Contrato de Concesión y Adenda N° 2 a Telefónica Móviles

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR

iii) Adenda N°3: Establece los términos y condiciones para renovar la concesión

La Adenda N° 3 fue suscrita el 21 de marzo de 2013. La causa que originó la suscripción de la adenda fue la culminación de los contratos de concesión. En ese sentido, el objeto de la adenda fue renovar dichos contratos e introducir algunas modificaciones a los mismos. Así tenemos:

- Renovar los plazos de las concesiones por un periodo de 18 años y 10 meses, de acuerdo a lo dispuesto en el “Método para la Evaluación del Cumplimiento de las Obligaciones de las Empresas Concesionarias de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones”, aprobado por Decreto Supremo N° 036-2010-MTC y a lo establecido por OSIPTEL en sus respectivos informes de evaluación.
- Incorporar términos y condiciones sociales:
 - › Cobro de tarifas sociales a un máximo de 1 millón de personas.
 - › Ampliación de cobertura de telefonía móvil en 409 capitales de distrito a nivel nacional (estipulados en el Anexo N° 1 de la adenda¹⁹⁶).
 - › Acceso gratuito a Internet Satelital para entidades del Estado: colegios, centros de salud y comisarías, ubicados en 661 distritos (estipulados en el Anexo N° 7 de la adenda)¹⁹⁷.
 - › Acceso gratuito a Internet fijo (Speedy) para entidades del Estado: colegios, centros de salud y comisarías. El número de entidades es de 11 mil.

196 Entre los distritos podemos mencionar a Imaza en la localidad de Chiriaco en la provincia de Bagua, Quechualla en la localidad de Velinga en el departamento de Arequipa entre los otros.

197 Son Chalaco, Lancones en el departamento de Piura, Alto Biavo en Cuzco, Chazuta en San Martín, entre otros

- › Ejecución del Proyecto Integración Amazónica: Rioja - Moyobamba - Yurimaguas - Iquitos que llevará banda ancha a las principales ciudades de la Amazonía peruana.
- › Interconexión de los centros de control de cámaras de video vigilancia hasta un máximo de 327 distritos (en 36 distritos de Lima Metropolitana y 291 de Provincia, los mismos que aparecen en el Anexo 9 de la adenda)¹⁹⁸.

Tabla N° 51

Adenda N° 3 al Contrato de Concesión de Telefónica Móviles

Problemática/ Causa	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
Culminación de los contratos de concesión	Plazo	Renovar los plazos de las concesiones por un periodo de 18 años y 10 meses, de acuerdo a lo dispuesto en la metodología aprobada por Decreto Supremo 036-2010-MTC.	- La renovación del plazo impacta positivamente en el concesionario, que seguirá brindando el servicio. - No se exige al Estado ningún tipo de contraprestación monetaria.
	Incorporación de términos y condiciones	Se incorporaron al contrato condiciones sociales.	- El usuario se beneficia con la incorporación de tarifas sociales.

Fuente: Contrato de Concesión y Adenda N°2 a Telefónica Móviles.

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR.

¹⁹⁸ Tales como Bellavista, Ventanilla, La Perla, en El Callao; entre otros.

4.2.5. Sub Sector Irrigación

a. Proyecto de Irrigación Olmos

El 11 de junio de 2010 el Estado peruano, representado por el Gobierno Regional de Lambayeque, celebró con la empresa H2Olmos S.A. el contrato de concesión para el diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento del Proyecto de Irrigación Olmos (en adelante contrato de concesión del Proyecto de Irrigación Olmos). En dicho proceso, intervinieron el Proyecto Especial Olmos Tinajones – PEOT, adscrito al Gobierno Regional de Lambayeque, el Ministerio de Agricultura y Riego – MINAGRI (entonces Ministerio de Agricultura) y la Autoridad Nacional del Agua – ANA.

El proyecto tuvo su origen en la iniciativa privada presentada el 25 de junio de 2008 por el Consorcio Irrigación Olmos¹⁹⁹ ante Gobierno Regional de Lambayeque. Dicha iniciativa proponía desarrollar un proyecto de irrigación y aprovechamiento de aguas en terrenos eriazos de propiedad del mencionado Gobierno Regional. Debido a que el proyecto no obtuvo el interés de otros inversionistas, se adjudicó de manera directa el proyecto al proponente²⁰⁰. En la siguiente tabla se detallan las características generales del contrato:

199 Dicho consorcio lo integraban las empresas Odebrecht Inversiones em Infra-Estrutura Ltda. y la Constructora Norberto Odebrecht S.A.

200 Cabe mencionar que el proyecto del contrato de concesión contó con la opinión del Gobierno Regional de Lambayeque, la Autoridad Nacional del Agua y el Ministerio de Economía y Finanzas – MEF.

Tabla N° 52

Principales características del Contrato de Concesión del
Proyecto de Irrigación Olmos

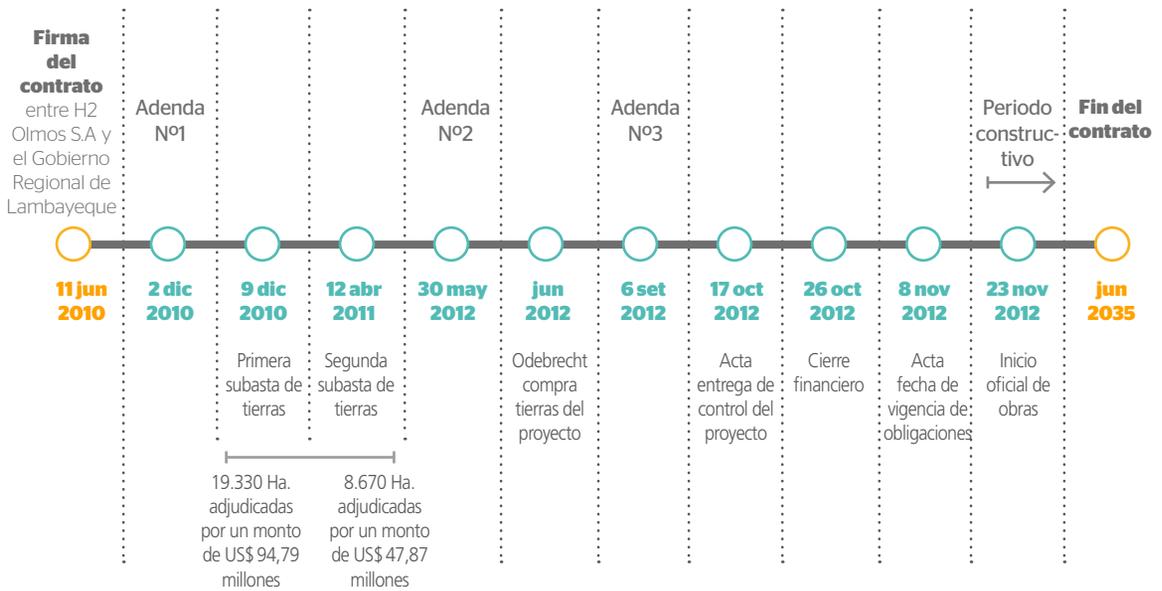
Concedente	Estado Peruano a través del Gobierno Regional de Lambayeque.
Concesionario	H2Olmos S.A.
Factor de competencia	- Ingresos por el cobro del suministro de agua. - Excedentes de los ingresos obtenidos por recaudación del pago por capacidad.
Otras entidades intervinientes	Autoridad Nacional del Agua – ANA y Ministerio de Agricultura y Riego – MINAGRI.
Clasificación de APP	Autosostenible.
Modalidad de APP	Concesión.
Plazo de vigencia de la concesión	25 Años.
Fecha de suscripción	11 de junio de 2010.
Objeto de la concesión (1)	El propósito del proyecto es trasvasar los recursos hídricos de la vertiente del Océano Atlántico hacia la vertiente del Océano Pacífico mediante un Túnel Trasandino de una longitud de 19.3 Km. y un diámetro interior de 4.8 m, para su posterior aprovechamiento en la generación de energía eléctrica y la irrigación de tierras áridas con condiciones climáticas muy favorables para la producción agrícola.
Compromiso de inversión	- Construcción de Campamentos, plantas industriales, movilización y desmovilización de recursos. - Obras de limpieza, instalación de desarenador y tuberías. - Construcción de Bocatoma para Obras de Captación. - Construcción de canales, sifón y túneles para conducción. - Red de tuberías para distribución de agua.
Inversión comprometida	US\$ 222 millones.
Inversión final (2)	US\$ 580 millones.
Garantías a favor del concedente	Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato.
Tarifas	Pagos por Servicios de Agua - US\$ 0,07 / m ³ .
Retribución al Estado	Monto fijo de US\$ 2,53 millones anual por concepto de regalías.
Número de adendas	Tres (03).
Regulador	Gobierno Regional de Lambayeque.
Supervisor	Proyecto Especial Olmos Tinajones – PEOT.

Fuente: Contrato de Concesión y Adendas al Proyecto de Irrigación Olmos

Elaboración: Departamento de Estudios - CGR

A continuación, se presenta el Gráfico N° 25 que contiene las adendas y los principales hechos ocurridos durante la ejecución del contrato de concesión del proyecto bajo comentario.

Gráfico N° 27
Adendas y proceso de ejecución del contrato de concesión del Proyecto de Irrigación Olmos



Dado que solo se adjudicaron 28 000 Ha. de las 38 000 meta por un valor total de US\$ 142,67 millones, la subasta no pudo ser calificada como exitosa.

Odebrecht S.A a través de su firma OLPK, adquirió 11 530 Ha. de las tierras no adquiridas mediante las subastas, asó como los lotes desistidos por postores.

Fuente: Contrato de concesión y adendas al Proyecto de Irrigación Olmos.

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR.

i) Adenda N°1: Flexibiliza requisitos relacionados a la subasta de lotes

La Adenda N° 1 fue suscrita el 02 de diciembre de 2010, es decir a los cinco (5) meses y veintiún (21) días de firmado el contrato de concesión. La causa que generó la suscripción de la adenda fue que luego de la firma del contrato se presentaron demoras en el cumplimiento de algunas obligaciones a cargo del concedente, por factores externos a éste, referidas al saneamiento de los lotes, la aprobación del plan de lotización y el expediente técnico, entre otras.

Según el contrato (cláusula 6.2) estas obligaciones debían cumplirse con anterioridad a la fecha de aprobación de la subasta de las tierras, que representaba el primer hito de la ejecución contractual. Por ello, su incumplimiento tendría un impacto negativo en los demás hitos de dicha ejecución, poniendo en riesgo la continuidad del proyecto.

En ese sentido, el objeto de la Adenda N° 1 fue modificar los plazos para el saneamiento legal de los lotes y para la aprobación del plan de lotización, asimismo, modificar los documentos que deben ser aprobados al momento de aprobar las bases para la subasta de tierras, así como, precisar el contenido del plan de lotización y modificar la tarifa por la prestación del servicio de distribución de agua.

Tabla N° 53

Adenda N° 1 al Contrato de Concesión del Proyecto de Irrigación Olmos

Problemática	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
<p>Luego de la firma del contrato se presentaron demoras en el cumplimiento de algunas obligaciones a cargo del concedente, por factores externos a éste, referidas al saneamiento de los lotes, la aprobación del plan de lotización y el expediente técnico, entre otras.</p> <p>Según el contrato (cláusula 6.2) estas obligaciones debían cumplirse con anterioridad a la fecha de aprobación de la subasta, que representaba el primer hito de la ejecución contractual. Por ello, su incumplimiento tendría un impacto negativo en los demás hitos de dicha ejecución, poniendo en riesgo la continuidad del proyecto.</p>	Plazo	<ul style="list-style-type: none"> - Se modificó el plazo para el saneamiento legal de los lotes. - Originalmente se estipuló un plazo de 90 días posteriores a la suscripción del contrato para el saneamiento legal de los lotes, plazo que coincidía con la fecha de aprobación de las bases para la subasta de tierras. - La modificación implicó estipular que el plazo para el saneamiento legal de los lotes, sería a los 10 días calendarios antes de la presentación de las propuestas económicas para la compra de las tierras, es decir sería con posterioridad a la aprobación de las bases de la subasta¹. 	Esta modificación otorgó al concedente un plazo mayor para cumplir con el saneamiento legal de los lotes.
	Documentos a ser aprobados en la aprobación las bases de la subasta	<ul style="list-style-type: none"> - Se cambió los documentos que deben ser aprobados al momento de aprobar las bases para la subasta de tierras. - La modificación implicó que a la fecha de aprobación de las bases para la subasta de tierras ya no se apruebe el expediente técnico sino solo el plan de lotización y haber iniciado el plan de reubicación de ocupantes de tierras y las respectivas compensaciones. 	Esta modificación otorgó al concesionario mayores posibilidades de cumplir con los requisitos en la fecha, lo que permitió que el primer hito (presentación de las bases de subasta) se pueda cumplir.

¹ Cabe indicar que el plan de lotización y el plan de reubicación, representan solo dos ítems de los 10 aspectos que el expediente técnico contemplaba, por lo que esto significa una flexibilización de los requisitos.

Problemática	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
	Plazo	<ul style="list-style-type: none"> - Se estableció plazo para la aprobación del plan de lotización. - No se estableció en el contrato un plazo para la presentación del plan de lotización, sólo se contempló el plazo para la aprobación del expediente técnico, que era de 30 días desde la presentación al concedente. - La modificación implicó establecer que el plan de lotización se aprobará en un plazo de 7 días calendarios desde su presentación al concedente, y en caso éste no se pronuncie en el plazo antes indicado, el plan de lotización se asumirá por aprobado. 	Se aceleró el proceso de aprobación de plan de lotización, que es un requisito para la subasta de tierras, sin explicitar en la adenda la necesidad de un inicio anticipado.
	Contenido del plan de lotización	<ul style="list-style-type: none"> - Se precisó el contenido del plan de lotización. - Se estableció el área, linderos y medidas perimétricas de cada uno de los lotes y las coordenadas Universal Transversal de Mercator (UTM) de los lotes. 	Se especificó el alcance del plan de lotización.
	Regalías	<ul style="list-style-type: none"> - Se modificó el monto de regalías - Se incrementó el monto de regalías a favor del concedente pasando de US\$ 2,54 millones 	Se incrementaron los ingresos del concedente, por concepto de regalías, en US\$ 0,16 millones anuales (Valor Presente en 22 años a 12% de tasa de descuento = US\$ 1,21 millones) ² .
	Tarifas	<ul style="list-style-type: none"> - Se modificó la tarifa por la prestación del servicio de distribución de agua, respecto al metro cúbico (m³). - Pasando la Tarifa por Pago por Capacidad³ (TPC) + US\$ 0.06 a Tarifa por Pago por Capacidad (TPC) + US\$ 0.07 	De acuerdo al total del agua distribuida a los usuarios y a agricultores, el concesionario, obtendría un incremento de ingresos por US\$ 1,62 millones (valor presente en 22 años a 12% de tasa de descuento = US\$ 12,39 millones) ⁴ . Este es un incremento notablemente superior al ingreso incremental del concedente por concepto de regalías. Sin embargo, en la adenda no se establece ningún tipo de compensación para el Estado.

² Monto calculado por MAXIMIXE. Representa el valor actual de los ingresos adicionales anuales que obtendría el Concedente por concepto de regalías. Calculados en base a las regalías originales contempladas en el contrato y las regalías modificadas mediante Adenda N° 1.

³ La Tarifa por Pago por Capacidad -TPC- se calcula para cada usuario mediante la fórmula: $TPC = [A / (B \times C)] / (1 + IG\text{V})$. Donde: A: Pago por capacidad de cada usuario, B: 22 años, C: 10.400 M3 por hectárea e IG\text{V}: Impuesto General a las Ventas.

⁴ Monto calculado por MAXIMIXE. Representa el valor actual de los ingresos adicionales anuales que obtendría el Concesionario por efecto del incremento en las tarifas, incorporado mediante la adenda. Los ingresos adicionales anuales, han sido calculados por la consultora, tomando como fuente los datos presentes en el anexo del contrato y la adenda, referentes a la fórmula para el cálculo de tarifa a pagar por usuarios y agricultores, número de has irrigadas para usuarios y agricultores, agua distribuida por ha. Anual, tarifas originales y tarifas modificadas.

Fuente: Contrato de Concesión y Adenda N° 1 al Proyecto de Irrigación Olmos

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR.

ii) Adenda N°2: Implementa mecanismo para la venta de lotes

La Adenda N° 2 fue suscrita el 30 de mayo del 2012, es decir, a los dos (2) años, once (11) meses y diecinueve (19) días de firmado el contrato de concesión. La causa que generó la suscripción de la adenda fue que no se llegó a vender todas las hectáreas de tierra que fueron subastadas (38 000 ha.), por lo que no se pudo declarar como exitosa dicha subasta²⁰¹. De acuerdo al contrato, al no haberse cumplido esta condición (venta total de las hectáreas) no se podía realizar el cierre financiero, situación que podría conllevar a declarar la caducidad de la concesión, debido a que si el acta de cierre de la subasta no se firmaba en un plazo máximo de veinte (20) meses contados desde la fecha de suscripción del contrato, la concesión se declararía caduca.

Teniendo en cuenta que la subasta no pudo ser declarada como exitosa, la Adenda N° 2 tuvo como objeto implementar un mecanismo excepcional que permita la venta de la totalidad de los lotes, de tal manera que se pueda continuar con las siguientes etapas del proyecto.

201 En su versión original el contrato de concesión establecía dos condiciones para que la subasta de tierras sea declarada exitosa: i) que se vendan las 38,000 ha. subastadas, y, ii) que se obtenga como mínimo US\$ 161, 5 millones incluido IGV.

Si no se declaraba exitosa la subasta, no se podía realizar el cierre financiero, por lo que se producía la caducidad de la concesión. El declarar como exitosa la subasta, responde a la necesidad de que se vendan todas las tierras a los futuros usuarios, con el objeto de garantizar el nivel de demanda que permita la sostenibilidad del proyecto. En cuanto al monto que se buscaba obtener de la subasta, éste resulta de los precios establecidos para la venta de las tierras, los cuales fueron estipulados mediante acuerdo entre el concedente y el concesionario. Sin embargo, en la subasta de tierras sólo se adjudicaron 28.000 ha., por un valor total de US\$ 142,67 millones.

Tabla N° 54

Adenda N° 2 al Contrato de Concesión del Proyecto de Irrigación Olmos

Problemática	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
No se llegó a vender todas las hectáreas de tierra que fueron subastadas, por lo que no se pudo declarar como exitosa dicha subasta. De acuerdo al contrato al no haberse cumplido esta condición (venta total de las hectáreas) no se podía realizar el cierre financiero, situación que podría conllevar a declarar la caducidad de la concesión, debido a que si el acta de cierre de subasta no se firmaba en un plazo máximo de veinte (20) meses contados desde la fecha de suscripción del contrato, la concesión se declararía caduca.	Mecanismo de venta directa de tierras	Se estableció un mecanismo de venta directa, para que las tierras subastadas que no fueron adjudicadas, puedan ser vendidas directamente a empresas vinculadas al concesionario.	Mediante el mecanismo de venta directa, la empresa OLPK (subsidiaria del concesionario - Odebrecht), adquirió 11.500 ha. no adjudicadas en la subasta, a un precio de US\$ 4 250 por ha.
	Modificación de definiciones	Se modificaron las definiciones del contrato de compraventa, del contrato de servicio y usuarios, para considerar los efectos del mecanismo de venta directa.	
	Incorporación de definiciones	Se incorporó el concepto de Empresa Vinculada (empresa vinculada al concesionario)	
	Pagos por hectárea	<p>Se estableció que la empresa vinculada al adquirir las tierras a través del mecanismo de venta directa, deberá pagar:</p> <ul style="list-style-type: none"> • US\$ 605 por hectárea, por Monto Base de las Tierras. • US\$ 3 645 por hectárea, por Monto Base de la Capacidad. <p>Los montos establecidos para la venta directa, equivalen al monto mínimo que podía ser ofertado por los postores en la subasta de las tierras (US\$ 4 250), es decir igual al precio base de la subasta.</p>	<p>El proyecto recibió el monto de financiación necesario para continuar.</p> <p>Sin embargo, el establecer la venta directa de las tierras, al precio mínimo permitido en la subasta, se limitaron los ingresos procedentes de las tierras en perjuicio del concedente, quien no recibió ninguna asignación por excedente. En ese sentido, en base a información de mercado, se estima que el concedente pudo haber recibido asignaciones por excedentes en el rango de US\$ 4.9 y US\$ 25.3 millones, dependiendo del éxito de la subasta¹.</p>
Pago correspondiente al precio por tierras	<p>Se modificó el porcentaje de pago para obtener la titularidad de los lotes:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Inicialmente se requería el 100% del pago correspondiente al precio por tierras. • La modificación implicó requerir el 100% del pago correspondiente al monto base por tierras o el 65% del precio por tierras, dependiendo de cuál sea el monto más alto. 	La reducción del porcentaje de los pagos requeridos para obtener la titularidad de los lotes, favoreció a las personas (naturales o jurídicas) que adquirieron los lotes mediante adjudicación directa, al pagar un menor monto al momento de la compra ² .	

¹ Monto estimados teniendo como referencia los resultados de las subastas, donde los precios fluctuaron entre US\$ 4 250 y US\$ 7 511 por ha. (que incluyen pagos por tierras y pago por capacidad), los cuales dan una idea de los potenciales ingresos que se hubieran podido obtener mediante una nueva subasta, o de los precios que pudieron establecerse para la venta directa.

² Esto no significa una reducción en el precio.

Fuente: Contrato de Concesión y Adenda N° 2 al Proyecto de Irrigación Olmos

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR

iii) **Adenda N°3:** Actualiza el área de la concesión

La Adenda N° 3 se suscribió el 06 de setiembre de 2012, es decir, a los dos (2) años y tres (3) meses de firmado el contrato de concesión. La causa que originó la suscripción de la adenda fue la necesidad de actualizar la composición del área concesionada, así como su delimitación física, debido a que se realizaron dos modificaciones al contrato de fideicomiso de tierras.

En ese sentido, el objeto de la Adenda N° 3 fue actualizar la composición y límites de las tierras utilizadas para el proyecto. En la siguiente tabla, se señalan los aspectos más relevantes de la adenda:

Tabla N° 55**Adenda N° 3 al Contrato de Concesión del Proyecto de Irrigación Olmos**

Problemática	Modificación		Efectos
	Materia	Descripción del cambio	
La necesidad de actualizar la composición del área concesionada, así como los límites de la misma, debido a que se realizaron dos modificaciones al contrato de fideicomiso de tierras.	Actualización de los planos del terreno	Se adjuntó un plano de ubicación de los terrenos inscritos en las partidas del Registro de Propiedad Inmueble.	La adenda no significó un cambio en el diseño de la concesión. Sólo se establece la delimitación física de los terrenos que forman parte de la concesión, sin alterar su extensión o forma, por lo que no existen efectos económicos.
	Propiedad del terreno	Se estableció que los terrenos del proyecto son de propiedad del Gobierno Regional de Lambayeque, pero son ofrecidos a la concesión a través del Proyecto Especial Olmos- Tinajones – PEOT.	

Fuente: Contrato de Concesión y Adenda N° 3 al Proyecto de Irrigación Olmos

Elaboración: Departamento de Estudios - CGR

4.3 Aspectos contractuales y materias recurrentes en las renegociaciones

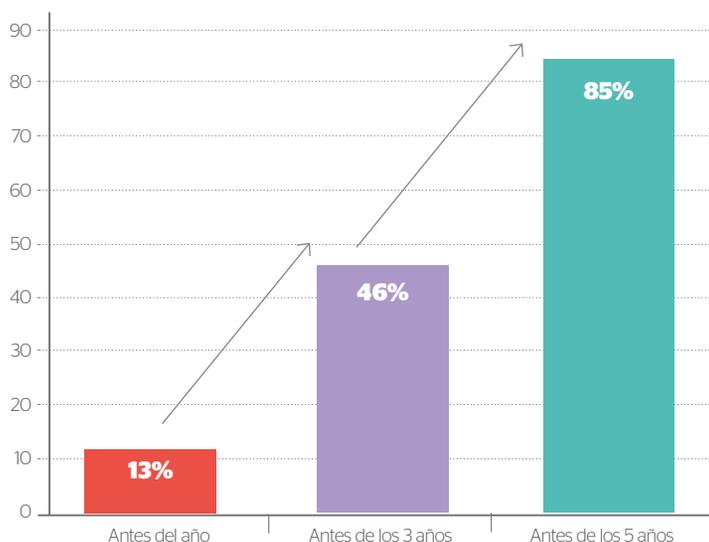
4.3.1 Tiempo promedio de las renegociaciones desde la suscripción del contrato

En relación al tiempo transcurrido desde la suscripción del contrato de concesión hasta la realización de las renegociaciones, se puede observar que la mayoría de las adendas se realizaron al poco tiempo de la firma del contrato.

Así tenemos, que de las treinta y nueve (39) adendas analizadas, cinco (5) fueron suscritas antes de haber transcurrido un año de firmado el contrato, lo cual representa un 13%. Asimismo, dieciocho (18) adendas fueron suscritas antes de haber transcurrido tres (3) años, lo cual representa un 46%. Lo anterior evidencia que cerca del 50% de adendas fueron suscritas antes de los tres (3) años, es decir en un plazo corto teniendo en cuenta que el plazo promedio de vigencia de las concesiones es de 27 años.

Grafico N° 28

Número de adendas suscritas antes del primer, segundo y quinto año contados a partir de la firma del contrato de concesión



Fuente: Contratos de concesión y adendas
Elaboración: Departamento de Estudios - CGR

Asimismo, debemos indicar que el primer Reglamento de la Ley Marco de Asociaciones Público - Privadas, aprobado por Decreto Supremo N° 146-2008-EF, publicado en diciembre de 2008²⁰², estableció que durante los tres (3) primeros años contados desde la suscripción del contrato, las entidades no podrán suscribir adendas a los contratos de Asociación Público – Privada, salvo tres excepciones: i) La corrección de errores materiales; ii) Los requerimientos sustentados de los acreedores permitidos vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato; o, iii) La precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato²⁰³.

202 Este decreto supremo fue modificado por los Decretos Supremos N° 144-2009-EF, publicado en junio de 2009 y N° 106-2011-EF, publicado el 17 de junio de 2011.

203 El actual reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, aprobado por Decreto Supremo N° 127-2014 -EF mantiene una disposición similar.

Del análisis realizado se ha podido advertir que de las 18 adendas suscritas antes de transcurrido tres (3) años de firmado el contrato de concesión, nueve (9) de ellas fueron suscritas antes de la vigencia del citado reglamento. Las nueve (9) adendas restantes se suscribieron luego de la entrada en vigencia del reglamento, las cuales se encontraban dentro de las causales de excepción estipuladas en la referida norma.

De otro lado, si analizamos el tiempo que transcurre entre la suscripción de los contratos de concesión y la primera renegociación (considerando al contrato de Telefónica Móviles, cuya primera adenda fue suscrita luego de 13 años), tenemos que el tiempo promedio de renegociación es de 2,9 años, es decir un periodo de tiempo ligeramente superior al promedio internacional reportado por Guash²⁰⁴, que es de 2,2 años. Sin embargo, si excluimos al contrato de Telefónica Móviles, tenemos que el tiempo promedio baja a 1,7 años, es decir por debajo del promedio internacional.

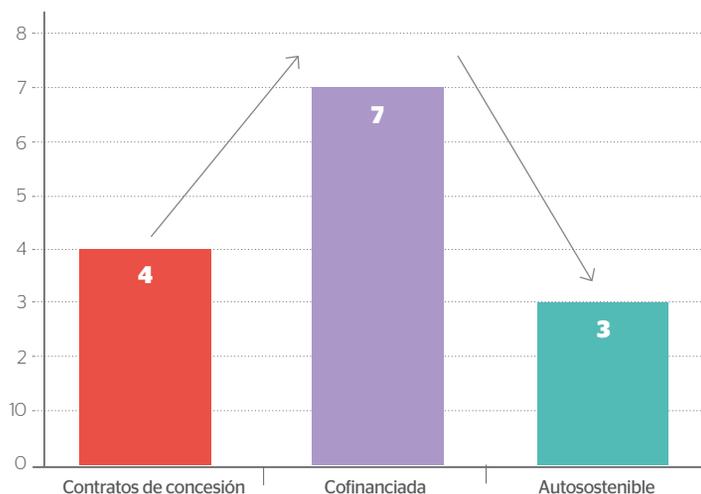
4.3.2 Número de adendas por tipo de concesión

En lo concerniente al número de adendas por contrato de concesión, se indicó, que el promedio es de cuatro (4) adendas por contrato. No obstante, al efectuar el análisis según tipo de concesión, se advierte que el mayor número de adendas (22) se concentra en las tres (3) concesiones cofinanciadas de la muestra (IIRSA SUR, Tramo 2: Urcos – Inambari, Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia, Proyecto de Derivación Huascacocha – Rímac), siendo el promedio de 7 adendas por contrato. Por el contrario, en el caso de las siete (7) concesiones autosostenibles, estas concentran en total diecisiete (17) adendas, siendo el promedio de 3 adendas por contrato.

204 GUASH, Luis, op. cit., p.107.

Gráfico N° 29

Promedio de adendas en los contratos de concesión



Fuente: Contratos de concesión y adendas

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR

Este dato es concordante con lo desarrollado en la literatura especializada, que señala que cuando la financiación del proyecto de concesión incluye fondos del Estado, la renegociación es más probable. Esta relación, es explicada por Guash, en el sentido de que tener al gobierno de socio podría facilitar las renegociaciones²⁰⁵.

Otro dato a destacar es que de las tres (3) concesiones cofinancias que concentran el mayor número de adendas, dos (2) tuvieron como factor de competencia al momento de realizarse el proceso de otorgamiento de la concesión, el menor pago anual por mantenimiento y operación – PAMO, (IIRSA SUR, Tramo 2: Urcos – Inambari y Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia), es decir se buscó reducir el monto de cofinanciamiento o subsidio

²⁰⁵ Al respecto GUASH, Luis, op. cit., p.116.

solicitado al Estado, promoviendo competencia ex – ante. La tercera concesión (Proyecto Derivación Huascacocha – Rímac) tuvo como factor de competencia: la menor remuneración unitaria básica de agua (RUB) del servicio de conducción de agua cruda por metro cúbico (m³).

4.3.3 Materias recurrentes

De la descripción realizada en el numeral 4.1. del presente capítulo, se puede señalar que en las 39 adendas analizadas se han identificado 13 materias recurrentes que han sido objeto de renegociación en los contratos de concesión de la muestra. Dichas materias están relacionadas a obras, financiamiento, terrenos, bienes y equipos de la concesión, ingresos del concedente, tarifas, entre otros. En el siguiente gráfico se presentan estas materias de mayor a menor recurrencia.

Gráfico N° 30
Número y porcentaje de materias recurrentes identificadas



Fuente: Contratos de concesión y adendas
Elaboración: Departamento de Estudios – CGR

a. Obras

Conforme se ha señalado en el Capítulo 2 del presente estudio, luego de la firma del contrato de concesión se desarrolla la etapa de ejecución contractual, la cual tiene diferentes fases. Una de ellas, es precisamente la de ejecución de obras, en donde el concesionario se encarga de la construcción de obras bajo determinados estándares que fueron previamente aprobados por el concedente.

Si bien existe un riesgo asociado a la fase de construcción, sin embargo, dicho riesgo es monitoreado en distintos momentos: i) antes del inicio de obras, por ejemplo a través de la evaluación de estudios de ingeniería, la experiencia del constructor, su situación financiera, etc., ii) durante la ejecución de las obras, y, ii) en los meses posteriores a la culminación de las obras, con el objeto de comprobar la correcta construcción de la infraestructura y el cumplimiento de los estándares exigidos²⁰⁶.

Pese a ello, se ha podido identificar en el presente estudio que los procesos de renegociación referidos al régimen de obras son los que presentan mayor recurrencia (14 en total), habiéndose realizado tales modificaciones en seis (6) de los diez (10) contratos de concesión (IIRSA SUR, Tramo 2: Urcos – Inambari, Terminal de Contenedores Muelle Sur – Callao, Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia, Proyecto Vía Parque Rímac, Sistema de Transmisión Eléctrica ETECEN – ETESUR, Proyecto de Generación Eléctrica Chaglla). Ello, representa un 24% de recurrencia. A su vez, se puede sub clasificar en los siguientes temas:

- **Modificación del expediente técnico**

Se ha podido verificar que en la concesión del Terminal de Contenedores Muelle Sur – Callao se presentaron inconvenientes técnicos en la ejecución de las obras que no pudieron ser solucionados debido a que no se podían efectuar modificaciones al expediente técnico, por lo que

206 SUTO, Fenix, AZAÑA, Roxana, CHAMORRO, Mery, LEÓN, Lorena, MENCHOLA, Muriel, op. cit., pp. 102 - 103.

fue necesario suscribir una adenda a fin de establecer un procedimiento para modificar el referido expediente, así como introducir algunas definiciones, entre ellas las referidas a obras mayores y obras menores como una sub - clasificación del concepto de obras previsto en el contrato.

- **Adicionales de obra**

Otro aspecto referido al tema de obras que se ha podido verificar es que, a través de las renegociaciones, se han incluido y modificado cláusulas en los contratos de concesión a fin de establecer un incremento del presupuesto para la ejecución de obras adicionales no previstas en el diseño original, así como permitir que el concesionario realice obras adicionales y el reconocimiento de pago de las mismas.

Así, en la concesión IIRSA - SUR, Tramo 2: Urcos - Inambari una de las adendas tuvo como objeto modificar la cláusula del contrato que regula el mecanismo de reconocimiento y compensación de diferencia de metrados del expediente técnico de ejecución de obras, debido a que se tenía como base al proyecto referencial, siendo necesario tener como base el expediente técnico, a fin de facilitar los procesos de control del avance financiero de las obras.

Otra de las adendas incorporó una metodología para proceder al cierre de los metrados que se habían ejecutado por encima de la inversión máxima vinculada al pago anual por obras (PAO). En esa medida, se incorporaron al contrato nuevas definiciones como inversión máxima, valorización por periodo transitorio, inversión vinculada al pago anual por obras contractual (PAOC), periodo transitorio, régimen económico transitorio. De igual manera, se estableció un programa de ejecución de obras para el periodo transitorio (PEOT) (periodo que comprendió el cuarto trimestre de 2008 al primer trimestre del 2009).

Cabe indicar que una vez vencido el periodo transitorio quedaron pendientes de ejecutar algunas obras (saldo de obras), debido a la

persistencia de variaciones de los metrados, por lo que fue necesario suscribir otra adenda que permita la culminación de dichos saldos, estableciendo además las reglas que permitan su ejecución durante este periodo final. Sin embargo, debido a que se agotó anticipadamente el monto máximo presupuestado para este periodo final, se tuvo que suscribir otra adenda para modificar el monto máximo de inversión y por tanto se pueda incrementar la inversión para la culminación del proyecto.

Teniendo en cuenta que para determinar el monto de inversión de un proyecto se deben realizar una serie de estudios técnicos referenciales que sirvan de base para cumplir con las obligaciones contractuales, permitiendo estimar los montos de inversión necesarios y los parámetros asociados a la calidad del servicio; en el caso de la concesión IIRSA – SUR, Tramo 2: Urcos – Inambari resulta cuestionable el nivel de confiabilidad de los referidos estudios técnicos, pues si bien éstos no arrojan montos definitivos sino más bien referenciales (basados en estudios de prefactibilidad o factibilidad), en el presente caso las inversiones adicionales asociadas con las diferencias entre los proyectos definitivos y los iniciales sobrepasaron en gran medida el estimado máximo contemplado originalmente.

Por otro lado, en la concesión del Terminal de Contenedores Muelle Sur – Callao se incorporó una cláusula que permite al concesionario realizar obras adicionales previa aprobación de la Autoridad Portuaria Nacional (APN), esta situación no fue prevista en el diseño del contrato. A su vez, en la concesión del Proyecto Vía Parque Rímac, a través de la adenda se acordó que el concesionario realice construcciones adicionales, lo cual responde a una situación que no pudo ser prevista en el diseño del contrato. Ello porque la reevaluación del contrato por parte de la entrante gestión edil, a fin de adecuarlo a los nuevos objetivos de la municipalidad, fue una situación que escapa a parámetros técnicos.

En el caso de la concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia, se suscribió una adenda con la finalidad de reconocer el pago

de los adicionales de obra, así como el deductivo de obra y establecer el procedimiento para tal reconocimiento, lo cual no había sido considerado en el diseño del contrato.

- **Penalidades por incumplimiento en el inicio y avance de obras**

Este tema se presentó en la concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia en donde se suscribió una adenda a fin de incorporar las penalidades por atraso en el inicio y avance de ejecución de las obras por causas imputables al concesionario. Sin embargo, llama la atención que una cláusula en ese sentido no haya sido prevista en el momento del diseño del contrato, a fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales del concesionario.

- **Ejecución de obras nuevas o complementarias**

Respecto a la concesión del Sistema de Transmisión Eléctrica ETECEN – ETESUR, la adenda tuvo como objeto establecer mecanismos que hagan viable la inversión para la ampliación de la infraestructura concesionada para aumentar las redes de transmisión, a fin de atender la demanda de energía eléctrica, en esa medida, el concesionario podría realizar nuevas subestaciones o ampliación de las mismas, es decir nuevas obras.

Finalmente, en la concesión del Proyecto de Generación Eléctrica Chaglla la adenda suscrita tuvo como objetivo modificar los aspectos técnicos del proyecto, debido a la necesidad de incrementar la potencia instalada total que permita atender el incremento de la demanda. Entre los aspectos técnicos modificados, se encuentra la ampliación del túnel de abducción de 9.6 km. a 14,7 km.

En estos casos, cabe preguntarse si al momento de realizar el estudio técnico – económico de estimación de la demanda agregada de energía eléctrica, fue posible prever el incremento de dicha demanda, a fin de considerar desde el diseño del contrato la infraestructura necesaria para atender la misma, o por el contrario se trató de una demanda inesperada que no estaba prevista en los cálculos del Comité de

Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (COES) u otra entidad.

b. Financiamiento

Esta es la segunda materia más recurrente en las renegociaciones contractuales (7 recurrencias), y se han realizado en tres (3) de los diez (10) contratos de concesión (IIRSA SUR, Tramo 2: Urcos – Inambari, Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia y Proyecto Huascacocha – Rímac). Estas modificaciones, básicamente, estuvieron orientadas a lograr que el proyecto sea viable financieramente y permitir su bancabilidad, representando el 12% de recurrencias.

En el caso de la concesión IIRSA - SUR Tramo 2: Urcos – Inambari se suscribió una adenda a fin de adecuar el contrato de concesión al sistema Certificado de Reconocimiento de Pago Anual por Obras (CRPAO) para hacerlo bancable, debido a la ausencia de un instrumento que permita el financiamiento del proyecto. Asimismo, se modificó el concepto de acreedor permitido y se incorporaron conceptos como Certificados de Avance de Obra (CAO) , PAOCAO, hito y titulares de los Certificados de Reconocimiento del Pago Anual por Obras (CRPAO).

Similar situación se presentó en la concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia, puesto que una adenda modificó la definición de acreedor permitido para incorporar dentro de este concepto a cualquier patrimonio fideicometido o sociedad tituladora, a fin de viabilizar el financiamiento a través de la emisión de bonos. De igual manera, modificó la definición del pago anual por obras (PAO) para establecer que dicho pago puede realizarse tanto en soles como en dólares, de acuerdo a la moneda que se utilice para la estructura financiera. En la misma línea, se suscribió otra adenda para precisar que el certificado de aceptación de obra (CAO) pasó a ser un certificado de avance de obra, de igual manera se incluyó un mecanismo de financiamiento de obras, vía los Certificados de Reconocimiento del Pago Anual por Obras (CRPAO) e incorpora el modelo de dicho certificado, con el objeto de permitir el cierre financiero para inversiones en periodo remanente.

Cabe indicar que las modificaciones al concepto de acreedor permitido surgen de la necesidad de ampliar los supuestos contemplados en el diseño inicial del contrato, a fin de incluir otras posibilidades o vías de financiamiento para el proyecto, no obstante, consideramos que estos nuevos supuestos podrían haber sido previstos en el diseño original del contrato.

Por otro lado, en la concesión del Proyecto de Derivación Huascacocha – Rímac se suscribió una adenda para modificar e incorporar definiciones vinculadas al contrato de fideicomiso de recaudación como: entidades recaudadoras, reconocimiento de la Retribución por Inversión (RPI) y retribución de operación y mantenimiento (RPMO).

c. Saneamiento y actualización del área de terrenos

Esta es la tercera materia con mayor recurrencia en las renegociaciones contractuales (6 en total), y se han realizado en tres (3) de los diez (10) contratos de concesión (IIRSA SUR, Tramo 2: Urcos – Inambari, Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia, Proyecto de Irrigación de Olmos). Ello representa el 10% de recurrencias.

- **Saneamiento de terrenos**

En el caso de la concesión IIRSA SUR, Tramo 2: Urcos – Inambari, una de las adendas tuvo como objeto establecer un mecanismo para liberar los predios afectados por la construcción de las obras, incluyendo la reposición de las viviendas afectadas, debido a la demora por parte del concedente en liberar dichas áreas, lo cual, a su vez, generó demora en el saneamiento de los predios y por ende produjo el incumplimiento de los plazos contractuales. De igual manera, se tuvo que suscribir otra adenda debido a que el concedente no cumplió con los plazos para liberar y entregar las áreas que eran necesarias para la construcción de los peajes en el Tramo 2.

Por otro lado, en la concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia, una de las adendas se suscribió para entregar al concesionario

los aeropuertos ubicados en las ciudades de Chiclayo, Piura y Pisco, los mismos que no fueron entregados en la toma de posesión de los aeropuertos concesionados, pues para ese momento el concedente no había logrado el saneamiento legal de los tres (3) aeropuertos antes mencionados.

Respecto a la concesión del Proyecto de Irrigación de Olmos tenemos que una de las adendas tuvo como objeto modificar el plazo para el saneamiento legal de los lotes, a fin de que éste se realice a los 10 días calendario con posterioridad a la aprobación de las bases de la subastas de las tierras, ello debido a que el concedente no había podido cumplir con su obligación de realizar el saneamiento de dichos lotes.

Este problema se origina básicamente porque el concedente establece plazos poco prudentes para la entrega de los terrenos, por lo que es probable que los estudios técnicos que se elaboraron para determinar dichos plazos no tenían datos certeros que permitan establecer fechas seguras para la culminación del saneamiento legal de los terrenos²⁰⁷. Ello trae como consecuencia revisiones contractuales que impide el cumplimiento oportuno de los hitos del proyecto, asimismo, el Estado termina asumiendo mayores costos de inversión en el proyecto.

A fin de solucionar esta problemática, el 22 de mayo de 2013 se publicó la Ley N° 30025, Ley que facilita la adquisición, expropiación y posesión de bienes inmuebles para obras de infraestructura y declara de necesidad pública la adquisición o expropiación de bienes inmuebles afectados para la ejecución de diversas obras de infraestructura. Dicha ley busca establecer un procedimiento más expeditivo para la entrega oportuna de los terrenos al concesionario, a fin de evitar los retrasos en los plazos de entrega de éstos.

207 Esta situación también ha sido observada en los estudios de Huamaní, Sandro y Vargas, Tito, op. cit.; así como en SUTO, Fenix, AZAÑA PÉREZ, Roxana, CHAMORRO VILCA, Mery, LEÓN VASQUEZ, Lorena, MENCHOLA ARANA, Muriel, op. cit.

Entre los temas relevantes que regula esta norma se encuentran la regulación como sujetos activos de la expropiación al ministerio competente, al gobierno regional o al gobierno local al cual pertenece la obra de infraestructura, según corresponda. Y como sujeto pasivo a los mencionados en el artículo 11° de la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones²⁰⁸.

La citada ley también establece las etapas para la expropiación de bienes inmuebles destinados a obras de infraestructura, estas son: i) trato directo, y, ii) proceso de expropiación por la vía arbitral o judicial, según corresponda.

208 Artículo 11.- Del sujeto pasivo de la expropiación

11.1 Se considera sujeto pasivo de la expropiación al propietario contra quien se dirige el proceso de expropiación. Asimismo al poseedor con más de 10 (diez) años de antigüedad que tenga título inscrito, o cuya posesión se haya originado en mérito a resolución judicial o administrativa, o que haya sido calificado como tal por autoridades competentes, según las leyes especializadas.

11.2 Cuando el bien se encuentre inscrito a nombre de único titular del derecho de propiedad, el proceso de expropiación se entenderá con éste, salvo la existencia de poseedor que adquirió por prescripción, conforme al numeral

11.3 En los casos en que exista duplicidad registral, se entenderá como sujeto pasivo de la expropiación a aquel que tenga inscrito su dominio con anterioridad; o exista proceso judicial o arbitral que discuta la propiedad del bien a expropiarse, que conste en el registro respectivo, se retiene el pago del monto de la indemnización justipreciada que incluye compensación, hasta que por proceso arbitral o judicial, debidamente consentido y ejecutoriado, se determine el mejor derecho de propiedad.

11.4 Cuando el bien no esté inscrito, el sujeto activo de la expropiación publicará un aviso una vez en un diario de circulación nacional y dos veces en un diario de mayor circulación del lugar en donde se encuentra ubicado el predio objeto de expropiación, con un intervalo de 3 (tres) días. El referido aviso debe contener: a) El sujeto activo de la expropiación y su domicilio legal. b) La ubicación exacta del inmueble. c) El plazo que tendrá el afectado para presentarse, que será de 10 (diez) días contados a partir de la última publicación.

11.5 El afectado o su representante legal deberá presentar documento público o privado de fecha cierta que pruebe su titularidad. En caso de presentarse dos o más afectados, el proceso se entenderá con aquel que presente documento público de fecha más antigua.

11.6 Cuando no se presente ningún afectado se indemnizará a los poseedores, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 912 del Código Civil.

11.7 Cuando no exista poseedor se presume que el bien es del Estado, sin perjuicio del derecho de reivindicación al justiprecio que podrá ejercer el propietario.

Además, señala que el valor de tasación para adquirir inmuebles afectados para la ejecución de obras de infraestructura es fijado por la Dirección Nacional de Construcción del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento – MVCS, tomando en cuenta lo siguiente: i) el valor comercial del predio y de las mejoras o cultivos permanentes existentes, de corresponder, y, ii) una indemnización por el perjuicio causado que incluya, en caso corresponda, el daño emergente y el lucro cesante.

Otro aspecto importante de la citada ley es que incorpora la adquisición directa a cargo del inversionista, es decir, se establece que para los casos de concesión o de cualquier otra modalidad de Asociación Público - Privada sobre obras de infraestructura, el inversionista privado puede efectuar la implementación, gestión y culminación del procedimiento de adquisición por trato directo de los bienes muebles afectados para la ejecución de las obras de infraestructura.

Ahora bien, siempre que el contrato suscrito con el inversionista privado no establezca algo en contrario, el sujeto activo efectúa el reembolso a favor del inversionista. Este comprende únicamente el valor de adquisición del inmueble, con el límite del monto previsto en la ley, así como los gastos en los que se haya incurrido, los cuales deberán estar debidamente sustentados y no podrán superar el límite establecido por el sujeto activo en convenio previo con el inversionista privado para cada caso.

Una vez que el inversionista privado informe sobre el agotamiento de las gestiones para adquirir el inmueble por trato directo, el sujeto activo inicia el proceso de expropiación por vía arbitral o judicial. Para tales efectos, el inversionista privado presenta un informe sustentado al sujeto activo incluyendo los documentos que acrediten el agotamiento del trato directo.

Concluida la etapa de trato directo sin que el sujeto pasivo haya aceptado la oferta de adquisición, esta última se considerará rechazada y se dará

inicio a la etapa de expropiación en la vía arbitral, a elección del sujeto activo de la expropiación.

Si bien este cambio normativo es importante, podría resultar complicado para el concesionario el trato directo con los propietarios de los terrenos, resultándole una mayor carga, por tanto sería recomendable que antes del inicio del proceso de promoción de la APP el concedente pueda tener un porcentaje significativo de los terrenos debidamente saneados, debido a que el saneamiento de un menor porcentaje de terrenos en la etapa de ejecución del contrato sería más manejable.

- **Actualización del área de terrenos**

En la concesión del Proyecto de Irrigación de Olmos tenemos una de las adendas tuvo como objeto actualizar los planos de los terrenos inscritos en el Registro de Propiedad Inmueble, así como para precisar que la propiedad de los mismos corresponde al Gobierno Regional de Lambayeque. En este último caso, esta precisión pudo realizarse en el diseño del contrato.

d. Pago e incremento de las contribuciones y regalías al concedente

Esta se constituye en la cuarta materia con mayor recurrencia en los contratos de concesión (4 recurrencias), y se han realizado en tres (3) de los diez (10) contratos (Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia, Proyecto Vía Parque Rímac, Proyecto de Irrigación de Olmos). Ello, representa un 7% de recurrencia.

Respecto a la concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia tenemos que una de las adendas al contrato dispuso que en caso la ley establezca que el Estado debe asumir el pago de los servicios aeroportuarios de determinadas entidades, entonces tales pagos se descontarán de la retribución que el concesionario deba pagar al concedente, ello, obviamente, implica que el Estado recibirá un monto menor por contribución. Consideramos que esta situación pudo haberse previsto en el diseño del contrato.

En el caso de la concesión Proyecto Vía Parque Rímac, la adenda introdujo una contribución adicional del concesionario al Fondo Municipal de Inversión, así como una contribución del concesionario para la elaboración del expediente técnico del proyecto Río Verde, también se reemplazó la construcción del Corredor Segregado de Alta Capacidad (COSAC) por un aporte monetario destinado al proyecto Río Verde y se estableció la obligación de aportar recursos complementarios para el proyecto Río Verde. Como ya se indicó, esta modificación respondió a los cambios de objetivos de la nueva gestión de la Municipalidad Metropolitana de Lima.

Por su parte, en la concesión Proyecto de Irrigación de Olmos, se incrementó el monto de las regalías a favor del concedente.

e. Inclusión y exclusión de bienes y equipos de la concesión

Las renegociaciones sobre esta materia también se ubican en el cuarto lugar de recurrencia (4 en total), y se han realizado en dos (2) de los diez (10) contratos de concesión (Ferrocarril Sur y Sur Oriente y Telefónica Móviles). Ello representa un 7% de recurrencia.

En el caso de la concesión Ferrocarril Sur y Sur Oriente, una de las adendas tuvo como objeto subsanar el error involuntario de omitir consignar en el listado de bienes de la concesión a determinados bienes. Sobre este problema debemos señalar que en el diseño del contrato debe contemplarse el tiempo suficiente para revisar e incorporar todos los bienes que corresponden a la concesión para evitar las modificaciones contractuales.

Otra adenda tuvo como objeto excluir de la lista de bienes de la concesión un área de terreno que fue devuelta al concedente. A través de una tercera adenda, se incorporaron dos (2) bodegas en calidad de bienes de la concesión para que el concesionario pueda atender la demanda insatisfecha.

En la concesión de Telefónica Móviles la adenda tuvo como objeto modificar las condiciones generales del contrato, entre ellas, la incorporación de activos a la concesión, debido a que se había realizado una fusión por absorción entre Telefónica Móviles S.A.C. y Comunicaciones Móviles del Perú S.A.

f. Establecimiento y ampliación de plazos

Esta materia se ubica en el quinto lugar de recurrencia (3 en total), y se han realizado en dos (2) de los diez (10) contratos de concesión (Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia y Proyecto de Derivación Huascacocha - Rímac). Ello representa el 5% de recurrencias.

En el caso de la concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia, a través de una adenda se estableció un nuevo procedimiento para la aprobación de planes maestros de desarrollo por parte de la Dirección General de Aeronáutica Civil del Ministerio de Transportes y Comunicaciones con la participación de OSITRAN. Asimismo, se reduce de 6 a 3 meses el plazo para que el concedente apruebe dichos planes.

Por su parte, en la concesión del Proyecto Derivación Huascacocha - Rímac la modificación tuvo como objeto ampliar el plazo del cierre financiero de doce (12) a quince (15) meses, pues el mismo no había concluido debido a la demora en el trámite administrativo para la constitución del fideicomiso de administración de fondos (FAF) ante el MEF. De igual manera, se suscribieron cinco (5) adendas para prorrogar el plazo que tenía SEDAPAL para obtener de la Autoridad Nacional del Agua – ANA la autorización de disponibilidad de agua por 51,77 MMC anual, que fue ofrecida al concesionario en el contrato de concesión. Dicha autorización se consiguió después de treinta y cinco (35) meses.

La ampliación de los plazos en este último caso se debió básicamente a demoras en los trámites administrativos ante entidades públicas. No obstante, llama la atención que se hayan tenido que suscribir cinco (5) adendas para prorrogar el plazo para que SEDAPAL pueda obtener la licencia de disponibilidad de agua de la ANA, pues evidencia o bien la falta de coordinación entre dichas entidades o la falta de diligencia para resolver oportunamente la autorización, lo cual terminó acarreado la responsabilidad contractual del Estado.

g. Mantenimiento de la vía (transitabilidad)

Esta materia también se ubica en el quinto lugar de recurrencia (3 en total), y se han realizado sólo en uno (1) de los diez (10) contratos de concesión (IIRSA Sur, Tramo 2: Urcos – Inambari). Ello representa el 5% de recurrencias.

Si bien la transitabilidad está relacionada al tema de obras, se ha considerado oportuno separarla por el impacto que esta genera, ya que mientras se ejecutan obras, es importante considerar las acciones a tomar para mantener un tráfico fluido y las condiciones mínimas de seguridad, lo que implica colocar adecuadas señalizaciones, acondicionamientos de vías alternas, establecer desvíos, entre otros; que buscan minimizar el impacto negativo en el tránsito de los sectores afectados por la obra así como eventuales accidentes de tránsito.

Ahora bien, las adendas suscritas en el caso de la concesión IIRSA Sur, Tramo 2: Urcos - Inambari tuvieron como objeto permitir el inicio de actividades a fin de garantizar la transitabilidad del tramo, a pesar de que la fecha para el inicio de esa obligación por parte del concesionario aún no se había cumplido, es decir, se buscó anticipar dicha obligación. De igual manera, se buscó precisar el índice de transitabilidad para comprender a todo tipo de vehículo que circule en el Tramo 2. Finalmente, se determinó el presupuesto y las condiciones para mantener la transitabilidad en el periodo final del proyecto.

Al tratarse de una carretera concesionada, es importante que el concesionario adopte lo más pronto posibles acciones para restablecer la transitabilidad de acuerdo con el Procedimiento para el Manejo de Emergencias Viales y con las condiciones definidas contractualmente. En esa medida, al tener claro los alcances de ese mantenimiento se podrá realizar una labor de control más eficiente por parte del regulador y del concedente.

h. Modificaciones en las condiciones de prestación del servicio

Esta materia, al igual que en los dos casos anteriores, tiene tres (3) recurrencias, las cuáles se han realizado en dos (2) de los diez (10) contratos de concesión (Proyecto de Generación Eléctrica Chaglla y Telefónica Móviles).

Ello representa el 5% de recurrencias.

En el caso de la concesión del Proyecto de Generación Eléctrica Chaglla la adenda tuvo como objeto optimizar el proyecto a través del incremento de la potencia instalada para aumentar la capacidad de energía generada, a fin de atender el incremento de la demanda. Como ya se indicó, en este caso, surge la pregunta si al momento de realizar el estudio técnico - económico de estimación de demanda de energía eléctrica, fue posible prever el su incremento, a fin de considerar en el diseño del contrato el incremento de la potencia instalada de la central hidroeléctrica de Chaglla, o por el contrario se trató de una demanda inesperada que no estaba prevista en los cálculos de la entidad competente.

A su vez, en el caso de Telefónica Móviles, la adenda tuvo como objeto establecer mayores estándares de calidad y servicialidad de acuerdo con los avances tecnológicos para la prestación del servicio de telefonía, en la modalidad de teléfonos públicos.

i. Inicio y condiciones para la explotación de la concesión

Esta materia también tiene tres (3) recurrencias, las cuáles se han realizado en dos (2) de los diez (10) contratos de concesión (IIRSA SUR, Tramo 2: Urcos – Inambari y Ferrocarril Sur y Sur Oriente). Ello representa el 5% de recurrencias.

En el caso de la concesión IIRSA SUR, Tramo 2: Urcos – Inambari, una de las adendas tuvo como objeto iniciar de manera anticipada la explotación de la concesión y la prestación de los servicios complementarios, debido a que el concedente no había cumplido con los plazos para liberar y entregar las áreas que eran necesarias para la construcción de las estaciones de peaje en el Tramo 2. Además se precisó la fecha de ajuste del pago anual por concepto de mantenimiento de obra (PAMO), a fin que se realice de manera trimestral, de acuerdo al contrato de concesión.

Como se puede advertir el inició anticipado de la explotación de las obras no se pudo prever en el diseño del contrato, pues dicha situación se produjo debido a que el concedente estableció plazos poco prudentes para liberar y entregar las áreas que eran necesarias para la construcción de las referidas estaciones de peaje.

Por su parte, en la concesión Ferrocarril Sur y Sur Oriente la adenda tuvo como objeto modificar la responsabilidad solidaria del concesionario, a fin de excluirlo de responsabilidad cuando los operadores del servicio no vinculados a él desarrollen actividades sin cumplir con las normas de seguridad. Asimismo, precisa la responsabilidad solidaria del concesionario frente al concedente, por los daños y perjuicios que produjera su operador vinculado.

j. Renovación del plazo de la concesión

Esta materia tiene tres (3) recurrencias, las cuáles se han realizado en tres (3) de los diez (10) contratos de concesión (Ferrocarril Sur y Sur Oriente, Proyecto Vía Parque Rímac, Telefónica Móviles). Las adendas, básicamente, estuvieron orientadas a ampliar el plazo de vigencia de la concesión. Ello representa el 5% de recurrencias.

En el caso de la concesión de Ferrocarril Sur y Sur Oriente la ampliación del plazo de la concesión fue solicitada por el concesionario, en virtud de lo establecido en una cláusula del contrato. Respecto al Proyecto Vía Parque Rímac, la ampliación del plazo fue uno de los acuerdos a los que llegaron la empresa concesionaria y la Municipalidad Metropolitana de Lima, al renegociar el contrato. Por su parte, la ampliación del plazo de la concesión de Telefónica Móviles se debió a que concluyó el plazo de vigencia de la concesión, por lo que tanto la empresa como el Estado negociaron las condiciones de dicha ampliación.

k. Tarifas

Esta materia, al igual que la anterior, tiene tres (3) recurrencias, las cuáles se han realizado en tres (3) de los diez (10) contratos de concesión (Ferrocarril Sur y Sur Oriente, Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia, Proyecto de Irrigación de Olmos). Las adendas, básicamente, estuvieron orientadas a la exoneración del pago de tarifas, incorporación de tarifas y modificación de la tarifa. Ello representa el 5% de recurrencias.

En el caso de la concesión del Ferrocarril Sur y Sur Oriente la adenda se suscribió a fin de exonerar del pago de tarifas por el uso de la vía férrea para el traslado de residuos sólidos. De igual manera, en el caso de la concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia, la modificación tuvo como objeto establecer una tarifa especial para los vuelos de ayuda humanitaria, acción cívica, salvamento, retorno por malas condiciones metereológicas y transporte de delegaciones nacionales e internacionales, así como exonerar del cobro de la Tarifa Única por Uso de Aeropuerto (TUUA) al personal de INDECI, FAP, PNP y Cruz Roja. Finalmente, en el caso de la concesión Proyecto de Irrigación de Olmos se modificó la tarifa por la prestación del servicio de distribución de agua.

l. Equilibrio financiero de la concesión

Esta materia presenta dos (2) recurrencias, las cuáles se han realizado en uno (1) de los diez (10) contratos de concesión (Sistema de Transmisión Eléctrica

ETECEN – ETESUR). Las adendas, básicamente, estuvieron orientadas a que el concesionario pueda recuperar el monto pagado por concepto de Impuesto a las Transacciones Financieras (ITF), así como, modificar la metodología de cálculo de la Remuneración Anual Garantizada (RAG). Ello representa el 3% de recurrencias.

m. Proceso Arbitral

Al igual que la anterior, esta materia tiene dos (2) recurrencias, las cuáles se han realizado en dos (2) de los diez (10) contratos de concesión (IIRSA SUR, Tramo 2: Urcos – Inambari y Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia). Ello representa el 3% de recurrencias.

Una de las adendas del contrato de concesión IIRSA SUR, Tramo 2: Urcos – Inambari, estuvo orientada a adecuar los plazos para el inicio del proceso arbitral de acuerdo a los plazos previstos en el Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima. En la misma línea, la adenda del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia tuvo como objeto adecuar el plazo para la emisión del laudo arbitral conforme a lo establecido en el citado reglamento.

n. Otras materias

En este rubro podemos ubicar a dos (2) materias diferentes, las cuales se ubican cada una en un contrato de concesión (Ferrocarril Sur y Sur Oriente y Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia). Ello representa el 3% de recurrencias.

Así tenemos, que en la concesión del Ferrocarril Sur y Sur Oriente una de las adendas tuvo como objeto modificar diferentes cláusulas del contrato, entre ellas, la cláusula que regula lo concerniente a los requisitos para la modificación del contrato, a fin de precisar que para dicha modificación sólo se requiere la opinión técnica de OSITRAN y ya no la opinión favorable de este organismo.

En el caso de la concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia la adenda tuvo como objeto establecer un mecanismo para el pago de los estudios técnicos previos, que no necesariamente implican la ejecución de la obra (por ejemplo estudios topográficos, de suelos, de seguridad aeroportuaria, estudios ambientales, etc.).



Capítulo 05

Conclusiones y recomendaciones

5.1. Conclusiones

5.1.1. Sobre la naturaleza incompleta del contrato de concesión

a. El contrato de concesión constituye una modalidad de Asociación Público – Privada, en virtud del cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos. Por otro lado, se trata de un contrato incompleto, debido a que es difícil que las partes (concedente y concesionario) puedan prever, al momento de diseñar el contrato, todas las contingencias o eventos sobrevinientes que se puedan presentar durante su vigencia, y aún en el supuesto de que puedan preverlos, el número de éstos resultaría tan elevado que su descripción y, por ende, la redacción del respectivo contrato terminarían, siendo altamente costosos.

b. Teniendo en cuenta la naturaleza incompleta del contrato de concesión, la renegociación de dichos contratos deviene en un proceso natural a fin de corregir y perfeccionar los mismos, para hacerlos más eficientes. Sin embargo, existen renegociaciones que no son eficientes y que son explicadas por el comportamiento oportunista de las partes contrayentes (tanto del concedente como del concesionario), este tipo de renegociaciones pueden menoscabar o eliminar los beneficios esperados de una licitación competitiva que adjudica la concesión.

5.1.2. Tiempo promedio de las renegociaciones desde la suscripción del contrato de concesión

a. De la muestra conformada por los diez (10) contratos de concesión, se tiene que en total se suscribieron treinta y nueve (39) adendas, es decir, un promedio de cuatro (4) adendas por contrato. Del total de adendas cinco (5) fueron suscritas antes de haber transcurrido un año de firmado el contrato de concesión, lo cual representa un 13%. Asimismo, dieciocho (18) adendas fueron suscritas antes de haber transcurrido tres (3) años contados a partir de la firma del contrato de concesión, lo cual representa un 46%. Lo anterior evidencia que cerca del 50% de adendas fueron suscritas antes de los tres (3) años, es decir en un plazo corto teniendo en cuenta que el plazo promedio de vigencia de las concesiones es de 27 años.

b. En el caso de las dieciocho (18) adendas suscritas antes de haber transcurrido tres (3) años contados a partir de la firma del contrato de concesión, nueve (9) fueron suscritas estando vigente el anterior Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, aprobado por Decreto Supremo 146-2008-EF, modificado por los Decretos Supremos N° 144-209-EF, N° 106-2011-EF y N° 226-2012-EF que estableció que dentro del plazo de tres (3) años de firmado el contrato de concesión no se podrán suscribir adendas, salvo tres excepciones: i) La corrección de errores materiales; ii) Los requerimientos sustentados de los acreedores permitidos vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato; o, iii) La precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato²⁰⁹.

De las nueve (9) adendas que se suscribieron luego de la entrada en vigencia del citado reglamento, todas se encontraban dentro de las causales de excepción estipuladas en la referida norma.

c. Al analizar el tiempo que transcurre entre la suscripción de los contratos de concesión y la primera renegociación (considerando al contrato de Telefónica Móviles S.A., cuya primera adenda fue suscrita luego de 13 años), tenemos que el tiempo promedio de renegociación es de 2,9 años, es decir un periodo

209 El actual reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, aprobado por Decreto Supremo N° 127-2014 -EF mantiene una disposición similar.

de tiempo ligeramente superior al promedio internacional, que es de 2,2 años. Sin embargo, si excluimos al contrato de Telefónica Móviles S.A., se obtiene que el tiempo promedio baja a 1,7 años, es decir, por debajo del promedio internacional.

5.1.3. Número de adendas por tipo de concesión

a. Cuando se analiza el número de adendas por tipo de concesión (cofinanciada o autosostenible), se advierte que el mayor número de ellas (22) se concentra en las tres (3) concesiones cofinanciadas de la muestra (IIRSA Sur, Tramo 2: Urcos - Inambari, Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia, Proyecto de Derivación Huascacocha – Rímac), siendo el promedio de 7 adendas por contrato. En el caso de las siete (7) concesiones autosostenibles, estas concentran en total diecisiete (17) adendas, siendo el promedio de 3 adendas por contrato. Ello se explica, de acuerdo a la literatura especializada, en el hecho de que las renegociaciones son más probables en aquellos proyectos de concesión que incluyen fondos del Estado.

5.1.4. Previsibilidad de las causas que generaron las renegociaciones en el diseño de los contratos de concesión

a. El análisis desarrollado sobre las materias que han propiciado las renegociaciones sugiere que si bien algunas de ellas han sido imprevistas, es decir escapaban al control de las partes, sin embargo una parte significativa de ellas se encuentran documentadas en la literatura y evidencia empírica internacional y nacional, por lo que pudieron ser previstas o tomadas en cuenta al momento del diseño del contrato. Asimismo, algunas de ellas se originaron en la parte de ejecución contractual por el incumplimiento de obligaciones por parte del concedente.

b. En algunos casos, se puede evidenciar que al momento del diseño del contrato no se realizaron adecuadamente los estudios básicos (de factibilidad, de ingeniería básica, ambientales, geológicos, entre otros), lo cual generó incertidumbre y afectó la asignación de riesgos. Si bien no se requieren estudios definitivos, sí se requiere un nivel estudio suficiente que permita identificar y asignar adecuadamente los riesgos, al no haberse realizado

de esa manera el Estado retiene más riesgos o estos no son claros, lo cual conllevó a modificaciones contractuales.

Por ello, es importante evitar que los contratos de concesión sean producto de procesos apresurados, intereses creados o asesoramiento inadecuado, en esa medida, las entidades encargadas de estructurar los proyectos de APP (PROINVERSIÓN y los demás Organismos de Promoción de la Inversión Privada -OPIP) deben contar con las capacidades y recursos para diseñar adecuadamente los contratos de concesión, considerando que el éxito de su trabajo no es evaluado sólo por lograr la adjudicación del proyecto sino también por la eficiencia del mismo, por lo que se debe tomar en cuenta sus implicancias futuras.

5.1.5 Materias recurrentes que originaron las renegociaciones

a. Del análisis de las treinta y nueve (39) adendas se han podido identificar trece (13) materias recurrentes que han sido objeto de renegociación. El mayor número de materias están referidas a obras (14 recurrencias), seguido de financiamiento (7 recurrencias), saneamiento y actualización de áreas de terrenos (6 recurrencias), pago e incremento de regalías al concedente (4 recurrencias), inclusión y exclusión de bienes a la concesión (4 recurrencias). Con tres (3) recurrencias tenemos al establecimiento y ampliación de plazos, modificaciones en las condiciones de prestación del servicio, mantenimiento de emergencias y periódico de la vía (transitabilidad), inicio y condiciones para la explotación de la concesión, renovación del plazo de la concesión, tarifas. Finalmente, con dos (2) recurrencias tenemos a las materias de equilibrio financiero de la concesión, proceso arbitral y otras materias.

b. En lo que respecta a la materia de obras, se puede indicar que subyacen en ella sub materias que han generado adendas a los contratos de concesión y están referidas al procedimiento a seguir para el desarrollo y culminación de los saldos de obra, adicionales de obras, inversiones máximas permitidas, penalidades, mayor presupuesto en obras, metrados, entre otras. Sin embargo, se puede advertir que tales situaciones se originaron por la deficiencia de los estudios técnicos y financieros de los proyectos, por lo que en la mayoría de casos fueron ser previsibles, pudiendo incluirse en el diseño del contrato.

De igual manera, la diferencia entre el monto correspondiente al presupuesto referencial del proyecto contenido en el contrato de concesión y el importe correspondiente al presupuesto definitivo, conlleva a la demanda de nuevos montos de inversión e inconvenientes en el financiamiento del proyecto y en su operatividad dado que aumenta el presupuesto del concesionario o del concedente (si el proyecto es cofinanciado), pudiendo generar descalce financiero para la financiación de los hitos constructivos. Por tanto, hubiera sido necesario contar con estudios referenciales actualizados y confiables.

c. La definición contractual de los derechos y garantías de los acreedores permitidos fue otra causa recurrente de renegociaciones en las concesiones de transporte para viabilizar el cierre financiero de algunos contratos.

d. El incumplimiento de plazos para el saneamiento legal de terrenos constituyó otra de las causas principales de renegociaciones contractuales, originada por el establecimiento de plazos poco prudentes por parte del concedente para la entrega de los terrenos, lo cual generó costos adicionales al Estado (incremento del PAMO por no poder cobrar peaje, reconocimiento de gastos generales por suspensión de ejecución de obras, subida de peajes, suspensión de obligaciones, entre otros), e inciden en la rentabilidad del proyecto, generando además descontento social por la demora en el uso de la infraestructura por parte de los usuarios.

e. Se ha podido verificar que once (11) adendas fueron suscritas debido al incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del concedente, es decir, del Estado. En seis (6) casos debido al incumplimiento en los plazos para el saneamiento de terrenos y en el caso del proyecto de saneamiento Huascacocha - Rímac se tuvieron que suscribir cinco (5) adendas debido a que SEDAPAL no conseguía la autorización para la disponibilidad de agua, en los plazos originalmente previstos.

5.2. Recomendaciones

5.2.1. Fortalecimiento de capacidades de los Organismos de Promoción de la Inversión Privada.

a. La especialización adquirida en la estructuración de proyectos de Asociación Público - Privada (APP) tanto por los equipos técnicos de las entidades públicas concedentes como por los Organismos Promotores de la Inversión Privada debe ser aprovechada para generar liderazgo y mejorar las capacidades institucionales en las entidades públicas de los tres niveles de gobierno, a fin de capitalizar la experiencia en el desarrollo y gestión de los diferentes contratos de APP.

b. Es necesario que los Organismos de Promoción de la Inversión Privada de los tres niveles de gobierno fortalezcan las capacidades de sus funcionarios y servidores, a fin de generar capacidades internas que les permitan gestionar las variables técnicas, legales, financieras, administrativas y de negociación en los diferentes contratos de APP. Dichas capacidades pueden desarrollarse mediante la asistencia técnica de alguna agencia de promoción de la inversión privada del exterior líder en el tema o por organismos internacionales como el Banco Mundial, que les permitan conocer y discutir los problemas advertidos en el proceso de promoción y ejecución de las APP. De igual manera, los Gobiernos Regionales y Locales pueden celebrar con PROINVERSION convenios de asesoría y apoyo, a fin de identificar proyectos y elaborar perfiles básicos de proyectos para promover la inversión privada.

5.2.2. Implementación de la gestión del conocimiento sobre experiencias de promoción de Asociaciones Público - Privadas

a. Los Organismos de Promoción de la Inversión Privada y los organismos reguladores, deben aprovechar las experiencias locales e internacionales que les permitan mejorar el diseño de los proyectos de promoción de las APP, para lo cual pueden crear herramientas o establecer funciones dentro su organización encaminados a desarrollar una gestión del conocimiento sobre dichas experiencias y poder compartirlas, a través del uso de las tecnologías de la información.

Para ello, es necesario que puedan realizar: i) Un diagnóstico inicial de la gestión del conocimiento (estado de la cuestión en sus entidades, definición de necesidades y gestión -tecnología, procesos, personas-); ii) Definición de los objetivos del conocimiento (cuál es la dirección que se le quiere dar a la gestión del conocimiento y las competencias claves para fortalecer su desarrollo); iii) Producción del conocimiento organizacional; iv) Almacenaje y actualización de la información (almacenaje de los conocimientos previamente codificados ubicándolos en repositorios fácilmente accesibles a los usuarios en el momento que lo necesiten); v) Circulación y utilización de conocimientos (crear espacios de conversación e intercambio adecuados para que se produzca la circulación del conocimiento de la entidad, así como espacios de aprendizaje y redes de colaboración); y, vi) Medición del desempeño (implementar indicadores que permita medir los impactos esperados de la gestión del conocimiento en la entidad).

b. Se recomienda a las entidades públicas sujetas al ámbito del Decreto Legislativo N° 1012, cumplir con los lineamientos emitidos por el Ministerio de Economía y Finanzas – MEF, aprobados por Resolución Ministerial N° 048-2015-EF/52, a fin de que registren y actualicen la información sobre los compromisos firmes y contingentes que se han generado en el marco de los contratos de Asociaciones Público – Privadas. Asimismo, remitir al MEF la información sobre los contratos de APP que han suscrito, referida a: i) los contratos suscritos y sus modificatorias, ii) las opiniones favorables para la aprobación de dichos contratos, iii) las bases del concurso, iv) modelo económico financiero, v) informe de identificación y asignación de riesgos, vi) acta de apertura de sobres y adjudicación de la buena pro del concurso, y vii) declaratoria de interés (en caso de iniciativa privada).

5.2.3. Uniformizar o estandarizar los procesos vinculados a la promoción de proyectos de Asociaciones Público - Privadas

a. Habiéndose emitido un nuevo reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, aprobado por Decreto Supremo N° 127-2014-EF, se recomienda a los gobiernos regionales y locales uniformizar o estandarizar sus procesos vinculados a la promoción de proyectos de APP, en lo referente a los

procedimientos tanto de adjudicación de la concesión como de ejecución y supervisión de los referidos proyectos, a fin de que los usuarios y operadores puedan tener procesos más transparentes, claros y predecibles. Para ello, PROINVERSIÓN y los Organismos reguladores pueden brindarles la asistencia técnica que requieran.

5.2.4. Aportes para optimizar el diseño de los contratos de concesión

a. En el proceso de promoción de los proyectos de Asociación Público – Privada se recomienda evitar que los tiempos políticos se sobrepongan a los tiempos técnicos, pues muchas veces las autoridades políticas buscan que el proyecto de APP pueda ser aprobado lo más pronto posible, lo cual podría incidir negativamente en su diseño, asimismo, se debe tomar en consideración los aspectos de operación del proyecto.

b. Al momento del diseño del contrato las entidades encargadas de estructurar los proyectos de Asociación Público – Privada deben tomar en consideración que la casuística y la teoría tienen una función preventiva que ayudaría y fundamentaría la incorporación de nuevas cláusulas en los contratos de concesión que contribuirían a disminuir las renegociaciones. Ello porque determinadas situaciones que en un momento no se previeron en los contratos se repiten con cierta frecuencia, por lo que podrían ser incluidos en los contratos de concesión como cláusulas que al momento de producirse el supuesto de hecho se activarían sin necesidad de firmar una adenda, como por ejemplo el procedimiento y mecanismo de pago de los adicionales de obra (Primer grupo de Aeropuertos de Provincia e IIRSA – SUR, Tramo 2: Urcos – Inambari) .

c. En lo que respecta a la diferencia entre el monto correspondiente al presupuesto del proyecto referencial contenido en el contrato de concesión y el importe correspondiente al presupuesto definitivo, que ha sido por lo general una causa de renegociaciones, se recomienda que en los futuros contratos se establezcan claramente mecanismos de valorización y pagos de estos diferenciales. Asimismo, se debe contar con estudios referenciales actualizados y confiables, que contenga un análisis de demanda, ingeniería,

impacto ambiental y evaluación económica – financiera, de acuerdo con las directivas del Sistema Nacional de Inversión Pública – SNIP a fin de evitar sobrevaloraciones.

d. En el diseño de los contratos de concesión se debe incorporar una cláusula que establezca de manera clara el procedimiento y mecanismo para el pago de las obras adicionales, así como la oportunidad en que se ejecutarán tales obras.

e. En relación a las condiciones y definición de acreedores permitidos se recomienda que en los futuros contratos de APP se incluya una definición clara y precisa sobre dichos acreedores, que son la fuente de financiamiento de los proyectos, tomando en consideración los estándares internacionales que los califican como tal e incorporando además una lista taxativa de los requisitos que deben cumplir para identificarlo como acreedor permitido, así como las incompatibilidades para ser considerado como acreedor (por ejemplo socio de la empresa concesionaria o empresa vinculada a ésta). La finalidad es garantizar que se concrete el cierre financiero y los proyectos sean adjudicados cumpliendo con los indicadores de bancabilidad exigidos internacionalmente, según el sector, la naturaleza y características específicas del proyecto.

f. Si bien se ha publicado la Ley N° 30025, a fin de establecer un procedimiento más expeditivo para la entrega oportuna de los terrenos al concesionario, se recomienda que a fin de evitar los retrasos en los plazos de entrega de los terrenos, que antes del inicio del proceso de promoción de la APP el concedente pueda tener la totalidad o un porcentaje significativo de los terrenos debidamente saneados, debido a que el saneamiento de un menor porcentaje de estos en la etapa de ejecución del contrato sería más manejable.

g. Se recomienda que en el diseño de las concesiones se priorice como criterios de decisión los estándares de calidad y niveles de servicio. Asimismo, se establezcan indicadores de impacto que midan los efectos del proyecto en el bienestar y la calidad de vida de los usuarios. Esta exigencia, cambiaría la óptica de las Asociaciones Público – Privadas, pues no sólo se concentraría en la inversión sino también en el impacto o beneficio que el acceso a la infraestructura o al servicio público generaría en el ciudadano.

5.2.5. Participación de la Contraloría General en el proceso de modificación de los contratos de Asociaciones Público – Privadas

a. Teniendo en cuenta la importancia del control gubernamental, se recomienda modificar el numeral 15.3 del artículo 15° del Reglamento del Decreto legislativo N° 1012, aprobado por Decreto Supremo N° 127-2014-EF, a fin de que la Contraloría General de la República emita informe previo en los procesos de modificación de los contratos de Asociación Público – Privada, en aquellos casos que impliquen destinar mayores recursos públicos del Estado que lo previsto originalmente o la reducción de los compromisos de inversión a cargo del inversionista privado.

BIBLIOGRAFÍA

ALBORTA, Guillermo, STEVENSON, Claudia, TRIANA, Sergio, Asociaciones Público – Privadas para la prestación de servicios. Una Visión hacia el futuro, BID, 2011.

APOYO CONSULTORIA, Cuatro medidas para mejorar la infraestructura de forma rápida, eficiente y sostenible. Propuesta de Política N° 2. Setiembre 2013, p. 8.

BACA ONETO, Víctor y ORTEGA SARCO, Eduardo, Los esquemas contractuales de colaboración público privado y su recepción en el derecho peruano, En: Revista del Círculo de Derecho Administrativo, N°13, Octubre - 2013.

BONIFAZ, José Luis, URRUNAGA, Roberto y Astorne, Carmen, Estimación de los Beneficios Económicos de la Carretera Interoceánica, Lima, Universidad del Pacífico, 2008.

CASTILLO ADVÍNCULA, Víctor, Alianza Público – Privada APP en los Gobiernos regionales y locales – Iniciativas Privadas – Casos. Disponible en: http://www.proinversion.gob.pe/Repositarios_APPS/0/0/JER/OBRASXIMPUESTOS_DIFUSIÓN_LALIBERTAD_PPT/Present%20APP%20Trujillo%2002.12.10.pdf, Lima 08 de marzo de 2013, diapositiva N° 4.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (DRAE). Disponible en: <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>.

DROMI, Roberto, Renegociación y reconversión de los contratos públicos, Buenos Aires, Edit, Ciudad Argentina, 1998, p. 14

HUAMANÍ, Sandro y VARGAS, Tito, Renegociaciones no eficientes a partir del diseño del contrato y la licitación de la concesiones de transporte. En: Revista de Regulación en Infraestructura de Transporte, Número N° 07 – Enero 2011.

HUAPAYA, Ramón, Diez Tesis sobre las Asociaciones Público - Privadas APP en nuestro régimen legal. En: Revista del Círculo de Derecho Administrativo, N°13, Octubre – 2013.

GUASCH, José Luis, Concesiones en Infraestructura. Como hacerlo bien, Barcelona, Antoni Bosch Editor – The World Bank, 2004, p. 54.

GUASCH, Luis, Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing It Right, WBI Development Studies 28816,, The World Bank, 2004, y GUASH, José Luis, LAFFONTY, J. y STRAUB, S., Renegotiation of Concession Contracts in Latin America, Policy Research Working Paper 3011, The World Bank, 2003.

LUCIONI, Luis, La inversión para la provisión de servicios públicos y su financiamiento en América Latina y el Caribe: evolución reciente, situación actual y políticas, Santiago de Chile, CEPAL, 2004.

Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Manual para la Conservación de Caminos de Bajo Volumen de Tránsito, p. 8. En: http://www.mtc.gob.pe/portal/transportes/caminos_ferro/manual/Manuales_Conseervacion_BVT/Tomo%20I/Tomo%20I-MTC.pdf.)

MONTESINOS, Jorge y SAAVEDRA, Eduardo, Algunos alcances en torno a la institucionalidad y renegociación de concesiones en la infraestructura de transporte de uso público. En: Revista de Regulación en Infraestructura de Transporte, Número N° 07 – Enero 2011.

O'NEILL DE LA FUENTE, Cecilia y AGUIRRE MONTOYA, Julio, Reformas institucionales para fomentar la inversión privada mediante Asociaciones Público – Privadas APP. En: Agenda 2014, propuesta para mejorar la descentralización, Universidad del Pacífico. Disponible en: <http://agenda2014.pe/inversion-privada-asociaciones-publico-privadas.html>.

RUIZ CARO, Ariela, "Las privatizaciones en Perú: un proceso con luces y sombras". En: Revista NUEVA SOCIEDAD N° 207, Año 2007.

SUTO FUJITA, Fenix, AZAÑA PÉREZ, Roxana, CHAMORRO VILCA, Mery, LEÓN VASQUEZ, Lorena, MENCHOLA ARANA, Muriel, Renegociaciones de los Contratos de Concesión en infraestructura de transporte: diagnóstico, análisis y propuestas de mejora, Lima, ESAN, 2013.

TRELLES, Oscar, El Contrato administrativo, el contrato ley y los contratos de concesión de servicios públicos. En: THEMIS, Revista de Derecho, N° 44, Lima, PUCP, 2002.

TIROLE, Jean. Incomplete contracts: Where do we stand? En: Econometrica, Vol. 67, N° 4, The Econometric Society, July 1999. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/2999457>.

UMEZAWA, Angie y REAÑO, María Elena, Evolución de las Asociaciones Pública Privada – APP, conforme a la regulación normativa: una visión a través de experiencias. En: Revista de Derecho Administrativo, Número 13, Lima, Círculo de Derecho Administrativo – PUCP, Octubre – 2013.

VARGAS FRITZ, José, Concesión de Obras Públicas, Santiago, La Ley, 1997, p. 22. En: PEDRESCHI GARCÉS, Willy, Notas sobre el régimen actualmente aplicable a las Concesiones de Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos de ámbito Municipal, Lima, círculo de Derecho Administrativo, N° 7, Lima, 2009.

ZEVALLLOS, Juan Carlos, La Regulación de la Infraestructura de Transporte en el Perú: Lecciones y Agenda Pendiente. En: Revista de Regulación en Infraestructura de Transportes, Año 1 – Volumen 1, OSITRAN, Julio – 2008.

ANEXO N° 1

N°	Asociación Público - Privada	Sector	Inversión de la APP (US\$ Millones)	Número de adendas	Total de adendas
1	Aeropuerto Internacional Jorge Chávez	Aeropuertos	1214,0	6	15
2	Primer Grupo De Aeropuertos Regionales	Aeropuertos	120,0	7	
3	Segundo Grupo De Aeropuertos Regionales Aeropuertos	Aeropuertos	257,0	2	
4	Autopista Del Sol - Trujillo-Sullana	Carreteras	300,0	0	41
5	Buenos Aires-Canchaque	Carreteras	36,8	3	
6	Iirsa Centro - Tramo 2	Carreteras	100,0	0	
7	Iirsa Norte: Paita-Yurimaguas	Carreteras	453,1	4	
8	Iirsa Sur, Tramo 1: Marcona - Urcos	Carreteras	135,9	2	
9	Iirsa Sur, Tramo 2 : Urcos-Inambari	Carreteras	647,4	8	
10	Iirsa Sur, Tramo 3: Inambari-Iñapari	Carreteras	591,7	7	
11	Iirsa Sur, Tramo 4: Azángaro-Inambari	Carreteras	603,5	7	
12	Iirsa Sur, Tramo 5: Ilo, Matarani - Azángaro	Carreteras	185,1	2	
13	Red Vial N° 4 - Pativilca - Puerto Salaverry	Carreteras	286,2	0	
14	Red Vial N° 5 - Tramo Ancón-Huacho-Pativilca	Carreteras	75,1	1	
15	Red Vial N° 6 - Pucusana-Cerro Azul-Ica	Carreteras	231,9	5	
16	Tramo Vial - Mocupe - Cayaltí - Oyotún	Carreteras	24,9	0	
17	Tramo Vial - Ovalo Chancay - Huaral - Acos	Carreteras	41,6	1	
18	Vía Parque Rimac	Carreteras	700,0	1	
19	Ferrocarril Del Centro	Ferrocarriles	FRA II	8	12
20	Ferrocarril Del Sur Y Sur - Oriente	Ferrocarriles	FRA II	3	
21	Tren Eléctrico-Línea 1	Ferrocarriles	213,9	1	
22	Terminal De Contenedores Muelle Sur Callao	Terminal Portuario	704,8	1	4
23	Terminal de Embarque de Concentrados de Mineral en el Callao	Terminal Portuario	120,3	0	
24	Terminal Portuario de Matarani	Terminal Portuario	6,8	2	
25	Terminal Portuario de Paita	Terminal Portuario	269,2	1	
26	Terminal Portuario de Yurimaguas	Terminal Portuario	43,7	0	

ANEXO N° 2

LINEAMIENTOS PARA LA MEJOR PRÁCTICA EN LA AUDITORÍA DE FINANCIAMIENTO PÚBLICO/ PRIVADO Y CONCESIONES

Sección de la norma	Contenido	Lecciones de las directrices
<p>Sección 1. El enfoque general de la EFS (Directrices 1 a 4)</p>	<p>Esta Sección orienta a la EFS que desee llevar a cabo auditorías de gestión a las APP, para examinar ese tipo de contratos y para planificar a detalle sus auditorías, así como sobre la necesidad de acceder a una gama de habilidades especializadas. La Sección comprende la responsabilidad de la EFS, adquisición de habilidades necesarias para la auditoría a las APP, participación de la EFS y planificación de la Auditoría.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Debido a que el proyecto estará en manos del sector privado, las EFS deben asegurar que tienen derecho de acceso a la información del proyecto. - Las EFS deben asegurar que su personal cuenta con habilidades de auditoría y conocimiento técnico sobre APP, incluso podrá necesitar contratar a personal o consultores especializados. - En el caso que se quiera llevar a cabo una evaluación del proceso de promoción, antes de la suscripción del contrato, la EFS deberá considerar los riesgos implicados en tal intervención, tales como el impacto adverso en el proceso de promoción, si es que el OPIP desviará sus escasos recursos a atender los requerimientos de la EFS en desmedro de promover y generar competencia por el proyecto; o, el riesgo de conflictos de intereses de la EFS, que en etapas posteriores (ejecución del contrato) vea limitada su evaluación sobre aspectos respecto de los cuales haya emitido una inadecuada orientación durante el proceso de promoción y que, posteriormente, deba ser corregido. Esta situación pasaría, por ejemplo, cuando un informe previo sobre la versión final del Contrato de APP (control previo) emitido por la CGR recomienda que la entidad competente lleve a cabo determinadas acciones que, posteriormente, cuando la CGR realice una auditoría al Contrato de APP (control posterior) verifique que resultaron perjudiciales para los fines que se perseguía con la APP. - La revisión al inicio del proyecto, antes o inmediatamente después de su adjudicación, no impide la nueva revisión en períodos más avanzados del mismo. - La planificación de la auditoría debe cubrir todos los aspectos más importantes del contrato, de lo contrario, realizará una auditoría mal enfocada, superficial y no creíble. Para ello, deberá tener acceso a la información y opiniones del OPIP y demás entidades y personas vinculadas con el proyecto, lo que debe incluir la información confidencial y reservada, de ser el caso, la misma que no deberá ser publicada en el Informe que elabore la EFS. En todo caso, el objetivo de la evaluación de la EFS debería ser, identificar oportunidades de mejora, a fin de que las entidades reciban mejores ofertas y suscriban contratos eficientes.

**LINEAMIENTOS PARA LA MEJOR PRÁCTICA EN LA AUDITORÍA DE FINANCIAMIENTO PÚBLICO/
PRIVADO Y CONCESIONES**

Sección de la norma	Contenido	Lecciones de las directrices
<p>Sección 2. Definición del alcance del proyecto (Directrices 5 a 14)</p>	<p>Esta sección desarrolla la evaluación de las EFS respecto a la forma por la que la entidad aprobó el alcance del contrato, los motivos por los que prefirió el proyecto analizado frente a otros, así como los objetivos y el diseño del proyecto.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - La EFS debería evaluar la manera bajo la cual las entidades priorizaron incorporar al proceso de promoción de la inversión privada y adjudicar determinado proyecto frente a otros proyectos competidores. Esto es importante porque en ocasiones se tiende a escoger la modalidad de ejecución de un proyecto como APP y se descarta la obra pública (financiamiento estatal), sin embargo, podría estar priorizándose proyectos de APP de poca importancia y consistencia con las prioridades y necesidades locales, regionales y nacionales; mientras que se dejan sin adjudicar la ejecución de proyectos con alto interés social que sólo pueden ser ejecutados si se contara, total o parcialmente, con recursos públicos. - Los índices de servicio, que permitan la satisfacción de las necesidades de la sociedad y que debe alcanzar el operador privado, deben estar debidamente precisados en el contrato; lo contrario, podría originar que la necesidad de negociación entre las partes del contrato a fin de modificarlo, en un momento cuando la posición negociadora del Estado es más débil. - La EFS deberá verificar si la entidad consideró los objetivos políticos o normativa al momento de establecer restricciones para la operación del servicio e infraestructura, a fin de incluirlas en los requisitos específicos y comunicarlas al inversionista privado.

LINEAMIENTOS PARA LA MEJOR PRÁCTICA EN LA AUDITORÍA DE FINANCIAMIENTO PÚBLICO/ PRIVADO Y CONCESIONES

Sección de la norma	Contenido	Lecciones de las directrices
<p>Sección 3. Gestión del proyecto (Directrices 15 al 27)</p>	<p>Esta sección se refiere a la evaluación de la EFS sobre la gestión del proceso de promoción de la inversión privada a cargo del Organismo Promotor de la Inversión Privada (OPIP): experiencia y habilidades del equipo, costo del proceso sujeto a control, competencia efectiva por el mercado y relación calidad – precio aceptable en los acuerdos.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - El OPIP debería contar con personal especializado e imparcial para negociar un buen proyecto y contrato para el Estado. Asimismo, el personal debería ser capaz de brindar asistencia técnica a los inversionistas interesados en participar en el proceso ya sea sobre el proyecto o sobre la propuesta técnica a presentar. - En ese sentido, los asesores externos deben brindar servicios de calidad porque afectará el éxito del proceso de promoción. Es importante asegurar competencia para su contratación y que el elegido carezca de conflictos de intereses (no trabaje ni haya trabajado, hasta un plazo determinado, para las postores participantes en el proceso); o, en caso existiera ese tipo de conflicto, el OPIP adoptará los mecanismos necesarios. - El OPIP durante el diseño del contrato debería definir con claridad la regulación de aspectos que pudieran aparecer durante la ejecución del contrato: resolución, modificaciones tarifarias, etc. Esto permitirá que las partes puedan negociar o conocer con anticipación estos aspectos, el objetivo es contar con un contrato que proteja la posición del Estado y a la vez sea interesante para el sector privado y los acreedores financieros. - El objetivo de un proceso de promoción de la inversión privada debería ser asegurar la máxima competencia por el proyecto. - La entidad y el OPIP deberían contar con información que le permita decidir si la APP es mejor o no que realizar el proyecto vía obra pública, determinando para ello sus costos y beneficios según la modalidad que se adopte. - El OPIP deberá especificar con claridad los requisitos del proyecto para asegurar que las ofertas que presenten los postores sean calificadas como válidas. Además, la entidad deberá proveer al OPIP el detalle de las necesidades reales que busca satisfacer con el proyecto, para que a partir de eso pueda determinar los resultados que se esperan alcanzar bajo una prestación de calidad. - El OPIP deberá controlar los costos del proceso de promoción, el mismo que comprende establecer presupuestos y supervisar el adecuado uso de los mismos en los objetivos del proceso. Se debería establecer y controlar un presupuesto por cada proyecto, que incluya los gastos de la asesoría externa (considerando presupuestos para las tareas individuales a desarrollar) como los del personal del OPIP involucrado en el proyecto.

LINEAMIENTOS PARA LA MEJOR PRÁCTICA EN LA AUDITORÍA DE FINANCIAMIENTO PÚBLICO/ PRIVADO Y CONCESIONES

Sección de la norma	Contenido	Lecciones de las directrices
<p>Sección 4. Licitación (Directrices 28 a 30):</p>	<p>La Sección contempla Directrices para la evaluación del proceso de selección del inversionista privado; de ser el caso, la negociación de las cláusulas del contrato; la adecuada evaluación de las ofertas recibidas considerando la asignación de riesgo y la oferta económica ofrecida por el postor ganador.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - La EFS deberá evaluar en el marco de la innovación que propicie el OPIP, los postores sugirieron soluciones innovadoras para el proyecto en concurso: diseño de objetivos, operación del servicio, financiamiento, variación de especificaciones, transferencia de riesgo entre las partes, etc. - Cuando el OPIP evalúe las ofertas, debería considerar todos los aspectos relevantes financieros y no financieros de las propuestas de los postores que podrían impactar en el proyecto; por lo que los criterios de evaluación serán los ingresos (cofinanciamiento o tarifas) sujeto al cumplimiento de los niveles de servicio, el nivel de riesgo asumido por los potenciales operadores, el nivel de innovación y la relación entre el precio del servicio y la calidad. <p>Asimismo, el criterio de evaluación deberá ser consistente con los objetivos del proyecto y con lo que el OPIP manifestó a los postores sobre los requerimientos que deberían cumplir tanto ellos mismos (requisitos legales, financieros y de experiencia) como las ofertas técnica y económica.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Para procesos donde hay poca competencia o un solo postor, se debería valorar la calidad de la oferta.

LINEAMIENTOS PARA LA MEJOR PRÁCTICA EN LA AUDITORÍA DE FINANCIAMIENTO PÚBLICO/ PRIVADO Y CONCESIONES

Sección de la norma	Contenido	Lecciones de las directrices
<p>Sección 5. El contrato adecuado (Directrices 31 a 35):</p>	<p>La Sección se refiere a la evaluación de la EFS acerca de la manera en que la entidad va a suscribir el contrato adecuado, para lo cual también evaluará las negociaciones entre la entidad y el postor, y de ser el caso, identificará los efectos de los cambios acordados en las negociaciones del contrato, y si el acuerdo cumple los objetivos del proyecto.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Durante las negociaciones con el postor adjudicatario (luego de la adjudicación de la buena pro del proyecto) existe alto riesgo de que los términos del acuerdo sean cambiados en perjuicio del Estado. Por ello, es importante que en esa etapa solamente se negocien aspectos específicos y no sustanciales, los aspectos fundamentales debieron ser negociados antes de la presentación de los sobres con las ofertas de los postores. - Inmediatamente antes de la suscripción del contrato, la entidad en coordinación con el OPIP, deberá revisar si el acuerdo contenido en el contrato satisface sus objetivos o no. Lo mismo, evaluar si inmediatamente después de la suscripción del contrato, se ha dado cualquier cambio de política que afectará el futuro contractual. - Las disposiciones contractuales que deberán constar en el contrato a suscribir son aquellas relativas a la supervisión del cumplimiento contractual y a la gestión que deberá realizar el privado, a fin de asegurar una adecuada prestación por parte del privado; a la finalización y transferencia de los activos al término contractual; a los derechos de la entidad y del supervisor para acceder a los registros del inversionista privado; al régimen de pago de las inversiones, operación y mantenimiento, a fin de asegurar si el inversionista cuenta o no con incentivos suficientes y el supervisor con garantías suficientes para asegurar que el servicio sea prestado según los índices de servicio contratados; al mecanismo para identificar y sustentar los excedentes de ingresos del proyecto, en el caso que el Estado los comparta con el inversionista privado; a los cambios contractuales (requisitos del inversionista privado operador del servicio o infraestructura, indexación de tarifas, etc.); a la resolución de conflictos; etc. - Los contratos donde el Estado asume la obligación de cofinanciar la inversión, operación o mantenimiento del proyecto, compromete el presupuesto de la entidad y reduce la flexibilidad para gestionar sus gastos. Por ello, es importante que la entidad que deba asumir dichos compromisos, confirme que tendrá acceso a los recursos necesarios para cumplirlos, en el corto y largo plazo; así como evaluar el impacto sobre la disponibilidad de fondos para otros proyectos.

LINEAMIENTOS PARA LA MEJOR PRÁCTICA EN LA AUDITORÍA DE FINANCIAMIENTO PÚBLICO/ PRIVADO Y CONCESIONES

Sección de la norma	Contenido	Lecciones de las directrices
<p>Sección 6. La fase operativa (Directrices 36 a 43):</p>	<p>La Sección comprende la evaluación sobre la forma en que se gestionó la ejecución contractual, tales como la entrega de bienes para los fines del proyecto, prestación del servicio acorde a lo fijado en el contrato, mantenimiento de una relación calidad – precio aceptable, modificación y caducidad contractual, así como asignación de riesgos.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - La EFS deberá evaluar si la infraestructura o servicios públicos se entregaron o prestaron a tiempo, y con la calidad establecida; si el incremento de los costos del proyecto y de los pagos a cargo del Estado estuvieron sustentados; si la infraestructura o servicios públicos están siendo operados conforme a los estándares o índices de servicio exigidos en el contrato; etc. - La información sobre el rendimiento de la infraestructura y los servicios, así como el cálculo de los pagos, debe reflejar los servicios fijados en el contrato y el rendimiento exigido al operador privado. En caso que las condiciones contractuales no se ajusten a las necesidades reales de la sociedad o entidad; ésta deberá negociar una modificación contractual, de manera sustentada. - La EFS debe confirmar que la entidad mantenga su capacidad de financiamiento del proyecto; que el inversionista privado esté conforme con el desarrollo del proyecto; que el proyecto haya logrado los resultados esperados y que, en caso contrario, se evalúe la continuación del proyecto. Por su parte, la entidad debería evaluar si el financiamiento del proyecto vía APP permitió alcanzar mejores resultados que las alternativas (obra pública), lo cual le permitirá contar con una base de datos real, así como proponer mejoras para los contratos existentes y nuevos. - La entidad debería contar con una estructura de gobierno adecuada para el proyecto; revisar si los roles, responsabilidades y procedimientos para la administración del contrato están claramente definidos. - La entidad y el supervisor deberán contar con los recursos y capacidad suficientes para administrar de manera adecuada el contrato, lo que comprende entender el contrato, su contexto, la empresa, sus objetivos y contar con amplias habilidades de negociación. - Los riesgos deben ser asignados a la parte que esté en mejores condiciones para administrarlos. Durante todo el ciclo del proyecto deberá mantenerse una adecuada asignación y gestión del riesgo. - La entidad deberá planificar de manera oportuna la culminación del contrato, de tal manera que le permita tomar una decisión fundada sobre las opciones disponibles (renovación contractual, nuevo proceso de promoción, encargo a tercero, administración directa, etc.). La planificación deberá contemplar el mecanismo de prestación del servicio, los riesgos de traslado de gestión del servicio del operador a otro inversionista, planes para gestionar tales riesgos, etc.

Fuente: ISSAI 5220 | **Elaboración:** Departamento de Estudios –CGR

ANEXO N° 3

DIRECTRICES SOBRE LAS MEJORES PRÁCTICAS PARA LA AUDITORÍA DEL RIESGO EN LOS PARTENARIADOS PÚBLICO/PRIVADO	
Primera Parte: Riesgos a los que hace frente el Estado	
A.- Claridad acerca de los objetivos de los partenariados	
Riesgo	Gestión del Riesgo
1. Es probable que el Estado tenga una gama de objetivos de servicio público, algunos de los cuales tal vez compitan. Si no logra identificar y priorizar objetivos para satisfacer esos intereses, quizá no identifique todas las alternativas realistas antes de decidir concertar un partenariado, y es probable que esté en desventaja al negociar con posibles asociados. Ejemplo: el hecho de asegurarse de un servicio universal en todo un país (incluidas zonas remotas) puede requerir inversiones en infraestructura, lo cual podría aumentar el precio de los servicios a los consumidores.	Preparar un plan estratégico que establezca los objetivos del sector público para el partenariado, y las posibles opciones para equilibrar prioridades en competencia.
2. La necesidad del Estado de satisfacer una variedad de objetivos de política pública tal vez entre en conflicto con el interés del sector privado de centrarse en los elementos más rentables del servicio.	Considerar cómo los intereses comerciales del sector privado podrían protegerse razonablemente.
3. Las variaciones entre los intereses y objetivos del sector público y los de posibles asociados del sector privado pueden poner en peligro el trabajo conjunto efectivo.	Identificar el probable interés del proyecto para diversos tipos de asociados del sector privado, y considerar cuáles tienen mayores probabilidades de guardar conformidad con los del Estado.
4. Los procesos deficientes de adopción de decisiones pueden hacer que se seleccione al asociado incorrecto, o que se utilice un vehículo de partenariado inapropiado para el proyecto.	Considerar una gama de vehículos para el partenariado propuesto y seleccionar la mejor estructura para los objetivos del sector público y que también sea atractiva para los asociados privados, lo cual incluye examinar los flujos de fondos reales así como las ganancias contables previstas.
5. El sector público tal vez no suministre a sus directivos incentivos suficientes para que asuman riesgos, a fin de lograr partenariados viables. Además, es posible que los directivos públicos no actúen siempre según los mejores intereses del Estado (debido a conflictos de intereses o presión de grupos de promoción de determinados intereses).	Las recompensas basadas en el desempeño vinculadas a la satisfacción de los usuarios puede ser un incentivo para los empleados del sector público a fin de que asuman riesgos bien gestionados y actúen en pro del interés público.
6. Si no hay competencia suficiente, debido a que solo hay un asociado potencial, es difícil que el Estado consiga un acuerdo que represente una buena relación calidad – precio.	Recoger opiniones del mercado en la etapa de factibilidad, a fin de evaluar el nivel de interés del sector privado por el proyecto.

DIRECTRICES SOBRE LAS MEJORES PRÁCTICAS PARA LA AUDITORÍA DEL RIESGO EN LOS PARTENARIADOS PÚBLICO/PRIVADO

B: Negociar un partenariado apropiado

Riesgo	Gestión del Riesgo
<p>7. Tal vez sea necesario contar con asesores financieros y legales, pero el sector público puede llegar a depender excesivamente del asesoramiento externo y pagar a consultores más de lo normal en el mercado. También hay un riesgo de corrupción. Se podría sobornar a asesores y empleados públicos a fin de que favorezcan a una empresa determinada en el proceso de adquisición, o que convengan en un acuerdo de partenariado que no sea en el mejor interés del sector público.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Designar a asesores con aptitudes necesarias después de un concurso. - Considerar cómo los asesores pueden transferir conocimientos y aptitudes al personal del sector público. - Fijar presupuestos claros de entrada. - Considerar la posibilidad de vincular la remuneración de los asesores al logro de los objetivos del asociado del sector público. - Identificar posibles conflictos de intereses y cómo se podrían resolver. - Asegurarse de que un tercero examine el proceso de selección y los términos y condiciones convenidos antes de ultimarse la APP.
<p>8. Negociar y establecer un partenariado comprende frecuentemente gastos públicos adicionales a los iniciales que pueden recuperarse si el partenariado tiene éxito.</p>	<p>Calcular los costos probables, así como los beneficios para la APP y determinar si los costos que deberá sufragar el sector público son asequibles.</p>
<p>9. Si el sector público hace grandes pagos contractuales de entrada, puede estar financiando en realidad al asociado privado. Ello podría generar que éste tenga un menor incentivo para cumplir rápidamente sus obligaciones.</p>	<p>Vincular los pagos contractuales al logro de hitos y al nivel de servicios suministrados.</p>
<p>10. El sector público podría estar sujeto a la presión política de concertar únicamente APP con compañías locales, en violación de los requisitos de adquisiciones de instituciones internacionales.</p>	<p>Obtener asesoramiento legal sobre los requisitos internacionales de adquisiciones a los que esté sujeto la APP.</p>
<p>11. La necesidad de cumplir con los requisitos de adquisiciones del sector público (que involucran el gasto y la incertidumbre de las licitaciones en competencia) pueden disuadir la competencia.</p>	<p>Asegurarse de que haya buenas comunicaciones con posibles asociados privados. Debe haber claridad acerca de lo que se espera que aporte el asociado privado y centrarse en los resultados deseados de la APP.</p>
<p>12. El sector público puede elegir a un asociado poco fiable y de antecedentes deficientes en el logro de una buena relación calidad – precio en el tipo de servicios requeridos, o a un asociado que pueda haber estado involucrado en corrupción.</p>	<p>Diseñar procesos rigurosos de adquisición y evaluación que evalúen la fiabilidad y probidad de los posibles asociados.</p>
<p>13. El asociado del sector público tal vez carezca de la competencia legal para concertar la forma deseada de la APP o para transferir el activo a una entidad del sector privado.</p>	<p>Determinar antes de asumir un compromiso de que la base jurídica y otras autorizaciones legales necesarias se hayan adoptado.</p>
<p>14. El gobierno tal vez no obtenga las ganancias previstas que surjan de la explotación del activo (incluidos derechos de propiedad intelectual).</p>	<p>Obtener una tasación del activo realizada por un perito independiente. Asegurarse de que los problemas relativos a compartir ganancias sean previstos lo más claramente posible en el tipo de contrato de APP.</p>

DIRECTRICES SOBRE LAS MEJORES PRÁCTICAS PARA LA AUDITORÍA DEL RIESGO EN LOS PARTENARIADOS PÚBLICO/PRIVADO

15. Una vez que el activo se haya transferido al sector privado, el sector público perderá el control del mismo, pero hay ciertas situaciones (por ejemplo, infraestructura de transporte) cuyo fracaso el Estado no puede permitir.	El acuerdo de APP podría otorgar al sector público derechos de intervención en caso se presente un fracaso grave en el suministro del servicio o de la quiebra del asociado privado. Por ello, tales derechos deben definirse de forma detallada sólo cuando sea estrictamente necesario, para reducir los incentivos del asociado privado de no lograr un buen desempeño.
16. Las garantías dadas al asociado del sector privado tal vez no sean objeto de un precio completo en el acuerdo.	Al examinar el acuerdo, la EFS deben considerar si el precio del contrato refleja equitativamente los riesgos asumidos por ambas partes.
C: Proteger los intereses del Estado como accionista minoritario	
Riesgo	Gestión del Riesgo
17. Si el sector público acepta un interés minoritario en el partenariado, corre el riesgo de que sus intereses sean dejados de lado por su asociado privado. El sector público puede aceptar un interés minoritario para evitar que el partenariado sea clasificado como empresa pública con las restricciones que ello puede suponer para la libertad comercial, o para limitar la exposición del partenariado a la auditoría de la EFS.	<ul style="list-style-type: none"> - Asegurarse que el acuerdo de APP incluya protección para el asociado del sector público en cuanto a estructura, dirección y gestión. - Aclarar en el acuerdo de APP o en los estatutos de la compañía las responsabilidades que tendrán los directores.
18. No evaluar las repercusiones de diferentes niveles de participación minoritaria o no realizar inversiones suficientes para obtener el control del partenariado.	Considerar minuciosamente los derechos que conllevan los diferentes niveles de participación minoritaria antes de asumir un compromiso con relación a la APP.
19. El Estado puede perder el valor de su inversión.	Obtener información regular acerca del desempeño y de si el partenariado está cumpliendo con sus obligaciones ante el sector público, a fin de permitir a éste proteger sus intereses adecuadamente.
D: Seguir de cerca los intereses del Estado en un partenariado	
Riesgo	Gestión del Riesgo
20. El asociado del sector público tal vez no obtenga suficiente pericia financiera, legal, técnica o de otra índole que le permita gestionar su relación con el asociado privado. En consecuencia, quizá no ejerza los derechos que conllevan sus acciones en la APP.	Identificar la gama de aptitudes necesarias para seguir de cerca y gestionar la relación, y considerar cómo retener o tener acceso a tales aptitudes.
21. Incluso cuando el sector público sea accionista mayoritario, la falta de claridad en la dirección y en la resolución de conflictos puede llevar a que se otorguen privilegios excepcionales al accionista minoritario. Esto puede hacer que el sector público pierda el control del partenariado.	Disponer con claridad la dirección que se le debe brindar a la APP y la forma en que se resolverán los conflictos.

DIRECTRICES SOBRE LAS MEJORES PRÁCTICAS PARA LA AUDITORÍA DEL RIESGO EN LOS PARTENARIADOS PÚBLICO/PRIVADO

22. El asociado del sector público tal vez no pida información suficiente para tener seguridad sobre el desempeño de la APP. La compañía constituida en virtud de la APP posiblemente establezca filiales para que desempeñen algunas de sus funciones, dificultando al sector público la tarea de seguir de cerca el desempeño general.	Las fuentes de información comprenden la estrategia de la APP en cuanto a inversiones y operaciones, las cuentas y los detalles del desempeño del contrato en comparación con los planes de negocios. La EFS debe asegurarse de que el activo, el pasivo y los resultados de las filiales se consoliden en las cuentas de la sociedad matriz con suficiente información sobre segmentos del negocio para presentar un panorama verdadero y equitativo del desempeño del partenariado.
23. Tal vez se impida al asociado del sector público obtener suficiente información acerca del desempeño de la APP porque el estatuto del partenariado o la legislación no permiten proporcionar información a un asociado que la solicite cuando esa información no se proporciona a todos los asociados.	Asegurarse de que el estatuto permita que la información sobre el desempeño se suministre al asociado del sector público, en la medida en que lo permita la legislación. Cuando el Estado actúa de prestamista o garante, tiene derecho a información adicional suministrada por la APP.
24. Los objetivos de medición del desempeño utilizados por el asociado del sector público pueden tener incentivos perversos. Ejemplo: inducir a los gerentes a centrarse en el tratamiento contable del activo a fin de satisfacer los objetivos, en vez del verdadero desempeño del partenariado.	Utilizar una serie de medidas de desempeño para evaluar la APP, incluidas medidas tanto financieras como cualitativas (como la satisfacción de los clientes).
25. A medida que se desarrolla el partenariado, los desacuerdos relativos a la estrategia o al desempeño pueden pasar a ser conflictos contractuales.	<ul style="list-style-type: none"> - Establecer disposiciones apropiadas de dirección y reseña (por ejemplo, representación en la junta directiva del partenariado, supervisión conjunta de riesgos y contabilidad de libro abierto). - Disposiciones apropiadas de resolución de conflictos.
E: La exposición del Estado en caso de dificultades	
Riesgo	Gestión del Riesgo
26. El Estado puede pasar de ser un asociado a un administrador/ propietario de una empresa privada involuntariamente, por ejemplo, porque la empresa corre el riesgo de una quiebra inminente y suministra un servicio público esencial. En tales casos, el Estado corre el riesgo de ser responsabilizado de la situación.	El Estado tiene que conseguir el mejor análisis y asesoramiento posible para preparar una resolución viable de estas dificultades.
27. Es posible que el partenariado llegue a estar en quiebra o que el Estado desee retirarse del acuerdo. Si el Estado no ha identificado tales escenarios antes de concertar el acuerdo, hay peligro de que se encuentre imposibilitado de salir, o lo haga a un costo punitivo.	En su análisis del riesgo antes de concertar el partenariado, el Estado debe considerar minuciosamente estas posibilidades y preverlas, ya sea en los términos del acuerdo (por ejemplo, la facultad de retirarse en caso de mal desempeño) o por medio de planes para tales eventualidades (por ejemplo, venta de acciones).

DIRECTRICES SOBRE LAS MEJORES PRÁCTICAS PARA LA AUDITORÍA DEL RIESGO EN LOS PARTENARIADOS PÚBLICO/PRIVADO

Segunda parte: riesgos a los que hacen frente las EFS

F: Examen del proceso y de los resultados

Riesgo	Gestión del Riesgo
28. Es posible que la EFS carezca del expertis para evaluar hasta qué punto el asociado del sector público está protegiendo los intereses del Estado o si ha adoptado riesgos irrazonables.	La EFS debe identificar sus responsabilidades de auditoría, incluido conseguir acceso a cualquier especialidad necesaria.
29. En muchos casos, es posible que la EFS no tenga atribuciones de acceso a información de la APP. Incluso cuando la EFS tenga tales atribuciones, el sector privado podría mostrarse poco dispuesto a proporcionar información debido a temores relativos a la confidencialidad comercial.	<ul style="list-style-type: none"> - La EFS si tiene acceso a la información que posee el asociado del sector público y podrá examinar e informar públicamente hasta qué punto el Estado ha ejercido sus responsabilidades en la APP. - La EFS puede contactar a los asociados del sector privado a fin de destacar la imparcialidad de la EFS y explicar que le interesa la información sobre las buenas prácticas, así como lo que no funcionó bien.
30. Es probable que debido a una falta de pericia, el asociado del sector público se resista a los esfuerzos de la EFS por determinar como aquel protege de modo efectivo los intereses del Estado.	<ul style="list-style-type: none"> - La EFS debe demostrar que apoya la asunción de los riesgos bien gestionados por parte del Estado. - Debe centrar sus exámenes en la identificación de las buenas prácticas y contribuir al desarrollo de directrices constructivas.
31. Las metodologías existentes tal vez no permitan al auditor evaluar el desempeño de nuevas clases de APP. Hacer el benchmarking (indicador de referencia) de la calidad de los servicios resulta difícil cuando hay pocos proyectos comparables y cuando el sector público no ha aclarado los objetivos del partenariado. Ello, también dificulta evaluar lo que sería un rendimiento razonable de la inversión para el asociado privado.	<ul style="list-style-type: none"> - Considerar nuevos exámenes del proyecto a intervalos regulares. Estos exámenes deben tener en cuenta: i) si los objetivos del Estado continúan siendo satisfechos, y ii) si todos los asociados están recibiendo un rendimiento razonable por los riesgos que corren.

DIRECTRICES SOBRE LAS MEJORES PRÁCTICAS PARA LA AUDITORÍA DEL RIESGO EN LOS PARTENARIADOS PÚBLICO/PRIVADO

G: Identificar lecciones que merezcan la pena

Riesgo	Gestión del Riesgo
<p>32. El examen de la transacción realizado por la EFS tal vez tenga un foco demasiado restringido, por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Quizá se sienta tentado a centrarse sólo en lo que no funcionó bien. - Tal vez no tenga en cuenta otros exámenes realizados. 	<ul style="list-style-type: none"> - Pueden extraerse lecciones del fracaso, y no sólo del éxito, pero debe encuadrarse todo fracaso o deficiencia dentro de un contexto. - La EFS debe difundir las buenas prácticas que identifique a través de conferencias, hojas informativas, entre otros medios.
<p>33. En aquellos casos en que la APP se preste al desarrollo de un enfoque de cartera, hay riesgos a evaluar por parte de la EFS. Por un lado, tal vez no se reconozca que la esencia del enfoque de cartera implica la probabilidad de que algunos proyectos fracasen y que otros tengan éxito. Por otro lado, quizá no se evalúe los motivos del fracaso de determinados proyectos.</p>	<p>La EFS debe determinar si el asociado del sector público se aseguró de que la APP someta cada uno de los proyectos de su cartera a una evaluación rigurosa en etapas clave del desarrollo, a fin de minimizar los costos del fracaso.</p>
<p>34. Es posible que la EFS construya un modelo de buenas prácticas en materia de adquisición y supervisión de APP. Al aplicarlo a los casos examinados, es posible que la línea entre las funciones de auditoría y gestión se desdibuje, poniendo en peligro la independencia de la EFS.</p>	<p>La EFS y la entidad pública deben acordar sus respectivos papeles al principio de la auditoría. Si bien la EFS, tal vez, formule recomendaciones, la responsabilidad de la aplicación debe continuar correspondiendo a la entidad auditada.</p>
<p>35. La EFS puede centrarse en cuestiones técnicas de adquisiciones y hacer caso omiso de los efectos sociales y económicos más amplios de las APP, tales como el riesgo de reemplazar un monopolio estatal con un monopolio privado.</p>	<p>La EFS debe considerar examinar si la APP satisfizo sus objetivos económicos y sociales, asegurándose de que tales estudios no cuestionen los méritos de una política del Gobierno.</p>

DIRECTRICES SOBRE LAS MEJORES PRÁCTICAS PARA LA AUDITORÍA DEL RIESGO EN LOS PARTENARIADOS PÚBLICO/PRIVADO

H: Seguimiento de su trabajo

Riesgo	Gestión del Riesgo
36. El Estado puede incurrir, a través de una APP, en obligaciones que no estén plenamente reveladas en sus cuentas.	La entidad pública asociada podría incluir un registro de riesgos en sus cuentas, que incluya una evaluación de las probabilidades de que haya una intervención y el valor calculado de la deuda. Al desarrollar ese registro, dicha entidad tendrá que tener conciencia de la necesidad de equilibrar la posibilidad de intervención con la necesidad de incentivar al sector privado. El registro sería auditado por la EFS, que evaluaría la razonabilidad de las suposiciones formuladas por la entidad pública.
37. El Estado quizá no aplique las recomendaciones de la EFS, lo cual haría que los mismos problemas recurriesen en arreglos posteriores.	Realizar seguimiento a las APP, a las cuales ha realizado anteriormente informes de auditoría, o informar sobre nuevos problemas, a fin de evaluar la respuesta del Estado sobre los hallazgos y resultados encontrados por la EFS.

Fuente: ISSAI 5240

Elaboración: Departamento de Estudios – CGR



