

La renegociación de los contratos de asociación público-privada: Elementos esenciales que los funcionarios públicos deben de analizar en los procesos de negociación de adendas

Autor: Jaime Alfieri Li Ojeda

Palabras clave: Servicio público, Contratos de largo plazo, asignación de riesgos, cumplimiento de objetivo de política, interés de las partes, APP.

Resumen

Los contratos de asociación público-privada son contratos de largo plazo, cuya finalidad es cumplir un objetivo de política, mediante la gestión de un servicio público por parte del privado mediante la asignación de riesgos entre las partes para que ambos puedan ver satisfechos sus intereses particulares.

Dicha complejidad deberá de ser analizada por el funcionario público durante el proceso de renegociación, para que el conflicto de intereses no afecte el cumplimiento de los fines del contrato.

I. Introducción

Los contratos de asociación público-privada (en adelante, las **APP**), presentan características que los diferencian de los contratos civiles e incluso de los contratos realizado en el marco de los procesos tradicionales de contratación pública realizados en el marco de la Ley N° 30225¹.

Efectivamente, conforme se desarrollará a lo largo del presente artículo, la naturaleza de servicio público de la actividad entregada en concesión, la existencia de asignación de riesgos entre las partes, la naturaleza mixta (aspectos administrativos y aspectos civiles) de las APP, la existencia de interés de naturaleza disímil entre el privado y el Estado, y las características financieras propias de estos contratos son elementos esenciales que los funcionarios públicos, al estar en un proceso de adenda, deben de tener en consideración al momento de renegociar para la modificación y/o incorporación de obligaciones.

Así, la finalidad del presente trabajo de investigación es mostrar como las características propias de los contratos de APP deben de ser consideradas por los funcionarios públicos en la toma de decisiones durante el proceso de negociación de adendas para la incorporación y/o modificación de obligaciones, a efectos que el objetivo de política inmerso en el contrato no se vea afectado ni se perjudique la negociación al incluirse modificaciones que puedan afectar los intereses del concesionario.

II. ¿Qué es una APP?

Como primer punto corresponde iniciar haciendo una breve definición del concepto de APP. Así, debido a la complejidad que la definición de APP, para lo fines del presente artículo, se delimitarán los elementos básicos que los funcionarios públicos encargados de la negociación de la adenda deben tener en consideración.

En tal sentido, resulta necesario señalar que las APP son un instrumento de promoción de la inversión privada, las cuales han sido incorporados en cada país según sus

¹ Ley de Contrataciones del Estado

propias necesidades y particularidades (BID, 2015, p. 7). Por ello, no existe una definición unificada de lo que debe de entenderse como una APP y de los elementos que necesariamente influenciarán en la ejecución de las obligaciones a ser asumidas por las partes.

Sin embargo, diversos organismos multilaterales han generado definiciones que, en base a la experiencia obtenida en la ejecución de diversos proyectos de inversión que han servido de modelo para el desarrollo de la norma peruana. Por ejemplo, el Banco Mundial define a las APP de la siguiente manera:

«Un contrato de largo plazo entre un socio privado y una entidad gubernamental, **para proveer bienes o servicios públicos, en los cuales el socio privado asume riesgos significativos y la responsabilidad de la administración** y la remuneración se encuentra vinculada al desempeño.

Esta Definición:

- Incluye las APP que proporcionan tanto activos nuevos como existentes y servicios relacionados.
- Incluye las APP en las que la parte privada es pagada íntegramente por los usuarios y aquellas en las que la agencia gubernamental realiza algunos o todos los pagos.
- Incluye contratos en muchos sectores y para muchos servicios, **siempre que haya un interés público en la prestación de estos servicios y el proyecto involucre activos de larga vida** vinculados a la naturaleza a largo plazo del contrato APP»² (BM, 2016) (traducción y resaltado es nuestro)

Asimismo, para la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) las APP son consideradas de la siguiente manera:

«[...] **acuerdo entre el gobierno y uno o más privados** (lo cual podría incluir al operador y los financiadores), conforme a cual de **los privados ofrecen el servicio de una determinada manera que los objetivos de la prestación del gobierno están alineados con los objetivos de beneficio de los socios privados y donde la efectividad de los alineamientos depende de una suficiente transferencia de riesgos a los socios privados**»³ (OCDE, 2008, p. 17). (traducción y resaltado nuestro)

² Texto Original
«A long-term contract between a private party and a government entity, for providing a public asset or service, in which the private party bears significant risk and management responsibility and remuneration is linked to performance.

This definition

- Encompasses PPPs that provide for both new and existing assets and related services;
- Includes PPPs in which the private party is paid entirely by service users, and those in which a government agency makes some or all payments;
- Encompasses contracts in many sectors and for many services, provided there is a public interest in the provision of these services and the project involves long-life assets linked to the long-term nature of the PPP contract.»

³ Texto Original:
«As an agreement between the government and one or more private partners (which may include the operators and the financiers) according to which the private partners deliver the service in such a manner that the service delivery objectives of the government are aligned with the profit objectives of

En esa misma línea, para el Fondo Monetario Internacional (FMI), las APP se refieren a lo siguiente:

«[...] mecanismos donde **el sector privado provee infraestructura y servicios que tradicionalmente son prestados por el Estado**. En adición a la ejecución y financiamiento privado de la inversión pública, las APP tiene dos importantes características: **hay un énfasis en la provisión del servicio, tanto como la inversión, por parte del sector privado**, y una significativa **transferencia de riesgos por parte del gobierno al sector privado**, [...]»(FMI, 2006, p4)⁴ (traducción y resaltado nuestro)

Por último, en lo que respecta al marco normativo nacional, este ha seguido a línea de diversos organismos internacionales. Así, se tiene que en el Artículo 20° del Ley No 32441⁵ (en adelante, la Ley), las APP se definen de la siguiente manera:

«Artículo 23. Definición

23.1 Las Asociaciones Público-Privadas constituyen una modalidad de participación de la inversión privada, mediante contratos de largo plazo en los que interviene el Estado, a través de alguna **entidad pública y uno o más inversionistas privados para garantizar niveles de servicio óptimos para los usuarios**.

23.2 **Mediante Asociaciones Público-Privadas se desarrollan proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a infraestructura pública y servicios públicos, investigación aplicada, y/o innovación tecnológica**.

23.3 En las Asociaciones Público-Privadas, se distribuyen riesgos y recursos; en este último caso, preferentemente privados.

[...]» (el resaltado es agregado)

Entonces, de un análisis general de las diversas definiciones antes citadas, en concordancia con lo establecido en la normativa nacional, los elementos básicos que definirán a los contratos de APP' en el Perú y, por ende, las particularidades de la ejecución de las obligaciones de estos son los siguientes:

- a) Prestación de servicios públicos con miras a la satisfacción de un interés público
- b) Contrato de largo plazo
- c) Presencia de experiencia y recursos del socio privado
- d) Asignación de riesgos entre las partes

En ese sentido, se procederá a desarrollar como es que cada una de las características de las APP influyen en el proceso de negociación de las adendas desde la perspectiva del funcionario público y las consideraciones que los funcionarios deben de tener con cada una de estas.

the private partners and where the effectiveness of the alignment depends on a sufficient transfer of risk to the private partners. [...]»

⁴ Texto Original:

«Public-Private Partnerships (PPPs) refer to arrangements where the private sector supplies infrastructure assets and services that traditionally have been provided by the government . In addition to private execution and financing of public investment, PPP's have two other important characteristics: there is an emphasis on service provision, as well as investment, by the private sector, and significant risk is transferred from the government to the private sector. [...]»

⁵ Ley que regula la promoción de la inversión privada mediante asociaciones público-privadas y proyectos en activos.

III. Influencia de los elementos centrales de las APP en el proceso de negociación de adendas

Antes de iniciar el análisis de los elementos antes mencionados, resulta necesario señalar que los procesos de renegociación de contratos de APP pueden darse tanto a pedido del concesionario como a pedido del Estado. Así, en base a supuestos, el funcionario público deberá de analizar los elementos antes indicados tanto desde su perspectiva e intereses como desde los del concesionario quien, como se verá más adelante, resulta ser un socio del Estado en la prestación de un servicio público y no un "contratista" quien únicamente se señira a los parámetros estrictamente establecidos en el contrato.

3.1. Prestación de servicios públicos con miras a la satisfacción de un interés público

El primer elemento que los funcionarios públicos deben de tener en consideración al momento de renegociar los contrato de APP a su cargo es que estos, principalmente, tienen por la finalidad la prestación de un servicio público.⁶ Así, para la prestación directa de un servicio público se utilizan las denominadas "concesiones"⁷.

En la línea de lo antes mencionado, se aprecia, por medio de lo desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el numeral 41 de la Sentencia N° 005-2013-AI/TC, la vinculación de la presencia del interés público como un elemento esencial dentro de la ejecución de los contratos de concesión. Así, la mencionada jurisprudencia presenta la siguiente redacción:

«41. **El servicio público es la prestación que efectúa la administración del Estado en forma directa e indirecta. Esta última se realiza a través de concesiones, y tiene el objeto de satisfacer necesidades de interés general.** Mediante la concesión se organiza de la manera más adecuada la prestación de un servicio público por un determinado tiempo, actuando el concesionario por su propia cuenta y riesgo, y su labor o prestación será retribuida con el pago que realizan los usuarios. [...]» (STC N° 005-2013-AI/TC, F41) (Resaltado es agregado)

Asimismo, resulta necesario mencionar que la jurisprudencia nacional, por medio de lo desarrollado por el Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente N° 2488-2004-AA/TC, ha establecido que los contratos de concesión son de naturaleza mixta, es decir que las obligaciones que de estos se generen deben de ser interpretadas tanto desde la perspectiva contractual como desde la perspectiva de cumplimiento del interés público que justificó la suscripción del contrato respectivo⁸. Así, la mencionada jurisprudencia establece lo siguiente:

⁶ Se menciona que los contratos de APP, principalmente, tienen por finalidad prestar un servicio público, debido a que desde la publicación del Decreto Legislativo N° 1224 por medio de una APP se pueden desarrollar proyectos de innovación tecnológica e investigación aplicada. No obstante, como se ha apreciado en las definiciones antes citadas, la prestación de servicios públicos es el fin principal de las APP.

⁷ La normativa nacional no lo establece, pero la doctrina internacional reconoce que existen diversas formas especies dentro del género de APP concesión es una modalidad de APP. Véase: (World Bank 2014) The Public Private Partnerships Reference Guide V 2.0.

⁸ El sustento para la formulación y ejecución de un servicio público por medio de una APP y no por medio de algún otro mecanismo de contratación tradicional se forma a través del principio del Valor por Dinero y los Criterios de Elegibilidad..

«[...] la concesión como un acto con dos facetas. **Por un lado, un acto de poder público que se refiere al aspecto legal o reglamentario de la concesión y en atención al cual el Estado se desprende de una determinada actividad para entregarla al sector privado, conservando los poderes de vigilancia y control en atención al interés público; y por otro, una faz contractual, que se refiere a los deberes que recíprocamente se fijan las partes** y en las que es posible referirse al contrato de concesión administrativa.
[...]»(STC N° 2488-2004-AA/TC, Numeral 4) (Resaltado es agregado)

Así, en el marco de un proceso de renegociación propuesto por el Estado, deberá de analizarse de manera exhaustiva si la modificación solicitada responde al cumplimiento del objetivo del contrato en el marco de Valor por Dinero o si únicamente se quiere realizar por fines políticos. Ello se debe a que, en razón a un estudio realizado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE para proyectos de APP de carreteras en Chile, Perú y Colombia, la mayor parte de las modificaciones son renegociaciones a iniciativa del Concedente para incrementar la inversión o mejorar la calidad del servicio por motivos ajenos al proyecto, como campañas electorales. (Bitran E., Nieto-Parra S. y Sebastián Robledo J., 2013, p. 317)

De lo anterior, dependiendo de la modalidad financiera del proyecto y las garantías a las cuales se comprometa el Concedente para cumplir con sus objetivos particulares, podría generársele al Estado un mayor gasto público del que realmente se justifica para los fines del cumplimiento de los objetivos de política del proyecto.

Principio del Valor por Dinero

Ley No 32441, Ley que regula la promoción de la inversión privada mediante asociaciones público-privadas y proyectos en activos

4.1 En todas las fases vinculadas al desarrollo de los proyectos regulados en el presente Decreto Legislativo, se aplican los siguientes principios:

[...]

4.2 Adicionalmente, para las Asociaciones Público-Privadas, resultan aplicables los siguientes principios:

1. Valor por dinero: Valor por dinero: En todas las fases de los proyectos de Asociación Público-Privada las entidades públicas titulares de proyectos buscan la combinación óptima entre los costos y la calidad del servicio público ofrecido a los usuarios, teniendo en cuenta una adecuada distribución de riesgos en cada una de las referidas fases. La generación de valor por dinero en las fases de desarrollo de las APP es responsabilidad del Organismo Promotor de la Inversión Privada o de la entidad pública titular del proyecto y puede darse de manera no limitativa al momento de:

1. Priorizar los proyectos que promuevan la disponibilidad de la infraestructura o servicios relacionados al proyecto.
2. Seleccionar la modalidad de ejecución más adecuada para llevar a cabo el proyecto, teniendo en cuenta la aplicación de los criterios de elegibilidad.
3. Identificar los riesgos y distribuirlos a aquella parte con mayores capacidades para administrarlos.
4. Asegurar las condiciones de competencia, a través de un proceso de promoción transparente, garantizando la igualdad de condiciones entre todos los participantes.
5. Establecer mecanismos de pago vinculados a la prestación del servicio y/o disponibilidad de la infraestructura

[...]»

Criterios de Elegibilidad

Véase: Resolución Directoral N° 004-2016-EF/68.01, Aprueban los "Lineamientos para la Aplicación de los Criterios de Elegibilidad de los Proyectos de Asociación Público Privada", y su respectiva Hoja de Cálculo.

3.2. Contrato de largo plazo

Siguiendo con el análisis, se tiene que la norma nacional, en base a la experiencia internacional, ha determinado que los contratos de APP sean de "largo plazo".

Ahora bien, la normativa nacional no establece cual es la temporalidad mínima que permitirá entender que nos encontramos frente a un "largo plazo". Ello se debe a que esta característica, a pesar de tener un sustento doctrinario jurídico, se basa principalmente en los elementos económicos y financieros que permitirán la viabilidad del proyecto en particular por parte del socio privado que ejecutará el proyecto.

Efectivamente, en la bibliografía internacional⁹ se aprecia la duración de estos implica periodos de 20, 30 o más años; sin embargo, la norma ha establecido que las APP tendrán una duración máxima de 60 años¹⁰, exceptuando a los proyectos en materia portuaria. Estos últimos tendrán una duración máxima de 30 años¹¹.

Sin embargo, en el Perú los contratos de APP, dependiendo de sus características, suelen tener entre 20 a 30 años y se establece la posibilidad de generar ampliaciones de plazos en base a los límites normativos antes mencionados y el cumplimiento de determinadas conductas por parte del concesionario.

a. *Consideraciones de índole jurídica*

Siguiendo con las características del término "largo plazo" y su vinculación con la renegociación de los contratos de APP, es necesario mencionar que la prolongada duración de estos trae consigo la inevitable aparición de distintas circunstancias que sustentan la necesidad de generar modificaciones.

Precisamente, en este aspecto, Perez Hualde señala que «El terreno de aplicación más fecundo de la potestad de ius variandi son los contratos de larga duración, donde su contenido, es altamente aleatorio. Es el contrato donde las partes han previsto la satisfacción de intereses a lo largo de una vinculación prolongada, y por ello no establecen su acuerdo definiendo materialmente los bienes, sino estableciendo

⁹ «Dado que los contratos APP, en la mayoría de los casos, **suelen ser de 20, 30 o más años**, la probabilidad de alguna necesidad de refinanciamiento es alta y por ello se debe especificar quien asume el riesgo de refinanciamiento.» (BID, 2015, p 14.

¹⁰ **Ley No 32441, Ley que regula la promoción de la inversión privada mediante asociaciones público-privadas y proyectos en activos**
«Artículo 55. Plazo
Los proyectos desarrollados bajo la modalidad de Asociación Público-Privada se otorgan por el plazo de vigencia indicado en el contrato, el que en ningún caso excede de sesenta (60) años, salvo plazos menores establecidos en norma especial. El plazo de vigencia se inicia desde la fecha de suscripción del respectivo contrato. »

Nota: Por experiencia, lo que se suele hacer en otorgar un plazo de 20 a 30 años, el cual se puede ampliar mediante adendas, siempre que el concesionario cumpla con ciertos requisitos de calidad y conducta

¹¹ **Ley N° 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional**
«Artículo 10.- Administración de Infraestructura Portuaria
10.3 La infraestructura portuaria podrá ser entregada en administración al sector privado hasta por 30 años y en cualquiera de las modalidades siguientes:"
[...]
c) Contratos de Concesión.
[...]]»

normas procedimentales. [...] son contratos donde el tiempo es lo esencial y no lo accesorio; por ello es que —se afirma— el tiempo se vincula con el objeto del contrato.» (PÉREZ HUALDE, Alejandro. 2002, p.451)

Asimismo, el mencionado autor señala que «El contrato de servicios públicos está destinado “ab initio” a cambiar, lo normal es que cambie. Entre otras palabras, lo previsible es que cambiará y no lo contrario [...]. Al momento de su celebración, ambas partes saben y conocen que el contrato sufrirá múltiples variaciones. Algunos provenientes de la innovación tecnológica, que el concesionario está obligado a incorporar, otras veces como consecuencia de la reformulación de las políticas de servicios públicos o de urbanismo, o de seguridad. También por razones de economía. [...]» Pérez Hualde, Alejandro, 2009, p. 276-277)

Con ello, «[...] el costo significativo del proceso de renegociación, en el que incurren ambas partes, puede conducir a importantes pérdidas irrecuperables en términos de bienestar general. [...]» (GUASH, J. Luis. Año 2006, , p 53.

Es por ello que, considerando la naturaleza jurídica de los contratos de APP, es que los funcionarios a cargo de los procesos de negociación analicen las obligaciones establecidas considerando que el efecto de las modificaciones en el tiempo.

Un ejemplo de ello se apreció en el proceso de negociación de la Adenda 4 del Contrato de Concesión de la Línea 1 del Metro de Lima. Dicha adenda tuvo por finalidad dotar de mayor capacidad e infraestructura a la Línea 1 para que pueda atender la demanda insatisfecha en ese momento, pero también se realizó pensando en la demanda proyectada en el futuro, con la finalidad que la Línea 1 no presentará los mismos problemas de sobredemanda registrados hasta ese momento.

b. Consideraciones de índole financiero

Ahora bien, el hecho que los contratos de APP presenten la mencionada condición de “mutables” se debe a que la estructuración económica y financiera exige que estos sean de largo plazo. Ello se debe a que estos contratos son considerados como “financiados sin recurso o con recursos limitado”.

Ello se debe a que, la única garantía financiera del concesionario para sus financistas son los flujos proyectados del contrato considerado la asignación de riesgos de las partes. Ello se estructura mediante el denominado “Project Finance” o modelo económico-financiero.

Así, los funcionarios encargados del proceso de negociación deberán analizar las implicancias y límites financieros del modelo económico-financiero del contrato para la negociación de las modificaciones, dependiendo de la clasificación financiera del contrato, es decir autofinanciado o cofinanciado¹². Ello se debe a que, en palabras

¹² **Ley No 32441. Ley que regula la promoción de la inversión privada mediante asociaciones público-privadas y proyectos en activos**

«Artículo 25. Clasificación

Las Asociaciones Público-Privadas se clasifican en:

1. Cofinanciadas: son aquellas que requieren cofinanciamiento, u otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que tienen probabilidad significativa de demandar cofinanciamiento.
2. Autofinanciadas: son aquellas con capacidad propia de generación de ingresos, que no requieren cofinanciamiento y cumplen con las siguientes condiciones:

de Adrogú «la concesión de servicio público crea para el concesionario un derecho de naturaleza patrimonial, conceptuando como la atribución de prestar el servicio en las condiciones estipuladas, de conformidad a la ecuación económico-financiera, que permite obtener un resultado económico (beneficio) o no (quebranto)). (ADROGUÉ, Juan Eduardo. 30.12.2019, p.85)

Por ejemplo, en el caso de una APP cofinanciada, como es el caso de la Línea 1 del Metro de Lima, al Concesionario se le retribuye por la cantidad de kilómetros recorridos. En tal sentido, este asume el riesgo de disponibilidad (operación y mantenimiento), mientras que el Estado es quien asume el riesgo de demanda del servicio público; por ello, la retribución a favor del concesionario incluye los costos de operación y mantenimiento más sus servicios o habilidad. Así, en un esquema de renegociación de contrario, de manera general, debería de analizarse el límite de los costos financieros de operación y mantenimiento, a efectos que la modificación no genere que el Concesionario disminuya la rentabilidad mínima esperada por la operación del servicio.

Por otro lado, en un esquema de una APP autofinanciada, como es el caso de la Concesión del Tramo Ancón – Huacho – Pativilca de la Carretera Panamericana Norte, esta cuenta con suficiente demanda como para que los ingresos permitan que el proyecto se financie con el pago del peaje, siendo que el Concesionario obtiene todos sus ingresos por la explotación del servicio público, el análisis del funcionario público deberá de centrarse en que la modificación no implique una modificación del equilibrio económico-financiero del contrato original. Es decir, que el Estado no asuma el riesgo de tener que garantizar al Concedente el resarcimiento por los sobrecostos que le genere la modificación, que la modificación implique que el Estado tenga que invertir en obras y/o actividades que, por la naturaleza del contrato, estarían a cargo del Concesionario; y que la modificación no implicará que la tarifa genere que el servicio se vuelva tan costoso que se reduzca el uso de la infraestructura y con ello se perjudique el objetivo de política de la carretera.

3.3. Asignación de riesgos entre las partes

Por el otro lado, en lo que respecta a las APP, la literatura ha establecido que una de las claves del éxito es la apropiada asignación y mitigación de riesgos entre el Estado y el socio privado, esta se realiza bajo el principio básico de que el riesgo se comparte y se carga a la parte más capaz de controlar esos riesgos (**Latief, Rusdi Usman, 2015, p 3**)¹³. Así, la asignación de riesgos corresponde el núcleo central del contrato de APP, con ella se establecerá la Matriz de Riesgos del contrato de APP¹⁴. Esto determinará las

-
- a. Demanda mínima o nula de garantía financiera por parte del Estado, conforme lo establece el Reglamento.
 - b. Las garantías no financieras tienen una probabilidad nula o mínima de demandar cofinanciamiento, conforme lo establece el Reglamento.»

¹³ Texto original

«One of the keys to success of a project of PPP risk allocation and mitigation is appropriate. The allocation of risk is a risk-sharing partnership project with the basic principle that the risk is shared and charged to the party most able to control those risks. Allocation of risk includes the risksharing project between the Government and Private Business entities based on the principle of allocation of risk. Risk mitigation aimed at reducing the possibility of risk to the impact thereof. The Government or Private Business entities must prepare risk mitigation well because both of them are the responsibility of the respective risk Project. [...]»

¹⁴ **Decreto Supremo N° 316-2025-EF. Aprueban reglamento de la Ley No 32441**
«Artículo 5. Definiciones

condiciones de competencia del proceso de selección para la prestación del servicio público y la consiguiente estructuración de las obligaciones a ser asumidas por las partes; el modificarlos implicaría alternar la naturaleza del proyecto.

Ahora bien, en la línea de lo antes señalado, corresponde mencionar que no existe una lista objetiva y única de riesgos que necesariamente se presentarán por cada proyecto de APP y ni se establece qué parte es la que siempre deberá de asumir obligatoriamente un determinado riesgo sin importar la naturaleza del proyecto; esto dependerá de la estructura de cada caso en particular¹⁵.

No obstante, de la experiencia, la bibliografía internacional y la finalidad de la Sociedad de Propósito Especial - **SPE**¹⁶ se aprecia que en la distribución de riesgos en una APP el socio privado es el que usualmente se encuentra en mejor posición para asumir los aspectos técnico-constructivos y operativos propios del contrato de APP, ya que este cuenta con la experiencia y conocimientos para la prestación del servicio público; mientras que el Estado asume los riesgos políticos y regulatorios, ya que estos no se encuentran directamente vinculados con la ejecución del proyecto y depende del riesgo país y la seguridad jurídica que cada Estado brinde (**Pauline Hovy**. 2015, p.5) ¹⁷ **World Bank Group (30.12.2019)**.¹⁸

Los siguientes términos tienen los significados que a continuación se indican:
[...]

2. **Análisis de Riesgos**: Consiste en la evaluación de las características del proyecto que tiene por objetivo identificar, cuantificar, asignar y mitigar los riesgos asociados al proyecto, según corresponda. El resultado del Análisis de Riesgos se recoge en la matriz de riesgos
[...]

¹⁵ **Lineamientos para la asignación de riesgos en la contratación de asociaciones público-privadas del Ministerio de Economía y Finanzas.**

« Los presentes lineamientos establecen un listado de los riesgos más relevantes del proyecto, divididos en dos etapas: i) Etapa de diseño y construcción; y, ii) Etapa de Operación y Mantenimiento. En cada etapa, luego de identificar el riesgo, se establece la práctica recomendada para su asignación, incluyendo los posibles mecanismos de mitigación.

Considerando que no existe una asignación única de riesgos, sino que depende del perfil del proyecto, en caso el OPIP decida apartarse de la práctica recomendada en los presentes lineamientos, deberá sustentar su posición en el informe de riesgos.

En estos lineamientos se han incorporado los riesgos principales del proyecto, pero no significa que sean los únicos riesgos que se deben evaluar. La identificación del riesgo dependerá del tipo de proyecto, la dificultad de ejecución del mismo, y los niveles de estudios y desarrollo con los que se cuente sobre dicho proyecto.
[...]

¹⁶ Son sociedades constituidas por el o los concesionarios (consorcio), cuya única finalidad es cumplir con el contrato de concesión y con ello no arriesgar el capital de los socios.

¹⁷ Texto Original:

«[...] The SPV is typically willing to accept risks that it can transfer to design-build and operations and maintenance subcontractors—such as the risks associated with design, construction and timely completion.»

¹⁸ Texto original:

Political and Regulatory Risk and Expropriation or Nationalization Risk

«As the market for project finance transactions has expanded into developing countries, concerns about political risk have grown. Key risks that arise are the decision by a government to cancel a project or to change the terms of the contract or not to fulfil its obligations, political or regulatory risk in failing to implement the tariff increases agreed upon in the contract, the risk of expropriation or nationalization of project assets by a government. Some of this will be managed in the project agreements with the government taking some of the risk in terms of compensation to be paid in the

A fin de ejemplificar lo anteriormente expuesto, en el marco de un proyecto de infraestructura en transporte en la modalidad de APP, los riesgos más usuales, pero no los únicos, que se asignarán a las partes son los siguientes:

- Riesgo político y regulatorio
- Riesgo de diseño
- Riesgo medioambiental
- Riesgo de fuerza mayor
- Riesgo de expropiaciones
- Riesgos geológicos y arqueológicos
- Riesgo de financiación
- Riesgo de tipo de cambio
- Riesgo de tipo de interés
- Riesgo de construcción
- Riesgo de demanda
- Riesgo de disponibilidad y sobrecostos operativos

En el caso del Contrato de Concesión de la Línea 1 del Metro de Lima, al ser un contrato de concesión de operación y mantenimiento puesto que la infraestructura fue hecha por el Estado, el Riesgo de Construcción ha sido establecido de la siguiente manera:

TIPOS DE RIESGO	RIESGO	MATRIZ DE ASIGNACIÓN DE RIESGOS			MITIGACIÓN
		CONCEDENTE	CONCESIONARIO	USUARIO	
CONSTRUCTIVOS	Performance de la infraestructura	El Gobierno se verá perjudicado si el performance de la infraestructura no es el previsto	El Concesionario perderá ingresos por falta de disponibilidad de la infraestructura	Calidad de servicios recibida por el usuario	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Exigencia de garantías y responsabilidades al Contratista de la Obra Civil. Ejecución garantida de fiel cumplimiento. ▪ Plan de pruebas del tren para comprobar el desempeño de la infraestructura
	Defectos estructurales	El Gobierno se verá afectado por defectos estructurales de la infraestructura al ser quien asume en última instancia las inversiones.		Calidad de servicios recibida por el usuario	
	Ejecución en plazo de las obras	El Gobierno se verá perjudicado si las obras de la infraestructura se retrasan con respecto al plazo previsto	El Concesionario perderá ingresos por no poder realizar kilómetros	Retrasos en el inicio del servicio	<ul style="list-style-type: none"> ▪ La responsabilidad de la ejecución de las obras en plazo y presupuesto residen en el Contratista de la Obra Civil. Penalizaciones al contratista por retraso en las obras.
	Sobrecostos en el mantenimiento		El Concesionario se verá perjudicado por tener que asumir mayores costos de mantenimiento.		<ul style="list-style-type: none"> ▪ Exigencia de responsabilidades al Contratista de la Obra Civil. ▪ Comité de coordinación AATE-Contratista-Concesionario para alinear trabajos contratista con los sistemas de operación del Concesionario.
	Sobrecostos y retrasos en el proceso de construcción del patio-taller		La responsabilidad de la ejecución de las obras en plazo y presupuesto residen en el Concesionario.	Retrasos en el inicio del servicio	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Exigencia de responsabilidades y penalizaciones al Concesionario por retrasos en el inicio de la explotación.

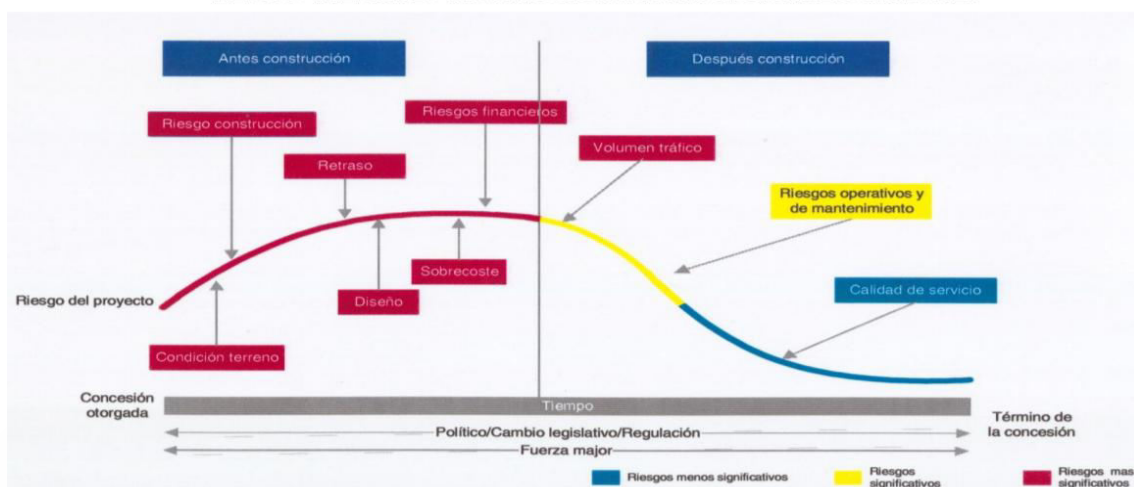
Fuente: Libro Blanco del Contrato de Concesión de la Línea 1 del Metro de Lima

En adición a lo anterior, resulta necesario señalar que los funcionarios a cargo de la renegociación deberán de considerar que los diversos riesgos se presentan en diversas etapas de la ejecución contractual.

case of unilateral termination or expropriation, but not all political risks are likely to be borne by the government.

Commercial lenders may be prepared to take a degree of political risk, but in some countries the perceived political risk inhibits or even prevents the financing of projects which otherwise might be viable. [...]]»

RIESGOS PRESENTES EN UNA CONCESIÓN EN FUNCIÓN DE SU MADUREZ



Fuente: STRUCTURALIA (2015) Material de Curso Superior de Concesiones, Colaboraciones Público Privadas y Gestión de Infraestructuras, Equipamiento y Servicios

Ello deberá ser analizado en el marco de las modificaciones a ser implementadas, puesto que no se puede modificar los riesgos establecidos, el hacerlo implicaría afectar la naturaleza y condiciones de competencia del contrato.

3.4. Presencia de experiencia y recursos del sector privado

a. *Experiencia*

La presencia de experiencia en las APP representa el elemento central de este tipo de contratos a diferencia de lo que ocurre en la contratación pública tradicional (OSCE).

Por medio de un contrato de APP se busca que el Concesionario, por medio de su *Know-how*, *Know-Why* y *Know-What* (**GARUD**, Raghu, año 1997, p. 3)¹⁹, ejecute de manera óptima la actividad económica considerada como servicio público.

En ese escenario, los funcionarios públicos deberán de buscar que, dentro del proceso de renegociación de los contratos de APP no se vea perjudicado (reducidos) los denominados "niveles de servicio" o indicadores de calidad que el Concesionario se encuentra en la obligación de cumplir para que se entienda que el servicio público ha sido correctamente prestado. Ello se da a razón de que una APP no es un contrato de medio sino de fines.

Dicha provisión de experiencia tiene por finalidad que el Estado no incurra de nuevo en los errores cometidos en los años 80 al intentar controlar todos los servicios públicos, lo cual terminó generando que la brecha de infraestructura fuera muy alta. Así, la finalidad es reducir la discrecionalidad existente en la gestión pública por un

¹⁹ El Know-Why representa el entendimiento de los principios de los principios subyacentes de un fenómeno. El know-What representa una apreciación de los tipos de fenómenos que vale la pena perseguir. El Know-How representa una comprensión de los procesos generativos que constituyen fenómenos. (Traducción propia)

Texto Original:

«Know-why represents an understanding of the principles underlying phenomena. Know-what represents an appreciation of the kinds of phenomena worth pursuing. Know-how represents an understanding of the generative processes that constitute phenomena.»

cumplimiento objetivo de las condiciones de servicio que se requieren para los objetivos de política.


Elo es confirmado por medio de lo establecido en el documento denominado "Lineamientos para la Aplicación de los Criterios de Elegibilidad de los Proyectos de Asociación Público Privada"²⁰ del Ministerio de Economía y Finanzas, el cual, en su Punto 4.2.2 señala lo siguiente:

4.2.2 Capacidad de medición de la disponibilidad y calidad del servicio

Con el objetivo de medir la disponibilidad y calidad del servicio ofrecido a los usuarios (actuales y futuros), es necesario establecer especificaciones de desempeño y monitorearlas mediante el uso de indicadores clave de desempeño⁵. Esto constituye un factor crítico para la gestión y éxito de una APP. Estos indicadores deben ser específicos, medibles, alcanzables, realistas y con un horizonte de tiempo definido⁶. Debe evitarse un número extenso de indicadores que debiliten su monitoreo e incrementen el costo de medición de los mismos.

¿Qué se está midiendo?

Disponibilidad de especificaciones e indicadores de desempeño, así como un sistema de penalidades o deductivos, de modo que la prestación del servicio a los usuarios sea efectuada con calidad, y con una adecuada atención a la ocurrencia de interrupciones de dicha prestación, a lo largo del ciclo de vida del proyecto



El monitoreo de los indicadores de desempeño durante toda la fase de ejecución contractual involucra contar con una adecuada supervisión que verifique el cumplimiento de dichos indicadores. Además, se deben establecer y aplicar penalidades o deductivos cuando no se cumplan con los indicadores de desempeño establecidos. No sirve contar con especificaciones e indicadores de desempeño si no se establecen consecuencias en caso de incumplimiento.

b. Recursos

En lo que respecta al financiamiento, como elemento esencial en análisis de la renegociación de un contrato de APP, se enmarca en la finalidad que esta tiene dentro del presupuesto público. A diferencia de lo que ocurre en un proceso de contratación tradicional, en el caso de una APP, el privado puede asumir el total o cierta parte de los costos de inversión y/u operación del servicio público.

Efectivamente, por un lado, desde la perspectiva del Concedente, «las PPP pueden habilitar a las autoridades que carecen de un suficiente presupuesto de capital logren la estrategia de inversión de capital deseada [...]» (BUSO MARCO, 2014 p. 9). Ello se debe a que las APP, bien estructuradas, son utilizadas cuando los gobiernos presentan restricciones crediticias o limitaciones presupuestarias, pero, a su vez, requieren desarrollar infraestructura y/o proveer servicios públicos que permitan satisfacer sus necesidades.

Por el otro lado, el funcionario público a cargo de la renegociación deberá de considerar, desde la perspectiva del Concesionario, la estructuración del modelo económico financiero del proyecto, el cual incluye los recursos que el concesionario necesita para ejecutar el servicio público; y poder pagarles a sus inversionistas. Caso contrario, cualquier modificación podría hacer financieramente inviable el proyecto.

²⁰ En https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/normas/anexo_lineamientos_aplicacion_criterios_eligibilidad.pdf. Fecha de visita. 09.03.2018

Por ello, el funcionario público a cargo del proceso de renegociación deberá de analizar el origen de los recursos y como se ha estructurado el sistema de pagos, a efectos de que el inversionista, quien es el encargado de ejecutar el servicio público, no se vea afectado financieramente y con ello se perjudique la viabilidad del proyecto. Obviamente, dicho análisis deberá de ser realizado también en el marco de los riesgos asumidos por cada parte.

IV. Conclusiones

Durante el proceso de renegociación de los contratos de APP los funcionarios públicos a cargo deberán analizar las particularidades legales, económicas y financieras propias de estos contratos tales como la calificación financiera del contrato, los efectos de las modificaciones propuestas en las condiciones de competencia, y si estas no afectarán a la asignación de los riesgos originales y que no disminuyan los niveles de servicio del contrato; todo ello teniendo como base la finalidad u objetivo de política que justificó la suscripción del contrato, en el marco del Valor por Dinero.

La naturaleza de largo plazo de los contratos de APP, sumada a la asignación de riesgos entre las partes y las implicancias financieras de estos deben de ser considerados por el funcionario a cargo del proceso de renegociación, a efectos de no generar modificaciones que impliquen cambios en la matriz de riesgos y con ello en las condiciones de competencia. Ello generaría que el tiempo invertido en el proceso de negociación se pierda, ya que el Ministerio de Economía y Finanzas, quien revisará la versión final de la propuesta de adenda la rechace y con ello se tengan que reformular las modificaciones.

Referencias

- **Banco Interamericano de Desarrollo (BID)** (2015), Asociaciones Público-Privadas: Implementando soluciones en Latino América y el Caribe. Introducción a las Asociaciones Público-Privadas. Unidad 1: Visión General de las APP.
- **Banco Mundial** (2016). PPP Reference Guide 3.0.
- **OCED** (2008), Public-Private Partnerships: In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money.
- **EIB** (2004), The EIB'S Role in Public-Private Partnerships (PPPs).
- **FMI** (2006), Public Private Partnerships, Government Guarantees, and Fiscal Risk, Fiscal Affairs Department.
- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 005-2013-AI/TC
- **BITRAN E., Nieto-Parra S y Sebastián Robledo J.** (2013). *Opening the Black Box of Contract Renegotiations: An Analysis of Road Concessions in Chile, Colombia and Peru*, Working Paper, OCDE
- **PÉREZ HUALDE, Alejandro** (2002). "Contratos Administrativos: Versión Crítica". Contratos Administrativos. Primera edición. Lexis Nexis - Abeledo Perrot. Buenos Aires..
- **PÉREZ HUALDE, Alejandro** (2009). Renegociación de los Contratos de Gestión de Servicios Públicos. En: Revista de Derecho Administrativo N° 07, Año N° 04. Lima,
- **GUASH, J. Luis** (2006) . Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien. University of California, San Diego. The World Bank.
- **ADROGUÉ, Juan Eduardo** (30.12.2019). Concesiones de Servicios Públicos. Su importancia Actual. Visto en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/27/concesiones-de-servicios-publicos-su-importancia-actual.pdf>



Jaime Li

APP & INFRASTRUCTURE
LEGAL EXPERT

-
- **LATIEF, Rusdi Usman** (2015). Implementation of Risk Assessment Model for Public Private Partnership (PPP) of Airport Infrastructure Development in Indonesia. Indian Journal of Science and Technology. Vol 8(28).
 - **HOVY, Pauline** (2015). Risk Allocation in Public Private Partnerships: Maximizing value for money. International Institute for Sustainable Development. Discussion paper
 - **World Bank Group** (30.12.2019). Public Private Partnerships Legal Resource Center. Visto en: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/financing/risk-allocation-mitigation>
 - **GARUD, Raghu**. (1997) On the distinction between know-How, Know-What and Know-Why. Leonard N. School of Management. New York University.
 - **BUSO MARCO Y OTROS**. (2014) Public Private Partnership form Bugbet Constraints: Looking for Debt Hiding? Università Degli Studi Di Padova.