

Las optimizaciones en los contratos de asociación público-privada: Una regulación incompleta que podría beneficiar la ejecución de las APP en Perú

Autor: Jaime Alfieri Li Ojeda

Abogado por la UPC. Magister en Regulación por la UPC. Máster en APP – beca de la OEA en España. Magister en Project Management por la VIU. Financial Professional Certified por la American Academy of Financial Management – Estados Unidos. Estudios en Harvard University.

Resumen

Por medio del Decreto Supremo N° 410-2015-EF, el cual aprobó el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas (en adelante, las APP) y Proyectos en Activos (actualmente derogado) se incorporó a las optimizaciones en el marco normativo nacional referido a la ejecución de contrato de APP. El mencionado mecanismo se ha mantenido dentro del marco normativo incluyendo en la actual Ley No 32441 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo No 316-2025-EF. Así, las optimizaciones se incorporaron como un mecanismo para realizar cambios a determinadas obligaciones establecidas en los contratos de APP.

No obstante, se ha apreciado que dichas optimizaciones presentan una regulación confusa, la cual ha generado confusiones y discordancias respecto de en su correcta ejecución y, por ende, el desarrollo de las obligaciones establecidas en los contratos.

I. Introducción

El actual marco regulatorio de las optimizaciones en los contratos de APP presenta serias deficiencias tanto en su naturaleza jurídica como en la norma que las regula. Ello genera que su aplicación sea confusa y, con ello, no se permite la aplicación de una herramienta que puede dotar de mayor agilidad a los contratos que se encuentren en fase de construcción.

Por lo tanto, la finalidad del presente artículo es entender la naturaleza jurídica de las optimizaciones, la coherencia regulatoria que está presenta y, de ser necesario, proponer cambios a dicha regulación.

II. Del marco regulatorio de las optimizaciones en la normativa nacional

Por medio de la publicación del Decreto Legislativo No 1224 y su reglamento, aprobado por medio del Decreto Supremo No 410-2015-EF se incorporó en el marco normativo nacional las “optimizaciones”, las cuales se mantuvieron con el mismo texto con la aprobación de la Ley No 32441 y su reglamento, aprobado por medio del Decreto Supremo No 316-2025-EF (en adelante, el **Reglamento**). La redacción es exactamente igual que la establecida en la derogado Decreto Legislativo No 1362 y su reglamento.

Así, en el Artículo 115 del Reglamento se establece las siguientes pautas de lo que debería de entender se por “optimización”, puesto que la norma no establece de manera objetiva una definición de esta. Esto último será materia de análisis en presente documento:

«Artículo 115. Aspectos técnicos del proyecto

- 115.1 Los Contratos pueden introducir la posibilidad de establecer optimizaciones en búsqueda de eficiencias y mejoras, ahorro de costos al Estado, reducción de necesidad de expropiaciones, reubicaciones o reasentamientos, mejoras en el método constructivo, entre otros, siempre que ello no conlleve la disminución de los Niveles de Servicio ni la calidad de la obra.
- 115.2 Los cambios en el alcance y en el diseño a solicitud del Estado que generen sobrecostos, requieren previa opinión de Capacidad Presupuestal del órgano encargado de presupuesto de la entidad pública.
- 115.3 La aprobación de las optimizaciones está sujeta al procedimiento previsto en el respectivo Contrato de APP.»

En razón del artículo antes mencionado, de manera preliminar el autor entiende que la “optimización” de un contrato de APP se refiere a una herramienta para realizar “cambios” en algunos aspectos técnicos o de forma vinculado con la ejecución de obras. Sin embargo, producto de la redacción de la norma, no queda claro si es que constituye una forma de modificación contractual en sí. Asimismo, se aprecian inconsistencias de naturaleza regulatoria que, a criterio del autor, dificultan su correcta ejecución.

En ese sentido, ante la ausencia de un marco teórico y doctrinario que permita entender la naturaleza de las optimizaciones y la coherencia regulatoria detrás de estas, el problema se ubica en establecer las bases de lo que debería de ser el marco regulatorio que permita la adecuada aplicación de estas, a efectos de proponer cambios en la actual regulación.

Entonces, se aprecia que en el Artículo 115 del Reglamento se han establecido diversos requisitos que se deberán de cumplir y sustentar para considerar que es factible la ejecución de una optimización; no obstante, en el mencionado artículo no se especifica si dichos requisitos deben de ser cumplidos todos de forma obligatoria, de forma complementaria entre ellos o al menos uno de ellos. Así, de la lectura detallada de los tres numerales que contiene el Artículo 110º, se aprecia que las optimizaciones tienen por finalidad generar, siempre que ello no conlleve la disminución de los niveles de servicio ni la calidad de la obra, lo siguiente:

- Eficiencia y mejoras
- Ahorro de costos al Estado
- Reducción de necesidad de expropiaciones, reubicaciones o reasentamientos
- Mejoras en el método constructivo
- No reducción de niveles de servicio y calidad de la obra
- Entre otros

Asimismo, de la lectura del mencionado artículo se han establecido los siguientes requisitos procedimentales para la aplicación de optimizaciones:

- Opinión de capacidad presupuestal del órgano encargado ante cambios de alcance y diseño a solicitud del Estado.
- Aprobación sujeta al procedimiento previsto en el respectivo contrato de asociación público-privada.

Por lo tanto, se procederá a hacer un análisis particular de cada requisito, a efectos de determinar la finalidad de las optimizaciones y si estos tienen coherencia o no con la naturaleza y objetivos de las APP. Ello permitirá establecer un marco general de como el autor interpreta que deberían de ser las bases del marco regulatorio y aplicación de las optimizaciones.

2.1. Análisis del numeral 115.1 del Artículo 115

a. Eficiencia y mejoras

Entonces, teniendo en consideración lo antes señalado, en lo que respecta a los requisitos de “eficiencia y mejora”, el análisis será desarrollado de forma separada. Es decir, por un lado, se analizará el requisito de “mejoras” y; por el otro, el de “eficiencias”, puesto que estos tienen connotaciones regulatorias y de ejecución contractual distintas.

a.1. De la búsqueda de “mejoras”

En lo que respecta a este punto, el autor interpreta que la aplicación de esta condición es de connotación “en general” en el marco de las obligaciones del contrato de APP, puesto que en el mismo numeral se ha establecido un supuesto que establece la posibilidad de aplicar optimizaciones en “mejoras en el método constructivo”. Así, la búsqueda de “mejoras” podría interpretarse como la posibilidad de generarse optimizaciones para cualquier materia que surja en la ejecución del contrato.

Dado lo anterior, desde una perspectiva puramente objetiva, esta condición no debería de estar establecida en el Artículo 115 del Reglamento, ya que podría generar confusión el omento de pretender aplicarse las optimizaciones, ya que no se aprecia una relación directa con la ejecución de obras.

a.2. De la búsqueda de “eficiencia”

Siguiendo con el análisis de condición, la búsqueda de “eficiencia” podría interpretarse como la posibilidad de generarse optimizaciones para cualquier materia que surja en la ejecución del contrato, debido a que no presenta relación o coherencia con el supuesto principal de aplicación de las optimizaciones, es decir la ejecución de obras. Con ello, la indefinición del término “eficiencia” en el marco del concepto de optimización que se ha desarrollado podría dificultar su adecuada aplicación.

No obstante, el término “eficiencia” presenta diversas connotaciones de naturaleza económica, las cuales podrían influir en el desarrollo del concepto aplicable en la regulación de las optimizaciones. De entre dichas connotaciones, se desarrollará, de manera general, el concepto de APP desde la perspectiva de Pareto y desde la perspectiva de Kaldor – Hicks.

- Eficiencia de Pareto en los contratos de APP

Así, corresponde señalar que el Diccionario de Términos Económicos de The Economist¹ define a la palabra “efficiency” o “eficiencia” tomando en consideración la definición de “Eficiencia de Pareto”. Así, los mencionados términos se definen de la siguiente manera:

¹ The Economist
En: <https://www.economist.com/economics-a-to-z/e#node-21529488>. Visto el 21.07.2018

- 1.1 «Efficiency
Getting the most out of the resources used. For a particular sort of efficiency often favoured by economists, see PARETO EFFICIENT» (Resaltado es agregado)
- 1.2 «Pareto efficiency
A situation in which nobody can be made better off without making somebody else worse off. Named after Vilfredo Pareto (1843–1923), an Italian economist. If an economy's resources are being used inefficiently, it ought to be possible to make somebody better off without anybody else becoming worse off. In reality, change often produces losers as well as winners. **Pareto efficiency does not help judge whether this sort of change is economically good or bad.**» (Resaltado es agregado)

Ahora bien, en razón a las definiciones antes citadas, resulta necesario mencionar que el "Óptimo de Pareto" considera los contratos como óptimos (Pareto) si se cumplen las siguientes condiciones. (i) Dado un conjunto de asignaciones alternativas de bienes o resultados para un conjunto de individuos, un cambio de una asignación a otra que puede mejorar al menos un individuo sin empeorar a ningún otro individuo se denomina "mejora de Pareto". (ii) Una asignación se define como 'Pareto eficiente' o 'Pareto óptimo' cuando no se pueden realizar más mejoras de Pareto.²

En razón de lo antes mencionado, en términos de Pareto, la eficiencia en el proceso de negociación de las APP podría entenderse como la capacidad de aprovechar al máximo los recursos utilizados teniendo como tope el punto en el cual nadie pueda mejorar sin que otro empeore, lo cual, a su vez, dependerá que la interrelación funcione bien entre las partes; la interrelación depende tanto de las tareas (asignación de riesgos) que cada parte asume como de la finalidad del contrato en sí y de los intereses inmersos en el proyecto.

Dado lo anterior, se entiende que la búsqueda de la eficiencia (Pareto) en las negociaciones de los contratos de APP debe de resultar en un objetivo conjunto que beneficie o elimine los intereses opuestos entre las partes. Al optimizar el proyecto o la transacción, las partes pueden enfocarse en un interés común en lugar de su propio interés. Por ejemplo, en un contrato de construcción tradicional, el propietario del edificio exigirá el precio más bajo y el contratista establecerá el precio más alto posible. El contrato de PPP debe buscar crear una mejora de Pareto y compartir los beneficios entre las partes.³

No obstante, debido a la naturaleza de las APP mencionada en el Capítulo I del presente trabajo de investigación y de los diversos intereses que intervienen en un proceso de renegociación conforme se ha explicado en el presente capítulo, la aplicación del "Óptimo del Pareto" como marco de la búsqueda de "eficiencia" en la ejecución de optimizaciones en las APP no sería la opción más viable, ya que en el proceso de renegociación de obligaciones influyen muchos intereses entre las partes (Estado y socio privado), los cuales no coinciden.

² **Op cit, Tvarno, Christian.** Negotiating Efficient PPP Contracts. The Melbourne PPP Conference 7-9 October 2014 The Challenger of Governance, Sub-theme: Long Term contracts as governing tools. Copenhagen Business School. Pp 6

³ Idem, Pp. 1

Por lo tanto, en la vida real de la ejecución de los contratos de APP, lograr la eficiencia de Pareto es difícil, debido a que la determinación del "óptimo" dependerá de las circunstancias o consideraciones particulares de cada caso, lo cual es muy complejo de establecer de manera objetiva y que las partes lleguen a un equilibrio en sus intereses.

- Eficiencia de Kaldor-Hicks en los contratos de APP

Producto de lo anterior, es que en los procesos de renegociación de contratos de APP, desde la perspectiva del sector público, los esfuerzos se centran en obtener los mejores resultados secundarios. Este enfoque también se denomina criterio de Kaldor-Hicks.

Bajo este criterio, mientras las ganancias sociales excedan las pérdidas de la implementación de una determinada política y si los ganadores pueden compensar hipotéticamente a los perdedores, incluso si tal compensación no ocurre, entonces esa política está justificada.

Efectivamente, el criterio de la "Eficiencia de Kaldor-Hicks", establece que «[...] la situación es óptima sólo cuando ésta no puede mejorarse a un menor costo del que las pérdidas significarían para un tercero.»⁴

En la línea de la definición antes mencionada, Posner define el criterio Kaldor-Hicks como la maximización de riqueza y no la maximización de utilidad, y sostiene que es la mejor herramienta que los legisladores poseen para juzgar los méritos de las políticas o proyectos públicos, que implican transacciones entre partes dispuestas y partes poco dispuestas⁵.

Finalmente, Sankalp Sharma señala que a diferencia de la eficiencia de Pareto, donde el proyecto público probablemente nunca se emprenda, y la maximización de la utilidad, donde los beneficios y los costos dependen estrictamente de la forma funcional del investigador, el criterio de Kaldor-Hicks obliga al gobierno a confrontar el costo-beneficio de una política o proyecto en particular.⁶ Ello generaría, a pensar del autor del presente trabajo de investigación, que el Criterio de Kaldor-Hicks es el enfoque más pragmático cuando el Estado afronte un proceso de renegociación de contratos de APP's, ya que este no buscaría maximizar recurso enfocado en común interés de las partes (Pareto), sino que buscaría maximizar el cumplimiento de los objetivos de política que justificaron la suscripción del respectivo contrato.

- Sentido de "eficiencia" utilizado en el desarrollo de las optimizaciones en el Contrato de Concesión de la Línea 2 del Metro de Lima

En razón de los criterios de eficiencia antes mencionados, se procederá a analizar en la práctica el sentido de "eficiencia" que se ha estado dando en los contratos de APP en

⁴ **Sumar Albújar, Oscar.** Derecho Empresarial y Constitución: Límites constitucionales a la libertad de empresa y a su regulación (un análisis de casos). Themis 55. PUCP.

⁵ **Op cit. Posner Richard.** Cost-benefit analysis: Definition, justification, and comment on conference papers. J. Legal Stud. 2000, 29, 1153-1177

⁶ **Op cit, Sharma, Sankalp y entre otros.** Land Acquisition in India: A Pareto and Kaldor-Hicks Perspective. MDPI. Pp 3

el Perú en sector transportes, se procedió a analizar procesos de optimización del Contrato de Concesión de la Línea 2 del Metro de Lima al ser este el único contrato de concesión que actualmente presenta este mecanismo de modificación contractual.

En tal sentido, de las optimizaciones que fueron de acceso público al momento de la elaboración del presente trabajo de investigación, se analizó el sustento realizado para las optimizaciones de los Pozos de Ventilación 25 y 26 (PV-25 y PV-26) del Contrato de Concesión de la Línea 2 del Metro de Lima, emitida mediante Informe Técnico N° 047-2015-MTC/33.6⁷ de la AATE. Así, de la lectura del informe técnico se aprecia que las razones de las optimizaciones que tuvo el Estado fueron las siguientes:

«En relación al PV-25, se tiene un cambio de ubicación respecto a lo previsto en la Propuesta Técnica de la Oferta.

Concretamente se ha desplazado unos 30 metros hacia atrás contra el avance de las progresivas, por lo que ha sido necesario consignar otra área diferente a la zona de PACRI considerada inicialmente para la disposición de la salida de emergencia y de la reja de ventilación del pozo. [...]. Esta modificación El desplazamiento atiende a evitar la afectación que produce el pozo en su posición inicial considera en la propuesta técnica, [...].»

Además, el informe técnico señala que, de acuerdo al Estudio de Factibilidad, la ubicación del área afectada para el PV-25 estaba conformada por 5 predios en un área total de 900.00m² y en cambio con la optimización área afectada sería conformada por 3 predios con un total de 608.00 m².

En la misma línea, en relación al pozo de ventilación PV-26, se tiene un cambio de ubicación respecto a lo previsto en el Anexo 3 del Contrato de Concesión. Concretamente se ha trasladado el pozo debido a que inicialmente afectaba directamente a la línea de alta tensión aérea de 60kV, propiedad del operador de servicios pública Luz del Sur S.A.A, y que no fue identificada en el informe de interferencias de servicios públicos elaborado en el Estudio de Factibilidad. Dado el alto costo y el tiempo de ejecución para la reubicación de dicha línea de alta tensión, la AATE decidió trasladar el pozo a una distancia necesaria hasta el oeste a fin de desafectar la línea de alta tensión, "sin perjudicar el diseño del pozo ni las áreas mínimas necesarias que pueden afectar la funcionalidad, accesibilidad y seguridad del pozo ofertado en la propuesta técnica."

Además, el informe técnico señala que, «de acuerdo al Estudio de Factibilidad, la ubicación del área afectada para el pozo de ventilación PV-26 estaba conformada por 4 predios con un área total de 718.16 m² [...] y en cambio con la optimización el área afectada estará conformada por 5 predios con un área total de 870.40m² [...]; **sin embargo, dejará de afectarse un predio sensible como es el caso del Policlínico Vitarte, el cual actualmente brinda servicios médicos para el distrito de Ate»**

Por lo tanto, por un lado, se tiene que en el caso del PV-25 el sustento de optimización fue uno de naturaleza puramente de mejora de método constructivo, pero que no cumpliría con un fin de eficiencia en el marco de los criterios antes señalados. No se

⁷ Véase, **Informe Técnico N° 044-2015-MTC/33.6** "Optimización Propuesta por el Órgano Técnico del Concedente – Pozo de Ventilación P-25 y PV-26 de la Etapa 1b del Proyecto Línea 2, RAMAL Av. Faucett – Av. Gambeta de la Red Básica del Metro de Lima." Autoridad Autónoma del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao.

específica, más allá de la reducción del número de expropiaciones, cual es la eficiencia al realizar dicha optimización.

Por el otro lado, en lo que se aprecia al PV-26, a pesar de que se tendrá que afectar una mayor cantidad de terrenos y por tanto incurrir en mayores gastos se decidió no perjudicar a otro servicio público (Policlínico Vitarte). En este caso, se podrían decir que la optimización podría calzar dentro del criterio de Kaldor-Hicks, ya que las ganancias sociales exceden a las pérdidas de adquirir un predio más de lo inicialmente planificado.

Por lo tanto, el autor considera que el criterio para la definición de "eficiencia" para la aplicación de optimizaciones en el marco de los Contratos de APP debe de ser el criterio de Kaldor-Hicks, ya que el Estado debe de enfocarse en la búsqueda del bienestar social, pero "sólo cuando ésta no puede mejorarse a un menor costo del que las pérdidas significarían para un tercero", como se mencionó líneas arriba teniendo como meta la generación de riqueza, es decir derecho, beneficios sociales, etc; y no utilidad financiera.

No obstante, este criterio deberá de estar alineado a la no reducción de los niveles de servicio del Contrato de APP, lo cual se explicará más adelante.

b. Ahorro de costos al Estado

En razón de lo antes señalado, el autor considera que el "Ahorro de costos al Estado" debe de ser un efecto que podría resultar de la búsqueda de la eficiencia, pero no debería de ser una condición obligatoria. Como ya se mencionó, pueden darse supuestos de eficiencia que, a pesar de generar mayores costos, generan beneficios sociales.

c. Reducción de necesidad de expropiaciones

Al igual que lo mencionado en el literal anterior, el autor considera que la "Reducción de necesidad de expropiaciones" debe de ser un efecto que podría resultar de la búsqueda de la eficiencia, pero no debería de ser una condición obligatoria.

d. Mejoras en el método constructivo

Al igual que lo mencionado en el literal anterior, el autor considera que la "mejora en el método constructivo" debe de ser un efecto que podría resultar de la búsqueda de la eficiencia, pero no debería de ser una condición obligatoria. Esto puede ser una característica que ayude a justificar la necesidad de la optimización, pero no debe de ser el fin principal, ya que no va a darse en todos los casos.

e. No reducción de niveles de servicio y calidad de la obra

En lo que respecta a la condición de la "No reducción de niveles de servicio y calidad de la obra", el autor considera que esto debe de ser obligatorio y punto principal cuando se quiere recurrir a una optimización, pero con la salvedad que el requisito únicamente debe de referirse a "la no reducción de los niveles de servicios" dejando como punto secundario la calidad de la obra.

Los niveles de servicio son el resultado las obligaciones establecidas en el Contrato de APP respectivo y es donde se refleja la finalidad del servicio público entregado en concesión, mientras que la afectación a la calidad pasa a ser un aspecto secundario. Este último se encontrará necesariamente subordinado al cumplimiento de los niveles de servicio.

Efectivamente, por un lado, tomando en consideración la definición de “Niveles de Servicio” establecido en los Contratos de Concesión de la Línea 1 y Línea 2 cuya redacción establece que «Son aquellos indicadores mínimos de calidad de servicio que el CONCESIONARIO debe lograr y mantener durante la Explotación, según se especifica en el Anexo 7 del Contrato.», los niveles de servicios constituyen aquellas obligaciones asignadas al socio privado por medio de las cuales el Estado busca la satisfacción de sus intereses, las cuales ha sido establecidas a su vez mediante la asignación de riesgos.

Por otro lado, la calidad, a criterio del autor, es un elemento secundario que influirá en la determinación de la no reducción de los niveles de servicio, lo cual constituye la obligación principal a cumplir por el concesionario.

Ahora bien, un ejemplo que las optimizaciones deben tener como fin principal el cumplimiento de niveles de servicio, teniendo a la calidad como un elemento secundario se pudo observar durante la ejecución de la Línea 2 del Metro de Lima y Callao en la cual se realizó una optimización consistente en modificar (reducir) el ancho de unos muros en la Estación Hermilio Valdizán y la Estación Mercado Santa Anita.

Al respecto, por medio del Informe Técnico N° 047-2017-MTC/33.8 se enfocó en que dicho cambio no afectará el nivel de confortabilidad de las estaciones, teniendo en cuenta los valores relativos de densidad peatonal representados bajo el concepto de nivel de servicio.

Es decir, el análisis realizado por la AATE tuvo con fin principal el mantener los niveles de servicio a favor de los usuarios, pero tomando en consideración elementos de calidad en la obra.

f. Entre otros

Siendo que una regulación debe de tener por finalidad generar certeza de las “reglas de juego” que se van a aplicar a los agentes económicos, el colocar un apartado tan subjetivo como el que se está analizando podría generar mayores costos de transacción que beneficios al momento de querer aplicar las optimizaciones al no establecer un requisito objetivo, este podría ser usado de forma abusiva tanto por el Estado como para el Privado al aplicar proceso de optimización que no concuerden con la regulación establecida.

Por lo tanto, el requisito de “entre otros” debe de ser eliminado por no tener coherencia dentro de una coherente regulación.

2.2. Análisis del numeral 115.2 del Artículo 115°

Siguiendo con el análisis de los requisitos para la aplicación de optimizaciones presente en la actual norma, en lo que respecta al contar con “opinión de capacidad presupuestal del órgano encargado ante cambios de alcance y diseño a solicitud del Estado” el cual se encuentra contenido en el Numeral 110.2 del Artículo 110 del Reglamento, resulta necesario resaltar que este presenta inconsistencias que podría perjudicar la adecuada aplicación de las optimizaciones.

a. De los cambios de alcance

Ahora bien, no existe una definición jurídica de “alcance”; no obstante, la Real Academia de la Lengua Española lo define de la siguiente manera: “Seguimiento, persecución; capacidad de alcanzar o cubrir una distancia”. Es decir, el “alcance de los contratos” debe de entenderse como la finalidad u objeto que estos persiguen.

En tal sentido, Ortega Piana menciona que «para fines del Código Civil (1984), objeto contractual es sinónimo de aquello que las partes pretenden jurídicamente; se identifica con su propósito, pero se considera también la perspectiva de que hay de por medio un interés relevante o merecedor de tutela.»⁸

En ese orden de ideas, el requisito establecido en el numeral 115.2 del artículo 115° referido a que se puede recurrir a las optimizaciones ante cambios de alcance y diseño a solicitud del Estado implica incurrir en el supuesto de modificaciones contractuales que contraviene lo establecido en el Numeral 133.1 del Artículo 133° del Reglamento, ya que consistiría en un cambio en el objeto del contrato (naturaleza), lo cual conlleva a un cambio en la asignación de riesgo, es decir que se trataría un nuevo contrato. El mencionado artículo presenta la siguiente redacción:

Artículo 133. Modificación contractual

133.1. Las partes pueden acordar la modificación del Contrato de APP. En los procedimientos de modificación contractual, la EPTP es responsable de evaluar y sustentar ante las entidades opinantes, como mínimo, que:

1. Se mantiene el equilibrio económico financiero del Contrato de APP: En todos los casos, la evaluación del equilibrio económico financiero se sustenta de manera marginal respecto de las obligaciones derivadas de las modificaciones contractuales.
2. Se mantienen **las condiciones de competencia del proceso de promoción**: En todos los casos, salvo por la ocurrencia de hechos sobrevinientes que afecten severamente el servicio público, a la suscripción del Contrato de APP.
3. **Se procura no alterar la adecuada distribución de riesgos del Contrato de APP.**
4. **Se procura no alterar la naturaleza del proyecto.**

[...]» (Resaltado es agregado)

b. De los cambios de diseño

En lo que respecta al cambio de diseño, el autor interpreta que ello se refiere a cambios de diseño a nivel de ingeniería. En ese sentido, dicho cambio debería de ser analizado de manera concordada con los niveles de servicios, a efectos que ello no implique cambio en las condiciones de competencia del contrato.

Asimismo, el análisis antes mencionado deberá de ser realizado en el marco de la matriz de riesgos del respectivo contrato.

2.3. Análisis del numeral 115.3 del Artículo 115°

Siguiendo con el análisis de los requisitos establecidos en la norma, se ha establecido que el procedimiento de optimización sea el previsto en el respectivo contrato de APP.

⁸ Ortega Piana, Marco Antonio. Sobre los alcances del objeto contractual en el diseño del Código Civil de 1984

En razón a ello, el autor considera que al no establecer parámetros objetivos en el procedimiento de ejecución de optimizaciones generaría que, ante la falta de un supuesto de optimización en el contrato, se tenga que recurrir a una adenda para incorporar dicho supuesto de optimización.

Así, ello generaría que la finalidad detrás de las optimizaciones que se ha podido identificar, se vea opacada al tener que recurrir a las adendas.

III. Otros aspectos normativos que dificultan la ejecución de las optimizaciones

3.1. No se establece claramente la asignación del riesgo sobre la ejecución de la optimización

Continuando con el análisis de otros aspectos normativos que dificultan la ejecución de las optimizaciones del actual marco regulatorio de las APP, de las entrevistas realizadas al personal de la AATE⁹ que ha participado en el proceso de ejecución de optimizaciones en el Contrato de Concesión de la Línea 2 del Metro de Lima y Callao se aprecia la existencia de otro problema el cual consiste en determinar quién asume la ejecución de la optimización propuesta.

En ese sentido, y tomando en consideración lo desarrollado en el Capítulo I del presente informe, se tiene que las partes signatarias de un contrato de APP han asumido riesgos que deben interiorizar. Teniendo en consideración ello, en el presente capítulo se ha mencionado que la finalidad de las optimizaciones es modificar obligaciones de carácter no sustancial, pero al final obligaciones o el modo en que se cumplan dichas obligaciones.

Dado todo lo anterior, siendo que la asignación de riesgos constituye el elemento central por medio del cual se establecen las obligaciones en un contrato de APP consistente en asignar un riesgo a quien se encuentra en la mejor capacidad de asumirlo, sin importar quien proponga la optimización esta debería de ser asumida por la parte a la cual se asignó el riesgo materia de la optimización; el pretender lo contrario implicaría un cambio del alcance del contrato de APP con cual estaríamos frente a otro contrato al redistribuir la matriz de riesgos.

3.2. No se establece si los elementos establecidos para la aplicación de las optimizaciones pueden ser aplicados de manera individual o de manera conjunta

Por último, dentro la norma no se establece si los elementos para los elementos establecidos para la aplicación de las optimizaciones pueden ser aplicados de manera individual o de manera conjunta.

En ese sentido y en razón a lo desarrollado líneas arriba, el autor del presente trabajo de investigación considera que el elemento que debe de estar presente en todo análisis para la determinación de aplicación de una optimización es que no se reduzcan los niveles de servicio, puesto que ello tendrá un impacto directo en las obligaciones contractuales conducentes a la prestación del servicio público.

⁹ Abg. Cristian Dondero Cassano. Asesor Legal de la Unidad Gerencial de Infraestructura de la AATE

Después de ello, todos los demás elementos son de aplicación complementaria a la no afectación de los niveles de servicio.

IV. De la finalidad y naturaleza jurídica de las optimizaciones

Entonces, en razón de todo lo antes mencionado, se aprecia que el espíritu detrás de las optimizaciones se enmarca en contar con un mecanismo que permita generar mejoras vinculadas con el método constructivo de la infraestructura por medio de la cual se proveerá el servicio público, siempre y cuando ello no implique la disminución de los niveles de servicio ni de la calidad de la obra.

Ahora bien, en el sentido estricto del significado que de la palabra “mejorar”¹⁰, aplicada en la ejecución de contrato, esta implica una modificación a favor de la parte que cuenta con alguna obligación de “hacer”¹¹ o “dar”, puesto que se modificará alguna variable o elemento de la obligación para que el objeto de la contratación se cumpla de una forma superior a la esperada, pero que cumpla con la misma finalidad. En tal sentido, siendo que las optimizaciones tienen por finalidad realizar mejorar (entiéndase como modificaciones a ciertas obligaciones contractuales), estas consistirían en un supuesto de modificación de obligaciones adicional a las “adendas”¹².

Dado lo anterior, con la finalidad de analizar y determinar la diferencia que existiría entre la naturaleza jurídica de las optimizaciones y las “adendas”, y con ello comprobar la coherencia regulatoria de las primeras, resulta necesario mencionar el marco normativo desarrollado por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante, el **Ositran**)¹³ establecido en el Numeral 4 del Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004 mediante la cual se aprobaron los “Lineamientos que contienen los criterios a analizar en caso de presentar solicitudes de interpretación, modificación y reconversión de los contratos” cuyo contenido, para el asunto materia del presente trabajo de investigación, es el siguiente:

¹⁰ **Real Academia de la Lengua Española**

«tr. Adelantar, acrecentar algo, haciéndolo pasar a un estado mejor».

¹¹ Las obligaciones de dar consisten en entregar al acreedor un bien cierto, mientras que las obligaciones de hacer consisten en la ejecución de un hecho o actividad específica.

¹² El término “Adenda” deriva del vocablo latino “*addenda*”, el cual alude a aquello que se debe agregar. Ese sentido, el sentido de la palabra “adenda” hace referencia, en el caso de los contratos, a cualquier otro **añadido** que se realiza al texto.

¹³ Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Uso de Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo.

«Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

[...]

f) Emitir opinión técnica sobre la procedencia de la renegociación o revisión de los contratos de concesión. En caso ésta sea procedente, elaborará el informe técnico correspondiente y lo trasladará al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.

[...]]»

«4.- Definiciones

[...]

4.2.- Modificación

Cambio en el texto original del contrato de concesión. **Una modificación es sustancial** si la misma es generada por la ocurrencia de eventos no imputables al Concesionario o imputables al concedente **que han alterado significativamente la ecuación económica del contrato**¹⁴. **Una modificación es no sustancial** cuando su objeto sea **corregir errores materiales o situaciones no vinculadas a interpretaciones generales de contenidos del contrato de concesión, que no compromete el equilibrio de la ecuación económica-financiera del mismo.**

4.3.- Reconversión

Cambios estructurales o transformaciones sustanciales en los contratos de concesión, por ejemplo: cambios en el objeto del contrato de concesión, cambio en las prestaciones principales a cargo de las partes y fusiones que afectan la ejecución del contrato de concesión.» (Resaltado es agregado)

Entonces, en razón a lo desarrollado en la normativa nacional, los contratos de APP pueden ser modificados o aplicar la reconversión en los siguientes supuestos:

- Modificación:
 - Modificación sustancial: Generada por la ocurrencia de eventos que han alterado significativamente la ecuación económica.
 - Modificación no sustancial: Corregir errores materiales o situaciones no vinculadas a interpretaciones generales de contenidos del contrato de concesión
- Reconversión:
 - Se refiere a cambios estructurales o transformaciones sustanciales en los contratos de concesión.

En adición a lo anterior, de acuerdo con Dromi, «[...] si se trata de las modalidades, **el plazo o la forma de pago del precio, estaríamos frente a una renegociación**, mientras que, si los cambios afectan al objeto, estaríamos frente a una reconversión.»¹⁵

Entonces, en razón de lo antes mencionado, el autor del presente trabajo de investigación considera que cualquier alteración en los niveles de servicio de un contrato de APP consiste en una modificación de carácter sustancial en razón que el fin principal de dichos contratos es la prestación de un servicio público, al ser estos contratos de resultados más no de medios, lo cual, tomando como ejemplo el Contrato de Concesión de la Línea 2 del Metro de Lima, se ve reflejado en el cumplimiento de los

¹⁴ En la práctica, se asocia las modificaciones sustanciales a variaciones en el equilibrio económico del contrato

¹⁵ **DROMI, Roberto**, Renegociación y reconversión de los contratos públicos. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1996. P.124. En el mismo sentido. **Cfr. Op. Cit. PEREZ HUALDE, Alejandro**. Renegociación de Contratos Públicos. Pp 48-50. Y **Cfr. Op. Cit. MARTIN TIRADO**, Richard. La renegociación de los contratos administrativos y la necesidad de contar con lineamientos para adoptar dicha medida. Pp 22-23

modificaciones que generen alteraciones en la ecuación económica del contrato, ya que el riesgo de diseño y/o construcción¹⁹ habitualmente es asignado al socio privado por lo que estas modificaciones no estarían sujetas a interpretación y, conforme se mencionó, las APP son contratos en los cuales se miden los resultados más no los medios.

Entonces, hasta este punto puede concluirse que las optimizaciones, debido a que están enfocadas en la etapa de ejecución de obras de un determinado contrato de APP, consisten en modificaciones de naturaleza no sustancial, es decir que no deben afectar los niveles de servicio, calidad, productividad o que se emplee según el tipo de servicio que se desee prestar.

En lo que respecta a las adendas, conforme se aprecia en previamente citado Artículo 133° del Reglamento, leído de manera concordante con el Artículo 55° del Decreto Legislativo²⁰, estas tienen por finalidad realizar modificaciones de naturaleza sustancial.

Por lo tanto, se aprecia que la naturaleza jurídica de las optimizaciones es ser un mecanismo de modificación contractual adicional al de las adendas, puesto que este se enfocará en aspectos considerados como modificaciones no sustanciales, ya que la finalidad es mejorar aspectos no vinculados directamente con los niveles de servicio, calidad, productividad o que se emplee según el tipo de servicio que se desee prestar.

V. Conclusión

El autor del presente trabajo de investigación ha determinado —ante la inexistencia de un marco teórico que justifique la presencia de las optimizaciones en el marco normativo— que la finalidad de la inclusión de las optimizaciones fue la de contar con un instrumento de modificación de obligaciones no sustanciales únicamente aplicable en la etapa de ejecución de un determinado contrato de APP.

No obstante, producto de la inadecuada regulación establecida en el Decreto Supremo No 316-2018-EF, se han detectado varias inconsistencias que claramente dificultan la adecuada ejecución de las optimizaciones. Es por ello que, a lo largo del análisis de la regulación existente se han identificado lineamientos que permitirían establecer las bases del marco regulatorio que definiría a las optimizaciones.

¹⁹ En el escenario que el contrato de concesión contenga componentes de diseño y/o construcción

²⁰ **«Artículo 59. Modificaciones contractuales**

59.1 El Estado, de común acuerdo con el inversionista, puede modificar un contrato de Asociación Público-Privada, manteniendo su equilibrio económico financiero, y las condiciones de competencia del proceso de promoción, en este último caso, salvo por la ocurrencia de hechos sobrevinientes que afecten severamente el servicio público. [...]