

LINEAMIENTOS PARA EL DISEÑO DE CONTRATOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA

I.	INTRODUCCIÓN.....	3
II.	BASE LEGAL.....	3
III.	OBJETIVO	3
IV.	ÁMBITO DE APLICACIÓN.....	4
V.	LINEAMIENTOS PARA EL DISEÑO DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES.....	4
5.1	REGLAS APLICABLES AL DISEÑO DEL PROYECTO	4
5.2	NIVEL DE DETALLE DE LOS ESTUDIOS TÉCNICOS DISPONIBLES DURANTE EL PROCESO DE PROMOCIÓN	5
5.3	PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN DEL DISEÑO DEL PROYECTO.....	7
5.4	CAMBIOS EN EL DISEÑO	9
6	REGLAS APLICABLES A LA EJECUCIÓN DE OBRAS	10
6.1	EJECUCIÓN DE OBRAS	10
6.2	CONDICIONES PARA INICIAR LA EJECUCIÓN DE OBRAS	11
6.3	OTRAS REGLAS APLICABLES A LA EJECUCIÓN DE OBRAS	13
	REGLAS APLICABLES A LA FASE DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL	14
6.4	OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA CONCESIÓN	14
6.5	PRINCIPALES REGLAS	15
7	RÉGIMEN DE PLAZOS.....	17
7.1	PLAZOS CONTRACTUALES Y PLAZO DE LA CONCESIÓN	17
7.2	PLAZOS REGULADOS EN EL CONTRATO	17
7.3	AMPLIACIONES, SUSPENSIONES Y RENOVACIONES DE PLAZOS	19
8	RÉGIMEN DE BIENES DE LA CONCESIÓN	21
8.1	BIENES DE LA CONCESIÓN	21
8.2	PRINCIPALES REGLAS	22
8.3	GESTIÓN DE LOS BIENES DE LA CONCESIÓN DURANTE LA VIGENCIA DEL CONTRATO.....	24
9	RÉGIMEN DE ÁREAS DE LA CONCESIÓN	27
9.1	ÁREAS DE LA CONCESIÓN.....	27
9.2	PRINCIPALES REGLAS	27
10	REGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO DE LA CONCESIÓN	31
10.1	RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO	31
10.2	PROYECTOS AUTOFINANCIADOS.....	32
10.3	PROYECTOS COFINANCIADOS.....	33
11	REGLAS PARA EL FINANCIAMIENTO DEL PROYECTO	37
11.1	FINANCIAMIENTO DEL PROYECTO.....	37
11.2	PRINCIPALES REGLAS	37
12	RESTABLECIMIENTO DE EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO	41
12.1	EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO	41
12.2	PRINCIPALES REGLAS	42
13	RÉGIMEN DE SEGUROS	44
13.1	SEGUROS	44

13.2	PRINCIPALES REGLAS	44
14	RÉGIMEN DE GARANTÍAS	47
14.1	GARANTÍAS	47
14.2	PRINCIPALES REGLAS	48
15	RÉGIMEN DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO.....	50
15.1	RÉGIMEN DE TERMINACIÓN	50
15.2	CAUSALES DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO	50
15.3	PAGOS POR TERMINACIÓN ANTICIPADA	52
16	RÉGIMEN DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.....	54
16.1	SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.....	54
16.2	PRINCIPALES REGLAS	55
17	RÉGIMEN DE MODIFICACIONES CONTRACTUALES.....	57
17.1	MODIFICACIONES CONTRACTUALES	57
18	APLICACIÓN DE PENALIDADES.....	58
18.1	PENALIDADES	58
19	RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA	59
19.1	TRANSPARENCIA	59
20	RÉGIMEN DE SUSPENSIÓN DE OBLIGACIONES	60
20.1	SUSPENSIÓN DE OBLIGACIONES	60
20.2	PRINCIPALES REGLAS	60

LINEAMIENTOS PARA EL DISEÑO DE CONTRATOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA

I. INTRODUCCIÓN

El presente documento constituye un instrumento técnico-normativo de carácter metodológico para el diseño del Contrato a desarrollarse durante el Proceso de Promoción.

Los lineamientos para el diseño de Contratos (en adelante, los Lineamientos) son aplicables a los proyectos de APP cuya modalidad contractual es la Concesión. No obstante pueden ser utilizados como guía o referencia para otras modalidades contractuales de APP, de acuerdo a la normativa vigente.

Todos los acrónimos y términos usados en los Lineamientos están definidos en los artículos 4 y 5 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, aprobado por Decreto Supremo N° 240-2018-EF (en adelante, el Reglamento).

II. BASE LEGAL

Los Lineamientos se aprueban según lo establecido por el numeral 5.4 del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos (en adelante, Decreto Legislativo N° 1362).

En su calidad de ente rector, la DGPPIP está facultada para establecer los lineamientos de promoción y desarrollo de la inversión privada de los proyectos de APP cuyo cumplimiento es obligatorio para las entidades del SNPIP que intervienen en cualquiera de las fases de desarrollo de las APP.

III. OBJETIVO

De manera general, los Lineamientos identifican y establecen los principales aspectos que deben regular los Contratos para asegurar su consistencia con la política de promoción de la inversión privada. Asimismo, brindan predictibilidad en el alcance y la aplicación de reglas contractuales para la ejecución de proyectos bajo esta modalidad.

La estandarización de estos aspectos permitirá alcanzar los siguientes objetivos:

- Facilitar la elaboración de las cláusulas para Contratos a cargo del OPIP.
- Reducir el tiempo para el diseño y la aprobación de la VIC y la VFC.
- Generar reglas claras para las entidades del SNPIP así como para los potenciales postores y financistas.

Estos Lineamientos y la normativa del SNPIP deben ser aplicados junto conjuntamente, incluyendo el Decreto Legislativo N° 1362, su reglamento, los lineamientos emitidos por la DGPPIP en su calidad de ente rector del SNPIP y demás normas aplicables a los proyectos de APP.

IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Los Lineamientos son aplicables a todas las entidades del SNPIP que intervienen en el Proceso de Promoción para un adecuado cumplimiento de sus funciones. Así, por ejemplo, para el caso del OPIP, los Lineamientos contribuirán a la adecuada estructuración del proyecto de APP y a la elaboración de la VIC y VFC.

Asimismo, los Lineamientos servirán como base para la evaluación que realicen las entidades del SNPIP, como parte del análisis y emisión de opinión a la VIC y VFC.

No obstante, si el OPIP decide apartarse de la práctica recomendada en los Lineamientos deberá fundamentar dicha posición en los informes que sustente el VIC y el VFC, como parte de la solicitud de opinión previa, conforme a lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1362.

Dado que los Lineamientos constituyen un instrumento técnico-normativo de carácter metodológico para el diseño de la VIC y la VFC resultan de aplicación, desde su emisión, a todos los proyectos que se encuentren en Proceso de Promoción o en una fase previa, excepto a aquellos que cuenten con VFC aprobada por la máxima autoridad del OPIP, o en su defecto, los proyectos con VIC que cuente con opinión favorable del MEF; o cuya Declaratoria de Interés haya sido publicada, sin perjuicio de la necesidad de contar con las opiniones previas que establece la normativa vigente.

V. LINEAMIENTOS PARA EL DISEÑO DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES

5.1 REGLAS APLICABLES AL DISEÑO DEL PROYECTO

A. Alcance

El Contrato debe establecer los criterios, las reglas y/o los procedimientos aplicables para elaborar el expediente técnico o el estudio definitivo de ingeniería o la ingeniería de detalle o las especificaciones técnicas definitivas (en adelante, estudios técnicos) para la ejecución del proyecto con la finalidad de garantizar el cumplimiento de los Niveles de Servicio establecidos en el Contrato.

De esta manera, el Contrato fija reglas claras para elaboración de los estudios técnicos del proyecto, sin dejar de reconocer que: i) el riesgo de diseño del proyecto recae en el concesionario y ii) el objetivo principal del Contrato es la prestación del servicio de acuerdo a los Niveles de Servicio establecidos.

B. Pautas para la elaboración de la cláusula

Para desarrollar esta cláusula, el OPIP debe considerar el nivel de detalle de los estudios técnicos disponibles durante el Proceso de Promoción, el procedimiento para la aprobación del diseño, a través de la aprobación de los estudios técnicos y la posibilidad de realizar modificaciones a los mismos o a la propuesta técnica del concesionario.

Independientemente del mecanismo competitivo que se adopte, las Bases y el Contrato deben precisar que la propuesta técnica del concesionario cumple con

los estudios técnicos establecidos en el Proceso de Promoción, los Niveles de Servicio del Contrato y la normativa vigente.

5.2 NIVEL DE DETALLE DE LOS ESTUDIOS TÉCNICOS DISPONIBLES DURANTE EL PROCESO DE PROMOCIÓN

El Contrato debe señalar expresamente que los errores de diseño no liberan al concesionario de su obligación de cumplir los Niveles de Servicio.

Según el nivel de detalle de los estudios técnicos disponibles durante el Proceso de Promoción, pueden presentarse los siguientes escenarios:

A. Se ha seleccionado la solución técnica y se cuenta con los estudios definitivos del proyecto

En este supuesto, el OPIP cuenta con el expediente técnico o el estudio definitivo de ingeniería o la ingeniería de detalle (en adelante, indistintamente estudio definitivo) aprobado por lo que el margen de discrecionalidad técnica del concesionario está acotado por lo dispuesto en las Bases y el Contrato.

En consecuencia, las Bases y el Contrato deben establecer expresamente que el estudio definitivo puesto a disposición por el OPIP durante el Proceso de Promoción, es de carácter referencial por lo que el concesionario asume el riesgo derivado del uso de dicho estudio, eliminando la posibilidad de solicitar al concedente el reconocimiento de variaciones en costos o plazo, con lo que se evita la transferencia del riesgo de diseño del proyecto hacia el concedente.

De esta manera, los postores internalizan en su propuesta económica el costo de cualquier modificación en el diseño del proyecto que estimen pertinente o necesaria para alcanzar los Niveles de Servicio, por lo que se genera incentivos para que los postores no realicen una oferta temeraria y posteriormente, el concesionario no asuma conductas oportunistas durante la ejecución del Contrato.

Sin perjuicio de ello, el Contrato puede establecer que durante su ejecución, el concesionario está facultado para modificar los aspectos técnicos del proyecto, previa aprobación del concedente y siempre que el concesionario garantice el cumplimiento de los Niveles de Servicio, los plazos contractuales y el plazo de la Concesión.

En consecuencia, el Contrato debe precisar de forma expresa que el concesionario no podrá incurrir en: i) mayores plazos para la ejecución del proyecto, ii) disminución de los Niveles de Servicio, iii) ampliación del plazo de la Concesión, o iv) solicitar el reconocimiento de gastos mayores o distintos a los establecidos en el Contrato.

Lo anterior no limita la facultad de las partes para realizar las modificaciones contractuales que estimen convenientes, conforme a lo dispuesto en la normativa vigente.

B. Se ha seleccionado una solución técnica, pero no se cuenta con los estudios definitivos del proyecto

El concedente, durante las fases de Formulación y Estructuración, ha seleccionado la solución técnica idónea que permite alcanzar los Niveles de Servicio del proyecto, por consiguiente, durante la fase de Ejecución Contractual, el concesionario debe elaborar los estudios definitivos.

El diseño definitivo del proyecto presentado por el concesionario debe cumplir con las especificaciones técnicas y los Niveles de Servicio establecidos por el concedente durante el Proceso de Promoción y su propuesta técnica presentada en la fase de Estructuración, en conformidad a lo dispuesto en el párrafo 58.5 del artículo 58 del Reglamento.

En ese sentido, se recomienda que las Bases y el Contrato incluyan términos de referencia o especificaciones técnicas que permitan a los postores y al futuro concesionario conocer cuáles son los márgenes de discrecionalidad técnica con los que cuenta, tanto para la formulación de su propuesta técnica como para la elaboración de los estudios definitivos del proyecto.

Asimismo, se recomienda precisar que el concesionario es responsable de la elaboración de los referidos estudios, de modo que si se detectaran falencias en el diseño, se encuentre obligado a adoptar las acciones necesarias para su inmediata reparación, asumiendo integralmente los costos y riesgos que ello implique.

C. Se han determinado los Niveles de Servicio exigibles, pero no la solución técnica

En este caso, el OPIP identifica los Niveles de Servicio del proyecto y el método para verificar su cumplimiento, sin embargo, dadas las particularidades del proyecto o la industria, existen diversas alternativas técnicamente viables que pueden garantizar su adecuada implementación.

En ese sentido, el OPIP puede contar con una solución técnica de referencia, la cual podrá ser adoptada por los postores en su propuesta técnica, sin que ello implique que el riesgo de diseño sea trasladado al concedente. Esta precisión debe quedar explicitada en los documentos del Proceso de Promoción, las Bases y el Contrato.

Adicionalmente, las Bases y el Contrato deben señalar expresamente que el riesgo de diseño será asumido por el Concesionario.

Por tanto, el Concesionario puede desarrollar los estudios definitivos del proyecto sobre la base de la solución técnica definida durante el Proceso de Promoción o tomando otra solución técnica que considere conveniente, siempre y cuando considere las especificaciones técnicas y/o demás condiciones establecidas en las Bases, el Contrato y la normativa aplicable.

5.3 PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN DEL DISEÑO DEL PROYECTO

El Contrato debe establecer el procedimiento de aprobación del diseño del proyecto se realiza a través de la aprobación del estudio definitivo, incluyendo entre otros aspectos los siguientes:

A. Responsables de la revisión y aprobación

El Contrato debe identificar las entidades públicas o privadas que participan en la revisión y aprobación de los estudios definitivos, precisando si las opiniones serán facultativas u obligatorias y si tienen o no efectos vinculantes. En consecuencia, el Contrato debe determinar a: la (s) entidad(es) encargada(s) de emitir opinión previa y la entidad responsable de aprobar los estudios definitivos, buscando simplificar el proceso de aprobación respectivo.

Esta precisión tiene por finalidad facilitar la toma de decisiones en caso de discrepancias entre las entidades que participan de la revisión, evaluación y aprobación de los estudios definitivos como por ejemplo: el supervisor especializado, el organismo regulador, los organismos especializados o el concedente.

Asimismo, como parte del proceso de revisión, evaluación y aprobación del estudio definitivo, el Contrato debe incluir reglas para la supervisión del diseño del proyecto, conforme a lo señalado en la sección pertinente del presente documento.

La labor de supervisión del diseño del proyecto puede ser asignada al organismo regulador que corresponda, de acuerdo al marco legal vigente y subsidiariamente al concedente, que podrá realizar la supervisión directamente o mediante un supervisor de diseño que le informe directamente de los resultados de su evaluación.

El Contrato debe precisar expresamente que en ningún caso, la revisión, evaluación y aprobación de los estudios definitivos genera la transferencia del riesgo de diseño del proyecto al concedente.

B. Plazos para la revisión o aprobación

El Contrato debe establecer plazos razonables y de preferencia determinados, para la revisión, evaluación y aprobación del diseño del proyecto así como para el levantamiento de observaciones al mismo a cargo del concesionario. En ese sentido, debe precisarse a partir de qué momento procede la imposición de penalidades al concesionario ante el incumplimiento de esta obligación.

Asimismo, el Contrato debe establecer los efectos que producirá la demora de las entidades que participan en la revisión o aprobación del diseño. Entre estos efectos, se pueden considerar la aplicación del silencio administrativo positivo, las ampliaciones de plazos contractuales, la suspensión de obligaciones, entre otras, que resulten compatibles con la naturaleza y los alcances del proyecto.

De esta manera, el Contrato puede incorporar plazos adicionales para la revisión o la aprobación de los estudios definitivos de ingeniería.

Cabe resaltar que es importante que el Contrato establezca plazos determinados o determinables para cada una de las obligaciones establecidas, por lo que debe limitarse la incorporación de condiciones suspensivas a los casos estrictamente necesarios, siendo esencial indicar expresamente la oportunidad en la que cada obligación será exigible.

C. Discrepancias durante la revisión o la aprobación del diseño

Si existe discrepancia entre las partes respecto al adecuado levantamiento o subsanación de observaciones por parte del concesionario, el Contrato debe fijar mecanismos que eviten la paralización del proyecto o la suspensión indefinida de los plazos contractuales frente a reiteradas revisiones u observaciones por parte del concedente.

Entre estos mecanismos se pueden considerar la sujeción a un peritaje técnico, la remisión a normas técnicas nacionales o extranjeras, entre otras, que resulten compatibles con la naturaleza y el alcance del proyecto. Asimismo, el Contrato puede regular la forma de financiamiento, los plazos y el pago del peritaje.

El Contrato debe establecer que las observaciones se formularán de manera conjunta y en una sola oportunidad. Sin perjuicio de ello, es posible que se formulen nuevas observaciones, siempre que deriven exclusivamente del levantamiento que realice el concesionario.

D. Reglas adicionales para el diseño del proyecto

El Contrato debe considerar la incorporación de reglas que fomenten la predictibilidad y la confianza en la labor de revisión. Por ello, es recomendable que el Contrato precise que las observaciones deben ser formuladas en su totalidad y, por única vez por todas las entidades involucradas en el proceso de revisión.

Asimismo, a efectos de permitir que el concesionario conozca oportunamente todos los alcances de las observaciones planteadas, el Contrato debe identificar a la entidad responsable de consolidar y revisar la consistencia de las observaciones planteadas. Cualquier inconsistencia en las observaciones debe ser asumida y definida por el concedente, por lo que deberá tomar las medidas que correspondan para evitar tal hecho.

Esta regla no debe restringir la posibilidad de formular nuevos requerimientos, u observaciones, siempre que deriven directamente del levantamiento de observaciones que realice el concesionario.

Por otro lado, cuando se trate de proyectos complejos, será posible asignar al concesionario la obligación de presentar un cronograma o un plan de elaboración de los estudios definitivos, que deberá ser cumplido durante la elaboración de los estudios definitivos.

Además, cuando resulte necesario en función al plazo de ejecución del proyecto, el Contrato podrá incorporar el ajuste de precios mediante la aplicación de fórmulas polinómicas, en ese sentido, el OPIP deberá optar entre la remisión a las normas técnicas específicas o en su defecto podrá señalar los componentes a

considerar para su elaboración. Sin embargo, esto constituye una excepción y deberá ser debidamente sustentado por el OPIP.

Por otro lado, en el caso que el Contrato se encuentre sujeto a una condición (por ejemplo: gatillos de demanda) o plazo, debe regularse expresamente el procedimiento para la elaboración de estudios definitivos, alternativamente, pueden ser de aplicación las reglas generales.

5.4 CAMBIOS EN EL DISEÑO

A. Propuestos por el concesionario

El Contrato puede facultar al concesionario para proponer al concedente cambios debidamente sustentados, siempre que permitan introducir mejoras técnicas y/o funcionales, o corregir errores materiales. Para ello se deberán respetar los Niveles de Servicio, las condiciones y parámetros técnicos del Contrato, la legislación vigente y la normativa técnica aplicable.

En este caso, el concesionario debe asumir, a su cuenta y riesgo, los efectos derivados de la modificación propuesta. Estas modificaciones al diseño no deben generar costo alguno al Concedente. Tampoco pueden implicar la liberación del riesgo de diseño o construcción, la ampliación de plazos, o la reducción de los Niveles de Servicio o calidad establecidos en el Contrato.

B. Propuestos por el concedente

De ser necesario, el Contrato puede incorporar la facultad del concedente para realizar optimizaciones al proyecto, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 110 del Reglamento, siempre que no irroque mayores costos o plazos al concesionario. En caso contrario, los sobrecostos derivados de los cambios de diseño (tanto en el componente de inversión como en el de operación y mantenimiento) deberán ser asumidos por el concedente, previa evaluación de Capacidad Presupuestal.

La incorporación de modificaciones al diseño por parte del concedente debe sustentarse en criterios técnicos, legales o económicos, por ejemplo, elevados costos de la liberación de predios, la búsqueda de eficiencias y mejoras, el ahorro de costos al Estado, la reducción de necesidad de expropiaciones, mejoras en el proceso constructivo, el surgimiento de conflictos sociales, la existencia de medidas judiciales o extrajudiciales que retrasen indefinidamente la adquisición de predios; entre otros.

C. Derivados de modificaciones normativas

Según la complejidad del proyecto, es posible que entre la formulación de la propuesta técnica y hasta la aprobación de los estudios definitivos del proyecto o la aprobación de alguno de sus componentes o fases; puedan realizarse modificaciones normativas que impacten en el costo del proyecto.

En este caso, el Contrato podrá incorporar reglas en función del impacto que generen en el valor del proyecto, a efectos de que los mayores costos sean distribuidos entre el concedente y el concesionario según un esquema de bandas,

que resulte consistente con el riesgo normativo del proyecto. Para ello, deberá preverse el procedimiento de aprobación.

Alternativamente, es posible remitir este supuesto a la cláusula de equilibrio económico-financiero del proyecto, cuando se sobrepase el umbral de afectación económica prevista en el Contrato.

6 REGLAS APLICABLES A LA EJECUCIÓN DE OBRAS

6.1 EJECUCIÓN DE OBRAS

A. Alcance

En esta sección del Contrato se regula lo relacionado con la ejecución del proyecto, como las condiciones previas para el inicio de obras, el cronograma de ejecución, los hitos contractuales, y otros que permitan alcanzar los Niveles de Servicio establecidos en el Contrato.

Como norma general, el CTI no debe actualizarse, pues el riesgo de variación de precios y costos debe ser asignado al concesionario¹. Los sobrecostos que se produzcan durante la fase de ejecución deben ser asumidos por el concesionario, salvo las excepciones referidas a la aplicación de fórmulas polinómicas, los pedidos de obras adicionales efectuados por el concedente, la ocurrencia de eventos geológicos, los eventos de fuerza mayor o las compensaciones por la aplicación de la cláusula penal a favor del concesionario. La inclusión de estas reglas deben ser debidamente sustentadas por el OPIP.

El Contrato debe establecer la disponibilidad de la infraestructura del proyecto debe mantenerse durante toda la vigencia del Contrato y que una vez caducado la reversión de los bienes de la Concesión se efectuará en adecuado estado de conservación.

B. Pautas para el diseño de la cláusula

El Contrato debe establecer claramente que el riesgo relacionado con la reducción de ingresos o el incremento de costos de mantenimiento debido a errores en la ejecución, deficiencias en diseño o, incluso, actividades adicionales no previstas en el expediente técnico relacionadas a reparaciones imprevistas e intervenciones de emergencia; será asumido por el concesionario, sin que ello implique liberarlo de la obligación de cumplir los Niveles de Servicio previsto en el Contrato. Esto tiene por finalidad que el concesionario ejecute adecuadamente las obras a su cargo.

En tal sentido, el Contrato debe explicitar que el concesionario es responsable frente al concedente por la ejecución de la totalidad de las obligaciones relativas a las obras establecidas contractualmente, incluidas las que ejecuten los contratistas y sus respectivos subcontratistas. Por ello, deberá mantener indemne al concedente por los incumplimientos y las demandas de los contratistas y subcontratistas, o sus empleados.

¹ Según lo establecido en los «Lineamientos para la asignación de riesgos en contratos de asociaciones público-privadas».

Consecuentemente, el Contrato debe establecer de forma expresa que la responsabilidad del concesionario es de resultados y asume la responsabilidad por el diseño, la construcción y el correcto funcionamiento de las obras, conforme a los términos contractuales.

Sin perjuicio de lo anterior, el Contrato puede incluir reglas adicionales para el tratamiento de hechos no imputables al concesionario, como en el caso de fuerza mayor.

6.2 CONDICIONES PARA INICIAR LA EJECUCIÓN DE OBRAS

Las condiciones que deben requerirse de manera conjunta en el Contrato, para iniciar la ejecución de obras del proyecto, son:

A. Haber obtenido la aprobación del diseño definitivo del proyecto

El Contrato debe establecer como regla general que el inicio de ejecución de obras del proyecto se produzca con el expediente técnico o estudio definitivo de ingeniería, aprobados en su integridad.

No obstante, si el proyecto es ejecutado por fases, tramos, etapas o similares, el Contrato puede prever la existencia de dos o más expedientes técnicos, siempre que esto sea compatible con la naturaleza y los alcances del proyecto. En esos casos, se podrá permitir el inicio de obras con expedientes técnicos individuales.

B. El concesionario haya suscrito el respectivo contrato de construcción

En los proyectos en que se requiera un constructor que acredite la experiencia mínima solicitada durante el Proceso de Promoción, el inicio de ejecución de obras del proyecto quedará condicionado a la suscripción de un contrato de construcción.

Según la naturaleza y los alcances del proyecto, el Contrato puede establecer restricciones temporales o los procedimientos que permitan la sustitución del constructor, en cuyo caso deberá requerirse que cumpla como mínimo, con la experiencia acreditada por el constructor inicialmente asignado al proyecto.

C. El concesionario haya obtenido el cierre financiero

Dentro del plazo establecido en el Contrato, el concesionario debe acreditar ante el concedente que cuenta con la disponibilidad de los recursos para la ejecución del proyecto o, en su defecto, que ha suscrito los contratos de financiamiento necesarios.

Esta regla debe considerarse en el Contrato, incluso en los casos en los que no se prevea la realización de operaciones de endeudamiento garantizado permitido.

D. Contar con los predios necesarios para ejecutar el proyecto

Es primordial contar con los terrenos para el inicio de la ejecución de obras del proyecto en los términos establecidos en el respectivo Contrato, independientemente del título mediante el cual se obtengan. Por tanto, el Contrato

podrá establecer que el Estado contará con los terrenos a título de propiedad, usufructo, cesión en uso, posesión, entre otros, siempre que permitan su entrega al concesionario para la ejecución de obras del proyecto.

Excepcionalmente, el Contrato podrá permitir el inicio de la ejecución de obras del proyecto con la acreditación de entregas parciales, cuyo alcance deberá estar expresamente definido en el Contrato en razón a criterios funcionales, objetivos y verificables, que resulten compatibles con el proceso constructivo del proyecto. Por ejemplo, áreas de terreno señaladas en kilómetros cuadrados, tramos indicados en kilómetros, predios identificados en anexos del Contrato, entre otros.

En cualquier circunstancia, es importante que el Contrato distinga entre: i) las áreas requeridas para la ejecución de obras del proyecto original establecido durante el Proceso de Promoción y ii) las áreas adicionales requeridas para la ejecución de otras inversiones comprometidas en la oferta técnica del concesionario.

Esto es necesario debido a que en el marco del proceso competitivo para la adjudicación del proyecto se permite que los postores ofrezcan la ejecución de inversiones distintas a las que forman parte del proyecto original establecido durante el Proceso de Promoción, usualmente consideradas «obras de desempate». Debido a ello, el Contrato debe incorporar reglas que eviten que las demoras en la entrega de áreas adicionales condicionen la ejecución de obras del proyecto original.

E. El concesionario haya obtenido las licencias y permisos necesarios para la ejecución de obras del proyecto

El Contrato debe establecer que el concesionario es responsable por la obtención de las licencias y los permisos necesarios para la ejecución de obras del proyecto, sin perjuicio del acuerdo que las partes puedan adoptar respecto a la ampliación o suspensión de obligaciones contractuales, siempre que se cuente con el debido sustento.

F. Entregar las garantías exigidas en el Contrato

Las garantías respaldan el cumplimiento de las obligaciones a cargo del concesionario, incluyendo pero sin limitarse al pago de penalidades.

Eventualmente, el Contrato puede prever que el concesionario otorgue garantías específicas adicionales o el incremento de las garantías establecidas. Las garantías deberán mantenerse vigentes como mínimo durante el periodo de ejecución de obras del proyecto en las condiciones reguladas en el Contrato.

G. Acreditar la contratación de pólizas de seguros

Las pólizas de seguros durante el periodo de construcción tienen por finalidad cubrir cualquier riesgo producido durante la ejecución del proyecto. Sin perjuicio de ello, se debe precisar que la contratación de pólizas de seguros no excluye ni restringe la responsabilidad del concesionario por las obligaciones asumidas en el Contrato.

H. Contar con el supervisor de obras

Corresponde al supervisor de obras verificar el cumplimiento de las especificaciones previstas en el Contrato, la propuesta técnica y en las normas técnicas aplicables, sin que ello implique la imposición de métodos constructivos, soluciones técnicas o tecnologías específicas.

Conforme se establece en la sección respectiva, el Contrato debe establecer el responsable de la contratación y el pago del supervisor de obras.

6.3 OTRAS REGLAS APLICABLES A LA EJECUCIÓN DE OBRAS

A. Inversiones adicionales

El Contrato puede regular la necesidad de realizar obras correspondientes a inversiones adicionales, entendidas como aquellas inversiones que no fueron comprendidas en el proyecto original, las cuales pueden ser solicitadas por el concedente o recomendadas por el concesionario.

No obstante, es primordial precisar que las inversiones adicionales no deben tener por finalidad la subsanación de errores de cálculo, diseño o constructivos, los cuales deben ser de costo y cargo del concesionario.

Si durante la vigencia de la Concesión el concedente necesita realizar obras por inversiones adicionales debe asumir el costo de su implementación, sin perjuicio, que su ejecución se realice por el concesionario o por un tercero, de acuerdo al marco normativo y/o contractual respectivo.

En caso de que el concedente opte por la ejecución de la obra del proyecto mediante un tercero, el Contrato debe establecer las condiciones en las que se realizará la operación y el mantenimiento, así como, la parte responsable de asumir el riesgo constructivo y de diseño de las inversiones adicionales, sin menoscabar los Niveles de Servicio establecidos en el Contrato y garantizando una operación eficiente del proyecto.

Si es el concesionario quien ejecuta las inversiones adicionales, las partes deberán seguir el procedimiento de modificación contractual, previa evaluación de lo dispuesto en el numeral 137.2 del artículo 137 del Reglamento²⁴.

Si las inversiones adicionales son solicitadas por el concesionario, deberá asumirlas totalmente a su costo y riesgo, teniendo el concedente la potestad de aceptar o denegar dicha solicitud.

²⁴ **Artículo 137. Reglas aplicables para la evaluación de modificaciones contractuales**

(...)

137.2 Asimismo, si la modificación contractual propuesta desvirtuara el objeto del proyecto original o involucrara un monto adicional que supere el quince por ciento (15%) del CTP, la entidad pública titular del proyecto evalúa la posibilidad y conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección, como alternativa a negociar una modificación al Contrato de APP en el marco de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley.”

B. Supervisión de la ejecución de obras por inversiones adicionales

Tratándose de proyectos en los que existan organismos reguladores competentes para realizar la supervisión, estos asumirán dicha labor en el marco de sus funciones.

En casos distintos al anterior, los Contratos deben señalar expresamente a la entidad pública competente para el ejercicio de la función supervisora y regular la contratación de un supervisor de obra que reportará al concedente o a la entidad pública competente, precisando el alcance de sus funciones y responsabilidades. El supervisor de obra debe contar con experiencia acreditada en la supervisión de obras de las mismas o similares características y complejidad técnica del proyecto.

Es habitual que el costo del servicio de supervisión y, en ocasiones, la contratación del supervisor sean asumidos por el concesionario. En tal sentido, el Contrato deberá establecer los plazos, las condiciones y requisitos aplicables para su contratación, de tal forma que se garantice la imparcialidad y objetividad de las labores de supervisión.

De igual forma, en caso de que durante el periodo de ejecución de la obra se amplie o se ejecuten obras adicionales al proyecto, el Contrato debe establecer que los mayores costos de supervisión serán asumidos por aquella parte que los haya originado.

Es recomendable que el supervisor de obra sea contratado antes del cierre financiero.

C. Aprobación de obras y puesta en funcionamiento del proyecto

El Contrato debe establecer las condiciones necesarias para la aprobación de obras y la puesta en funcionamiento del proyecto. Cabe señalar que la aprobación o recepción de obras, no debe entenderse como una modificación en la asignación de riesgos del Contrato.

Por lo general, será el organismo regulador y/o supervisor de obra quien certifique su correcta ejecución y, de ser el caso, la puesta en marcha, correspondiendo al concedente la recepción o aprobación final.

Asimismo, el Contrato puede permitir la entrega parcial de obras, siempre que esta haya sido pactada expresamente en el contrato. Sin perjuicio de ello, el Contrato debe procurar que las entregas parciales garanticen contar con unidades funcionales, operativas y continuas, para brindar servicios a los usuarios o beneficiarios del proyecto.

REGLAS APLICABLES A LA FASE DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL

6.4 OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA CONCESIÓN

A. Alcance

El Contrato debe especificar el hito contractual que da inicio a la operación y el mantenimiento, por ejemplo, a través de la emisión del certificado de pruebas que

corresponda, la suscripción del acta de conformidad, entre otros. Asimismo, deberá regular claramente la participación del concedente, del organismo regulador o del supervisor, según corresponda.

B. Pautas para el diseño de la cláusula

Entre los aspectos a ser considerados figuran la fijación de los Niveles de Servicio, reglas aplicables al mantenimiento o a la conservación y a la supervisión de la prestación del servicio.

6.5 PRINCIPALES REGLAS

A. Niveles de Servicio

Cada Contrato debe establecer los indicadores mínimos de calidad que el concesionario está obligado a alcanzar y mantener durante la fase de ejecución contractual.

Estos indicadores se denominan Niveles de Servicio y deben ser exigidos al concesionario, de tal forma que sea posible la aplicación de penalidades, deducciones de pagos u otros mecanismos disuasivos en caso que los incumpla.

Según la naturaleza y alcances del proyecto, los Niveles de Servicio pueden variar entre parámetros tan diversos como índices de *confort*, niveles de congestión, volúmenes producidos, volúmenes transportados, carga atendida, kilómetros recorridos, número de usuarios conectados o atendidos, nivel de bloqueo de celulares, entre otros.

En tal sentido, el Contrato expresamente indica los Niveles de Servicio, así como la oportunidad, las metodologías, protocolos o sistemas de control y monitoreo, para generar predictibilidad durante la vigencia de la Concesión.

Excepcionalmente, cuando exista regulación sectorial de alcance general, el Contrato podrá señalar que la metodología o los protocolos corresponderán a los señalados en el marco normativo vigente.

Asimismo, el Contrato debe señalar que el concesionario es responsable en caso de que su propuesta técnica o estudio definitivo de ingeniería, no permita alcanzar los Niveles de Servicio establecidos en el Contrato; debiendo ser asumidos como parte del riesgo de diseño o riesgo constructivo del proyecto a su cargo.

B. Mantenimiento o conservación

El diseño del Contrato debe considerar como premisa que durante el Proceso de Promoción, los postores realizan sus estimaciones sobre los costos en los que incurrirían durante la vigencia de la Concesión.

Por ello, el Contrato puede establecer, si la naturaleza y alcances del proyecto lo requieren, las acciones, las intervenciones y/o los protocolos de verificación relacionados con la obligación de mantenimiento o conservación a cargo del concesionario.

En cualquier supuesto debe existir consistencia entre los Niveles de Servicio y las obligaciones de operación y mantenimiento establecidas en el Contrato, sin que ello implique una liberación o transferencia del riesgo de operación y mantenimiento asignado al concesionario.

Frente a ello, es importante que el Contrato precise que el concesionario asume íntegramente el riesgo de conservación asociado al ciclo de vida de los componentes y bienes de la Concesión, lo que debe incluir la determinación de los periodos para su sustitución, mantenimiento, rehabilitación o reemplazo.

Así, el concedente no debe limitar los medios o los plazos establecidos por el concesionario para cumplir la obligación de mantenimiento de la infraestructura, sino que debe enfocarse en verificar el cumplimiento de los Niveles de Servicio definidos en el respectivo Contrato.

De modo complementario, el concedente y concesionario deberán acordar un programa de mantenimiento que permita al concedente conocer cuando se prevén realizar las intervenciones y si estas podrían afectar la disponibilidad o Niveles de Servicio.

Por otro lado, en los Contratos cofinanciados es posible incorporar pagos por operación y mantenimiento (tales como Retribución por Mantenimiento y Operación -RPMO, Pago Anual por Mantenimiento y Operación - PAMO, entre otros). En estos casos, ante los incumplimientos del concesionario es posible optar por la imposición de penalidades, la aplicación de deducciones a los pagos realizados por el Estado u otros mecanismos disuasivos.

C. Supervisión de operación y mantenimiento

Se deben definir la forma y las condiciones de trabajo del supervisor de operación y mantenimiento, conforme a lo dispuesto en el marco normativo aplicable a cada tipo de proyecto, el cual podrá ser el mismo que el establecido en la etapa de ejecución de obras.

D. Intervenciones de emergencia

Cuando el Contrato prevea la necesidad de realizar intervenciones de emergencia, su alcance debe estar bien definido, con la finalidad de establecer claramente quien es el responsable de su ejecución y de los costos que ello genere. Esto dependerá de la naturaleza del proyecto y de la magnitud de la emergencia y otros criterios técnicos que determine el OPIP.

Sin perjuicio de ello, la ocurrencia de determinados eventos, como desastres naturales, podrá ser mitigada mediante la contratación de seguros, tal como se señala en la sección correspondiente.

Así, por ejemplo, en contratos de infraestructura vial, el concesionario puede ser responsable por los derrumbes, hasta cierta cantidad de metros cúbicos por evento. Asimismo, el concesionario puede estar obligado a contratar una póliza de seguros, cuya cobertura máxima estará establecida en el Contrato. En este sentido, cuando el evento exceda los límites, antes mencionados el concedente asume el costo de las mayores intervenciones.

7 RÉGIMEN DE PLAZOS

7.1 PLAZOS CONTRACTUALES Y PLAZO DE LA CONCESIÓN

A. Alcance

El plazo de la Concesión se sujeta a los límites establecidos en el marco normativo del SNPIP, salvo disposición contraria señalada en las normas sectoriales específicas aplicables a cada proyecto.

Según el marco normativo del SNPIP, el plazo no podrá ser superior a sesenta (60) años, incluidas las ampliaciones contractuales. Dicho plazo se computa a partir de la suscripción del Contrato.

Asimismo, el Contrato debe regular los plazos aplicables para el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes.

B. Pautas para el diseño de la cláusula

El plazo de la Concesión se establece considerando la naturaleza y los alcances del proyecto, así como los parámetros económicos y financieros empleados durante la fase de Estructuración.

La metodología del valor presente de los flujos de caja generados por el proyecto, permite proyectar el periodo de recuperación de los costos incurridos por el concesionario, tanto para el componente de inversión como para los de operación y mantenimiento, el financiamiento, su margen de ganancia, entre otros³.

Asimismo, el OPIP podrá considerar otros criterios para la determinación del plazo del Contrato, como:

- La vida útil de los activos del proyecto.
- La necesidad de mantenimiento mayor o rehabilitaciones.
- Los plazos de financiamiento disponibles en el mercado.

Asimismo, el Contrato debe establecer los plazos contractuales máximos para el cumplimiento de obligaciones a cargo de las partes, reconociendo e incorporando las particularidades técnicas, económicas y financieras del proyecto.

En este sentido, se debe tener especial cuidado al regular los plazos para el cumplimiento de los principales hitos del proyecto en el Contrato, entre los cuales figuran el cierre financiero, el inicio de construcción, la presentación de estudios definitivos, la conclusión de la obra, entre otros.

7.2 PLAZOS REGULADOS EN EL CONTRATO

A. Plazos para acreditar cierre financiero

El plazo para que el concesionario obtenga y presente los documentos que acrediten que cuenta con el financiamiento, debe ser consistente con las

³ Revisar los lineamientos de estructuración.

características del proyecto, el monto de inversión requerido y el esquema de financiamiento establecido en el Contrato.

Así, por ejemplo, el plazo aplicable a los proyectos financiados bajo un esquema de *project finance* con hitos funcionales o con pagos por disponibilidad, puede ser mayor que el requerido para proyectos cuyo mecanismo de pago considere fechas fijas y reconocimientos de avances de obra parciales del proyecto.

Dependiendo del esquema de financiamiento del proyecto, el Contrato puede establecer que este plazo solo será exigible, en caso de que el concedente cuente con la disponibilidad de los terrenos, cuyo cronograma debe constar en el Contrato.

Asimismo, el Contrato puede facultar al concedente para otorgar una prórroga al concesionario para cumplir con el cierre financiero, siempre que esté debidamente sustentada. En estos casos es recomendable requerir el incremento del monto de la carta fianza durante el periodo adicional.

B. Plazos aplicables al periodo preconstructivo

En el período preconstructivo deben cumplirse con las condiciones a las que hacen referencia el numeral 2.2 de los presentes Lineamientos.

El Contrato debe establecer los plazos máximos para el cumplimiento de estas condiciones.

C. Plazos aplicables al periodo de construcción

El Contrato debe fijar un plazo a partir del cual el concesionario podrá ser penalizado, si no cumple con sus obligaciones por causas que le sean imputables.

Si bien la aplicación de penalidades procede una vez concluido el plazo total de construcción, el contrato puede establecer etapas, fases, tramos o similares; a efectos de garantizar un adecuado control del proyecto, más aún cuando surjan retrasos en la obra, que permitan prever razonablemente que existen problemas sustanciales que puedan hacer inviable el proyecto.

Es preciso mencionar que estos hitos pueden variar según la tipología de cada proyecto, debiendo ser definidos en el Contrato o durante el Proceso de Promoción con la propuesta técnica del concesionario, la cual forma parte integrante del Contrato.

D. Incumplimiento de plazos contractuales

El Contrato debe regular claramente las consecuencias aplicables para cada tipo de incumplimiento de los plazos contractuales, pudiendo optar entre la intimación en mora y el requerimiento de subsanación, la aplicación de penalidades, la deducción de pagos, la ejecución de garantías, la caducidad del Contrato, u otras que resulten compatibles con la naturaleza o alcances del proyecto. En ese sentido, es indispensable generar un adecuado esquema de incentivos, que motive el cumplimiento del Contrato.

Asimismo, el Contrato debe establecer el procedimiento de subsanación o levantamiento de observaciones frente a un incumplimiento, señalando un plazo razonable en relación con la obligación contractual incumplida, sin modificar el plazo de la Concesión.

E. Cumplimiento anticipado de obligaciones relacionadas con la ejecución de obra del proyecto

El Contrato puede establecer como incentivo, plazos a favor del concesionario, sin que ello implique dejar de cumplir los requisitos o solicitar las opiniones previas de las entidades y unidades orgánicas competentes.

Así, por ejemplo, si el concesionario cumpliera de manera anticipada con la ejecución de las obras o el equipamiento, este podrá iniciar el periodo de puesta en marcha o a la explotación del proyecto. En estos casos, el Contrato debe precisar si el concesionario tiene o no derecho al cobro de tarifas o cofinanciamiento, si le son exigibles o no los Niveles de Servicio o si procede la aplicación de penalidades, ante incumplimientos, entre otros.

En caso de que el cumplimiento anticipado implique pagos del Estado, el Contrato deberá establecer un procedimiento que permita verificar que el concedente podrá contar con la Capacidad Presupuestal requerida, para realizar el pago anticipado, reajustar el cronograma de pagos o pagar en el plazo previsto inicialmente en el respectivo cronograma sin que sean exigibles los Niveles de Servicio o el cobro de penalidades.

F. Adelanto de inversiones

El Contrato puede establecer un mecanismo de adelanto de inversiones de manera independiente al cronograma de ejecución de obra y los distintos gatillos de demanda, que se hayan determinado según la naturaleza del proyecto.

Para ello, se debe regular el procedimiento de aceptación de solicitud de adelanto de inversión, así como las responsabilidades del concesionario y del concedente en caso de caducidad.

En este sentido, cuando el adelanto de inversiones sea solicitado por el concesionario y la condición que sustenta su ejecución no ha sido alcanzada, es recomendable que el Estado no reconozca el costo de uno o más componentes del adelanto de inversiones.

7.3 AMPLIACIONES, SUSPENSIONES Y RENOVACIONES DE PLAZOS

A. Diferencia entre ampliaciones de plazos contractuales y de plazo de la Concesión

Es importante distinguir entre: i) la ampliación o suspensión de plazo para el cumplimiento de obligaciones contractuales, ii) la renovación del plazo de vigencia del contrato, iii) la ampliación del plazo de la concesión.

- **Ampliación o suspensión del plazo para el cumplimiento de obligaciones contractuales**

Excepcionalmente, el plazo para el cumplimiento de las obligaciones contractuales puede ser objeto de ampliación o suspensión para brindar flexibilidad a la ejecución del proyecto. Estos supuestos deben estar claramente establecidos en el Contrato y deben responder a riesgos identificados durante las fases de Formulación o Estructuración, o a hechos sobrevinientes.

Así, por ejemplo, i) el plazo para el inicio de obras puede ampliarse en caso de retrasos en la entrega de terrenos o ii) el plazo para la obtención del cierre financiero puede prorrogarse ante la no aprobación de los expedientes técnicos por causas no imputables al concesionario.

La ampliación o suspensión del plazo para el cumplimiento de obligaciones reguladas en el Contrato deben ser consistentes con la naturaleza y alcances del proyecto y el mecanismo de financiamiento.

Asimismo, el Contrato debe establecer las condiciones de la suspensión del plazo para el cumplimiento de obligaciones contractuales, considerando que la suspensión prolongada del plazo puede ser considerada causal de terminación anticipada.

- **Renovación del plazo de la Concesión**

Antes del vencimiento del plazo de la Concesión, el concedente debe evaluar la situación actual y los riesgos del proyecto, así como cualquier cambio en las condiciones legales, materiales, tecnológicas y económicas, en las que se efectúa la prestación de los servicios, para determinar si es pertinente el otorgamiento de un plazo adicional o la convocatoria a un nuevo concurso.

Adicionalmente, para este análisis se deberán aplicar los principios de Valor por dinero y Competencia, así como otras condiciones previstas la normativa del SNPIP, en el Contrato respectivo y las normas sectoriales que resulten aplicables.

- **Ampliación del plazo de la Concesión**

Este supuesto se presenta ante la imposibilidad de cumplir la totalidad o la gran mayoría de obligaciones contractuales por causas no imputables al concesionario.

En estos casos, el Contrato deberá regular los supuestos, condiciones y procedimientos aplicables para la ampliación o suspensión del plazo de la Concesión.

B. Requisitos y procedimientos

Las ampliaciones o las renovaciones del plazo de la Concesión deben formalizarse mediante una modificación contractual, a diferencia de las

suspensiones o las ampliaciones de plazos para el cumplimiento de obligaciones contractuales que son decisiones de administración contractual a cargo del concedente, las cuales no puede exceder el plazo de la Concesión.

El Contrato debe establecer el procedimiento y los requisitos necesarios para aprobar una solicitud de ampliación, suspensión o renovación de plazo de la Concesión.

En ese sentido, debe identificarse el alcance de la información requerida por el concedente, las opiniones previas, y los plazos para emitir los pronunciamientos respectivos, considerando que la finalidad es la verificación de los hechos alegados por la parte solicitante y la continuidad en la provisión de infraestructura y prestación de servicios.

Asimismo, el Contrato debe fijar las consecuencias de la ampliación o la suspensión del plazo de la Concesión o de los plazos para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Por ejemplo, las posibles consecuencias de la citada ampliación o suspensión pueden ser la modificación del cronograma de ejecución de obras del proyecto, el cronograma de pagos de la concesión o el plazo para acreditar el cierre financiero, dependiendo del hecho que originó la ampliación o suspensión del plazo de la Concesión.

C. La ampliación de plazo de la Concesión como compensación al concesionario

Como regla general, la ampliación o la suspensión del plazo para el cumplimiento de obligaciones no debe generar la ampliación del plazo de la Concesión. No obstante, el Contrato puede establecer excepciones cuando se produzcan eventos que, sin ser responsabilidad del Concesionario, impacten en la ruta crítica del proyecto.

En caso de incumplimiento del concedente o eventos de fuerza mayor que generen sobrecostos al concesionario o reducción de sus ingresos (verificables y cuantificables), el Contrato puede establecer, como uno de los mecanismos de compensación, la ampliación del plazo de la Concesión, siempre que no se exceda el límite de sesenta (60) años establecido en la normativa vigente o el señalado en la norma sectorial correspondiente.

La citada compensación constituye un acto de administración contractual a cargo del Concedente sin perjuicio de requerir la suscripción de una modificación contractual de acuerdo con el procedimiento establecido en la normativa del SNPIP.

8 RÉGIMEN DE BIENES DE LA CONCESIÓN

8.1 BIENES DE LA CONCESIÓN

A. Alcance

Las infraestructuras públicas o servicios públicos ejecutados bajo la modalidad de APP, están conformadas por bienes que permiten su adecuada operación. Estos

bienes pueden ser provistos por el concesionario (en proyectos *greenfield*), por el Estado (proyectos *brownfield*) o por ambos.

Los bienes del proyecto pueden ser físicos (carreteras, ductos, colegios, líneas de transmisión, etc.) o intangibles (*software* que permite la operación y monitoreo de la infraestructura, espectro electromagnético, etcétera). En ambos casos, lo importante para ser considerados bienes de la Concesión es que resulten esenciales para la adecuada operación del proyecto.

Por tratarse de bienes vinculados directamente al proyecto están sujetos a un régimen jurídico especial. Por ello, su uso, disposición o transferencia se encuentran restringidos durante el plazo de la Concesión.

B. Pautas para el diseño de la cláusula

El Contrato debe regular las condiciones y el esquema de protección de los bienes de la Concesión, debiendo incluir su clasificación, los derechos reconocidos a las partes respecto de los bienes de la Concesión, el procedimiento para su entrega, y reversión, así como el establecimiento de servidumbres, defensas posesorias, la elaboración de inventarios y la asignación de los riesgos, entre otros.

8.2 PRINCIPALES REGLAS

A. Propiedad y finalidad de los bienes de la Concesión

El Contrato debe señalar expresamente que al culminar su vigencia, el Estado obtendrá el derecho de propiedad de los bienes de la Concesión, independientemente del régimen jurídico que mantengan durante la vigencia del Contrato. Sin perjuicio del derecho del concesionario para la explotación exclusiva de los mismos y la obligación a su cargo de hacer valer este derecho frente a terceros durante el plazo de la Concesión.

Asimismo, el Contrato debe establecer que los bienes de la Concesión solo podrán ser destinados a los fines de la Concesión, por lo que no podrán ser utilizados o transferidos separadamente, hipotecados, afectados en garantía o en general sometidos a gravamen de ningún tipo durante la vigencia de la Concesión, salvo en aquellos supuestos expresamente regulados en el Contrato.

Así, por ejemplo, se podrá permitir el otorgamiento de garantías a favor de los acreedores permitidos en operaciones de endeudamiento garantizado permitido, otorgamiento de usufructo de los bienes de la Concesión para el desarrollo de actividades complementarias u otros que establezca en el Contrato.

El Contrato debe también precisar el momento en el que los bienes del proyecto adquieren la condición de bienes de la Concesión. Por ejemplo, los bienes del concedente podrán adquirir esta condición a partir de la toma de posesión por parte del concesionario o a partir de la reversión, en el caso de caducidad del Contrato.

Asimismo, considerando la naturaleza de los bienes que conforman las obras construidas, los reemplazos, las renovaciones, las rehabilitaciones, las adaptaciones realizadas a los equipos o las inversiones adicionales; el Contrato

puede señalar que se adquiere la condición de bien de la Concesión a partir del momento de su aceptación por parte del concedente o de terminadas las pruebas de puesta en marcha, según corresponda.

B. Infraestructura preexistente

Se entiende por infraestructura preexistente aquella infraestructura adquirida, ejecutada o implementada por el concedente antes de su entrega al concesionario o en la oportunidad establecida en el respectivo Contrato.

En estos casos, los riesgos derivados de los bienes que conforman la infraestructura preexistente, podrán asignarse al concesionario o el concedente, pudiendo este último asumir la obligación de saneamiento a que hubiere lugar, sea por evicción, vicio oculto⁴ y/o acto propio, para garantizar el normal desarrollo de las inversiones o la futura explotación.

C. Arrendamiento financiero o similares

Los bienes del proyecto que hayan sido adquiridos mediante contratos de arrendamiento financiero o similares serán reconocidos como bienes de la Concesión al momento del pago total de precio de venta del ejercicio de la correspondiente opción de compra por parte del concesionario o al momento de la declaración de la caducidad del Contrato.

Las disposiciones del Contrato referente a los bienes de la Concesión deben ser consistentes con la cláusula de caducidad del Contrato, de modo que solo se reconocerá el pago de aquellos bienes que efectivamente se hayan incorporado como bienes de la Concesión y, en consecuencia, serán transferidos o revertidos al concedente.

El Contrato debe contener la obligación del concesionario de incluir estas condiciones en los respectivos contratos con terceros, así como la obligación de estos últimos de notificar al concedente previamente, ante una eventual resolución o terminación del contrato de arrendamiento financiero o similar por cualquier causa.

D. Responsabilidad del concesionario sobre los bienes de la Concesión

El riesgo sobre los bienes de la Concesión debe ser asignado al concesionario, quien será responsable por los daños o las pérdidas que se produzcan hasta su reversión al concedente.

La propiedad sobre los bienes de la Concesión no supone la transferencia del riesgo al concedente. En ese sentido, debe establecerse claramente el hito contractual a partir del cual el riesgo será asumido por cada una de las partes.

Así, el concesionario deberá mantener indemne al concedente por cualquier acción o excepción de naturaleza legal, administrativa, arbitral, contractual o de cualquier otra naturaleza respecto de los bienes de la Concesión, por actos u

⁴ Es preciso mencionar que si bien el concedente puede hacerse responsable de los vicios ocultos de la infraestructura transferida al concesionario, los contratos de APP deben establecer un plazo máximo en el cual el concedente tendrá esta responsabilidad.

omisiones ocurridos durante el plazo antes señalado, salvo causa imputable al propio concedente.

El concesionario también debe ser responsable de inscribir los bienes de la Concesión en el Registro Público respectivo a nombre del concedente, una vez concluida su construcción, adquisición o ejecución, salvo demora o retraso justificado de la administración pública.

Asimismo, debe pagar los impuestos, tasas y contribuciones que correspondan en relación con los bienes de la Concesión, según la Ley de Tributación Municipal o norma que lo modifique.

El concesionario sólo puede constituir cargas o gravámenes sobre los bienes de la Concesión, durante el plazo de vigencia de la Concesión, de acuerdo con las disposiciones del Contrato.

8.3 GESTIÓN DE LOS BIENES DE LA CONCESIÓN DURANTE LA VIGENCIA DEL CONTRATO

A. Elaboración de inventarios

El Contrato deberá incluir la obligación del concesionario de realizar y presentar al concedente los inventarios de los bienes de la Concesión. De manera general, podrá plantearse la siguiente tipología de inventarios: inicial (después de suscrita el acta de entrega inicial de los bienes de la Concesión), anual (por cada año calendario durante el plazo de la Concesión) y final (al producirse la caducidad de la Concesión).

Los inventarios deberán detallar con precisión los bienes, incluidos sus características, ubicación, estado de conservación, anotaciones sobre su funcionamiento o rendimiento⁵. El concedente podrá solicitar documentación adicional que considere pertinente.

Se podrá consignar el derecho del concesionario y concedente a presentar observaciones a estos inventarios, para lo cual deberá establecerse un procedimiento a seguir para su subsanación.

Es recomendable que en los proyectos que involucren algún tipo de equipamiento, el Contrato establezca que en casos de caducidad de la Concesión, indistintamente de la causal, el concesionario deberá entregar un inventario de repuestos que aseguren la continuidad de las operaciones de la Concesión por un periodo determinado y razonable, adjuntando informe debidamente justificado.

Los repuestos incluidos en el inventario serán considerados bienes de la Concesión. En estos casos se deberá establecer un procedimiento para la verificación y la certificación del cumplimiento de esta obligación del concesionario.

⁵ Asimismo, y de ser aplicable, se podrá detallar la marca, modelo, serie, placa, combustible, carrocería, número de motor, número de cilindros, número de asientos, peso seco, peso bruto y año de fabricación. También se podrán incluir elementos como fotografías, planos, esquemas e informes de terceros, entre otros.

B. Actos de conservación, mantenimiento y mejoras de los bienes

El Contrato debe prever que los bienes de la Concesión serán recibidos por el concesionario en el lugar y el estado de conservación en que se encuentren; sin perjuicio del derecho del concesionario de prescindir de aquellos bienes que no resulten útiles para los fines del Contrato o de negarse a recibir aquellos bienes que no cumplan con las condiciones contractualmente pactadas.

Sin embargo, el concesionario debe realizar las actividades destinadas a preservar, durante el plazo de la Concesión, el estado de conservación y la naturaleza de los bienes destinados a la ejecución del Contrato.

Asimismo, el Contrato debe establecer que el concesionario estará obligado a realizar actividades de mantenimiento y, en general, todos aquellos trabajos necesarios para mantener la operatividad de los bienes de la Concesión.

El concesionario deberá también realizar las mejoras necesarias que requieran los bienes para dar cumplimiento a los Niveles de Servicio exigidos por el Contrato.

El Contrato podrá establecer que el concesionario asumirá los costos que involucre la realización de las acciones antes mencionadas.

C. Obtención de servidumbres

El Contrato debe establecer si la obtención de servidumbres estará a cargo del concedente o del concesionario.

Sin perjuicio que la obtención de servidumbre esté a cargo del concesionario, el concedente podrá brindar apoyo mediante las coordinaciones que resulten necesarias, sin implicar transferencia de responsabilidad.

Asimismo, si el marco normativo habilita al concedente a imponer servidumbres forzosas, corresponderá al concesionario tramitar su obtención y asumir los costos de estos procedimientos. En ambos casos, el Contrato puede establecer que los costos relacionados con la obtención de servidumbres sean asumidos, en su totalidad o hasta cierto monto, por el concesionario, dependiendo de la asignación de riesgos del proyecto.

Una vez impuestas, las servidumbres serán consideradas derechos de la Concesión.

D. Ejercicio de defensas posesorias

El concesionario deberá ejercer las defensas posesorias respecto de los bienes de la Concesión, entre las que se incluyen las defensas posesorias judiciales y extrajudiciales.

El ejercicio de estas defensas no exime de responsabilidad al concesionario, por la coordinación inmediata que deba realizar con el concedente, para la adopción de las acciones legales pertinentes que permitan mantener indemne los derechos del concedente sobre los bienes de la Concesión.

E. Entrega de predios

El Contrato debe consignar el procedimiento para la entrega de los bienes del concedente al concesionario. Por ejemplo, para la entrega del área de Concesión correspondiente para la construcción y ejecución de las obras (civiles y de equipamiento).

Si el Contrato prevé la posibilidad de realizar entregas parciales, se deberán suscribir un acta de entrega inicial, las actas de entrega parciales que correspondan y un acta de entrega final de los bienes de la Concesión en la fecha que concluya.

En estas actas se incluirán el estado actual de los bienes, de la forma más detallada posible y respecto de cada componente, característica, ubicación, estado de conservación, anotación sobre su funcionamiento y demás aspectos de interés, así como cualquier otro elemento que ayude a individualizar e interpretar el objeto entregado, su condición y estado como planos, fotografías, etcétera.

La transferencia de los bienes de la Concesión conlleva la transferencia de riesgos. Así, el concesionario responderá frente al concedente por los bienes de la Concesión, incluso respecto de los que el concesionario entregue a terceros para la ejecución de las inversiones, salvo que se encuentre pendiente la obligación de saneamiento a cargo del concedente.

En el caso de bienes que conforman la infraestructura preexistente, el Concedente puede asumir la responsabilidad por los vicios ocultos que estos bienes pudieran presentar o por el deterioro real de los bienes que no sea atribuible al concesionario. Para ello, es recomendable establecer en el Contrato un plazo máximo razonable para que la citada responsabilidad sea asumida por el concedente.

F. Reversión de los bienes de la Concesión

Producida la caducidad del Contrato de acuerdo a los términos contractuales, el concesionario deberá devolver al concedente todos los bienes de la Concesión. Estos deberán estar en buen estado de conservación, salvo por el desgaste normal, en condiciones de uso y explotación.

El concesionario deberá devolver o entregar los bienes de la Concesión junto a la información necesaria para que se continúe con la prestación del servicio de forma ininterrumpida, libre de toda carga, gravamen o derecho de cualquier naturaleza que pueda limitar, impedir o afectar la prestación del servicio.

Se deberá suscribir el acta de reversión de los bienes de la Concesión, en la que se establezcan los datos de los representantes de las partes, la descripción de los bienes objeto de la reversión, especificándose cada componente, característica, ubicación, estado de conservación, anotación sobre su funcionamiento o rendimiento y demás elementos de interés, pudiéndose incorporar el inventario final de bienes de la Concesión.

El acta de reversión y el inventario final de bienes de la Concesión pueden incluir cualquier otro elemento que ayude a identificar el objeto entregado y su estado de conservación, como planos, fotografías, esquemas, etcétera.

9 RÉGIMEN DE ÁREAS DE LA CONCESIÓN

9.1 ÁREAS DE LA CONCESIÓN

A. Alcance

Tal como ocurre con los bienes de la Concesión, el Contrato debe regular el régimen jurídico aplicable a la obtención y la entrega de áreas de la Concesión, identificando a los responsables, así como las condiciones y consecuencias derivadas de esta obligación.

Considerando la naturaleza de estos bienes de la Concesión, el presente acápite desarrolla el alcance y las particularidades aplicables a la entrega y gestión de predios.

B. Pautas para el diseño de la cláusula

El Contrato debe regular las principales condiciones para la entrega de áreas que se requieran para el desarrollo del proyecto.

Es importante que cuando la naturaleza y los alcances del proyecto lo permitan, el proceso de obtención de áreas sea iniciado por el concedente de manera previa al Proceso de Promoción, para cumplir la meta y el cronograma de entrega de áreas establecidos en el IE y en el respectivo Contrato.

Estas reglas no son de aplicación a los Contratos en los que el riesgo de disponibilidad de terrenos recae solo en el concesionario, como ocurre en el sector energía. Asimismo, no limitan o restringen la posibilidad de compartir el riesgo con el concesionario o encargarle la obtención de los predios necesarios o liberación de interferencias, una vez suscrito el respectivo Contrato.

9.2 PRINCIPALES REGLAS

A. Meta de liberación de áreas

Conforme a la normativa vigente, como parte de la estructuración y elaboración del Contrato, el OPIP debe establecer una meta de liberación de predios y áreas que requiere el proyecto para ser adjudicado.

Esta meta debe ser consistente con la información proporcionada por el concedente y con los plazos estimados para la estructuración del proyecto, de acuerdo al Informe de Evaluación.

B. Entrega de áreas al concesionario

Las cláusulas que regulan la entrega de terrenos a favor del concesionario podrán establecer que esta se realice bajo diferentes títulos, como posesión, usufructo, servidumbre, entre otros; siempre que con ello se posibilite otorgar la

disponibilidad y la seguridad jurídica requerida según la naturaleza y los alcances del proyecto.

Asimismo, si se obliga al concedente a entregar áreas de la Concesión sobre las cuales tiene disponibilidad por títulos distintos a la propiedad, el contrato debe asignar al concedente la responsabilidad por actos o circunstancias que imposibiliten la ejecución de obras.

C. Condiciones para la recepción de predios y defensas posesorias

Es importante que el Contrato establezca las condiciones en las que se realizará la entrega de áreas, según el tipo de proyecto; precisando que el concesionario está obligado a aceptar terrenos en tanto no existan circunstancias que impidan la ejecución física del proyecto.

Por ello, es necesario que el Contrato permita distinguir claramente entre las condiciones para la recepción de áreas a cargo del concedente y aquellas labores que forman parte del proceso constructivo a cargo del concesionario.

Por otro lado, el Contrato puede establecer un trato diferenciado entre bienes de titularidad del Estado o de titularidad privada, dado que, en el primer caso puede promoverse la adopción de acuerdos o convenios institucionales para solucionar la problemática existente, siempre que no impida la ejecución de obras.

Por ejemplo, si existiera una medida cautelar sobre un bien de titularidad estatal, se podría solicitar la sustitución del predio o terreno a nivel judicial, sin que ello implique un riesgo sobre su disponibilidad para la ejecución del proyecto; o en todo caso aplicar lo señaladp en el segundo párrafo del numeral B. de la presente sección.

Asimismo, el Contrato debe establecer las obligaciones del concesionario referidas a las defensas posesorias y la responsabilidad frente a terceros, las cuales deben ser consistentes con las reglas aplicables a la entrega de terrenos.

D. Posibilidad de entregas parciales

En caso de que existan proyectos que se desarrollen por tramos, fases, etapas o similares, y siempre que resulte consistente con la naturaleza y los alcances del proyecto, se podrá regular la posibilidad de realizar entregas parciales de áreas.

Estas entregas deben asegurar la ejecución oportuna y posterior aceptación de las obras; asimismo deben permitir que se cumpla con las características de funcionalidad, operatividad y continuidad. Para ello, el cronograma de entregas debe estar enfocado en optimizar los plazos y hacer más eficiente la ejecución del proyecto.

Asimismo, los cronogramas de entrega de predios deben elaborarse considerando la ruta crítica del proyecto definida durante el Proceso de Promoción. Dichos cronogramas deben ser incorporados a las Bases, para que sean considerados en la propuesta técnica de los postores.

Con estas premisas, se recomienda que el Contrato establezca que el concesionario es responsable por el sobrecosto o el incumplimiento de plazos que pudiera generarse en caso de que propongan modificaciones al diseño planteado durante el Proceso de Promoción, que alteren las condiciones de entrega de terrenos establecida en el Contrato.

Por otro lado, las reglas aplicables a la entrega de terrenos deben procurar que, en un escenario de caducidad anticipada, el Estado pague por activos que puedan ser útiles para el usuario, en atención a los criterios de funcionalidad, operatividad y continuidad.

E. Plazos para la entrega de áreas

El cronograma de entrega de predios que establezca el Contrato debe considerar la naturaleza y los alcances del proyecto, así como la disponibilidad y el proceso de obtención de los mismos por parte del concedente.

De acuerdo a la normativa, es obligatorio haber alcanzado la meta de obtención de predios establecida en el IE, antes de que el Contrato sea adjudicado. Por lo que corresponde al concedente incluir en el Contrato una declaración garantizando el cumplimiento de dicha meta.

Las entidades públicas involucradas son responsables de velar por la aplicación del principio de Enfoque de Resultados y Responsabilidad Presupuestal previsto en la normativa vigente. Por ello, deben considerar que mientras más ambiciosa sea la meta de obtención de predios, menor será el riesgo que el concesionario deberá internalizar en su propuesta técnica y económica, lo cual generará el eficiente uso de recursos en el proyecto.

F. Gestión de riesgo de obtención de áreas

Si bien la responsabilidad de obtención de terrenos suele ser asumida por el concedente, el Contrato puede habilitarlo para trasladar este riesgo al concesionario, ya sea total o parcialmente.

Asimismo, el Contrato podrá asignar a favor del concedente la opción de encargar al concesionario las labores necesarias para la adquisición de predios y/o liberación de interferencias, como la identificación de predios, la elaboración del expediente técnico legal, la realización del trato directo, entre otros. Estas acciones permitirá que el concesionario pueda obtener mejores resultados en términos de tiempo y manejo social.

De trasladarse estas labores al concesionario, se deberán incorporar mecanismos para alinear incentivos. Por ejemplo, mediante la asunción sea total o parcial de los retrasos derivados de las acciones del concesionario.

G. Responsabilidad sobre el financiamiento

Si el Contrato permite que el concedente encargue al concesionario la adquisición de predios mediante trato directo, debe precisar que el concedente es responsable de pagar un monto máximo, equivalente al valor comercial más el incentivo establecido en el Decreto Legislativo N° 1192, Decreto Legislativo que aprueba la

Ley Marco de adquisición y expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura, sus normas modificatorias y/o aquellas que lo sustituyan.

En este caso, el Contrato puede establecer que el concesionario será responsable de realizar los pagos hasta por un valor determinado, producto del trato directo, y que en caso la gestión de predios e interferencias, a cargo del concesionario, permitan reducir los costos de estas actividades, los ahorros generados podrán ser asignados entre las partes según la proporción establecida en el contrato.

Por otro lado, si los flujos del proyecto permiten asignar al concesionario la obligación de realizar y financiar la adquisición de predios, es necesario establecer un monto máximo que deberá ser determinado durante las fases de Estructuración o Transacción, para que pueda ser internalizado en la propuesta económica del concesionario.

H. Consecuencias ante el incumplimiento de la entrega de terrenos

El Contrato puede establecer la posibilidad de compensación a favor del concesionario por el incumplimiento de los plazos de entrega de predios o de liberación de interferencias. El objetivo es alinear los incentivos para la entrega oportuna de los predios, internalizando el costo de la demora imputable al Estado.

Para ello, la cláusula puede determinar un mecanismo de compensación por el incumplimiento, que resulte consistente con la naturaleza y los alcances del proyecto y con el impacto de la demora en la ruta crítica del proyecto.

Dada la importancia de cumplir oportunamente con la entrega de predios a cargo del concedente, el Contrato puede establecer como formas de compensación a favor del concesionario la ampliación de plazo, la suspensión de obligaciones o la indemnización cuando resulte compatible con la naturaleza del proyecto.

En esta línea, durante la estructuración del proyecto, se deberá determinar la exposición máxima del proyecto frente al riesgo de retraso en la entrega de predios, para regular el límite máximo de compensación que podría asumir el Estado para cubrir esta exposición. Esto, a su vez, permitirá establecer umbrales para optar por la caducidad en caso de incumplimientos insubsanables del Estado.

I. Variaciones que impacten en las áreas requeridas

El Contrato debe fijar claramente los límites de la discrecionalidad técnica del concesionario respecto a la modificación del diseño del proyecto, cuando ello impacte en las áreas, los cronogramas o los plazos para la liberación de predios. Alternativamente, será posible asignar al concesionario los costos o los plazos derivados de su modificación.

Con esta premisa, es recomendable precisar que el concesionario asumirá a su costo y riesgo cualquier modificación al diseño o al cronograma de ejecución del proyecto, cuando ello implique una variación en el cronograma de entrega de terrenos o en el área previamente establecida en el Contrato.

En estos casos, el Contrato deberá especificar el proceso de aprobación del cambio de trazo o diseño, pudiendo requerir estudios de los sobrecostos o sobreplazos en las expropiaciones y liberaciones de interferencias, como resultado de las modificaciones propuestas.

Asimismo, si el concesionario cambia el trazo o diseño definido inicialmente por el Estado durante el proceso licitatorio, los mayores gastos que irrogue este cambio por la mayor necesidad de terrenos o liberación de interferencias deberán ser asumidos íntegramente por el concesionario.

La cláusula puede también considerar los supuestos de modificación del trazo o diseño por parte del concedente, consecuentemente, se deberán establecer las compensaciones a favor del concesionario, siempre que se genere un impacto en costos o plazos, según la propuesta técnica y la ruta crítica del concesionario.

J. Responsabilidad sobre interferencias

El Contrato debe establecer a quién le corresponde la obligación y los costos de levantamiento de interferencias de los servicios públicos. Es recomendable que el Contrato incluya una definición de «interferencias», consistente con la naturaleza del proyecto, distinguiéndola de las labores propias del proceso constructivo, a cargo del concesionario, con el propósito de dar predictibilidad a las obligaciones exigibles a cada una de las partes.

Asimismo, el Contrato puede establecer tratamientos diferenciados entre las interferencias identificadas en el proyecto referencial y aquellas que aparezcan durante la construcción. Al respecto, se plantean los siguientes ejemplos:

- Las interferencias que sean detectadas durante la elaboración del EDI por parte del concesionario podrán ser reconocidas por el concedente. Sin embargo, las que no sean detectadas por falta de diligencia, podrían ser imputadas al concesionario, como parte del riesgo de diseño.
- En caso de encargar al concesionario la liberación de interferencias, cuyos costos serán asumidos por el Estado, debe incorporarse alguna consecuencia (como penalidades), en caso el concesionario incumpla con el cronograma de liberación y esta demora sea atribuible solo al concesionario.

10 REGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO DE LA CONCESIÓN

10.1 RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO

A. Alcance

La definición del esquema de recuperación de la inversión es un elemento fundamental de los Contratos, pues tiene incidencia en los aspectos financieros y económicos del proyecto, así como en los mecanismos de asignación de riesgos.

B. Pautas para el diseño de la cláusula

Para regular el régimen económico, será necesario establecer el mecanismo de recuperación de la inversión. Así, según la clasificación del proyecto (autofinanciado o cofinanciado), es posible optar por diferentes modalidades, pues los ingresos del concesionario pueden provenir de: i) los pagos realizados directa o indirectamente por los usuarios por los servicios prestados, ii) del cofinanciamiento del Estado o iii) de una combinación de ambos, los cuales deben ser definidos contractualmente a base de los resultados del análisis financiero. El diseño de la cláusula dependerá principalmente de que el Contrato sea autofinanciado o cofinanciado, según las reglas que se presentan a continuación.

10.2 PROYECTOS AUTOFINANCIADOS

A. Alcance de los proyectos autofinanciados

Los proyectos autofinanciados son aquellos con capacidad propia de generación de ingresos de tal forma que permita alcanzar el escenario de viabilidad financiera, de modo que los pagos realizados por los usuarios durante la etapa de operación del proyecto permitirán cubrir los costos que requiera su implementación.

Así, para los proyectos autofinanciados, el mecanismo de pago será la tarifa, peaje o precio, que se cobre a los usuarios, ya sea directa o indirectamente, mediante empresas estatales o privadas o entidades del Estado.

En consecuencia, para este tipo de proyectos el Contrato solo debe regular los cobros a los usuarios, ya sea por concepto de tarifa, peaje o precio; cobrado: i) directamente por el concesionario, o ii) indirectamente mediante empresas estatales o privadas (unidades de recaudo) o entidades del Estado.

El OPIP debe evaluar y sustentar la necesidad de contar con garantías no financieras (por ejemplo, mecanismos para compartir o reducir la exposición al riesgo de demanda o tráfico como las garantías de ingresos mínimos) o garantías financieras conforme las normas de la materia.

B. Fijación de tarifas

Para tarifas, el Contrato deberá incluir disposiciones relativas al régimen tarifario y si existe la posibilidad de establecer tarifas diferenciadas, así como el método de cobro de tarifas.

La(s) tarifa(s) que se cobrará(n) a los usuarios será(n):

- La(s) que se haya(n) indicado en la propuesta económica, si los criterios de evaluación consideran este Factor de Competencia;
- La(s) que se establezca(n) en el Contrato conforme al modelo económico financiero del OPIP; o
- La(s) establecida(s) por el regulador en el ejercicio de sus funciones legalmente establecidas.

C. Modificaciones o ajustes al régimen de tarifas

El Contrato deberá especificar la moneda de cobro de la tarifa. En caso de que sea en moneda extranjera (como por ejemplo, Dólares de los Estados Unidos de

América US\$) se deberá establecer la fecha de aplicación del tipo de cambio. Asimismo, el Contrato deberá precisar si la tarifa está sujeta o no a ajustes por inflación y la fórmula aplicable.

Siempre que el Contrato regule la posibilidad de realizar los incrementos tarifarios, deberá establecerse expresamente las condiciones necesarias y la oportunidad en la que operará este incremento (por ejemplo, el inicio de operaciones de un tramo o etapa determinada).

Para el supuesto referido a los ingresos provenientes de pagos de usuarios más cofinanciamiento del Estado, serán de aplicación las normas regulatorias vigentes.

D. Descuentos sobres las tarifas

Cuando la naturaleza del proyecto lo permita, el Contrato puede facultar al concesionario para conceder descuentos, precisando que está expresamente prohibida cualquier práctica discriminatoria o que implique el abuso de posición de dominio, así como cualquier otra conducta que constituya competencia desleal.

En caso de incorporar esta facultad a favor del concesionario, deberá indicarse expresamente que el otorgamiento de descuentos no podrá generar un incremento de los pagos del concedente ni requerirá garantías adicionales del Estado.

E. Ingresos complementarios

El Contrato debe precisar si el concesionario podrá prestar servicios y recibir ingresos complementarios y, de ser el caso, el procedimiento para su autorización. Dependiendo de la tipología y naturaleza de estos servicios, debe identificar el mecanismo de compartición de ingresos con el Estado.

No es indispensable identificar el margen de compartición durante el diseño del contrato, pero es importante establecer el mecanismo y criterios para determinar esta compartición al momento de autorizar la prestación de servicios complementarios.

F. Retribución al concedente

En caso de contratos autofinanciados que generen un excedente tal, que posibilite establecer una retribución a favor del concedente, se deberán especificar el importe a abonar, la periodicidad del abono y las penalizaciones o intereses de demora, así como el procedimiento de pago.

Podrá tratarse de un pago periódico o un único pago al inicio de la Concesión y podrá establecerse como una cuantía fija o como un porcentaje predeterminado de los ingresos del concesionario.

10.3 PROYECTOS COFINANCIADOS

A. Alcance de los proyectos cofinanciados

Los proyectos cofinanciados son aquellos en los que no es posible generar ingresos suficientes de los usuarios, para que sea viable desde el punto de vista económico y financiero.

En estos proyectos se debe procurar como primera opción el establecimiento de un mecanismo de pagos, basado en la disponibilidad o los Niveles de Servicio. La obligación de pago por parte del Estado se genera una vez finalizada la obra y puesta en servicio de la infraestructura correspondiente.

Como segunda opción, podrán considerarse esquemas de pagos diferidos de capital basados en hitos funcionales. En ambos casos, tratándose de proyectos que requieran altos niveles de inversión, se podrá considerar además la realización de pagos durante la construcción y en su totalidad no deberían ser superiores a un determinado porcentaje del coste de obra, por ejemplo, el cincuenta por ciento (50%). Así, se traslada adecuadamente el riesgo de construcción al concesionario⁶.

Excepcionalmente, el OPIP podrá considerar esquemas de pago diferido de capital por hitos constructivos o hitos financieros, los cuales al escapar de la regla general deben estar debidamente sustentados por el OPIP.

El contrato podrá emplear cada mecanismo de forma individual o puede establecer una combinación de los mismos, dependiendo de la distribución de riesgos que se implemente en el proyecto.

En estos casos se puede optar entre diferentes modalidades o mecanismos de pago, conforme se detallará a continuación.

B. Reglas generales para los pagos a cargo del Estado

La regulación contractual del mecanismo de pagos deberá determinar la oportunidad y cuantía en las que el Estado deberá efectuar los pagos. Por ello, al desarrollar la estructura básica de un mecanismo de pago, se deberán respetar las siguientes reglas de carácter general:

- El pago no podrá ser exigido al concedente en tanto el concesionario no haya finalizado la obra, como mínimo el hito funcional establecido en el contrato; sin perjuicio de los casos excepcionales debidamente sustentados por el OPIP.
- El pago solo se debería producir en la medida en que el servicio está cumpliendo con los Niveles de Servicio precisados por el concedente. Esta regla no aplica a los pagos por hitos o unidades funcionales
- El mecanismo de pago puede prever los ajustes (por ejemplo descuentos en los pagos del Estado) que se harán para un funcionamiento por debajo de los Niveles de Servicio establecidos en el contrato. Los ajustes tienen que ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento, excepto en el caso del incumplimiento menor prolongado y/o persistente, en que puede resultar conveniente la aplicación de un mecanismo que incremente el nivel del ajuste en

⁶ Para mayor información, véase la sección relativa a mecanismo de pagos de los lineamientos para el desarrollo de las fases de Formulación y Estructuración en los proyectos de asociaciones público-privadas.

función del número de repeticiones del incumplimiento. Alternativamente, es posible optar por la aplicación de penalidades.

- El concedente y el concesionario deben poder medir fácilmente el cumplimiento de las especificaciones de desempeño fijadas y, por ende, el pago que deba realizar el Estado.
- El cálculo del pago se debe basar en resultados (*outputs*) como el grado de los estándares de funcionamiento, y no en los insumos (*inputs*) necesarios.

C. Pagos durante la etapa de construcción

Se trata de los pagos a cargo del concedente de una parte de la inversión durante la etapa de construcción, aportada en forma de remuneración de capital (aportes públicos no reembolsables). El objetivo fundamental de dicho pago fundamentalmente es aminorar la carga presupuestaria futura, pues se reduce el importe de los compromisos del concedente necesarios para acometer la construcción de la infraestructura. Asimismo, permite acotar el riesgo de financiamiento de proyectos que requieren altos niveles de inversión.

Algunos Contratos denominan este pago como pago por obras (PPO) o cofinanciamiento.

El OPIP debe considerar que el uso de este mecanismo de pago no debe desvirtuar el esquema de transferencia de riesgos del proyecto, principalmente, los riesgos de diseño y construcción. Asimismo, debe evaluar las condiciones necesarias para mantener el adecuado equilibrio de riesgos entre las partes.

D. Pagos durante la etapa de operación

Dependiendo del esquema financiero del proyecto, el Contrato puede establecer pagos a cargo del concedente durante la etapa de operación, los cuales podrán tener por finalidad retribuir: i) la inversión, o ii) la operación y mantenimiento del proyecto

A estos pagos, a cargo del Concedente se deberán deducir los ingresos obtenidos por el cobro a los usuarios (y otros ingresos menores derivados del Contrato), a efectos de cubrir los costos establecidos en el Contrato. Entre los principales tipos de pagos del Estado, se encuentran:

- Pago por disponibilidad (PPD)

Se trata de pagos fijos anuales, semestrales o trimestrales, sujetos a la calidad y disponibilidad del servicio y de la infraestructura del proyecto. En ese sentido, el Contrato debe prever que estos pagos están sujetos a deducciones por incumplimientos de los indicadores de servicio o por falta de disponibilidad de la infraestructura, según el Contrato respectivo.

Eventualmente, en el Contrato se podrán establecer mecanismos de PPD que tengan una parte garantizada limitando las deducciones a un tope anual, de igual forma, el Contrato puede prever que el exceder dicho límite podría configurar una causal de terminación anticipada del Contrato.

Sin embargo, esta decisión deberá derivar de un análisis de bancabilidad que justifique establecer un límite a las deducciones, a fin de evitar el riesgo moral de los financistas y del propio concesionario para el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

El PPD se ajusta típicamente por inflación, pero podrían establecerse ajustes por otros supuestos. Por ejemplo, en el caso de inversiones adicionales.

Se entiende que la infraestructura del proyecto está disponible, cuando pueda ser utilizada por los usuarios y cumpla con los Niveles de Servicio y los estándares de calidad establecidos en el Contrato.

Asimismo, un PPD típicamente es un pago único que no distingue entre componentes de inversión de capital, operación y mantenimiento, remunerando en un solo pago todos los conceptos objeto del contrato.

Así, se optimizan los incentivos para que el concesionario sea una empresa operadora de servicios, cuyo negocio y ganancia esté alineada con la búsqueda de eficiencia en costos y el cumplimiento de indicadores de los Niveles de Servicios.

- **Pago diferido del capital**

Son pagos periódicos constantes (trimestrales, semestrales o anuales) que el concedente realiza al concesionario durante el periodo de operación del proyecto, y que remunera un porcentaje de la inversión realizada (solo incluye ejecución de obra), que se devengó por el cumplimiento de determinados hitos vinculados al avance de obras (hitos físicos), o a la terminación de tramos o unidades funcionales de la infraestructura (hitos funcionales).

Este pago ha sido denominado en algunos Contratos como Retribución por Inversión (RPI) o Pago por Avance de Obras (PAO), entre otros.

De manera específica, cabe precisar que un hito funcional es el conjunto de estructuras de ingeniería, instalaciones o equipamientos indispensables para la prestación de servicios con independencia funcional. Estos, una vez ejecutados, podrán funcionar u operar de forma individual a favor de los usuarios, cumpliendo los Niveles de Servicio que se hayan establecido en el Contrato.

- **Peaje o tarifa sombra**

Son pagos abonados por la entidad pública en función de la demanda o tráfico del proyecto. Tiene por finalidad remunerar, tanto la inversión como la operación y el mantenimiento.

- **Pago por operación y mantenimiento**

Son pagos periódicos constantes (trimestrales, semestrales o anuales) que remuneran los gastos de operación y mantenimiento del proyecto. Típicamente, este pago se ajusta por inflación, según las fórmulas que deberá establecerse en el Contrato.

Como este pago tiene por único fin retribuir la operación y el mantenimiento, suele estar acompañado de un RPI que retribuye la inversión. En contratos en que no haya sido posible optar por un PPD y deban tener 1) un pago diferido tipo RPI y 2) un pago por operación, se deben estructurar los pagos de tal manera que el pago por operación y mantenimiento tenga la mayor parte de la utilidad de ganancia del concesionario.

Así, se evita que el RPI, que típicamente es ajeno a deducciones por Niveles de Servicio, sea lo que retribuya enteramente al concesionario y se alineen mejor los incentivos para proveer un servicio de calidad.

11 REGLAS PARA EL FINANCIAMIENTO DEL PROYECTO

11.1 FINANCIAMIENTO DEL PROYECTO

A. Alcance

Por lo general en los Contratos, el concesionario suele ser responsable de la obtención del financiamiento (también conocido como cierre financiero) necesario para la ejecución del proyecto.

El Contrato debe establecer un plazo máximo para el cierre financiero, incluido un mecanismo de prórroga ante la solicitud del concesionario, previendo mecanismos para mitigar los riesgos del incumplimiento.

Preferentemente, el plazo para la obtención del financiamiento es de un año desde la suscripción del Contrato, prorrogable por un periodo máximo a solicitud del concesionario, que deberá ser determinado en el respectivo Contrato.

A efectos de mitigar el riesgo de incumplimiento de la obligación de obtener el cierre financiero, es posible establecer que para la ampliación de plazo, el concesionario deberá incrementar el monto de la carta fianza durante el periodo de la ampliación, cuando el retraso se produzca por causas imputables al concesionario.

Si ha transcurrido el plazo establecido en el Contrato o el periodo adicional concedido para acreditar el cierre financiero, sin que esto se haya producido, el concedente podrá ejecutar la garantía de fiel cumplimiento del Contrato y si el incumplimiento persiste, podrá declarar la caducidad del Contrato por incumplimiento del concesionario. La caducidad del Contrato debe ser automática.

B. Pautas para el diseño de la cláusula

Los Contratos deben establecer los conceptos claves relacionados con el financiamiento del proyecto, así como con los mecanismos para su realización.

11.2 PRINCIPALES REGLAS

A. Acreedores permitidos

Son los financistas o prestamistas del proyecto que han sido calificados por el Concedente y que ostentan los derechos y garantías establecidos en el respectivo Contrato.

Si bien ha sido regla enunciar los requisitos mínimos que ostentan los acreedores permitidos, toda vez que el concedente ni el Estado no intervienen en estos acuerdos ni las deudas generadas son oponibles al concedente ni al Estado, se considera necesario homogeneizar el tratamiento de los acreedores permitidos del proyecto, mediante una definición general y no enunciativa, que permita incorporar a las distintas fuentes del financiamiento del proyecto, las cuales no podrán ser en ningún caso:

- Aquellos con vinculación económica con el concesionario.
- Aquellos declarados inelegibles por algún organismo multilateral.
- Aquellos vinculados con la comisión de delitos de corrupción, lavado de activos o terrorismo, debidamente declarada por autoridad competente.

B. Endeudamiento garantizado permitido, deuda garantizada o análogos

Corresponde a los documentos a ser suscritos entre los acreedores permitidos y el concesionario, que sustentan la disponibilidad de financiamiento para la ejecución del proyecto⁷. Con la suscripción de estos documentos, los acreedores permitidos obtienen los derechos establecidos en el Contrato (como los *step in rights*, la garantía de acciones, la cesión de flujos, la hipoteca de la Concesión, entre otros, los cuales se explicarán más adelante).

De forma previa a su suscripción, estos documentos deben ser presentados ante la entidad pública correspondiente⁸ para su revisión. La participación de la entidad pública se circunscribe a verificar que las condiciones y los términos de los documentos del financiamiento —esencialmente las garantías del contrato— no alteran lo establecido en el Contrato ni que generen riesgos o alguna responsabilidad adicional al concedente no considerada en el Contrato. En esta etapa, el concesionario informará quiénes serán los acreedores permitidos.

⁷ Estos documentos dependen de la estructura de financiamiento planteada. A modo de ejemplo pueden ser:

- (i) Contrato de financiamiento y/o el contrato marco de emisión, según sea el caso (con particular énfasis en los montos del principal o de la emisión, tasas de interés, disposiciones sobre amortización, gastos de emisión, comisiones, penalidades por pago anticipado, seguros e impuestos).
- (ii) Contrato de fideicomiso.
- (iii) Contratos del paquete de seguros, con coberturas de construcción y/u operación, según sea el caso.
- (iv) Contratos de garantía y seguridades, según sea el caso, así como el contrato de hipoteca sobre los derechos de la concesión, contrato de garantía mobiliaria sobre las acciones, entre otros.
- (v) Acuerdo entre acreedores cuando se trata de un financiamiento que aglomera distintos tramos cada uno con términos y condiciones propios y/o con financistas de distinta naturaleza.
- (vi) Compromisos de garantía de los accionistas del inversionista (Sociedad de Propósito Especial, SPE), que pueden ser, entre otras, de diversas modalidades como aporte de patrimonio, aporte deuda subordinada, compromiso de soporte al fondeo del proyecto, etcétera.
- (vii) Cualquier texto contractual relevante que el inversionista y las empresas vinculadas a este hayan acordado con los financistas o acreedores permitidos que participarán en el financiamiento según la respectiva estructuración.
- (viii) Otros, dependiendo del tipo de financiamiento.

⁸ Según la normativa vigente, la revisión y emisión de conformidad de los documentos que sustenten el endeudamiento garantizado permitido o cierre financiero o análogos está a cargo de:

- Proinversión, en los proyectos a su cargo. Asimismo, en caso el factor de competencia del proceso esté vinculado al endeudamiento garantizado permitido o este genere un impacto tarifario se requerirá la opinión del ministerio, gobierno regional o gobierno local o del organismo regulador, respectivamente; o
- Ministerio, gobierno regional o gobierno local, en los contratos que no estén a cargo de Proinversión.

El procedimiento de conformidad debe permitir a la entidad pública correspondiente pronunciarse sobre los documentos de financiamiento y requerir —de ser necesario— que se efectúen las modificaciones o las precisiones que resulten necesarias para que se respeten como mínimo: i) el esquema de riesgos aprobado, y ii) los términos y condiciones del Contrato, incluidos los derechos de intervención otorgados a los acreedores permitidos.

Finalmente, el Contrato deberá prever que si la entidad pública no emite pronunciamiento en el plazo otorgado, se entenderá que no existe objeción por parte del mismo a los documentos de financiamiento remitidos por el concesionario. Ello privilegiará la ejecución del proyecto y constituirá un incentivo para el actuar diligente de la entidad pública, conforme al principio de enfoque por resultados.

C. Cierre financiero

Es el momento en que el concesionario asegura y formaliza el ingreso o disponibilidad de los flujos necesarios para el desarrollo del proyecto. Para acreditar el cumplimiento de esta obligación, toda la documentación del financiamiento debe ser suscrita y todas las condiciones previas exigibles en ese momento para obtener el financiamiento del proyecto deben haberse acreditado⁹.

Corresponderá a la entidad pública respectiva otorgar la conformidad o el rechazo del cierre financiero. Para ello, deberá corroborar que el monto de financiamiento resulte suficiente para ejecutar el proyecto, que los documentos de financiamiento estén firmados y que las condiciones previas exigibles en ese momento, para que la disponibilidad del financiamiento sean cumplidas.

El cierre financiero constituye un requisito para el inicio de ejecución de obras del proyecto.

Excepcionalmente, si el OPIP considera necesario iniciar la ejecución de intervenciones puntuales antes del cierre financiero, se debe incluir en el contrato, los incentivos para garantizar su obtención, por ejemplo, incluir una garantía específica por cierre financiero.

Con la conformidad al cierre financiero, se ejercen los derechos de intervención de los acreedores permitidos.

D. Derechos de los acreedores permitidos

En las negociaciones para brindar su financiamiento, los acreedores permitidos analizarán, entre otros, el detalle del Contrato para evaluar y tasar los riesgos a asumir si se concede la financiación. En este contexto, es conveniente la inclusión de determinadas cláusulas en el Contrato que tengan por objeto mitigar los riesgos de los acreedores permitidos.

Estas reglas por lo general incluyen la autorización de transferencia de caja del fideicomiso (cesión de flujos), el pago directo de indemnizaciones a las entidades financieras, la asunción del control (*step in rights*) en caso de incumplimiento del concesionario (que incluye el derecho a subsanar estos incumplimientos), así

⁹ O que las condiciones previas para el desembolso del financiamiento sean objetivamente materializables, dadas las características del proyecto y del estado de avance del mismo.

como el derecho de recibir información periódicamente sobre el cumplimiento de las obligaciones del concesionario.

E. Garantía de acciones

El Contrato debe establecer que las acciones del concesionario podrán otorgarse en garantía mobiliaria a sus acreedores permitidos en respaldo del cumplimiento de sus obligaciones, requiriendo, en todo caso, la autorización previa del concedente, la cual no deberá admitir la garantía sobre las acciones del concesionario en respaldo de deudas que no guarden relación con el Contrato.

F. Hipoteca de la Concesión

El Contrato debe articular la forma en que los acreedores permitidos pueden asumir el control del proyecto. En general, esto solo se podrá dar cuando:

- El concesionario incumpla con sus obligaciones financieras de conformidad con lo establecido en los documentos de crédito suscritos con los acreedores, o
- El concedente les notifique que pueden ejercer tal derecho antes de que se declare la caducidad.

Así, se asegura la continuidad del proyecto mediante la sustitución del concesionario sin que el Contrato concluya. El concedente no debe ser afectado producto de la implementación de los derechos de intervención y el contrato debe efectuarse según las condiciones originales incluida cualquier penalidad o deducción.

G. Cierre financiero en contratos con mecanismos de pago distintos de la disponibilidad o la funcionalidad

Tratándose de proyectos cuyo mecanismo de recuperación de la inversión sea el de pagos diferidos de capital con un inicio de pago en una fecha determinada o determinable (fecha fija), el respaldo del financiamiento es la capacidad de pago del concedente. En consecuencia, para evitar el sobreaseguramiento a favor de los financistas, el OPIP debe evaluar la necesidad de incluir garantías adicionales en el Contrato (garantía mobiliaria sobre acciones, hipoteca de la Concesión, entre otros), sin que ello implique reducir las exigencias o características que deben cumplir los financistas.

Bajo estas premisas, el cierre financiero no necesariamente requerirá la autorización previa del endeudamiento garantizado permitido, en tanto no implique el otorgamiento de garantías a favor de los acreedores permitidos.

Sin perjuicio de ello, es posible que el Contrato establezca algunos derechos a favor de los acreedores permitidos, por ejemplo, la necesidad de autorización en casos de modificación contractual.

En este sentido, corresponderá al concedente otorgar la conformidad o rechazo del cierre financiero, verificando que los financistas cumplan con las condiciones que permitan garantizar el financiamiento del proyecto. Para ello, deberá corroborar que el monto de financiamiento resulte suficiente para ejecutar el proyecto, que los documentos de financiamiento estén suscritos, y que las condiciones exigibles para garantizar la disponibilidad del financiamiento, sean cumplidas. En ningún caso, los términos pactados implicarán mayores gastos o pagos por parte del concedente que aquellos convenidos en el Contrato.

H. Refinanciamiento

Durante la vigencia del Contrato, el concesionario puede cambiar o sustituir la estructura, naturaleza o los términos del financiamiento que obtuvo para acreditar el cierre financiero. Estos cambios o la reestructuración de la deuda pueden generar ganancias, ya sea mediante un incremento o aceleración de las utilidades o beneficios para los concesionarios o una reducción en los compromisos financieros del proyecto.

Por ejemplo, mediante operaciones que generen la reducción de tasas de interés, la reducción en las cuentas de reserva, el incremento en los plazos del endeudamiento, el aumento en los montos del endeudamiento, entre otros.

Corresponderá al Concedente brindar la conformidad a la propuesta de refinanciamiento, para lo cual deberá evaluar por lo menos, si el refinanciamiento: i) aumenta el riesgo del concedente, ii) reduce incentivos al concesionario para cumplir con los Niveles de Servicio establecidos en el Contrato, particularmente si se dan en los últimos años, iii) deteriora la estabilidad financiera del concesionario o generar perjuicios al Estado. En ningún caso el refinanciamiento puede generar nuevos riesgos al concedente.

Asimismo, se debe evaluar la posibilidad de una compartición de las ganancias del refinanciamiento entre el concesionario y el concedente.

I. Capital social

El Contrato debe establecer los requerimientos mínimos de capital social para el proyecto, dicho monto debe asegurar la solvencia y solidez del concesionario y alinear los incentivos de este último al poner en riesgo su capital.

El monto del capital social es un porcentaje en función del monto de inversión y los mecanismos de pago previstos en el Contrato, sin perjuicio de los términos específicos que se establezcan en el contrato de financiamiento (covenants).

Asimismo, el Contrato debe establecer la participación mínima y el plazo mínimo de permanencia de los principales socios, entendidos como aquellos que acreditaron la experiencia requerida durante el Proceso de Promoción.

El capital social podrá reducirse durante la etapa de operación del proyecto.

12 RESTABLECIMIENTO DE EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO

12.1 EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO

A. Alcance

El Contrato parte de la premisa de que las obligaciones y las responsabilidades asignadas a las partes se hallan en equilibrio al momento de su suscripción. En este sentido, el Contrato solo puede incorporar una cláusula de restablecimiento del equilibrio económico-financiero frente a cambios en las normas aplicables al mismo, que por tratarse de un factor externo no podría haber sido incorporado por el concesionario en su propuesta económica, generando un impacto relevante en los costos e ingresos del proyecto.

B. Pautas para el diseño de la cláusula

Para la elaboración de la cláusula de restablecimiento del equilibrio económico-financiero, se debe considerar lo establecido en el marco normativo vigente respecto de la causal de invocación, la determinación de la magnitud del impacto, entre otros aspectos.

12.2 PRINCIPALES REGLAS

A. Declaración de equilibrio económico-financiero

La cláusula incorpora la declaración por las partes de que estas se hallan en una situación de equilibrio económico-financiero respecto de sus derechos, responsabilidades y riesgos que se les han asignado. Esto es porque las partes contratan voluntariamente entre ellas y con pleno conocimiento de las obligaciones que están asumiendo.

Asimismo, las partes declaran el compromiso de mantener el equilibrio económico-financiero durante la vigencia del contrato en el marco de esta cláusula.

B. Procedimiento para la invocación del restablecimiento del equilibrio económico-financiero

El contrato debe permitir que ambas partes puedan invocar el restablecimiento del equilibrio económico-financiero frente a una situación de ruptura. Para ello, la parte interesada deberá realizar esta solicitud sustentando su petición y la propuesta de compensación, de corresponder.

Se recomienda que un tercero imparcial, como el supervisor, organismo regulador o empresa auditora; verifique si se ha producido la ruptura del equilibrio económico-financiero por los cambios en las leyes aplicables, así como el monto de desequilibrio que será compensado.

Si el contrato establece la participación de una empresa auditora, deberán indicarse las calificaciones mínimas con las que debe contar esta empresa para proceder a su contratación.

Asimismo, el Contrato deberá regular aspectos como la referencia a la tasa de descuento que debe aplicarse, y el procedimiento aplicable, que debe incluir la oportunidad y condiciones de su presentación, revisión, comentarios, levantamiento de observaciones y determinación.

C. Determinación de la ruptura del equilibrio económico-financiero

La ruptura del equilibrio económico-financiero solo debe proceder ante cambios en las leyes aplicables al Contrato, en atención al impacto exclusivo relacionado con los aspectos económicos o financieros, de tal forma que puedan generar variaciones en los ingresos o los costos.

Para determinar el impacto, se debe apreciar una variación en los ingresos o costos incurridos por el concesionario, relacionados con la construcción, operación o mantenimiento, y/o prestación del servicio, de tal magnitud que se alcancen los límites porcentuales establecidos en el respectivo Contrato.

Para ello, es necesario que en el Contrato se establezca de manera indubitable los alcances del término «leyes aplicables», las que deberán referirse a las disposiciones legales y reglamentarias peruanas de carácter general que regulan y/o afectan directamente aspectos económicos o financieros que generan variaciones en ingresos o costos.

El cálculo del impacto por cambio en las leyes aplicables se realiza en comparación con lo que habría pasado en el mismo periodo si no hubiesen ocurrido los cambios. Para ello, se aplicará el valor presente de los efectos en los flujos de caja futuros del concesionario.

En ese sentido, el restablecimiento del equilibrio económico-financiero puede considerar cualquiera de los siguientes supuestos:

- Se presenten variaciones en los costos de inversión realizados por el concesionario desde la fecha de cierre hasta el periodo de operación, total o por cada etapa, en un equivalente o más a un porcentaje del costo de la inversión, total o por cada etapa, establecido por el concedente, y después de los eventuales ajustes señalados en el Contrato. En este caso, la solicitud de restablecimiento económico-financiero debe ser entregada antes o durante la ejecución de las obras.
- Se afecten los ingresos o los costos de operación y mantenimiento del proyecto, según los estados financieros auditados. Por ejemplo, cuando la diferencia entre los ingresos y los costos de operación y mantenimiento del concesionario en la explotación del servicio, varíe en el porcentaje establecido en el Contrato.

D. Mecanismos de restablecimiento

El objetivo de la cláusula es el restablecimiento del equilibrio económico-financiero al momento anterior a la afectación producida por los cambios en las leyes aplicables.

El Contrato puede establecer de antemano como mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico-financiero que la otra parte compense mediante un pago, la modificación del plazo de la Concesión o cualquier otro mecanismo de restablecimiento que se considere pertinente.

Por otro lado, el Contrato puede establecer que serán las partes las que podrán determinar el mecanismo de compensación mediante una modificación al

Contrato, considerando como vinculante el monto de desequilibrio establecido según las reglas del Contrato.

Para ello, de ser necesario modificar el Contrato para realizar el restablecimiento del equilibrio económico-financiero, se podrá suscribir una adenda de manera excepcional dentro del límite de los tres (03) primeros años de suscrito el contrato conforme lo dispuesto en la normativa vigente.

Además, en el caso del procedimiento de determinación del mecanismo de restablecimiento, se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

- Se debe establecer en el Contrato que la ruptura del equilibrio económico-financiero no puede originar la suspensión ni la caducidad del Contrato.
- Si el concesionario invoca el restablecimiento del equilibrio económico-financiero, el concedente deberá realizar las provisiones presupuestarias correspondientes en el siguiente año fiscal, para que haga efectivo el pago, de corresponder.

13 RÉGIMEN DE SEGUROS

13.1 SEGUROS

A. Alcance

En el Contrato se debe establecer una adecuada distribución de riesgos entre las partes, que permita la ejecución adecuada y eficiente del proyecto, sin generar sobreplazos ni sobrecostos. En este sentido, se recomienda que se incorporen cláusulas de seguros para reducir el riesgo de liquidez (y, consecuentemente, el riesgo de crédito frente al financista), y que, dada la ocurrencia de un siniestro, el daño causado sea indemnizado rápida y debidamente.

Los tipos y cantidad de contratos de seguros por ser exigidos, para que sean contratados por el concesionario en el marco de un Contrato, serán todos aquellos en los que el concedente posee un interés asegurable y con potencial de altas pérdidas económicas.

B. Pautas para el diseño de la cláusula

Los Contratos deben incorporar parámetros mínimos de la contratación de seguros para los intereses asegurables (por ejemplo, los bienes de la Concesión) por parte del concesionario, a fin de asegurar la continuidad de la prestación del servicio. También contar con un nivel de protección mínima para el financiamiento de las obligaciones que aparezcan por terminación anticipada de los contratos por eventos de fuerza mayor que afecten los bienes de la Concesión, entre otros.

13.2 PRINCIPALES REGLAS

A. Coberturas de las pólizas de seguros

Las coberturas a ser contratadas se definen en cada caso, según el proyecto. En ese sentido, el Contrato debe establecer los requisitos mínimos de los seguros y de los actores involucrados en el mismo, considerando los siguientes criterios:

- Inclusión del concedente como uno de los beneficiarios del seguro y la autorización para el pago de determinadas compensaciones directamente a los acreedores permitidos, especialmente para eventos de gran magnitud.
- Los tipos de cobertura, suma asegurada, exclusiones, condiciones generales y específicas que sean permitidos en los contratos de seguros y/o reaseguros deben definirse a base del tipo de proyecto y los riesgos que pueden devenir del desarrollo del mismo y las mejores prácticas en la gestión de riesgos de estos proyectos. Para ello, se deberá contar con el debido sustento del OPIP en el IEI.
- El Contrato preverá que el concesionario contrate los servicios de una empresa especializada de reconocido prestigio, distinto del *broker*, corredor o asesor de seguros del concesionario, para la realización del estudio de riesgo, a fin de determinar la máxima pérdida probable (PML) de todos los bienes de la Concesión por asegurar, que pueda ser causada producto de los siniestros o eventos que ocurran y que estarán cubiertos por las pólizas. De lo contrario, deberá asegurar el cien por ciento (100%) de los bienes de la Concesión, siempre y cuando sea costo-eficiente hacerlo así.
- Las instituciones nacionales o internacionales que participen en el proceso de aseguramiento (por lo general, aseguradoras, reaseguradoras, corredores de seguros, corredores de reaseguros y ajustadores de pérdidas) deben estar autorizadas, registradas, hábiles y cumplir con las normas correspondientes que se exigen a las entidades que están sometidas a la inspección, la vigilancia y el control de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS). Se debe considerar para las aseguradoras y las reaseguradoras, entre otros, lo siguiente:
 - Tanto las aseguradoras y reaseguradoras, nacionales o internacionales, deberán contar con una calificación no menor a «A» o equivalente, asignada por una clasificadora de riesgos nacional debidamente autorizada por la Superintendencia de Mercado de Valores (SMV) o por una clasificadora de riesgo internacional de reconocido prestigio.
 - El contrato deberá incluir disposiciones que garanticen que las indemnizaciones serán utilizadas en la reparación de daños ocasionados por los riesgos cubiertos, salvo que se acredite que dicha reparación no resulta técnica o económicamente viable
 - La transición entre la contratación o las renovaciones de los contratos de seguros o entre el cambio de un tipo de contrato a otro no deben permitir que exista espacios de tiempo en los cuales los bienes de la Concesión se encuentren sin cobertura sobre los riesgos que deben ser cubiertos. Asimismo, el Contrato deberá permitir la contratación de la póliza del seguro por parte del concedente, en caso de que el concesionario no haya realizado la

contratación. En este caso, el concedente puede ejecutar la garantía de fiel cumplimiento para efectuar esta contratación.

Para optimizar la transferencia de riesgos, el concedente debería permitir al concesionario gestionar sus contratos de seguros en la medida de lo posible. En términos generales, se espera que el concesionario asegure a la Concesión según las buenas prácticas de la industria.

B. Requisitos mínimos que el concedente debe exigir

Existe una serie de coberturas de seguros que el concedente deberá exigir y controlar que se contraten y mantengan por el concesionario, para asegurar la continuidad del proyecto en caso de que se materialicen ciertos riesgos. Estas coberturas deben incluir:

- **Póliza de responsabilidad civil**, que incluya las coberturas que sean necesarias según el giro de la industria.
- **Seguro todo riesgo** durante el periodo de ejecución de obras. La póliza CAR (*Construction All Risk*, por sus siglas en inglés) debe incluir como mínimo las secciones A y B, así como daño malicioso, vandalismo, terrorismo, robo, cables subterráneos, tubería y demás instalaciones subterráneas, errores de diseño, debilitamiento de elementos cortantes y cualquier otra cobertura contemplada en una póliza CAR/EAR (*Engineering All Risk*, por sus siglas en inglés).
- **Póliza obra civil terminada (riesgos nombrados) y póliza todo riesgo daño material** para los bienes de la Concesión.
- **Otros seguros según ley**, como seguros personales de los trabajadores, así como cualquier otro seguro que el concesionario deba contratar según su Análisis de Riesgo, su giro de negocio y las normas aplicables.

Los requisitos de seguro para cada proyecto deben incluir incentivos para la contratación de las pólizas con una cobertura adecuada, reflejar el grado de transferencia de riesgo al concesionario y la disponibilidad de seguros en el mercado local o internacional en términos comercialmente razonables para cubrir cualquier riesgo.

C. Aspectos adicionales a ser considerados

- En caso de que se configure la terminación anticipada del Contrato derivado de un siniestro cubierto por esta póliza que haya afectado los bienes de la Concesión en construcción, se debe determinar el mecanismo de destino de la indemnización considerando la estructura de retribución de la inversión al concesionario y el procedimiento de compensación de la caducidad que establece el Contrato.
- La obligación del concesionario de contratar y cubrir el costo de los seguros (primas, deducibles, etcétera), estos costos son inherentes al diseño, financiamiento, construcción, conservación y explotación del proyecto.

- El suministro directo al concedente (por parte de la aseguradora) de la información y la documentación relacionada con la póliza y el suministro de información oportuna sobre las reclamaciones relevantes por parte del concesionario.
- Incluir disposiciones que impidan a la aseguradora realizar algún reclamo o interponer alguna medida judicial o extrajudicial contra el concedente.
- El concesionario se compromete a presentar al regulador y/o al supervisor y/o al concedente, anualmente y durante toda la vigencia de la Concesión, las pólizas de seguro por ser tomadas durante cada año. También el certificado emitido por el representante autorizado de la compañía aseguradora, el cual indique que el concesionario ha cumplido durante el año anterior con el pago de las primas de las pólizas de seguros contratada con esta aseguradora y que no se ha hecho modificación alguna a las condiciones pactadas en el periodo anterior, o si hubieran ocurrido, un detalle de las mismas.
- Las pólizas de seguros deberán ser renovadas oportunamente con una anticipación no menor de treinta (30) días calendario de su vencimiento, sin perjuicio que el contrato fije un plazo distinto.
- El concesionario deberá comunicar la contratación de la póliza de seguro y su vigencia al concedente en un plazo determinado.
- Establecer un procedimiento de aprobación o verificación de la idoneidad de las pólizas de seguro contratadas por el concesionario, teniendo en cuenta los documentos a ser presentados, así como la opinión previa del supervisor y/u organismo regulador, de corresponder.

14 RÉGIMEN DE GARANTÍAS

14.1 GARANTÍAS

A. Alcance

Como parte de los mecanismos que protegen al concedente de los eventuales incumplimientos del concesionario, deben incorporarse las garantías contractuales para hacer efectiva la responsabilidad del concesionario y resguardar al concedente de manera adecuada y suficiente, en atención a la naturaleza del proyecto.

Así, estas garantías generan los incentivos adecuados para propiciar que el concesionario actúe de la manera deseada, en pos de cumplir sus compromisos y con el objeto del Contrato.

B. Pautas para el diseño de la cláusula

El Contrato establece los términos esenciales para la contratación de las garantías que el concesionario presente al concedente en respaldo de las obligaciones contractuales. Existen dos tipos de garantías que el concesionario otorga

al concedente: la garantía de fiel cumplimiento de construcción de obras y la garantía de fiel cumplimiento del contrato¹⁰.

Según la naturaleza del proyecto, en que el equipamiento de ciertos activos es de especial relevancia, se debe considerar si el monto de inversión de estos componentes justifica contar con una garantía adicional.

14.2 PRINCIPALES REGLAS

A. Tipo de garantía

El Contrato debe identificar el tipo de garantía, lo que incluye las cartas fianzas, la carta de crédito *stand by*, *entre otros*; y establecer, los requisitos para su presentación y aceptación por el sistema financiero nacional.

B. Forma de la garantía

La garantía debe ser irrevocable, incondicional, solidaria, de realización automática y sin beneficio de excusión, ni división, sin perjuicio de otras características, las cuales deberán sustentarse en la especificidad del proyecto o la propia obligación.

En el caso de carta de crédito *stand by* deberá requerirse además, que se encuentre confirmada por una entidad del sistema financiero local (bancos o compañías de seguros)

C. Entidades financieras autorizadas a emitir las garantías.

Se permite que las garantías sean emitidas por empresas bancarias, aseguradoras, e instituciones multilaterales de crédito de las cuales el Perú sea miembro. Los Contratos determinan el nivel de clasificación de riesgo mínimo de las entidades financieras y si cuentan con autorización de la SBS.

El emisor debe cumplir requisitos mínimos que aseguren una credibilidad de pago y respaldo financiero, garantizando que el emisor sea considerado «grado de inversión» (calificación de crédito).

D. Monto de la garantía

El monto de la garantía puede establecerse entre otras opciones, en un monto fijo o un porcentaje en función del monto de inversión, pudiendo ser una alícuota de este. En cualquier caso, el monto de la garantía no desvirtuar el espíritu disuasivo de la garantía, de modo que cumpla con cubrir la exposición del concedente.

El monto de la garantía varía en función de la estructuración y el mecanismo de pago establecido en el Contrato. A mayor exposición del concedente al riesgo, por ejemplo, mediante pagos irrevocables, mayores serán las garantías.

Por el contrario, en mecanismos de pago vinculados a la disponibilidad de la infraestructura y/o servicio, se internalizan los incentivos al Concesionario para el

¹⁰ Es posible que ambas garantías se agrupen bajo la denominación de Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato. Sin embargo, el Contrato deberá precisar montos diferenciados para las fases de construcción y operación.

cumplimiento de obligaciones, por tanto, las garantías son menores a las antes indicadas y se pueden ser reducidas conforme el avance de obras. Sin embargo, se descarta esta reducción progresiva en la etapa de construcción en esquemas de pagos irrevocables dado que exponen al concedente a mayores riesgos previo a la entrega de la infraestructura y/o servicio.

En ninguna circunstancia, la determinación del monto de la garantía puede dejar al concedente con el riesgo de quedar sin una compensación adecuada.

E. Periodo de vigencia

Tratándose de la garantía de fiel cumplimiento del Contrato, su vigencia abarca desde la suscripción del Contrato hasta un periodo que fluctúa entre uno a dos años como mínimo, después de la terminación de este, por cualquier causa, según el monto de inversión comprometido.

Por otro lado, se recomienda que en el Contrato, en especial para proyectos con pagos irrevocables, se establezca que la garantía de fiel cumplimiento de construcción de obras tenga una vigencia adicional al término del periodo constructivo, para garantizar la obra ante problemas derivados de la etapa de construcción, incluidos vicios ocultos.

El Contrato debe prever que el concesionario esté obligado a mantener plenamente vigente su garantía de fiel cumplimiento. Por ello, las renovaciones de las garantías deben darse con la debida anticipación a la pérdida de vigencia de las anteriores, para evitar que el concedente se quede descubierto.

De lo contrario, el concedente puede resolverlo, asimismo, se debe establecer que el concesionario mantendrá vigente la garantía de fiel cumplimiento, aun habiéndose iniciado un arbitraje.

F. Ejecución

Las garantías podrán ser ejecutadas de forma parcial, en caso de que las penalidades devengadas según el Contrato no sean pagadas de forma directa por el concesionario; y que el monto que le corresponda al concedente por cualquier incumplimiento del Contrato sea menor al monto total de la garantía.

En caso de ejecución parcial o total de la garantía, se debe establecer que el concesionario estará obligado a restituirla al valor original y en las mismas condiciones en un plazo límite, después del cual el concedente podrá resolver el Contrato.

G. Estructuración de las garantías

Las garantías se mantienen durante todo el periodo de vigencia del contrato, sin embargo, se pueden ir reduciendo proporcionalmente en relación con la obra ejecutada o la inversión realizada, siempre manteniendo la suficiente cobertura al concedente. Este criterio podrá aplicarse en los contratos cuyo mecanismo de pago esté vinculado a la disponibilidad de la infraestructura y/o servicio.

Como son proyectos estructurados con esquemas de pago distintos a la disponibilidad de la infraestructura y/o servicio o la funcionalidad, exponen a un

mayor riesgo al concedente, por lo que las garantías deben reflejar esta exposición tanto durante el periodo de construcción como en el de operación y mantenimiento.

H. Inversiones adicionales en el transcurso del ciclo de vida de la Concesión

Sea por obligación contractual derivada, por ejemplo, de gatillos de demanda o por cumplimiento de Niveles de Servicio, o incluso por condiciones externas en que la inversión sea necesaria, es una buena práctica que el Contrato considere la obligación de requerir garantías adicionales. En este caso, todos los principios aquí expuestos aplican de igual manera, debiendo ser garantías proporcionales y que respondan a cubrir al concedente ante determinados riesgos a los que pueda estar expuesto.

Por otro lado, es posible que el monto de la garantía aumente debido a una mayor exposición del concedente a cierto riesgo, producto de las modificaciones contractuales que se realicen. En este caso, el Contrato podría establecer un mecanismo de actualización de la garantía de fiel cumplimiento en caso de que el concedente asuma mayores riesgos o el concesionario asuma mayores obligaciones.

15 RÉGIMEN DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO

15.1 RÉGIMEN DE TERMINACIÓN

A. Alcance

Un Contrato puede llegar a su término por diversas razones y, aunque la intención inicial de las partes es que continúe su ejecución hasta la terminación de su plazo, los Contratos deben especificar claramente las consecuencias y los procedimientos tanto de una terminación anticipada como de una terminación por vencimiento de plazo.

Asimismo, en un escenario de caducidad, el Contrato tiene que establecer las medidas que deben tomarse para resguardar que los activos materia del proyecto sean transferidos del concesionario al concedente, asegurando el buen estado de los mismos, para asegurar la continuidad del servicio, de corresponder.

B. Pautas para el diseño de la cláusula

El diseño de la cláusula de caducidad debe contener como mínimo los supuestos en los que habrá de producirse la caducidad y los pagos que deberán realizarse para efectos de la liquidación del Contrato.

15.2 CAUSALES DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO

A. Vencimiento del plazo del contrato

En este caso no se considerará la contraprestación ni el monto indemnizatorio alguno por eventuales daños que la caducidad del contrato pueda generar para cualquiera de las partes.

B. Incumplimiento grave del concesionario

El Contrato debe detallar claramente cuáles son los eventos que constituyen causales de resolución por incumplimiento del concesionario, que otorgan la potestad al concedente de poner término al contrato.

Entre estas causales pueden considerarse la no obtención del cierre financiero dentro de los plazos establecidos en el Contrato, la no presentación o renovación oportuna de garantías y seguros, entre otros.

Esta circunstancia originará la ejecución, por parte del concedente, de la garantía de fiel cumplimiento como indemnización sin perjuicio de la imposición de multas y/o penalidades al concesionario.

C. Incumplimiento grave del concedente

El Contrato debe definir los eventos que califican de incumplimiento grave del concedente y que le dan el derecho al concesionario de declarar la caducidad y recibir una indemnización correspondiente.

D. Decisión unilateral del concedente

El concedente tiene la facultad de resolver unilateralmente el contrato, por razones de interés público debidamente fundadas, las cuales deberán ser individualizadas, justificadas y desarrolladas en una comunicación de carácter oficial al concesionario y a los acreedores permitidos. En este caso, corresponde también al concesionario recibir una indemnización.

E. Acuerdo de las partes

El Contrato podrá terminar en cualquier momento, por acuerdo escrito entre el concesionario y el concedente. En este escenario, el acuerdo deberá contener el procedimiento para la liquidación del contrato y podrá requerirse la conformidad de los acreedores permitidos.

F. Fuerza mayor

El Contrato puede llegar a su término debido a hechos derivados de eventos de fuerza mayor, los cuales deben estar claramente tipificados en el mismo. En estas circunstancias, el concesionario y el concedente deberán llegar a un acuerdo sobre el procedimiento y forma de liquidación del Contrato.

G. Aplicación de la cláusula anticorrupción

Cuando el Contrato termine de pleno derecho como resultado de actos de corrupción que involucren al concesionario en perjuicio del Estado, no procede indemnización a su favor del concesionario, por concepto de daños y perjuicios,

cubriéndose únicamente el valor de caducidad (Valor contable Neto o Valor del Intangible). Sin perjuicio de ello, el Contrato puede incorporar otros mecanismos disuasivos como la aplicación de penalidades o deducciones al Valor Contable Neto o Valor del Intangible.

15.3 PAGOS POR TERMINACIÓN ANTICIPADA

Los pagos por terminación anticipada son elementos claves de la asignación de riesgo en los Contratos, por tratarse de factores que analizarán los acreedores permitidos para determinar si el proyecto es bancable.

En este sentido, los Contratos deben establecer claramente la forma de liquidación dadas las diferentes causales de caducidad, así como los plazos para realizar estos pagos.

A. Reglas generales aplicables a todas las causales de terminación

Independientemente de la causal de caducidad, los Contratos deben considerar lo siguiente:

- Según el artículo 22 del TUO de Concesiones¹¹, el valor de transferencia de los bienes al Estado al término de un Contrato es el valor contable de los activos que no hubieran sido depreciados.

Al respecto, debe considerarse que el valor contable de los activos dependerá de la etapa en la que suceda la caducidad:

- Durante el periodo de construcción: se tomará como referencia el avance de la obra, el cual deberá ser tasado por un especialista en la materia.
- Durante la explotación: valor de las inversiones realizadas necesarias para la ejecución de las obras, más los costos de adquisición de los bienes necesarios para la explotación, incluidas las reparaciones y las renovaciones, menos los pagos por obra del concedente en caso de existir. Todo ello en función del grado de amortización teórica de tales inversiones.

Asimismo, se debe establecer que en ninguna circunstancia se podrá considerar dos veces o más un mismo gasto, monto de inversión, intereses u otros, a efectos de calcular el valor contable de los bienes de la Concesión.

- La materialización de una caducidad podrá impactar en el presupuesto del concedente que tienen que afrontar estos pagos. Asimismo, el proceso presupuestario del Estado se realiza anualmente y se materializa en la Ley de Presupuesto de cada año. En este sentido, los Contratos deben prever un plazo para que el concedente presupueste los pagos que estarían obligados a realizar —generalmente hasta el

¹¹ Decreto Supremo N° 059-96-PCM.

primer trimestre del año siguiente en el que se produce la caducidad— para que estas entidades cuenten con los fondos disponibles.

El Contrato puede establecer la posibilidad de subastarlo, por el plazo restante del mismo, en los mismos términos contractuales previos a la caducidad. Esto a fin que el concedente pueda disponer de los recursos suficientes para afrontar los pagos por caducidad. La subasta no podrá ser considerada como causal para limitar la responsabilidad del concedente de efectuar los pagos establecidos en el respectivo contrato.

- El Contrato debe establecer que, independientemente de la causal de caducidad, el concesionario debe mantener indemne al concedente en relación con los contratos que el concesionario pueda tener con terceros, incluido los laborales.
- El Contrato debe establecer que la operación y el mantenimiento del proyecto siguen a cargo del concesionario hasta que se produzca su entrega al concedente. La continuación de las operaciones por parte del concedente no debe suspender el pago a los acreedores permitidos del proyecto, en caso corresponda.

B. Reglas aplicables en caso de incumplimiento grave del concesionario

La ocurrencia de este evento impacta: i) al concedente, ya que este deberá hacer frente a las demoras en el proyecto, ii) a la disponibilidad de la infraestructura en las condiciones y los plazos esperados, y, iii) genera sobrecostos asociados al reemplazo del concesionario o la relicitación del proyecto.

En este escenario, el concedente realizará el pago del valor contable de los activos, ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato vigente y descontará, del pago que realiza el concedente por la caducidad, el importe de las multas o penalidades que se deriven de este incumplimiento.

El Contrato deberá establecer reglas que garanticen el cobro de acreencias por parte de los acreedores permitidos.

C. Reglas aplicables en caso de incumplimiento grave del concedente o decisión unilateral del concedente.

El objetivo es asegurar que el concesionario y sus acreedores permitidos sean completamente compensados.

En este escenario, el concedente deberá realizar el pago del valor contable de los activos, al cual se le podrá añadir una indemnización por los daños y perjuicios que la caducidad pueda ocasionar al concesionario (por ejemplo, los costos de amortización anticipada de las deudas, o los costos salariales en relación con sus empleados y sus subcontratistas, así como otros costos pagaderos a sus subcontratistas según los términos de los subcontratos).

En este sentido, una práctica habitual para determinar el monto de la indemnización es el importe de la garantía de fiel cumplimiento (o un espejo de la

penalidad impuesta en caso de resolución por incumplimiento del concesionario) o algún otro parámetro que genere predictibilidad a ambas partes.

D. Reglas aplicables en caso de acuerdo de las partes

En estos casos, las partes deberán determinar las reglas y el mecanismo de terminación de la Concesión, respetando lo indicado en el numeral 1 de esta sección.

E. Reglas aplicables en caso de fuerza mayor

Al concretarse la caducidad derivada de un evento de fuerza mayor, el Contrato debe considerar el procedimiento y el mecanismo para su liquidación. También debe precisar que el pago del concedente reconozca el valor contable de los bienes que no hayan sido afectados después del evento que ocasionó la terminación del contrato.

Lo anterior se sustenta al considerar que el concesionario debe contratar los seguros necesarios para los bienes de la Concesión, que permitan resarcir los daños ocasionados por estos eventos.

En casos excepcionales en que no existan seguros en el mercado, los Contratos pueden establecer que el concedente resarcirá al concesionario por los daños derivados de un evento de fuerza mayor.

F. Reglas aplicables en caso de aplicación de la cláusula anticorrupción

El Contrato debe establecer expresamente que el mismo queda resuelto de pleno derecho como resultado de actos de corrupción que involucren al concesionario en perjuicio del Estado, incluida la imposición de una penalidad al concesionario, sin perjuicio de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento que estén vigentes y los derechos reconocidos a los acreedores permitidos.

16 RÉGIMEN DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

16.1 SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

A. Alcance

Debido a la complejidad y el largo plazo de los Contratos, estos tienden a ser incompletos, lo que genera un espacio para diferencias en la interpretación y el entendimiento sobre las cláusulas del pacto contractual entre el concedente y el concesionario.

Por ello, todos los Contratos deben tener mecanismos de solución de controversias que ayuden a asegurar que las discrepancias o los conflictos entre las partes se resuelvan rápida y eficientemente. Así, se evitaría la interrupción de los servicios públicos y la provisión continua de la infraestructura pública.

B. Pautas para el diseño de la cláusula

El Contrato debe incluir una cláusula de solución de controversias en la que se identifique con claridad y precisión la forma en la que las partes gestionarán los conflictos que surjan durante la ejecución contractual. Para ello, se deberán considerar las disposiciones establecidas en el marco normativo, las que determinan, entre otras cuestiones, la necesidad de incluir el arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

Para diseñar esta cláusula, al igual que para las otras incorporadas en el Contrato, se deben considerar las características específicas de cada proyecto.

16.2 PRINCIPALES REGLAS

A. Tipos de controversias

El Reglamento dispone que la cláusula arbitral podrá distinguir entre las controversias de naturaleza técnica y no técnica. Así, las primeras serán sometidas a arbitraje de conciencia y las segundas a arbitraje de derecho.

A estos efectos, se deberá considerar que la distinción entre un arbitraje de conciencia y uno de derecho subyace en la complejidad y carácter técnico de la controversia, las que hacen que la exclusiva aplicación de normas general de derecho no sea suficiente para resolver la disputa.

B. Etapa de trato directo

El mecanismo de solución de controversias deberá establecer expresamente una etapa de trato directo entre las partes antes del inicio del procedimiento de arbitraje y disponer de un plazo de negociación razonable (por ejemplo seis meses). Así, las partes contarían con tiempo suficiente a fin de llegar a un acuerdo y agotar todos los recursos puestos a su disposición para que resuelvan de manera amistosa el conflicto. La cláusula deberá disponer además, de manera precisa, el momento —y mediante qué actuaciones— se iniciará la etapa de trato directo. Asimismo, el contrato debe establecer las formalidades y el procedimiento que deberá seguir la parte que invoca el inicio de trato directo, con la finalidad de tener certeza sobre la fecha de inicio y culminación del mismo.

C. Etapa de arbitraje

De no llegar a un acuerdo en la etapa de trato directo, se iniciará la etapa de arbitraje. Para ello, la cláusula debe establecer elementos esenciales que garanticen el desarrollo eficiente del procedimiento, evitando entrampamientos que imposibiliten o cuestionen la validez de la cláusula.

Por ejemplo, la cláusula debe incluir la indicación de la sede del arbitraje, el derecho aplicable al fondo de la controversia, el idioma en el que se desarrollará el arbitraje, y la mención expresa a que el laudo que se emita será final y vinculante para ambas partes.

Además, se podrán incluir el número y el método de designación de árbitros que compondrán el Tribunal Arbitral y la determinación de quién asumirá los costos del procedimiento.

Es recomendable que la regla general sea optar por un arbitraje institucional, de tal manera que el procedimiento sea administrado por un centro especializado, con reglas y procedimientos preestablecidos que garanticen el desarrollo eficiente de las actuaciones.

Al optar por el arbitraje institucional, el concedente deberá identificar de manera indubitable el centro arbitral elegido. Sin perjuicio de ello, durante el diseño del Contrato, se deberán revisar las reglas aplicables, para no incluir en el texto de la cláusula referencias redundantes e innecesarias o que, en el peor de los casos, contravengan las reglas procedimentales preestablecidas del centro arbitral elegido.

Asimismo, se debe establecer la ley aplicable (aplicable al fondo de la controversia) y el lugar de la sede arbitral (que determina la regulación procedimental del arbitraje).

D. Sobre los centros de arbitraje

– Arbitraje Ciadi

Para acceder a este, se deberá acreditar el cumplimiento de determinados requisitos de jurisdicción, establecidos tanto en la Convención de Washington de 1969 como en el instrumento de manifestación del consentimiento de las partes a esta jurisdicción.

Así, pues, quien pretenda acceder al mecanismo de este centro arbitral deberá acreditar, primero, que la controversia se vincula a una inversión protegida en los términos del tratado; y, segundo, que esta misma controversia involucra a un Estado contratante y a un nacional de otro Estado contratante del mismo.

Cabe precisar que la designación del Ciadi como centro arbitral en la cláusula no garantiza por sí misma que se accederá a la jurisdicción del centro. Sin perjuicio de ello, se indica que no consignar al Ciadi como centro de arbitraje en el Contrato, no descarta la posibilidad de que el concesionario acceda a este mecanismo vía un tratado bilateral de inversiones.

– Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Cámara de Comercio de Lima u otro similar

El Contrato podrá establecer que el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas establecidas por estos centros, al mencionar expresamente en el convenio arbitral que las controversias que deriven del Contrato, o que guarden relación con este, serán resueltas de forma definitiva según el Reglamento de Arbitraje de estos centros.

Cada centro arbitral suele incorporar en sus reglamentos de arbitraje un modelo de cláusula para efectos de someter las controversias a su jurisdicción.

E. Regla de publicidad y transparencia

Se deberá pactar la regla de publicidad y transparencia del arbitraje, considerando que el interés público de la Concesión. Se recomienda, además, pactar límites a la producción de documentos en el arbitraje, estableciendo, por ejemplo, categorías específicas de documentación que las partes y los árbitros podrán solicitar en el procedimiento o, de manera general, referir expresamente todas las cuestiones sobre producción de documentos a las reglas del IBA sobre práctica de prueba, con el propósito de limitar la práctica del *discovery* (propia del *Common Law*) en estos arbitrajes.

F. Reglas escalonadas

De igual manera, se podrá optar por establecer reglas escalonadas por montos para la determinación del tipo de arbitraje, nacional o internacional. Para ello, será necesario que estas reglas sean lo más precisas posibles, en el sentido de que deberán asegurar, para el cálculo del monto respectivo, un método suficiente que no genere dudas sobre si se alcanzó o no el monto determinado.

No obstante, es importante tener en cuenta que el monto involucrado en la controversia no debería ser el único criterio aplicable para la determinación del mecanismo por utilizar.

G. Otros mecanismos de solución de controversias

El concedente podrá, además, considerar la aplicación de los otros mecanismos para la solución de controversias como las que la normativa considera, como la figura del amigable componedor o la junta de resolución de disputas, según las disposiciones establecidas para tales casos en el Reglamento.

17 RÉGIMEN DE MODIFICACIONES CONTRACTUALES

17.1 MODIFICACIONES CONTRACTUALES

A. Alcance

Como los Contratos suelen tener una vigencia de largo plazo, estos no podrán regular todas las situaciones o hechos futuros que puedan acontecer durante su vigencia. Por ello, debe procurarse que los Contratos sean lo suficientemente flexibles para que puedan adaptarse al nuevo contexto, sin que ello implique alterar su naturaleza o el equilibrio económico-financiero.

Sin embargo, pueden surgir situaciones en que existe la necesidad real de modificar dichos Contratos, por lo que se requerirá el acuerdo de ambas partes.

Ante esta premisa, la normativa vigente reconoce la posibilidad de modificar los Contratos, cumpliendo con determinados requisitos y condiciones, como mantener el equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del Proceso

de Promoción, y procurar no alterar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto.

B. Pautas para el diseño de la cláusula

Los Contratos deben establecer que estas modificaciones deben fundamentarse en una causa de interés o necesidad pública. Asimismo, que, de necesitarse una modificación contractual, esta debe realizarse según el Decreto Legislativo N° 1362 y su reglamento, así como las normas que los modifican o sustituyan. Cabe precisar que no todo cambio en las condiciones del contrato debe materializarse mediante una modificación contractual.

Por ejemplo, cuando el incumplimiento por parte del concesionario de plazos establecidos en el Contrato se deba a acción u omisión del concedente o eventos de fuerza mayor, Contrato puede establecer las condiciones, requisitos, formalidades y mecanismos pactados para realizar una ampliación en el plazo del Contrato, sin la necesidad de pasar por el procedimiento de modificación contractual establecido en la normativa vigente.

18 APLICACIÓN DE PENALIDADES

18.1 PENALIDADES

A. Alcance

El Contrato debe establecer penalidades al concesionario si incumple las obligaciones derivadas del mismo. La penalización de los incumplimientos permite una asignación eficiente de los riesgos del Contrato, asegurando y conservando el equilibrio contractual existente a la fecha de cierre.

B. Pautas para el diseño de la cláusula

El esquema de penalidades del Contrato se debe sustentar en un esquema de incentivos, en el que las penalidades sean mayores a la generación de beneficios ilícitos en los que pueda incurrir el concesionario si incumple las obligaciones establecidas en el Contrato.

Las penalidades establecidas en los Contratos deben ser detalladas tomando en cuenta las siguientes características:

- Descripción de la penalidad.
- Montos de la penalidad.
- Criterio de aplicación y forma de verificación.
- Plazo de subsanación, al resultar consistente con la naturaleza de la obligación.
- Etapa o fase en la que se aplican las penalidades (diseño, construcción, operación y mantenimiento).

Así, el Contrato debe definir plazos razonables para efectuar el pago de las penalidades. Sin embargo, en caso de que el concesionario no realice estos pagos en los plazos establecidos, el Contrato debe prever la ejecución total o parcial de

las garantías de fiel cumplimiento vigentes para cubrir el monto de las penalidades impuestas, fijando la obligación del concesionario de restablecer estas garantías.

Asimismo, las penalidades deben ser impuestas sin perjuicio de que el concesionario deba cumplir con las demás obligaciones a su cargo, o resarcir los daños derivados que sus incumplimientos hayan generado a terceros.

Las penalidades deben referirse solo a incumplimientos de las obligaciones contractuales, consecuentemente, no se incorporarán las infracciones a normas administrativas establecidas en las leyes y disposiciones aplicables.

19 RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA

19.1 TRANSPARENCIA

A. Alcance

Un objetivo de la transparencia de la información es la reducción de los niveles de corrupción. Para ello, se debe asegurar al público en general sobre la probidad, estándares de servicio y los costos vinculados a los contratos. También fomentar la competencia y facilitar que el mercado esté mejor informado para generar confianza en todos los actores involucrados.

Como los proyectos involucran aspectos sociales y ambientales y consideraciones de interés de la ciudadanía, es recomendable incrementar la transparencia y la propagación de la información.

B. Pautas para el diseño de la cláusula

En la elaboración del Contrato debe considerarse el principio de transparencia aplicable a todas las fases del desarrollo de los proyectos.

Según este principio, la información que se utilice para tomar decisiones durante la evaluación, desarrollo, implementación y rendición de cuentas de un proyecto es de conocimiento público, con excepción de la información vinculada a las evaluaciones económico-financieras, que sirvan para determinar las variables de competencia utilizadas en el diseño y estructuración de los procesos de promoción de la inversión privada, que forme parte del Registro Nacional de contratos de asociaciones público-privadas.

Asimismo, el Contrato debe prever la responsabilidad del concesionario por el uso que le dé a la información de naturaleza confidencial o reservada a la que haya tenido acceso durante la fases de Transacción y Ejecución Contractual (o en fases anteriores, en el caso de las iniciativas privadas), o aquella cuya reserva ha sido establecida en las leyes aplicables.

En este sentido, los Contratos deben establecer que el concesionario solo podrá revelar información de carácter confidencial o reservado contando con la autorización previa y por escrito del concedente.

20 RÉGIMEN DE SUSPENSIÓN DE OBLIGACIONES

20.1 SUSPENSIÓN DE OBLIGACIONES

A. Alcance

Durante la ejecución del Contrato se pueden presentar distintos eventos que implicarían la imposibilidad de la ejecución de las obligaciones asignadas a ambas partes.

En este sentido, para el desarrollo adecuado del proyecto en el marco del Contrato, resulta necesario establecer un régimen de suspensión de obligaciones contractuales.

B. Pautas para el diseño de la cláusula

El contrato debe establecer claramente las causales de suspensión de obligaciones, el procedimiento para la suspensión y las consecuencias derivadas de su declaración.

20.2 PRINCIPALES REGLAS

A. Causales de suspensión de obligaciones

Según lo establecido en el marco normativo aplicable, las causales que gatillan la suspensión de obligaciones contractuales pueden ser clasificadas según lo siguiente:

- **Evento de fuerza mayor**

El acontecimiento de eventos calificados de fuerza mayor puede implicar la suspensión de las obligaciones contractuales. En este caso, es de gran importancia la regulación contractual que permita identificar sin duda qué eventos son calificados de fuerza mayor.

La fuerza mayor se refiere a eventos fuera del alcance de las partes. Para su definición, se recomienda utilizar como base lo regulado por el artículo 1315 del Código Civil. En este sentido, la fuerza mayor se refiere a eventos, condiciones o circunstancias no imputables a las partes, de naturaleza extraordinaria, imprevisible e irresistible, que impidan a alguna de las partes cumplir con las obligaciones a su cargo o causen su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

El suceso deberá estar fuera del control razonable de la parte que invoque la causal, la cual, a pesar de todos los esfuerzos razonables para prevenirlos o mitigar sus efectos, no puede evitar que se configure la situación de incumplimiento.

Los eventos de fuerza mayor son de riesgo, que por su naturaleza son imposibles de determinar respecto de su impacto y muy difíciles de estimar en los términos de su probabilidad. Asimismo, se vinculan a

factores exógenos no relacionados con el desempeño de las partes y son causados por agentes externos.

Por lo tanto, la cláusula de fuerza mayor pretende asignar el riesgo de manera compartida entre las partes, debido a que está fuera del control de estas y ninguno se halla en mejor posición para administrarlo.

El Contrato debe contener una relación taxativa de eventos que deberán considerarse de fuerza mayor¹². Al elaborar la lista, hay considerar la naturaleza del proyecto para establecer qué causales deben considerarse o no de fuerza mayor.

Se debe advertir que aunque un riesgo contractual sea asegurable no implica que no se deba tratar como un evento de fuerza mayor, ya que su ocurrencia podría igualmente devenir en una imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones.

– **Acuerdo de las partes**

Se puede establecer, además, la posibilidad de que las partes puedan acordar la suspensión de obligaciones, frente a situaciones que, a pesar de no haber sido incluidas en el texto contractual, resulten razonables para viabilizar la continuidad del contrato.

En este caso, la decisión de las partes debe estar correctamente sustentada. Para ello, se debe requerir, además, la opinión del regulador.

– **Otros eventos establecidos en el contrato**

El Contrato puede también regular la existencia de eventos distintos de la fuerza mayor, que tenga como efecto inmediato la suspensión de obligaciones. Estos eventos tendrán una importancia o naturaleza tal que impida la ejecución de las obligaciones por las partes, pero que no esté contenido en la definición de fuerza mayor.

Así, por ejemplo, el Contrato puede establecer que, durante la ejecución del mantenimiento rutinario en carreteras, no serán exigibles los Niveles de Servicio en el tramo intervenido.

B. Procedimiento para la determinación de la suspensión

El Contrato debe establecer un procedimiento que facilite a cualquier de las partes invocar la ocurrencia de un evento de suspensión de manera imparcial y objetiva. Para ello, la parte afectada deberá comunicar a su contraparte la ocurrencia de un evento, identificando los efectos negativos que ameritan la suspensión de obligaciones contractuales.

En este sentido, el Contrato debe establecer todos los requisitos y plazos que deberá cumplir la parte que invoque la ocurrencia del evento de suspensión. En

¹² Como acto de guerra, conflicto, huelgas, protestas, confiscación o destrucción de la infraestructura, fenómeno de la naturaleza, descubrimientos arqueológicos, entre otros.

estos plazos se deberá considerar la opinión del regulador o supervisor especializado.

Asimismo, resulta imprescindible establecer un procedimiento que permita tener la certeza de la ocurrencia del evento, así como del periodo en que se mantiene la suspensión.

Para los casos de fuerza mayor, el Contrato debe establecer que el concesionario deberá encontrar una forma de dar continuidad a la prestación del servicio en el más breve plazo, sin perjuicio de la necesidad de implementar soluciones definitivas, cuando ello resulte necesario.

En este sentido, la parte que invoque la ocurrencia de un evento de fuerza mayor debe tomar las acciones que permitan mitigar los efectos y proveer de una estrategia de mitigación.

C. Determinación de suspensión total o parcial de las obligaciones

Según los resultados del procedimiento seguido para la determinación de la ocurrencia del evento de suspensión, el concedente podrá determinar si la suspensión de las obligaciones es total o parcial.

Se considera suspensión total cuando el concesionario no pueda ejecutar las obligaciones principales objeto del Contrato, y suspensión parcial cuando el concesionario pueda ejecutar parte de sus obligaciones contractuales o todas sus obligaciones de manera incompleta.

D. Otros efectos relacionados con la suspensión de obligaciones

El efecto principal producto de la declaración de suspensión de obligaciones es la no obligatoriedad o inexigibilidad de ejecución de las prestaciones reguladas en el Contrato, según lo siguiente:

– No exigencia del cumplimiento de los Niveles de Servicio

La suspensión de las obligaciones no necesariamente implica el incumplimiento total de ejecución de las prestaciones establecidas en el contrato, sino la posibilidad de una ejecución parcial, tardía o defectuosa.

Para ello, no deberá ser exigible al concesionario el cumplimiento de los Niveles de Servicio establecidos en el Contrato mientras dure el evento que ocasione la suspensión respecto de las obligaciones afectadas.

– Inaplicación de penalidades

Asimismo, producto de la suspensión de obligaciones, no serán aplicables al concesionario las penalidades contractuales relacionadas con esta obligación.

– **Ampliación de plazo**

Como se ha establecido en el marco normativo, la suspensión de obligaciones permite extender el plazo del Contrato por un periodo equivalente al de la causa que la originó, salvo que el Contrato establezca otro mecanismo de cálculo.

Asimismo, durante el periodo de suspensión del Contrato se puede interrumpir el cómputo del plazo de vigencia del Contrato.

– **Terminación del Contrato**

El Contrato puede establecer que, si el evento de suspensión se extiende más allá de un plazo que deberá ser determinado en cada Contrato, la parte afectada podrá proceder con la terminación anticipada del Contrato.

Sin embargo, se puede también establecer que las partes pueden prolongar el efecto suspensivo de la obligación si tienen prevista la solución del evento en un futuro cercano.

– **Ejecución de compromisos del concedente**

Según la naturaleza del proyecto y su estructuración financiera, el Contrato debe garantizar el cumplimiento de los compromisos u obligaciones de pago del concedente que se deben ejecutar independientemente de la continuidad del proyecto.

Este es el caso de conceptos como el CR-RPI o CR-PAO, que se basan en la emisión previa de un certificado de reconocimiento de avance de obra o avance financiero y que obligan al concedente a realizar el pago, incluso en el caso de que el proyecto esté suspendido o no se haya concluido.

– **Ejecución de obligaciones no afectadas por el evento de suspensión**

El Contrato debe establecer que las partes tienen que continuar la ejecución de las obligaciones que no han sido afectadas por los eventos de suspensión.

– **Medidas complementarias**

Resulta necesario que el Contrato establezca distintos mecanismos que puedan utilizar las partes para asegurar la continuidad del Contrato. En este caso, las partes se pueden comprometer a realizar toda actividad que esté a su alcance para levantar el evento suspensivo.