

# CAF Concurso 50 Años

Categoría: Políticas Públicas

País: ESP

Concursante #3618

Propuesta #6390

Título:

**EVALUACIÓN DE IMPACTO  
COMPETITIVO DE POLÍTICAS  
PÚBLICAS: RENEGOCIANDO  
CONTRATOS DE ASOCIACIONES  
PÚBLICO PRIVADAS CON  
TRANSPARENCIA Y  
COMPETENCIA**

**EVALUACIÓN DE IMPACTO COMPETITIVO DE POLÍTICAS PÚBLICAS:  
RENEGOCIANDO CONTRATOS DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS  
CON TRANSPARENCIA Y COMPETENCIA**

**CONTENIDO**

**INTRODUCCIÓN: RENEGOCIACIONES CONTRACTUALES COMO TEMA DE DEBATE ACTUAL**..... 4

**REVISIÓN DE LA LITERATURA Y/O ANTECEDENTES** ..... 5

**PARTE I: EVALUACIÓN DEL IMPACTO COMPETITIVO DEL RÉGIMEN DE MODIFICACIÓN CONTRACTUAL DE APP EN EL PERÚ**..... 7

1.1. Identificación de las restricciones a la competencia del régimen de modificación contractual ..... 8

1.1.1. ¿Se limita el número o variedad de proveedores? ..... 8

1.1.2. ¿Se limita la capacidad de los operadores para competir? ..... 9

1.1.3. ¿Existe una reducción de los incentivos de los participantes para competir vigorosamente?..... 10

1.2. Análisis de la necesidad y la proporcionalidad de las restricciones . 11

1.2.1. ¿Cuál es el objetivo u objetivos de la norma para la restricción de la competencia?..... 11

1.2.2. ¿Cuál es la justificación de la necesidad? Relación de causalidad entre la normativa y sus objetivos..... 13

1.2.3. ¿Cuál es la justificación de la proporcionalidad que tiene la norma para restringir la competencia?..... 13

1.3. Comprobación de alternativas menos restrictivas de la competencia  
14

**PARTE II: LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN EL RÉGIMEN DE MODIFICACIONES CONTRACTUALES DE LA NUEVA DIRECTIVA 23/2014/UE DE CONCESIONES**..... 15

2.1 Antecedentes de la reforma ..... 15

2.2 Análisis de Buenas Prácticas en la nueva Directiva de Concesiones ..... 18

<b>PARTE III: PROPUESTA DE REFORMAS. GARANTIZANDO LOS PRINCIPIOS DE COMPETENCIA, IGUALDAD DE TRATO Y TRANSPARENCIA EN EL RÉGIMEN DE MODIFICACIONES CONTRACTUALES</b> .....	21
A corto plazo: Prevención .....	22
A mediano plazo: Detección, Reacción y Represión.....	22
A largo plazo: Integración .....	24
<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b> .....	24
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	25

## RESUMEN EJECUTIVO

Actualmente el Perú, y toda Latinoamérica, vive el “efecto Odebrecht” y la corrupción en las contrataciones públicas que siguen generando distorsiones en el mercado interno y deudas millonarias, debido a numerosas adendas suscritas tras renegociaciones ineficientes.

### ¿Es posible cambiar este escenario al 2030?

Sí, lo es.

### ¿Cómo?

Este ensayo realiza una evaluación de impacto competitivo a fin de proponer **mejores políticas públicas** en el régimen de modificaciones contractuales de Asociaciones Público Privadas, toda vez que fomentar la competencia no solo puede reducir las renegociaciones oportunistas y las ofertas temerarias sino también, genera **efectos concretos** (mayores estímulos a la eficiencia empresarial, incentivo a innovar, calidad de la infraestructura y servicios), que redundan en **efectos globales**<sup>1</sup> (eficiencia en la utilización de fondos públicos y bienestar social) en la economía nacional.

Producto de este estudio, se presentan **propuestas para su implementación y seguimiento** en un corto, mediano y largo plazo.

---

<sup>1</sup> Guasch (2005: 38- 39) señala que las políticas sobre provisión de servicios de infraestructura repercuten en toda la economía dado que el crecimiento del 1% en el nivel de un país de un solo tipo de infraestructura, como las líneas telefónicas por trabajador, puede aumentar el crecimiento del producto interno bruto (PIB) en 0,20 %.

## INTRODUCCIÓN: RENEGOCIACIONES CONTRACTUALES COMO TEMA DE DEBATE ACTUAL

“El súbdito que contraviene la ley obra ilegalmente, no arbitrariamente. La arbitrariedad es la injusticia del superior.” [Von Ihering, R. 1877. *El Fin del Derecho*. Editorial Cajica. Puebla, México, 263].

A partir de la década de los 90, el Perú reconoce que el crecimiento económico que no va de la mano con el cierre de brecha en infraestructura no es desarrollo, por lo que buscó promover la inversión privada para la provisión de infraestructura y servicios públicos a través de diversas modalidades: privatización de activos por US\$ 11.428 millones en la década de 1990 – 2001 (Serebrisky, Pastor, Alberti, Suárez-Alemán y González, 2017), suscripción de contratos de concesión (1990 hasta la fecha) y a partir del año 2008<sup>2</sup>, mediante contratos de Asociaciones Público – Privadas (APP) en los sectores de transporte, electricidad, telecomunicaciones y saneamiento, a fin de reducir la participación del Estado en la actividad empresarial.

Como instrumento para la mejora de la promoción de la inversión privada, se estableció un régimen jurídico exclusivo para los contratos de APP, el cual ha sufrido diversas modificaciones y novaciones, la última - realizada en menos de dos años de ser modificada-, mediante el Decreto Legislativo N° 1362, que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante APP y Proyectos en Activos (Ley de APP) que entró en vigencia con la publicación de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 240-2018-EF (el Reglamento de APP), el 30 de octubre del 2018.

---

<sup>2</sup> Bajo la vigencia del Decreto Legislativo N° 1012, Ley Marco de las Asociaciones Público Privadas.

**¿Qué nos demuestra los constantes ajustes a la legislación en materia de contratos de APP?** Esta práctica exterioriza una de las principales problemáticas latentes en el Perú y que en los últimos años es de carácter polémico: las deficiencias institucionales y regulatorias para evitar las renegociaciones ineficientes (Izquierdo y Vassallo, 2010: 178), las cuales siguen ocasionando grandes pérdidas dinerarias al Estado y que no han podido ser limitadas<sup>3</sup>.

## **REVISIÓN DE LA LITERATURA Y/O ANTECEDENTES**

Se han realizado diversos estudios que abordan la identificación de las causas principales que propician las modificaciones contractuales a fin que, a través de su análisis, se observen las mejoras institucionales necesarias para evitar las renegociaciones ineficientes. Así, la Contraloría realizó un informe en base a la revisión de cincuenta y un (51) contratos de APP y sus adendas, en el periodo 1990 - 2015; identificando que las causas principales de renegociación de contratos de obras estaban referidas a adicionales y saldos de obra, inversiones máximas permitidas, mayor presupuesto en obras y metrados, que **podieron ser previstos** de haberse realizado mejores estudios técnicos y financieros de los proyectos (Contraloría, 2015: 13).

En doctrina comparada, Guasch (2017: 15-16) advirtió la incidencia de modificación contractual en el Perú, durante el periodo 1988-2016, de un 66% solo en el primer año de ejecución contractual, y un 17% se debía a apuestas agresivas generadas por concesiones financieramente inviables que buscaban renegociar mejores condiciones durante su ejecución. En ese sentido, dicho autor advierte que los factores clave que impulsan el éxito del proyecto de APP son un **diseño apropiado de la concesión** con incentivos contractuales completos e integrados que faciliten la credibilidad de sus cláusulas **y un eficiente marco regulatorio** que logre inducir o aumentar el cumplimiento contractual (Guasch, 2004: 142).

---

<sup>3</sup> Se registró un incremento porcentual incluso de hasta un 149% del monto inicial del contrato (Cabral, Laura, Moreno, Floríndez y Tello, 2017).

En síntesis, los estudios realizados hasta el momento se centran en identificar las consecuencias de las renegociaciones ineficientes y destacan la necesidad de una gestión eficiente en la ejecución de los contratos de APP; pero, **¿cómo llevarlo a cabo?** A fin de atender dicha interrogante, se reúnen los principales desafíos y retos trazados por la literatura económica y empírica; y, se evalúa el régimen actual de modificaciones contractuales de APP, a fin de presentar propuestas concretas para: i) una reforma regulatoria en el ámbito normativo e institucional, y ii) su implementación mediante controles de promoción y defensa de la competencia.

## **PARTE I: EVALUACIÓN DEL IMPACTO COMPETITIVO DEL RÉGIMEN DE MODIFICACIÓN CONTRACTUAL DE APP EN EL PERÚ**

Con la adopción del Programa País en aras de su incorporación a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE, el Perú se ha comprometido a incluir como parte de su Gobernanza Pública, una Política Regulatoria que coadyuve al diseño, implementación y aplicación regulatoria de alta calidad (OCDE, 2016: 3).

El análisis de impacto regulatorio (RIA, por sus siglas en inglés) forma parte de esta Política como una herramienta que sirve para evaluar la calidad regulatoria, el cual es aplicado en el Perú - y en diversos países miembros o no de la OCDE, para la implementación normativa; sin embargo, considerando que dicho análisis presenta un enfoque general para la evaluación de los beneficios y costos de las regulaciones y, la competencia es un factor importante con impacto en el desempeño económico nacional, se considera que ésta debe ser evaluada de forma particular a fin de garantizar que las normas no la restrinjan, por lo que, en el presente ensayo, se propone el uso de una metodología más especializada formulada por el mismo Organismo Internacional: la Evaluación de Impacto Competitivo (EIC), que utiliza un enfoque más cualitativo de los posibles efectos adversos para la competencia, el comportamiento de los participantes en el mercado, los cambios que presentan; y, prevé los beneficios y costos de largo plazo (OCDE, 2011: 15).

Esta EIC consiste en tres fases: i) identificación de las restricciones a la competencia; ii) análisis de la necesidad y la proporcionalidad de las restricciones y, iii) comprobación de la existencia de otras alternativas menos restrictivas de la competencia; y, nos permitirá analizar cuáles son los factores que limitan la eficiencia y la eficacia de las actuales políticas regulatorias en el Perú.

Para tal fin, debemos considerar que, a nivel normativo, la Ley de APP (artículo 55) establece que la modificación contractual debe mantener el equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de



promoción, conforme a las condiciones y requisitos establecidas en el Reglamento. Acorde a ello, el Reglamento (artículos 135 a 138) establece un límite temporal de tres años dentro del cual no es posible modificar el contrato de APP, salvo correcciones materiales, hechos sobrevinientes, precisión de aspectos operativos y el restablecimiento del equilibrio económico financiero.

Una vez transcurridos los tres años, aunque la propuesta modificatoria desvirtúe el objeto contractual o, involucre un monto adicional superior al 15% del costo inicial, es potestad “discrecional” de la Entidad Titular del Proyecto de APP evaluar si conviene modificar el contrato o realizar una nueva convocatoria. Para tal efecto, se realiza un proceso de evaluación conjunta con participación de otras entidades públicas que deben emitir opinión a la modificación contractual. Asimismo, en caso las modificaciones regulen aspectos de competencia del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) o, incorporen o alteren el cofinanciamiento o las garantías del Contrato de APP, la entidad debe solicitar las opiniones del MEF y/o la Contraloría, respectivamente.

### **1.1. Identificación de las restricciones a la competencia del régimen de modificación contractual**

Respecto al régimen normativo antes acotado, analizaremos tres grandes categorías de restricciones a la competencia – no exclusivas – establecidas en función del tipo de impacto competitivo: i) la limitación del número o la variedad de operadores en el mercado; ii) la limitación de la capacidad de los operadores para competir; y, iii) la reducción de los incentivos de los operadores para competir vigorosamente (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [CNMC], 2009: 15).

#### **1.1.1. ¿Se limita el número o variedad de proveedores?**

El mercado afectado es la contratación pública mediante APP bajo la modalidad de concesiones de obras y servicios. Como se puede observar, la actual normativa de modificaciones contractuales, no establece límites claros y precisos a la potestad del “*ius variandi*” de la Administración

Pública, lo cual limita el número y la variedad de participantes, de forma *ex ante*, en el procedimiento de selección, puesto que de haberse contemplado en las bases el alcance o los supuestos de procedencia para las modificaciones contractuales, se hubiera permitido la participación de más participantes o la selección de otros postores, lo que conlleva además, que se genere desconfianza en el sistema de adjudicación y desincentivos para que las empresas participen.

Asimismo, de forma *ex post*, no se garantiza el principio de transparencia e igualdad de trato durante la ejecución contractual, al no existir un parámetro de control de la potestad “discrecional” para modificar o realizar un nuevo procedimiento de selección cuando se desnaturalice el objeto del contrato. Esto evita la generación de nuevas oportunidades de competencia en una nueva convocatoria pública.

#### **1.1.2. ¿Se limita la capacidad de los operadores para competir?**

La potestad discrecional de la entidad para decidir la modificación contractual, sin parámetros objetivos o mecanismos de control eficaces afectan la etapa precontractual toda vez que incentiva la presentación de ofertas temerarias o excesivamente bajas con expectativas en la renegociación bajo nuevos términos que, si se hubiesen conocido antes, hubieran generado que otros inversionistas participen o presenten mejores ofertas.

Asimismo, se permitiría una ventaja al concesionario para que negocie libremente con la entidad una o más adendas sin competencia pues ostenta el monopolio natural de la concesión lo que le permite presentar la oferta más ventajosa a sus intereses debido al grado de asimetría de información entre el Estado y el inversionista. En la práctica de más de 20 años en contrataciones, esto ha redundado en la corrupción de los

funcionarios públicos y se han presentado casos en los cuales incluso se desnaturaliza el carácter de contrato de APP<sup>4</sup>.

### 1.1.3. ¿Existe una reducción de los incentivos de los participantes para competir vigorosamente?

Qué mayor desincentivo que la corrupción, la cual puede presentarse en las modificaciones de contratos en sus dos tipos: política y administrativa (Codina, 2017: 232). La primera, conocida como “la captura del Estado”, busca influir en la formulación de leyes, políticas y reglamentación del Estado, relacionados a su actividad económica a cambio de pagos ilícitos a funcionarios públicos (Hellman y Kaufmann, 2011: 31); mientras, la corrupción administrativa, se observa en el mismo procedimiento de selección al otorgarse pagos ilícitos a cambio de adjudicaciones de contratos o aceptación de obras en mal estado sin penalidades o la aceptación de modificaciones contractuales sin sustento. Si bien es cierto, la corrupción es de difícil medición, en este acápite se hace referencia a un efecto de la misma: la reducción de incentivos para competir vigorosamente.

Proética (2017: 10 -11), hace alusión al caso de la empresa Odebrecht que reveló el pago de sobornos a autoridades en 12 países para asegurar la adjudicación de contratos (corrupción administrativa) y leyes favorables a sus intereses (corrupción política), siendo que en Perú la suma ascendería a 29 millones de dólares (Rodríguez, 2019) viéndose implicados cuatro expresidentes, entre otros funcionarios públicos (Deutsche Welle, 2019). **¿Consecuencias?** Un 61% de desconfianza en el Estado en la población que conocía del caso Odebrecht; y, respecto a las contrataciones públicas, un 57%, considera que en las empresas informales existe mayor corrupción (Proética, 2017: 33 - 46). Así,

Este panorama genera que sean pocas las empresas formales que deseen o tengan incentivos para presentarse a las convocatorias

---

<sup>4</sup> Así ocurrió en la Adenda N° 6 del Contrato de Concesión IIRSA – Sur, Tramo 2: Urcos – Inambari (Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC, 2019).

públicas. Si bien es cierto, recuperar la confianza de los peruanos en las instituciones estatales es una tarea difícil - un tercio considera que la corrupción es inevitable (Proética, 2017: 40) -, en el campo de las contrataciones de APP debemos buscar reducir las vías que posibiliten la arbitrariedad.

## **1.2. Análisis de la necesidad y la proporcionalidad de las restricciones**

### **1.2.1. ¿Cuál es el objetivo u objetivos de la norma para la restricción de la competencia?**

De la revisión a las exposiciones de motivos tanto de las leyes como de los Reglamentos de APP desde la creación del sistema de APP (2008), se advierte que las mismas o no han precisado los objetivos del régimen de modificación contractual o, confunden el objetivo de la norma con su objeto puesto que solo se ciñen a describir lo que la norma ha regulado.

Sin perjuicio de ello, un paso para la reforma del control de las decisiones de modificación contractual se observó en la Ley N° 30594, que incorporó la participación de la Contraloría en el proceso de evaluación de la modificación de contratos. Esto se justificó en el diario de debates del Pleno de la Segunda Legislatura Ordinaria 2016 que abordó la necesidad de detección oportuna de la desnaturalización de las adendas y, que los procesos de promoción de la inversión privada y toda operación que comprometa el crédito o la capacidad financiera del Estado sean céleres y no fácilmente cuestionados por objeciones que pudieron advertirse antes de su origen y durante la ejecución contractual; así como lidiar contra la facultad discrecional de los funcionarios públicos en la modificación de contratos.

De otro lado, podemos hacer alusión a la exposición de motivos del Decreto Legislativo N°1251, que estableció que el proceso de renegociación sería dirigido por Proinversión; sin embargo, la normativa vigente ha restablecido el régimen anterior señalando que es la entidad

titular del proyecto quien dirige dicho proceso, a fin de no ralentizar el mismo.

Así, podemos advertir que el legislador estaría ponderando el principio de eficiencia por sobre el principio de competencia al buscar la agilidad de un procedimiento de modificación contractual frente a evitar las múltiples adendas suscritas; sin embargo, se considera que ambos objetivos pueden coexistir complementando dicho procedimiento de evaluación conjunta con mecanismos de control.

A continuación, se reúnen los principales objetivos señalados en los instrumentos normativos antes revisados, a los que se añaden otros que se deducen de los principios de competencia, transparencia, igualdad de trato, valor por dinero, enfoque de resultados e integridad.

<b>Objetivos principales</b>	Evitar las renegociaciones oportunistas para reducir su monto y reiteración.
	Evitar ofertas temerarias o excesivamente bajas en la etapa del procedimiento de selección.
<b>Objetivos secundarios</b>	Facilitar el control por parte de terceros afectados sobre las decisiones de modificación contractual.
	Mayor transparencia y seguridad de los procesos de modificación contractual.
	Buscar la predictibilidad de las modificaciones contractuales con parámetros objetivos a la potestad discrecional de modificación contractual.
	Generar confianza en la ciudadanía sobre las decisiones de modificación contractual de la Administración Pública.
	Buscar la combinación óptima entre los costos y la calidad de la infraestructura y servicios.

### **1.2.2. ¿Cuál es la justificación de la necesidad? Relación de causalidad entre la normativa y sus objetivos**

La normativa no ha establecido objetivos precisos respecto al ius variandi; sin embargo, del análisis previo se ha podido observar, que se busca reducir renegociaciones oportunistas y la presentación de ofertas temerarias. No obstante, salta a la vista que las modificaciones normativas realizadas por el legislador poco han logrado dichos objetivos.

Esto ocurre en tanto que no existe una coherencia entre el objetivo que se busca y la normativa establecida que solo viene regulando y modificando el aspecto procedimental de evaluación de adendas y no regula parámetros claros y precisos que limiten la potestad modificatoria y garanticen los principios de transparencia y competencia durante toda la ejecución contractual.

### **1.2.3. ¿Cuál es la justificación de la proporcionalidad que tiene la norma para restringir la competencia?**

Podría alegarse que el régimen actual coadyuva a evitar un nuevo procedimiento de selección que, por los trámites y tiempo que amerita, se considera que resulta más oneroso para el Estado y para el interés general que contratar con el mismo Concesionario, que ya conoce del proyecto y que ha efectuado estudios para su continuación; sin embargo, frente a ello, debería ponderarse los sobrecostos de las adendas que dejaron deudas millonarias al Estado, así como el mismo coste de la evaluación de propuestas modificatorias oportunistas.

Para muestra un botón. IDL-Reporteros (2017) señala que los sobrecostos generados por la empresa Odebrecht por la construcción de obras en diversos sectores de los servicios ascendió a S/4,693,710,471.97 soles. Sin embargo, dicha empresa solo ha reconocido una reparación civil al estado peruano por 228 millones de dólares en 15 años por los casos de corrupción de cuatro obras públicas a

cambio de que sus dirigentes no sean procesados penalmente y puedan licitar nuevamente con el Perú (Fowks, 2019).

Asimismo, se generan efectos globales en el decrecimiento económico del país. El “efecto Odebrecht” generó que el MEF recortara la proyección del PBI para el año 2018 de 4.8% a 3.8%, debido a la paralización de proyectos a cargo de dicha empresa brasileña (Castro, 2017). El BID señala que la pérdida es de aproximadamente un 1.5% del PBI (Cruz, 2018).

Actualmente se conoce, a través de las declaraciones de los colaboradores eficaces, que la empresa Odebrecht acordó diversos sobornos a varios ex funcionarios públicos de OSITRAN, MEF, entre otras entidades públicas, para la aprobación de normas y adendas millonarias burlando el espíritu de la normativa vigente. (Chavkin, 2019). Dichas declaraciones entre otras pruebas que salen a la luz, nos otorgan mayor sustento respecto a que no solo es necesaria una normativa que regule un proceso célere de evaluación conjunta de la propuesta modificatoria sino también establecer límites a la potestad modificatoria, así como reforzar los mecanismos de control y supervisión de los contratos de APP.

### **1.3. Comprobación de alternativas menos restrictivas de la competencia**

Esta fase de evaluación consiste en un estudio de benchmarking normativo que analiza las buenas prácticas de la Directiva 23/2014/UE, de Concesiones de la Unión Europea (UE), toda vez que dicha comunidad política internacional innovó en la normativa de contratación pública incorporando un régimen de modificaciones contractuales que persigue garantizar los principios de igualdad de trato, transparencia y competencia en la etapa de ejecución contractual, a raíz de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), evidenciara que en dicha fase se distorsionaban dichos principios.

## PARTE II: LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN EL RÉGIMEN DE MODIFICACIONES CONTRACTUALES DE LA NUEVA DIRECTIVA 23/2014/UE DE CONCESIONES

### 2.1 Antecedentes de la reforma

Con fecha 28 de marzo de 2014, fue publicada la cuarta generación de Directivas de la UE sobre contratación pública - que comprende la nueva Directiva 2014/23/UE de Concesiones -, a través de las cuales, el legislador comunitario cambió de óptica en los objetivos de la contratación pública priorizando el fomento del principio de competencia por sobre la potestad exorbitante del *ius variandi* de la Administración Pública estableciendo como regla la no modificación sustancial del contrato, salvo determinados supuestos, así como mecanismos de control.

Esta reforma no ha sido de la noche a la mañana. Así como el sol es débil cuando se eleva primero, y cobra fuerza y coraje a medida que avanza el día (Charles Dickens), el TJUE fue la institución que, en su rol de intérprete, inició el desarrollo del contenido de los principios de igualdad de trato y transparencia a través de sus sentencias que cada vez proclamaban más una limitación a la potestad discrecional de modificación contractual (ver Fichas 1, 2 y 3).

#### Ficha N° 1.

Caso CAS Succhi di Frutta SpA, C-496/99/P

<b>Acción</b>	Recurso de Casación
<b>Fecha</b>	29 de abril de 2004
<b>Demandante</b>	Comisión de las Comunidades Europeas
<b>Demandada</b>	CAS Succhi di Frutta SpA
<b>Sentencia</b>	El TJUE desestimó el recurso considerando que:



	<ul style="list-style-type: none"> <li>- La demandada se encontraba legitimada para interponer el recurso, aunque no había sido adjudicada con el contrato, por cuanto se encontraba individualmente afectada por la decisión de modificación contractual en su condición de licitador.</li> <li>- Se habían alterado de forma sustancial las condiciones de competencia por la entidad adjudicadora por cuanto la Comisión permitió a la empresa Trento Frutta entregar como pago nectarinas en sustitución de las manzanas y naranjas.</li> </ul>
--	---

### Ficha N° 2

Caso Pressetext, C-454/06

<b>Acción</b>	Cuestión prejudicial
<b>Fecha</b>	19 de junio de 2008
<b>Solicitante</b>	Órgano jurisdiccional nacional
<b>Decisión</b>	<p>El TJUE aclaró lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Que la sustitución de una de las partes contractuales significaba una modificación sustancial a menos que se encontrara previsto en el Contrato o se trate de una reestructuración corporativa.</li> <li>- Asimismo, advirtió que la modificación contractual con el objeto de convertir los precios indexados en moneda nacional a euros no era una modificación sustancial, sino una adaptación a circunstancias externas modificadas.</li> </ul>

### Ficha N° 3

#### Caso Comisión contra Reino de España

<b>Acción</b>	Recurso de incumplimiento de obligaciones
<b>Fecha</b>	22 de abril de 2010
<b>Demandante</b>	Comisión Europea
<b>Demandado</b>	Reino de España
<b>Sentencia</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>- El TJUE declaró que el Reino de España incumplió sus obligaciones de igualdad de trato, publicidad y transparencia debido a que adjudicó a Iberpistas obras adicionales no contempladas en el objeto contractual.</li><li>- Asimismo, aclaró que dicha publicación debía haber contemplado la posibilidad de los licitadores de presentar variantes en sus ofertas junto a sus requisitos mínimos; descartando la legalidad de la remisión del pliego de condiciones a la legislación nacional para su interpretación.</li></ul>

Posteriormente, la Comisión Europea presentó al Consejo Europeo, el documento COM (2010) 2020 final, **“Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”**, señalando como objetivos de reforma: a) el crecimiento inteligente con una economía basada en el conocimiento y la innovación; b) el crecimiento sostenible con una economía eficaz, más verde y competitiva; y, c) el crecimiento integrador.

Asimismo, el Comité Económico del Comité Económico y Social Europeo siguió dicha propuesta mediante el Dictamen COM (2011) 15 final, 2011/C 318/19 **“Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE: Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente”**.

## 2.2 Análisis de Buenas Prácticas en la nueva Directiva de Concesiones

La Directiva de Concesiones buscó limitar el *ius variandi* garantizando los **principios de transparencia, competencia e igualdad de trato** en todo el *íter* contractual mediante las siguientes reformas que pueden implementarse, progresivamente, en la regulación peruana:

- Previsión, en las bases de licitación, de las modificaciones contractuales que podrán tener lugar durante su ejecución, indicando de forma clara, precisa e inequívoca, su alcance y condiciones; sin alterar el contenido sustancial del contrato<sup>5</sup>.
- Posibilidad de modificación contractual para la contratación de obras y servicios adicionales necesarias para la ejecución del contrato y, circunstancias imprevisibles para una entidad diligente; que no alteren el contenido sustancial de la concesión y bajo un límite cuantitativo del 50% del valor del contrato original o, en caso de modificaciones sucesivas, respecto al valor de cada una de ellas. (Al respecto, se considera que el límite cuantitativo debe analizarse y regularse de acuerdo al contexto económico del país).
- Mejora el régimen de modificación subjetiva estableciendo esta posibilidad cuando: (i) sea aplicación de una cláusula clara, precisa e inequívoca prevista en las bases; o, (ii) sea consecutivo a una sucesión universal o parcial en la posición del concesionario inicial, por causa de una reestructuración corporativa o insolvencia, a otro operador económico que cumpla con los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que esto no implique ningún otro

---

<sup>5</sup> Asimismo, Guasch (2015, 39) ya señalaba que los contratos deben definir claramente el tratamiento de los activos, la evaluación de las inversiones, los indicadores de resultados, los procedimientos y las pautas para ajustar y revisar las tarifas, agregando que la primera revisión tarifaria no debiera realizarse sino hasta transcurrido un periodo significativo como cinco años, salvo circunstancias específicas.

cambio sustancial en el contrato sin implicar otras modificaciones sustanciales del contrato ni eludir la normativa.

- Establece umbrales mínimos de procedencia para la modificación contractual que no modifiquen de forma sustancial el contrato (por ejemplo, un 10% del CTP), fuera de los supuestos antes señalados, que, tras superarse, conlleve a convocar un nuevo procedimiento de selección, de forma obligatoria.
- Regula – de forma no taxativa - lo que se entiende por “afectación al contenido sustancial del contrato” estableciendo casos como: i) La introducción de condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de selección, hubieran permitido la elección de postores distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o hubieran atraído a más participantes; ii) el desequilibrio económico financiero del contrato de forma no prevista en el contrato; iii) la ampliación considerable del ámbito de aplicación del contrato; iv) la sustitución del concesionario en circunstancias distintas de las previstas en la norma.
- Prescribe publicar las modificaciones contractuales señalando su justificación y monto.
- Establece un mecanismo de impugnación respecto de la decisión de modificación contractual, encontrándose legitimado cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, pudieron haberse perjudicado.

Las prácticas antes acotadas, no restringen ni limitan la competencia. Ocurre el caso contrario: Logran el incremento de la competencia disminuyendo el riesgo de conductas colusorias y/o corruptas. Aunque no es posible por el momento analizar el impacto de la implementación de estas reformas en los países de la UE por cuanto no se ha alcanzado el 100% de su implementación<sup>6</sup>, se pueden contemplar las siguientes consecuencias previsibles de su aplicación:

---

<sup>6</sup> El grado de cumplimiento de la transposición de la Directiva en los países de la UE a la fecha prevista (18 de abril de 2016) sólo fue de un 25%; a fines del 2016 del 57%; del 2017, de un 89% y, a la fecha del presente ensayo, dicho proceso aún no se ha culminado.

## Consecuencias previsibles de su aplicación

Para los participantes	Para la Entidad	Para la sociedad
<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Conocimiento de las posibles modificaciones que pueden existir en el <i>íter</i> contractual a fin que puedan ser consideradas para presentar mejores ofertas técnico - económicas.</li> <li>✓ Mayores oportunidades para contratar con el Estado.</li> <li>✓ Incremento de los incentivos a innovar.</li> <li>✓ Transparencia en las causas de las modificaciones.</li> <li>✓ Mejor desempeño en la evaluación de riesgos contractuales que implica una mayor y mejor participación en la fase de consultas a las Bases y comentarios a la versión inicial del contrato.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Mejor eficiencia del gasto público por la reducción del número y monto de las adendas.</li> <li>✓ Evita renegociaciones ineficientes y prácticas colusorias y/o corruptas.</li> <li>✓ Fomento de mayor concurrencia de participantes y presión competitiva.</li> <li>✓ Más opciones para elegir una mejor oferta (calidad - precio).</li> <li>✓ Mejor gestión en la evaluación de la modificación contractual por cuanto deberá motivarse de forma objetiva y bajo parámetros legales que pueden acreditarse.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Participación ciudadana para el control <i>ex post</i> de las decisiones de la Administración Pública.</li> <li>✓ Incremento de los incentivos para contratar con el Estado.</li> <li>✓ Reducción de precios y mejor calidad de la infraestructura y servicios.</li> <li>✓ Maximización del bienestar de la sociedad y del crecimiento económico del país.</li> <li>✓ Mayor confianza en la actividad de la Administración Pública.</li> </ul>

### **PARTE III: PROPUESTA DE REFORMAS. GARANTIZANDO LOS PRINCIPIOS DE COMPETENCIA, IGUALDAD DE TRATO Y TRANSPARENCIA EN EL RÉGIMEN DE MODIFICACIONES CONTRACTUALES**

Toda vez que las buenas prácticas regulatorias de la UE en la nueva Directiva de Concesiones consiguen cumplir todos los objetivos principales y secundarios analizados para el **fomento y defensa de la competencia**, se propone su implementación mediante políticas públicas a ejecutar en un corto, mediano y largo plazo:

<p><b>A corto plazo: Prevención</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Es vital una reforma normativa del régimen de modificaciones contractuales que establezcan como regla el compromiso del Estado de no modificar el contrato, salvo determinadas excepciones debidamente definidas bajo límites cualitativos y cuantitativos de procedencia.</li> <li>- Se recomienda que Proinversión, como encargado de promoción de la competencia, establezca recomendaciones de diseño de las bases de licitación, recogiendo consultas de diversas entidades titulares de los proyectos y que eviten el riesgo de captura del Estado.</li> <li>- Una mayor cooperación administrativa es necesaria a través de convenios interinstitucionales entre Indecopi, los Organismos Reguladores, la Contraloría y, las entidades titulares de los proyectos de APP para mejorar la gestión del conocimiento, implementar reformas, capacitar a las entidades que formulan los proyectos y, mejorar la supervisión, fiscalización y control de la competencia.</li> <li>- Elaboración de guías institucionales y foros de capacitación para la apertura de consultas de los OPIP.</li> </ul>
<p><b>A mediano plazo: Detección, Reacción y Represión</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Se recomienda regular la obligación de los OPIP de <b>informar</b> a la autoridad competente cualquier hecho que pueda considerarse una <b>infracción al derecho de la competencia</b> tanto en el Proceso de Promoción de la Inversión Privada como en el trámite de evaluación de la modificación contractual.</li> <li>- En tanto estudios han revelado que una constante supervisión de los órganos de control interno puede restar autonomía a los funcionarios públicos (Sanguinetti, Brassiolo, Ortega, Álvarez, Quintero, Berniell, Maris, 2015: 144), se considera que la</li> </ul>

**fiscalización** pueda ser aleatoria, inopinada y se encuentre reforzada **con mecanismos de transparencia**. Esto es, que se publiquen vía portal institucional el cumplimiento de las metas de los proyectos de APP en todos los aspectos obligacionales de ejecución del contrato, así como las medidas adoptadas para por las entidades titulares del proyecto para su mitigación en caso de retraso.

- Supervisar el cumplimiento de **publicación** de las modificaciones contractuales a través de los portales institucionales de cada entidad, **generando estadísticos** que adviertan los principales motivos de modificación contractual, el monto y su reiteración.
- Establecer **mecanismos de impugnación** ante Tribunales Administrativos respecto de la decisión de modificación contractual, encontrándose legitimado cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, pudieron haberse perjudicado, de manera directa o indirecta, por las decisiones de modificación. **Divulgación** de sus actuaciones.



**A largo plazo:  
Integración**

- Creación de una **autoridad supranacional** a nivel de Latinoamérica encargada de i) establecer **lineamientos** comunes para la mejora del sistema de contrataciones públicas y en especial, del régimen de modificación contractual; ii) supervisar la **correcta implementación** de las reformas regulatorias propuestas; y, iii) realizar una **base de datos a nivel nacional y supranacional** que integre el registro de todos los contratos de concesión, el índice de progreso de su ejecución, los mecanismos de gestión para la supervisión del contrato y las modificaciones de contrato (justificación, necesidad y monto), **evaluando temporalmente los principales problemas** de las contrataciones.

## **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

La problemática del presente estudio se acota en la capacidad no limitada de renegociar los contratos de APP durante su fase de ejecución, puesto que ya no se ajustan a los mecanismos competitivos del Proceso de Promoción de la Inversión Privada, sino que obedecen a un acuerdo de partes, en la cual se presenta una sola oferta (la del inversionista) generando que no exista un “valor por dinero”.

Bajo este contexto, se busca establecer los lineamientos de una política pública idónea que no sólo limiten las renegociaciones oportunistas, sino que incluso promuevan y defiendan la competencia; para lo cual ha resultado de utilidad la Evaluación del Impacto Competitivo de la normativa actual que verificó la existencia de restricciones competitivas que se regulan sin justificación de necesidad ni de proporcionalidad.

En la búsqueda de alternativas regulatorias a la luz del principio de competencia se analizó la experiencia de la UE (legislación y práctica de los países miembros), que han sabido establecer mecanismos normativos e

institucionales de alta calidad para identificar u disuadir tales comportamientos oportunistas. Son varios los aspectos innovadores que pueden implementarse en la normativa peruana a partir de la nueva Directiva N° 23/2014/UE de Concesiones - que van desde establecer límites al *ius variandi* hasta la publicidad de las adendas y la inclusión del recurso de impugnación -; para lo cual se proponen mecanismos de control de prevención, detección, reacción y represión de las conductas anticompetitivas.

Por tanto, el presente ensayo nos permite observar que es viable (necesario y proporcional) la reforma al régimen peruano de modificaciones contractuales de APP, con miras a promover y defender la competencia, lo que permitirá garantizar los principios de libre concurrencia, valor por dinero, igualdad de tratos, transparencia e integridad en toda la ejecución contractual. La presente reforma es el inicio de un cambio institucional que puede ampliarse a nivel supranacional al 2030.

## BIBLIOGRAFÍA

### a) Libros y revistas consultados

- **Sanguinetti, P., Brassiolo, P., Ortega, D., Álvarez, F., Quintero, L., Berniell, L., Maris, L. (2015).** *RED 2015: Un Estado más efectivo. Capacidades para el diseño, la implementación y el aprendizaje de políticas públicas.* Corporación Andina de Fomento - CAF. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <http://scioteca.caf.com/handle/123456789/755>
- **Codina, X. (2017).** *Tesis doctoral: La modificación de los contratos y la protección del interés general.* Madrid, España. Recuperado de: <https://eprints.ucm.es/43535/1/T38999.pdf>.
- **Guasch, José Luis. (2005).** *Concesiones en infraestructura: cómo hacerlo bien.* Universidad de California, San Diego. The World Bank, Antoni Bosch Editor, Washington DC, USA.
- **Guasch, José Luis. (2004).** *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing It Right.* The World Bank, Washington, D.C. U.S.A.

- **Izquierdo, R. y Vasallo, J. (2010).** *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España.* Corporación Andina de Fomento - CAF. Bogotá, Colombia.
- **Serebrisky, Tomás; Pastor, Cinthya; Suárez - Alemán, Ancor; Alberti, Juan y González, Aldo. (2017).** *Financiamiento privado de la infraestructura de América Latina y el Caribe: Chile, Perú y Uruguay como casos de estudio.* Banco Interamericano de Desarrollo - BID, Washington DC, USA.

## b) Diarios consultados

- **Cabral, E.; Laura, R.; Moreno, L.; Floríndez, H. y L. Tello (24 de agosto, 2017).** *Los sobrecostos de Odebrecht en Perú.* IDL Reporteros. Recuperado de: <https://idl-reporteros.pe/los-sobrecostos-de-odebrecht-en-peru/>
- **Castro, A. (26 de enero, 2017).** *El "efecto Odebrecht" en la economía peruana.* Recuperado de: <https://redaccion.lamula.pe/2017/01/26/el-efecto-odebrecht-en-la-economia-peruana/acastro/>
- **Chavkin, S. (26 de junio, 2019).** *Filtración revela millonarios pagos asociados con el escándalo de Odebrecht.* Diario El Nuevo Herald. Consorcio internacional de periodistas de investigación. Recuperado de: <https://www.elnuevoherald.com/noticias/mundo/america-latina/article231933873.html>
- **Cruz, J. (7 de mayo, 2018).** *Así frena la corrupción la inversión pública y el crecimiento.* Recuperado de: <https://blogs.iadb.org/administracion-publica/es/inversion-publica/>
- **Deutsche Welle. (25 de abril, 2019).** *Exdirector de Odebrecht en Perú confirma pagos a cuatro expresidentes.* Recuperado de: <https://p.dw.com/p/3HP2C>
- **Fowks, J. (16 de febrero, 2019).** *Odebrecht indemnizará a Perú con 228 millones por sobornos en obras públicas.* Diario El País. Recuperado de: <http://www.prisanewsservices.com/info.php?id=877273>

### c) Informes, ponencias y memorias institucionales consultados

- **Comisión Europea. (2010).** *Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.* Recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52010DC2020>
- **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (2009).** *Guía para la elaboración de memorias de competencia de los proyectos normativos.* Recuperado de: <https://www.cnmc.es/expedientes/g-2008-02>
- **Contraloría General de la República. (2015).** *Causas y efectos de las renegociaciones contractuales de las Asociaciones Público – Privas en el Perú.* Gerencia de Estudios y Gestión Pública de la Contraloría General de la República, Lima, Perú. Recuperado de: [http://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/2015/Estudio\\_renegociaciones\\_contractuales\\_APP\\_.pdf](http://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/2015/Estudio_renegociaciones_contractuales_APP_.pdf)
- **Guasch, José Luis. (2017).** *Ponencia: “El control de las Asociaciones Público Privadas” en la “VII Conferencia Anual Anticorrupción Internacional - CAAI: Lucha contra la corrupción: retos y perspectivas”* presentada el 6 y 7 diciembre de 2017 en Perú. Recuperado de: [http://doc.contraloria.gob.pe/conferenciaanticorruptcionperu/2017/presentaciones/Pres\\_JoseGuash.pdf](http://doc.contraloria.gob.pe/conferenciaanticorruptcionperu/2017/presentaciones/Pres_JoseGuash.pdf)
- **Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC. (2019).** <https://www.gob.pe/mtc>
- **Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE. (2011).** *Herramientas para la Evaluación de la Competencia.* Volumen II: Guía. Recuperado de: <https://www.oecd.org/daf/competition/98765433.pdf>
- **Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE. (2016).** *Política Regulatoria en el Perú. Uniendo el marco para la Calidad Regulatoria.* Recuperado de: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Poli%CC%81tica-Regulatoria-en-el-Peru%CC%81-aspectos-clave.pdf>
- **Proética. (2017)** *Décima encuesta nacional sobre percepciones de corrupción.* Recuperado de: <https://www.proetica.org.pe/wp-content/uploads/2018/08/Pro%CC%81tica-X-Encuesta-Nacional-sobre-Corrupti%C3%B3n-1-6.pdf>