

## **Los Lineamientos para la respuesta del Estado frente a impactos causados por el COVID-19 en proyectos APP. ¿El remedio o un problema más?**

El COVID-19 en el Perú, causó (entre otras muchas cosas) la suspensión de diversas actividades económicas. Pese a que el Estado era el principal llamado a responder de forma adecuada y paliar los efectos negativos de la pandemia, su respuesta en algunos casos no ha venido siendo la mejor.

En agosto de 2020, a fin de hacer frente al impacto del COVID-19 en proyectos de Asociación Público-Privada ("APP"), el Ministerio de Economía y Finanzas ("MEF") emitió la Resolución Directoral N° 003-2020-EF/68.01, aprobando los "*Lineamientos para la respuesta del Estado frente a los potenciales impactos generados por la pandemia del COVID-19 en proyectos de Asociación Público-Privada*" ("Lineamientos").

Los Lineamientos establecen una ruta estandarizada para que entidades públicas y privadas obtengan respuestas ágiles ante los impactos negativos generados por las decisiones del Estado en la lucha contra el COVID-19, buscando garantizar la sostenibilidad de los contratos y servicios, y mantener la distribución de riesgos del contrato original. Se trata, en buena cuenta, de una primera etapa de evaluación que realiza la entidad concedente que, aplicando los criterios establecidos en los Lineamientos, determina -según su criterio- si existió o no un impacto negativo en el proyecto.

La finalidad de esta medida es prevenir eventuales conflictos entre el concesionario afectado y el Estado que puedan crearse a raíz de los efectos negativos de la pandemia del COVID-19, protegiendo así potenciales afectaciones económicas contra el Estado. La idea, por ello, es que eventuales conflictos puedan ser solucionados vía acuerdos amistosos, sin necesidad de llegar a un litigio.

Los Lineamientos contienen dos pasos:

- (i) En el "**Paso 1**" denominado "**identificación y sustento del problema**", el concesionario acredita el impacto negativo de las medidas gubernamentales referidas al COVID-19 sobre su proyecto en particular. En líneas generales, el concesionario presenta al concedente un modelo financiero ajustado al día anterior a la declaratoria de estado de emergencia nacional; identifica las normas que generaron el impacto negativo; y detalla los efectos específicos generados en el proyecto. Con dicha información, el concedente realiza la evaluación correspondiente, pudiendo solicitar apoyo técnico a otras entidades públicas para contrastar dicha información.
- (ii) Acreditada la obligación del concedente de mitigar los impactos negativos, en el "**Paso 2**", denominado "**selección y ejecución del mecanismo contractual aplicable**", las partes seleccionan el mecanismo contractual para mitigar los impactos negativos, teniendo dos alternativas: (i) utilizar el remedio establecido en el contrato de APP (si tal mecanismo ha sido previsto); o, en su defecto, (ii) modificar el contrato a través de una adenda, en cuyo caso deberá observarse lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1362 y su Reglamento. En ese sentido, las partes pueden acortar, por ejemplo, la ampliación del plazo contractual o una compensación económica, entre otros posibles remedios.

En líneas generales, se tiene entonces el siguiente esquema:

Etapa	Normativa aplicable
Evaluación para determinar la existencia o no de impactos negativos en el proyecto	Lineamientos
Procedimiento de modificación contractual	Decreto Legislativo 1362 y su Reglamento

Luego de pocos años de su implementación, consideramos que es muy positivo que se haya buscado unificar estándares para que las entidades actúen bajo un mismo criterio, frente a las solicitudes presentadas por los concesionarios con el objeto de mitigar el impacto negativo de tales medidas sobre sus proyectos.

No obstante, los Lineamientos adolecen de diversos defectos.

**Primero**, los Lineamientos no ofrecen una línea de acción claramente definida. Si bien se realiza una descripción de dos grandes “pasos” o etapas para la evaluación de los impactos y de la vía de solución a emplearse, lo cierto es que su articulación no ha sido debidamente establecida. No se han fijado plazos máximos de respuesta de la entidad ni se exige la emisión de opiniones técnico-legales sustentadas por parte de la entidad. Tampoco se ha previsto una etapa de observaciones sobre lo presentado, ni se ha definido cómo se realizarán las consultas técnicas a otras entidades, o si aquellas opiniones serán vinculantes o no.

**Segundo**, menos clara es la distinción entre los documentos que corresponden ser recabados y presentados tanto por el concesionario como por el concedente. En esa misma línea, los Lineamientos no contemplan qué ocurre cuando la documentación listada en dicho documento no puede ser obtenida por ninguna de las partes a causa de su antigüedad o inexistencia.

**Tercero**, los Lineamientos tampoco otorgan un límite temporal para que se emita una respuesta a lo solicitado por el concesionario. Pueden pasar meses sin que se emita pronunciamiento alguno, lo cual es perjudicial para el proyecto y los usuarios. Aunado a ello, tampoco se establece cómo concluye el procedimiento creado por los Lineamientos: si se emitirá una decisión final de la entidad concedente, o si acaso será el MEF quien emita una opinión vinculante.

Sobra decir que un procedimiento de esta naturaleza requiere ser expeditivo y abreviado, con reglas claras y céleres que eviten cualquier inacción de la entidad concedente. La falta de definición de los aspectos mencionados no solo genera que cada parte realice su propia interpretación de los Lineamientos, sino que hace menos predecible al procedimiento de evaluación, generando estancamientos y mayores pérdidas en los proyectos.

Todos estos efectos llevan a lo contrario de lo que buscaban los Lineamientos: conflictos.

La falta de reglas claras y céleres, que otorga un alto margen de discreción a cada parte sobre cómo interpretar los Lineamientos, hace que la solución vía acuerdo amistoso (adenda o el remedio contractual previsto) sea la excepción, causando así que el Estado siga incrementando su carga de controversias.

¿Qué podría terminar ocurriendo en la práctica? Uno de sus efectos es que el Estado peruano, a consecuencia de una medida adoptada o dictada a raíz del COVID-19 pero cuestionada por el concesionario (y que no sea finalmente resuelta en aplicación de los Lineamientos), sea demandado en los foros de solución de controversias establecidos en los contratos respectivos (que, por regla general, es el arbitraje).

Incluso, lo anterior podría ocasionar que sujeto a cumplirse los requisitos correspondientes, se termine demandando al Estado peruano en un arbitraje internacional (ante foros como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, la Corte Permanente de Arbitraje, entre otros), vía de solución de controversias pactada en una gran cantidad de contratos APP.

Perú, en la actualidad, es uno de los países más demandados, por ejemplo, ante el CIADI. Así, tan solo en el 2021 fue demandado en nueve oportunidades , mientras que en la actualidad cuenta con 22 arbitrajes en trámite como parte demandada.

Por ello, hasta el año 2021, Perú se convirtió en el país más demandado ante el CIADI. Recientemente en el 2021, Perú fue demandado en nueve oportunidades y, además, registró en dicho año otros 13 arbitrajes pendientes. Las principales materias de controversia entre dichos países fueron petróleo, gas, minería y electricidad, varia de las cuales se hallan precisamente sujetas en el Perú al régimen de APP.

**Alvaro  
Cuba**

Asociado  
ach@prcp.com.pe

**Carlos  
Baldeón**

Asociado  
cbm@prcp.com.pe

ESCUCHA NUESTROS  
PODCASTS



VISITA NUESTRO BLOG