

**Universidad Católica de Santa María**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**  
**Escuela Profesional de Derecho**



**LA NATURALEZA Y LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LAS ADENDAS AL  
CONTRATO DE CONCESIÓN DEL PROYECTO ESPECIAL MAJES –  
SIGUAS II ETAPA**

Tesis presentada por el bachiller:

**Revilla Valencia, Arquímedes Jesús**

Para optar al Título Profesional de

**Abogado**

**Asesor:**

**Dr. Neyra Amat, Carlos Alberto.**

**Arequipa – Perú**

**2024**

UCSM-ERP

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA**

**DERECHO**

**TITULACIÓN CON TESIS**

**DICTAMEN APROBACIÓN DE BORRADOR**

Arequipa, 26 de Octubre del 2023

**Dictamen: 009435-C-EPDD-2023**

Visto el borrador del expediente 009435, presentado por:

**2017202291 - REVILLA VALENCIA ARQUIMEDES JESUS**

Titulado:

**LA NATURALEZA Y LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LAS ADENDAS AL CONTRATO DE CONCESIÓN  
DEL PROYECTO ESPECIAL MAJES - SIGUAS II ETAPA**

Nuestro dictamen es:

**APROBADO**

**70672448 - DEL CARPIO UGARTE CESAR ALEJANDRO  
DICTAMINADOR**



**42512892 - RIVERA GARCIA EDUARDO ALONSO  
DICTAMINADOR**



# LA NATURALEZA Y LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LAS ADENDAS AL CONTRATO DE CONCESIÓN DEL PROYECTO ESPECIAL MAJES – SIGUAS II ETAPA

## INFORME DE ORIGINALIDAD

8%

INDICE DE SIMILITUD

10%

FUENTES DE INTERNET

5%

PUBLICACIONES

4%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

## FUENTES PRIMARIAS

1	<a href="http://www.rree.gob.pe">www.rree.gob.pe</a> Fuente de Internet	2%
2	<a href="http://idoc.pub">idoc.pub</a> Fuente de Internet	1%
3	<a href="http://cdn.www.gob.pe">cdn.www.gob.pe</a> Fuente de Internet	1%
4	<a href="http://apps8.contraloria.gob.pe">apps8.contraloria.gob.pe</a> Fuente de Internet	1%
5	<a href="http://www.proinversion.gob.pe">www.proinversion.gob.pe</a> Fuente de Internet	1%
6	<a href="http://repositorio.ucv.edu.pe">repositorio.ucv.edu.pe</a> Fuente de Internet	1%
7	<a href="http://hdl.handle.net">hdl.handle.net</a> Fuente de Internet	1%
8	<a href="http://leyes.congreso.gob.pe">leyes.congreso.gob.pe</a> Fuente de Internet	1%

**DEDICATORIA**

*A mi mamá y papá, las personas más importantes en mi vida, quienes me impulsaron, apoyaron, escucharon y corrigieron todo este tiempo, gracias por permitirme alcanzar mis metas.*

*A Ignacio y Sebastian, mis más grandes amigos, quienes me escucharon cuando quise hablar de este tema.*

### **AGRADECIMIENTOS**

*A Dios, quien ha sido mi guía, protector y luz.*

*A mis padres, quienes a diario propulsaron mi hambre por indagar y formaron mi espíritu con su mentoría, me han legado su espíritu de lucha.*

*Al Dr. Carlos Alberto Neyra Amat, por su confianza y sus consejos en toda mi vida universitaria.*

*A mis docentes universitarios, quienes han depositado en mí sus conocimientos y experiencias y quienes han permitido que pueda llegar hasta aquí.*

*A mis amigos, por permitirme compartir tiempo con ellos, por sus constantes palabras de aliento, por ser la familia que elegí.*

## RESUMEN

La presente investigación busca analizar y explicar valorativamente lo referente a las adendas contractuales, específicamente en el contexto del uso indiscriminado de estas en el “Contrato de Concesión para la Construcción, Operación y Mantenimiento de las Obras Mayores de Afianzamiento Hídrico y de Infraestructura para Irrigación de las Pampas de Siguas”, cuya denominación más breve es “Proyecto Especial Majes – Siguas, II Etapa”.

Este mecanismo es, sin duda, altamente empleado por la administración pública a pesar de no existir normatividad orgánica específica que regule su uso.

Durante el desarrollo de esta Tesis, se analizará la mezcla, generada por las autoridades, de dos instituciones jurídicas diferentes: los contratos de Obra Pública y las Concesiones Estatales (denominadas en este trabajo como Concesionamientos de Bienes Estatales); con el fin de denotar la invalidez de su mezcla, y la confusión que genera.

Posteriormente, se comparará la normatividad correspondiente para cada institución jurídica, lo cual establecerá que las adendas sólo pueden ser utilizadas en una de estas instituciones.

Finalmente se analizarán cada una de las adendas usadas en el Proyecto Especial Majes – Siguas, II Etapa, y se demostrará su naturaleza y efectos jurídicos al haber sido empleadas sin control.

### **Palabras claves:**

Adendas, Administración Pública, Contratación Administrativa, Obras Públicas, Concesionamiento, Mezcla.

## ABSTRACT

The present research seeks to analyze and provide a value-based explanation regarding contractual addenda, specifically in the context of their indiscriminate use in the "Concession Contract for the Construction, Operation, and Maintenance of Major Water Management and Irrigation Infrastructure Works in the Pampas de Sigwas," whose shortest name is "Majes - Sigwas Special Project, Phase II."

This mechanism is undoubtedly widely employed by the public administration, despite the absence of specific organic regulations governing its use.

Throughout the development of this thesis, the blend created by the authorities of two distinct legal institutions, Public Works Contracts and State Concessions (referred to as State Property Concessions in this work), will be analyzed to highlight the invalidity of their combination and the resulting confusion.

Subsequently, the relevant regulations for each legal institution will be compared, establishing that addenda can only be used in one of these institutions.

Finally, each of the addenda used in the Majes - Sigwas Special Project, Phase II, will be analyzed, demonstrating their nature and legal effects when employed without control.

### **Key words:**

Addenda, Public Administration, Administrative Contracting, Public Works, Concession, Blend.

## ÍNDICE

*DEDICATORIA*

*AGRADECIMIENTOS*

*RESUMEN*

*ABSTRACT*

*INTRODUCCIÓN* ..... 7

*PRESENTACIÓN* ..... 9

*CAPÍTULO I* ..... 10

*EL MARCO CONCEPTUAL O IDEOLÓGICO* ..... 10

1. La Adenda y las Adendas Contractuales ..... 10

1.1. Etimología ..... 10

1.2. El vocablo castellano “adenda” ..... 10

1.3. La locución “adendas contractuales” ..... 10

1.4. Las enmiendas constitucionales ..... 11

2. La Administración Pública o Estatal ..... 11

2.1. Conceptualizaciones ..... 11

2.2. Las funciones estatales ..... 12

3. Las Responsabilidades Administrativas o Estatales ..... 17

3.1. Generalidades ..... 18

3.2. Los verbos “responsabilizar” y “responsabilizarse” ..... 18

3.3. Las clases de responsabilidad ..... 18

3.4. La corrupción administrativa ..... 19

4. Los Castigos, las Penalidades y las Sanciones Administrativas ..... 19

4.1. Los castigos ..... 19

4.2. Las penalidades ..... 20

4.3. Las sanciones ..... 20

5. La Participación Ciudadana en la Administración Pública ..... 21

6. Precisiones y Deslindes Jurídico – Conceptuales entre CONCESIÓN y CONTRATO  
22

6.1. El verbo CONCEDER ..... 22

6.2. El verbo CONCESIONAR ..... 23

6.3. El verbo CONCERTAR ..... 23

6.4. El verbo CONTRATAR ..... 23

7. Antecedentes Investigativos ..... 24

*CAPÍTULO II* ..... 27

*LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE OBRA* ..... 27

1.	Etimología .....	27
2.	Conceptualizaciones .....	27
2.1.	Contratar.....	27
3.	Los Contratos de Obra en el ámbito del Derecho Civil .....	27
3.1.	Las obligaciones del constructor .....	28
3.2.	Las obligaciones del contratante .....	28
3.3.	La resolución del contrato de obra .....	28
3.4.	Los derechos de las partes .....	29
4.	Los Contratos de Obra en el Derecho Administrativo.....	29
4.1.	El ámbito institucional de aplicación.....	29
4.2.	Los bienes u objetos de los contratos administrativos de obras.....	30
4.3.	El Plan Anual de contrataciones de obras.....	30
4.4.	La designación de un comité especializado .....	31
4.5.	El contenido mínimo de las ofertas .....	32
4.6.	Las cláusulas obligatorias en el contrato de obra.....	32
4.7.	Los contratos administrativos de obras: contenido y requisitos .....	33
5.	Los Actos Impugnables del Procedimiento .....	33
6.	Las Obligaciones del Ejecutor de la Obra.....	34
7.	Las Consultorías de Obras Públicas.....	34
8.	La Modificación de los Contratos de Obras Públicas .....	35
9.	La Subcontratación en la Edificación de Obras Públicas.....	36
10.	La Resolución del Contrato de Obra Pública .....	36
10.1.	Causales atribuibles al contratista.....	36
10.2.	Causales de la entidad contratante .....	36
10.3.	Cualquiera de las partes puede resolver .....	37
10.4.	Los efectos de la resolución del contrato de obra .....	37
11.	La Solución de las Controversias o Conflictos de Intereses.....	37
11.1.	La conciliación .....	37
11.2.	El arbitraje.....	37
12.	Las Sanciones Contractuales.....	38
	<b>CAPÍTULO III.....</b>	<b>39</b>
	<b>LAS CONCESIONES O LOS CONCESIONAMIENTOS ESTATALES.....</b>	<b>39</b>
1.	Terminología Idiomática .....	39
2.	Las Concesiones en la Constitución Política de 1993 .....	39
2.1.	El artículo 73° .....	39
2.2.	El artículo 66° .....	40

2.3. El Art. 3 del Decreto Supremo 060 – 1996 – PCM .....	41
3. Las Conceptualizaciones .....	41
4. Las Modalidades de Concesiones .....	42
4.1. Concesiones a título gratuito .....	42
4.2. Concesiones a título oneroso .....	42
4.3. Concesiones mixtas .....	42
5. Las Características de las Concesiones .....	42
5.1. Naturaleza, contenido y fines .....	42
5.2. La concesión como acto de gobierno .....	43
5.3. El objeto o bien público concesionado .....	43
5.4. El plazo de vigencia de la concesión .....	43
5.5. Toda concesión debe estar contenida en un acto jurídico válido .....	44
6. Clases de Concesiones .....	44
6.1. Concesiones de los recursos naturales .....	44
6.2. Concesiones de los bienes públicos de infraestructura .....	45
7. La Agencia de Promoción de la Inversión Privada: PROINVERSIÓN .....	47
8. La Poco Clara y Menos Honesta e Imparcial Presencia de PROINVERSIÓN .....	49
<b><i>CAPÍTULO IV</i></b> .....	<b>51</b>
<b><i>NORMAS JURÍDICAS APLICABLES EN LAS CONTRATACIONES DE OBRAS PÚBLICAS Y EN LAS CONCESIONES ESTATALES</i></b> .....	<b>51</b>
<b>PRIMERA PARTE: El Texto Único Ordenado de la Ley N. °30225, Ley de Contrataciones del Estado; el Decreto Supremo 082 – 2019 – EF, Reglamento de la Ley 30225; el Decreto Supremo 344 – 2018 – EF, sus leyes modificatorias N. °30353 y 30689; y el Decreto Legislativo N. °1341 y el Decreto Legislativo N. °1444, con sus normas que modifican, incorporan y derogan.</b> .....	<b>51</b>
1. Las Finalidades y los Principios. – .....	51
2. Los Funcionarios, Dependencias y los Órganos Encargados de las Obras Públicas .....	52
3. El Contrato Administrativo de Obra y su Ejecución .....	54
4. El Organismo Supervisor .....	55
5. El Tribunal de Contrataciones Estatales .....	56
6. La Primera Disposición Complementaria y Transitoria .....	56
7. Las Etapas en la Licitación Pública para Contratar Obras Públicas .....	57
8. Las adendas Contractuales como Mecanismos Antijurídicos .....	58
<b>SEGUNDA PARTE: El TUO de las Normas Jurídicas Aplicables en las Concesiones Estatales.</b> .....	<b>58</b>
1. Precisiones Normativas .....	59
1.1. El Art. 1 del Decreto Supremo 082 – 2019 – EF .....	59
1.2. El Art. 118, inciso 8 de la Constitución Política de 1993 .....	59

1.3.	El Art. 2 del TUO .....	59
1.4.	Otras normas del TUO.....	60
2.	Los Órganos Promotores de la Inversión Privada en Obras Públicas .....	60
2.1.	La comisión de promoción de concesiones privadas (PROMCEPRI) .....	60
2.2.	Las facultades de la PROMCEPRI.....	61
2.3.	Los comités Especiales .....	61
3.	Los Recursos para la Promoción de la PROMCEPRI.....	61
4.	Las Concesiones: Naturaleza y Alcances.....	62
4.1.	El plazo de vigencia de la concesionas .....	62
4.2.	Las garantías, seguridades y protecciones .....	63
4.3.	El régimen tributario .....	63
4.4.	El régimen aplicable a las concesiones.....	63
4.5.	Las facultades del Estado.....	64
4.6.	La suspensión de una concesión .....	64
4.7.	La caducidad de la concesión .....	64
5.	El Concurso de Proyectos Integrales .....	64
6.	Tercera Disposición Complementaria del TUO .....	65
7.	El Decreto Supremo N. °060 – 1996 – PCM.....	66
8.	Las Atribuciones y Obligaciones de los Organismos Estatales en Materia de Concesiones	69
	<b>CAPÍTULO V</b> .....	<b>70</b>
	<b>EL T.U.O. DEL CONTRATO DE CONCESIÓN</b> .....	<b>70</b>
1.	La Denominación.....	70
2.	Los Elementos del Contrato de Concesión.....	70
2.1.	Los agentes .....	70
2.2.	El objeto: del contrato y de la concesión .....	71
2.3.	Los plazos de vigencia .....	71
2.4.	El monto o valor económico comprometido.....	72
3.	Las Cláusulas del TUO del Contrato de Concesión .....	72
3.1.	La primera cláusula: Definiciones .....	72
3.2.	La segunda cláusula del TUO.....	74
3.3.	La tercera cláusula del TUO .....	75
3.4.	La sexta cláusula del TUO .....	75
3.5.	La octava cláusula del TUO.....	76
3.6.	La décima cláusula del TUO .....	76
3.7.	La duodécima cláusula del TUO .....	77

3.8.	La décimo cuarta cláusula del TUO .....	77
3.9.	La décimo sexta cláusula del TUO.....	78
3.10.	La cláusula decimosétima del TUO .....	78
3.11.	La Décimo Novena Cláusula del TUO.....	79
3.12.	La vigésima cláusula del TUO.....	79
3.13.	La vigésimo primera cláusula del TUO.....	79
3.14.	La vigésimo tercera cláusula del TUO.....	80
3.15.	La vigésimo cuarta cláusula del TUO.....	80
3.16.	La vigésimo sexta cláusula del TUO .....	80
3.17.	La vigésimo octava cláusula del TUO.....	81
4.	El Contenido de los Anexos del TUO.....	81
4.1.	El anexo 01 .....	81
4.2.	El anexo 02 .....	82
4.3.	El anexo 09 .....	83
4.4.	El anexo 10 .....	83
4.5.	El anexo 11 .....	83
4.6.	El anexo 13 .....	84
4.7.	El anexo 14 .....	84
4.8.	El anexo 15 .....	85
4.9.	El anexo 16 .....	85
4.10.	El anexo 18 .....	86
4.11.	El anexo 19 .....	86
4.12.	Los otros anexos.....	86
	Los Textos Únicos Ordenados: T.U.O.'s.....	86
1.	Conceptualización .....	86
	<b>CAPÍTULO VI.....</b>	<b>88</b>
	<b>LAS ADENDAS AL CONTRATO DE CONCESIÓN DEL “PROYECTO ESPECIAL MAJES – SIGUAS II ETAPA”.....</b>	<b>88</b>
1.	Las Adendas.....	88
1.1.	Conceptos .....	88
1.2.	Opiniones sobre su empleo .....	88
1.3.	Las adendas contractuales .....	88
2.	Análisis Crítico de las Adendas Adicionadas al Contrato de Concesión.....	89
2.1.	La Adenda 01 .....	89
2.2.	La Adenda 02.....	90
2.3.	La Adenda 03.....	91

2.4. La Adenda 04.....	91
2.5. La Adenda 05.....	94
2.6. La Adenda 06.....	94
2.7. La Adenda 07.....	96
2.8. La Adenda 08.....	96
2.9. La Adenda 09.....	96
2.10. La Adenda 10.....	97
2.11. La Adenda 11.....	97
2.12. La Adenda 12.....	98
2.13. La Adenda 13.....	98
3. Precisiones sobre las Adendas.....	100
<b><i>CAPÍTULO VII</i></b> .....	<b>102</b>
<b><i>NECESARIAS PRECISIONES JURÍDICAS</i></b> .....	<b>102</b>
1. Las Diferencias entre la Contratación Administrativa de Obra Pública (C. Ad. De O. P.) y el Concesionamiento de Bienes Estatales (C. de B. E.). –.....	102
2. Las Actividades Administrativas de PROINVERSIÓN en el Contrato de Concesión Evaluado.....	110
2.1. La legislación aplicable entonces vigente.....	111
2.2. Las atribuciones o facultades de PROINVERSIÓN.....	112
2.3. Las atribuciones excepcionales de los funcionarios de PROINVERSIÓN.....	113
2.4. Las presencias documentadas de PROINVERSIÓN.....	113
3. La Transparencia Administrativa. –.....	115
4. Las Regulaciones Legislativas. –.....	116
4.1. Los contratos administrativos de obras públicas:.....	117
4.2. Las concesiones estatales de recursos naturales, bienes y servicios públicos:.....	117
4.3. La reglamentación de las adendas contractuales:.....	118
5. Normas jurídicas alusivas a las adendas contractuales. –.....	118
6. Precisiones formuladas por el Gobernador Regional sobre el Proyecto Especial Majes – Siguan II. –.....	120
<b><i>CONCLUSIONES</i></b> .....	<b>125</b>
<b><i>RECOMENDACIONES</i></b> .....	<b>127</b>
<b><i>REFERENCIAS</i></b> .....	<b>128</b>
<b><i>ANEXOS</i></b> .....	<b>130</b>
<b>PROYECTO DE INVESTIGACIÓN</b> .....	<b>131</b>
<b>Información condensada sobre las adendas</b> .....	<b>138</b>

## INTRODUCCIÓN

En el amplio campo del Derecho Administrativo Estatal, hay dos modalidades de acto jurídico administrativo que aquí revisten especial importancia: la contratación administrativa de obras públicas y el concesionamiento de los bienes estatales. El primero se orienta a incrementar la infraestructura inmobiliaria de las entidades públicas: su patrimonio institucional para que estén en condiciones de cumplir a cabalidad sus obligaciones o funciones; y el segundo para hacer posible el desarrollo o incremento social con un aprovechamiento de los recursos naturales, la explotación de sus bienes de infraestructura y el ofrecimiento de servicios sociales: bienes para los consumidores y servicios para los usuarios.

Las dos instituciones jurídicas son de naturalezas, de contenidos y de objetivos distintos; y, en sus procesos de generación están regidos por legislaciones especiales, exigen la intervención de agentes de condiciones particulares y se expresan en sus medios propios. Ambos mecanismos administrativos no pueden ser mezclados en un mismo indebido negociado administrativo.

En el caso concreto: **“El Contrato de Concesión para la Construcción, Operación y Mantenimiento de las Obras Mayores de Afianzamiento Hídrico y de Infraestructura para Irrigación de las Pampas de Siguas”**, cuya denominación más breve es **“Proyecto Especial Majes – Siguas, II Etapa”**.

Al tomar conocimiento de él en sus aspectos llamativos, sentí la necesidad de revisar la amplia documentación; la frondosa legislación; y, a medida que me iba informando de sus pormenores, llegué al convencimiento de que mucho de lo analizado no era muy concluyente.

Mis iniciales indagaciones legislativas y la frondosa documentación me llevaron a formular un proyecto de investigación jurídico – académica, cuyo título es **“La naturaleza y los efectos jurídicos de las Adendas al Contrato de Concesión del Proyecto Especial Majes – Siguas, II Etapa”**.

Para alcanzar mis objetivos personales he sistematizado la información alcanzada en siete capítulos: el marco conceptual sobre las adendas contractuales, las funciones estatales, las responsabilidades, sus mecanismos de control y sus sancionamientos, culminando con tres antecedentes investigativos (I); los contratos administrativos de obras públicas, los procedimientos y sus elementos, las soluciones de conflictos y las subcontrataciones (II); los concesionamientos estatales, las concesiones de bienes públicos de infraestructura y la

adjudicación de servicios públicos (III); la evaluación jurídica de las normas aplicables en la contratación administrativa de obras públicas y las relativas a la adjudicación de bienes estatales en las modalidades de concesión (IV); la revisión analítica en sus formas y contenidos de la documentación que forma parte del TUO del contrato de concesión: sus 28 cláusulas, sus 20 anexos y sus varios apéndices, con más de 600 folios (V); la revisión detallada, con sentido valorativo de las trece adendas y sus respectivos anexos y apéndices (VI); las necesarias precisiones jurídicas: las diferencias entre los contratos administrativos de obras públicas y las concesiones de bienes estatales, la transparencia administrativa y la necesidad de una adecuada legislación de las dos instituciones jurídicas y de las adendas contractuales (VII).

El contenido de este informe o Tesis no aspira a ser la expresión de la última y definitiva palabra; solo ofrezco una revisión valorativa de la legislación, de la actividad administrativa de PROINVERSIÓN y de la revisión crítica de las adendas contractuales.

Recurriendo al método deductivo consigno seis conclusiones.

El tema o asunto tratado es, lo sé, una problemática administrativa plurifactorial:

- Una regulación legislativa deficiente, con vacíos y no pocos excesos;
- Mi observación de la realidad social, política y administrativa;
- El comportamiento administrativo de ciertos funcionarios estatales;
- Una institución creada para desempeñar diversas tareas, recurriendo a la discrecionalidad y a la parcialización (PROINVERSIÓN);
- El uso de cuantiosos fondos presupuestales e importantes bienes públicos comprometidos, así como los fines poco claros a alcanzarse;
- Los servicios sociales concesionados: servicios para el usuario y bienes para el consumidor; y,
- Las aspiraciones e intereses no satisfechos de las poblaciones en teoría beneficiadas.

Todo con una orientación valorativa.

## PRESENTACIÓN

Señor Presidente,

Señores Miembros de este Jurado:

Permítanme poner a consideración de ustedes este trabajo de investigación que he titulado **“LA NATURALEZA Y LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LAS ADENDAS AL CONTRATO DE CONCESIÓN DEL “PROYECTO ESPECIAL MAJES – SIGUAS II ETAPA”**”; con el que pretendo obtener el Título Profesional de Abogado.

Las ideas expuestas en las siguientes páginas se orientan a poner en evidencia mis conocimientos sociales, jurídicos y políticos, adquiridos en mis años de estudios profesionales en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica Santa María de Arequipa, Escuela Profesional de Derecho.

En este trabajo pretendo ofrecer mis conocimientos sobre dos instituciones del Derecho Administrativo: la contratación administrativa de obras públicas y el concesionamiento de bienes estatales con el fin de ser explotados por empresas privadas, en las mejores condiciones para hacer posible el desarrollo económico y social de nuestra sociedad.

Arequipa, agosto de 2023.

Arquímedes Jesús Revilla Valencia.

## CAPÍTULO I

### EL MARCO CONCEPTUAL O IDEOLÓGICO

#### 1. La Adenda y las Adendas Contractuales. –

**1.1. Etimología.** – La palabra *addenda* deriva del vocablo latino “*addendus*”, sustantivo singular; su forma plural “*addenda*” –nombre femenino plural (las adendas)– del verbo “*addere*”: agregar, aumentar, adicionar; aquello que se agrega a una obra intelectual (artística, científica, filosófica o jurídica); con su variante “*addendum*”: anexo, apéndice, documentos o notas adicionadas al final de una obra intelectual orientada a publicarse, con el propósito de precisar, aclarar o fundamentar su contenido. (Real Academia de la Lengua Española, 2016).

**1.2. El vocablo castellano “adenda”.** – Aquello que se adiciona o se suma a otra cantidad o número; no contiene una connotación jurídica.

En los diccionarios Hachette-Castell y Sopena no figura un significado; tampoco está incluido en los diccionarios jurídicos Cabanellas y OMEBA. En el diccionario Enciclopédico Salvat: “*addenda*”: *voz latina, “cosa que hay que añadir”; adiciones o complementos de una obra escrita.*” (Salvat, 1985).

En el “Manual de Gestión de Adquisiciones y Contrataciones” de El Salvador aparece: “*Adendas*”:... *toda modificación o ampliación a las bases de licitación o concurso expedidas dentro del plazo de la ley por la autoridad competente y comunicada a todos los potenciales Ofertantes que hayan retirado las bases de licitación o concurso*” (Manual de Gestión de Adquisiciones y Contrataciones Institucional, 2008), antes de otorgarse la buena pro; y no durante la etapa ejecutiva de lo pactado o contratado y menos aún después de suscrito el documento en el que conste el contrato administrativo ya perfeccionado.

**1.3. La locución “adendas contractuales”.** – El adjetivo “contractual”: perteneciente, relativo o vinculado a un contrato administrativo de obra. Se ha generado esta locución asignándole el sentido jurídico ya explicado.

Entre los conoedores de este asunto no hay uniforme opinión sobre lo que es una adenda a “un contrato de concesión” y sobre lo que debe entenderse por la locución “adenda contractual”.

Algunos dicen que no deben ser utilizados en ningún caso; otros sostienen que su empleo debe ser muy limitado y otros aceptan este recurso administrativo solo en situaciones excepcionales.

En lo que hay amplitud de criterio es en que “no está legislado” para que pueda utilizarse válidamente como procedimiento administrativo accesorio: su contenido jurídico, la oportunidad de su empleo, sus modalidades y sus limitaciones administrativas. Al ser usadas se viene comprometiendo al principio de legalidad que orienta la actividad administrativa contractual.

Hay opiniones generalizadas entre los entendidos acerca de que no deben utilizarse las adendas administrativas contractuales en la etapa ejecutiva de un contrato administrativo de obra para modificar: la naturaleza del contrato, la condición jurídica de los sujetos contratantes, el objeto que sea materia del acuerdo o las finalidades del comitente o del contratista. (Legis Ámbito Jurídico, 2022)

En su momento analizaré las trece adendas al contrato de concesión.

**1.4. Las enmiendas constitucionales.** – Atendiendo a la similitud formal entre las voces “adendas” y “enmiendas” me veo en la necesidad de hacer las siguientes precisiones: el verbo “enmendar”: eliminar un error, pagar por un daño causado (indemnizar), aumentar o cambiar la forma o el contenido de un proyecto, dictamen o disposición. (Real Academia de la Lengua Española, 2016)

En el derecho constitucional estadounidense, la dicción enmienda da a entender modificación, cambio, alteración, actualización o explicación, en una disposición constitucional vigente; este vocablo por extensión se aplica a las reglas, contratos, acuerdos, decisiones administrativas o gubernamentales.

## **2. La Administración Pública o Estatal. –**

**2.1. Conceptualizaciones.** – La locución “administración pública” comprende varios aspectos:

**a) El numeroso conjunto de instituciones** de todos los sectores estatales en los tres niveles de gobierno y sus dependencias descentralizadas y

desconcentradas, los entes constitucionales autónomos, los de las fuerzas armadas y de la policía nacional.

- b) **El complejo conjunto de actividades o tareas** ejecutadas en todas las áreas y los cuatro niveles administrativos: el decisorio, el operativo, el de coordinación y el ejecutivo, comprendiendo las variadas funciones, como se describen en páginas posteriores de este informe.
- c) **Los bienes estatales:** muebles, inmuebles, vehículos, maquinarias de todo tipo que se destinan a la realización de las tareas administrativas u operativas a cargo de todos los servidores públicos: funcionarios, empleados, auxiliares, técnicos, manuales, de seguridad, de protección, etc.
- d) **Las personas civilmente capaces:** personas naturales que prestan sus servicios como profesionales, empleados administrativos o manuales y que reciben sus remuneraciones periódicamente: unos son elegidos, otros de confianza, nombrados o contratados, empleados u obreros.

**2.2. Las funciones estatales.** – El Estado en sí es un ente político-social abstracto, existe por ficción de la ley; en el Estado hay un solo poder: la voluntad de la ciudadanía; ese único poder se hace efectivo en todas las funciones públicas.

La Constitución Política es el Código Legislativo Supremo en el que se reconocen los derechos fundamentales de las personas y las libertades esenciales de la persona humana: los derechos civiles, políticos, económicos, laborales, culturales, humanitarios, etc.; la estructura, las atribuciones de todas las entidades constituidas autónomas o independientes; así como, las garantías o seguridades que los pobladores y/o los ciudadanos pueden ejercer de manera personal o colectiva: *“es un sistema de normas jurídicas dictadas por un ente constituyente y se orienta a proteger a los gobernados de los excesos o abusos de los gobernantes y el uso de sus mecanismos de represión social”*.

Los entes de control o represión política al servicio de los gobernantes, que se valen de la violencia o de la excesiva fuerza para **“mantener el orden y la tranquilidad”**.

Reitero: en el Estado sólo existe un poder político: la voluntad ciudadana que se ejerce o impone por los órganos constituidos, en sus múltiples funciones, actividades o tareas.

### **2.2.1. Las clases de tareas o actividades estatales.**

**A. Las funciones principales:**

- a) **La función legislativa:** Llamada también normativa; atribución o facultad de los órganos legifacientes o legiferantes: el congreso, el consejo de ministros, los consejos regionales y municipales, y las otras organizaciones con potestades reglamentarias o reguladoras.
- b) **La función administrativa o ejecutiva:** El presidente de la república, los ministros de estado, los gobernadores regionales, los alcaldes de los municipios metropolitanos, provinciales y distritales; las direcciones, jefaturas, las gerencias y los titulares de las entidades en los cuatro niveles administrativos: funcionarios con capacidad política, resolutive, operática, coordinadora y ejecutiva.
- c) **La función jurisdiccional:** En todo el sistema del complejo aparato judicial y del ministerio público, del jurado nacional de elecciones en asuntos electorales, los fueros castrenses y policiales, los jueces y magistrados agrarios, laborales, comerciales, etc.
- d) **La función electoral:** A cargo del jurado nacional de elecciones, la ONPE y el RENIEC, con todos sus entes descentralizados y desconcentrados; temporales y permanentes, en los procesos de elección de autoridades políticas y de consultas populares.

**B. Las funciones secundarias:** Entre otras están:

- a) **La función fiscalizadora:** Ejercida por los órganos superiores (fiscalización interinstitucional) sobre los entes subordinados, ya personales o ya colegiados de los niveles intermedios o los más bajos; también se da la fiscalización externa a cargo de entidades especializadas en lo funcional o en el manejo de recursos dinerarios; igualmente se da la fiscalización a cargo de los subordinados sobre sus superiores y el control ciudadano.
- b) **La función contralora:** En sus dos conocidas modalidades –el control interno y el control externo–, el control general y el control específico, complementado con el control ciudadano –las denuncias, las quejas y las acciones de participación popular: protestas sociales.
- c) **La función tuitiva o tutelar:** Los funcionarios o los empleados públicos respecto a la oportuna y adecuada calidad de los servicios públicos orientados a la racional satisfacción de todas las exigencias

sociales, con preferencia a los nacionales en situación de vulnerabilidad.

**d) Las funciones reguladoras:** Determinación de las tareas u ocupaciones de todos los servidores públicos –los reglamentos de funciones, directivas, códigos de ética profesional o funcional, prohibiciones e impedimentos– así como las sanciones a aplicarse. Estas tareas están relacionadas con las atribuciones reglamentarias, expedición de directivas y manuales administrativos o laborales.

**C. Las funciones especializadas:** Aquellas tareas que exigen una adecuada capacitación o experiencia por parte de sus agentes.

**a) La función diplomática:** Se orienta a velar por los intereses políticos, económicos, sociales y culturales de la nación peruana; vinculados a la población, al territorio, al sistema jurídico vigente y a todas las actividades gubernamentales.

Esas tareas se cumplen en el exterior y están a cargo de los agentes diplomáticos: embajadores, cónsules, agentes consulares, ministros plenipotenciarios, agregados culturales y otros a los que se les asignan actividades de los organismos pluriestatales.

Todas las tareas diplomáticas se cumplen bajo el control del ministerio de relaciones exteriores, del ministerio de la presidencia y del congreso.

**b) Las funciones castrenses:** Conjunto de actuaciones orientadas a la defensa de la soberanía, la integridad territorial y del sistema gubernamental; labores a cargo de todos los miembros de las fuerzas armadas: el comando conjunto, las comandancias generales, los oficiales en sus tres niveles jerárquicos: alta gradación, niveles intermedios y de oficiales y suboficiales, el personal profesional asimilado y el personal suboficial técnico.

**c) Las funciones policiales:** Orientadas a mantener la seguridad y el orden interno (paz, seguridad y tranquilidad sociales), la protección de los bienes públicos y privados; entes ejecutivos en el cumplimiento de las resoluciones judiciales y en el acatamiento de todas las normas del sistema legislativo nacional: la alta oficialidad,

los mandos medios y los de más bajos niveles; todo el numeroso personal subalterno de las muchas especialidades.

- d) Otras funciones especializadas:** Atendiendo a razones del espacio disponible sólo nombro aquí algunas de esas labores: planificación, auditorías, financieras, registrales, arbitrales, catastrales, defensoriales, etc.

**D. Las atribuciones concesionantes y contractuales:** Por razones obvias voy a ocuparme de estas dos funciones o facultades especializadas por separado.

- a) Las funciones concesionantes:** Ejercidas por funcionarios especializados de alto nivel del gobierno, del sector o de la entidad que tenga atribuciones legales para otorgar o adjudicar, mediante actos de gobierno, recursos naturales o bienes públicos a empresas privadas nacionales o extranjeras, para ser explotados u operados en el ofrecimiento de servicios a la sociedad (a la colectividad, al consumidor o a los usuarios).

Las decisiones de gobierno que produzcan las entidades con atribuciones concesionantes deben estar contenidas en las normas jurídicas precisadas en la correspondiente ley orgánica, el nivel jerárquico del funcionario gubernamental, el bien o servicio a adjudicarse en concesión, el plazo o vigencia, así como las disposiciones que deberá cumplir el concesionario, sus socios, sus funcionarios, sus representantes y sus trabajadores; así como las obligaciones y las responsabilidades.

El instrumento legislativo en el cual se deje constancia de la adjudicación debe ser de carácter general y de obligatoria aplicación.

Los concesionamientos estatales son decisiones o actos de especial naturaleza, contenido, forma y alcances: conjuntos estructurados de disposiciones gubernativas.

Los funcionarios que tengan esta atribución podrán ejercerla personalmente o delegarla a otro funcionario con capacidad resolutive; en tal situación la responsabilidad de ambos será solidaria.

**b) Las funciones administrativas contractuales:** Son las capacidades institucionales, ejercidas por el jefe de la entidad administrativa que cuente con presupuesto propio y pueda celebrar contratos (convenios, pactos o convenciones administrativas) disponiendo los recursos económicos o bienes con los representantes legales de los órganos públicos, de empresas privadas o con personas civilmente capaces que intervienen en la celebración de este acto jurídico como contratista.

Las personas jurídicas privadas deben estar legalmente constituidas e inscritas; sus representantes o apoderados deben tener facultades para disponer bienes del patrimonio de la empresa a la que representan.

Los contratos administrativos de obras públicas (de bienes, servicios, suministros, combustibles, etc.) deben constar en la forma permitida por ley, estatuto o reglamento, tanto para adquirir o para disponer bienes a título oneroso o a título gratuito.

En este informe investigativo pretendo demostrar que la atribución concesionante y la facultad contractual son de diferente naturaleza jurídica, con distintos contenidos, se fundan en sus propias legislaciones, con sustentos constitucionales diversos y con finalidades, así mismo, diferentes.

El incumplimiento de las correspondientes facultades legales o la inobservancia defectuosa da lugar a las responsabilidades institucionales, funcionarias o personales.

**2.2.2. Las tareas de control administrativo:** El ejercicio o cumplimiento de todas las funciones públicas está sujeto a los mecanismos de control:

**a) Los medio o mecanismos administrativos institucionales internos: modalidades.**

o **El control jerarquizado descendente:** En las organizaciones o estructuras de las entidades administrativas, los funcionarios designados como superiores controlan a los servidores públicos sometidos a su autoridad, ya directamente o valiéndose de otra

persona a quien le asignan esa tarea; con frecuencia le exigen informes verbales o escritos con cierta regularidad y especialmente cuando se presentan irregularidades que deban ser investigadas y sancionadas.

- o **El control administrativo horizontal:** Los servidores públicos controlan y dan cuenta de los comportamientos laborales o personales de los trabajadores de su sección o estamento; y si no lo hicieran quedan expuestos a recibir las sanciones establecidas en los reglamentos institucionales o en las directivas.
- o **El control administrativo ascendente:** El subordinado da cuenta al funcionario competente de las conductas o labores indebidas de un superior jerárquico; mediante informes, quejas o denuncias, o cuando se aplican encuestas referidas a las conductas indebidas o generadoras de conflictos laborales; también puede ejercerse este control a través de las organizaciones gremiales, las redes sociales o los llamados colectivos de defensa laboral.

b) **Los mecanismos de control externo:** Este control administrativo está a cargo de dependencias creadas con esa finalidad. El control administrativo externo puede estar referido a las conductas personales inapropiadas, al cumplimiento de las tareas laborales, a los comportamientos directivos, inmorales y/o anticonstitucionales; dan lugar a la tramitación de un procedimiento sancionador, según la gravedad de la responsabilidad se da la aplicación de las sanciones políticas, administrativas, civiles o penales.

Los mecanismos administrativos de control son útiles para alcanzar o mantener los equilibrios sociales, políticos y económicos.

En todos los sectores de la administración pública se ejecutan diversas tareas de control interno y externo; en la parte final de este capítulo debo expresar algunas ideas sobre la participación ciudadana en la administración pública (punto 5 de este capítulo).

### 3. Las Responsabilidades Administrativas o Estatales. –

**3.1. Generalidades.** – La responsabilidad, en sentido amplio, es a calidad de ser o de mostrarse responsable o de mostrarse obligado al pago de una deuda o indemnización por los daños ocasionados a otro como consecuencia de una acción, una omisión o un dicho generador de perjuicio.

En sentido filosófico, la responsabilidad es la obligación subjetiva debida a un posible error; también, podemos decir que es la capacidad de responder por las consecuencias de las conductas propias; se nos ofrece como una expresión libre de la voluntad. Si no hubiese libertad en el ser humano capaz de razonar y decidir, la responsabilidad se desvanecería: la responsabilidad es un fundamento de la moralidad humana.

En el ámbito forense, la responsabilidad es la obligación de hacerse cargo de las consecuencias negativas previstas en las normas jurídicas; civiles, penales, políticas, administrativas, laborales o contractuales.

**3.2. Los verbos “responsabilizar” y “responsabilizarse”.** – La palabra “responsable”: “es la persona que pone cuidado, atención o diligencia en lo que hace o dice, o en lo que deja de hacer”.

a) **Responsabilizar:** ... hacer a una o más persona (s) responsable (s) de alguna cosa, acción u omisión.

b) **Responsabilizarse:** ... asumir uno las consecuencias generadoras de perjuicios o daños.

La persona que se responsabiliza o es declarada responsable tiene que asumir el pago de la indemnización que corresponda.

**3.3. Las clases de responsabilidad.** – En toda la complejidad de la existencia humana y en las vinculaciones interpersonales encontramos, entre otras, las siguientes responsabilidades: individuales, familiares, colectivas, comunitarias, sociales, institucionales, científicas, académicas, contractuales, económicas, políticas, etc. Atendiendo al contenido y fines de este informe o Tesis, sin de especial tratamiento: las responsabilidades contractuales y las concesionales.

a) **Las responsabilidades concesionales:** derivadas o vinculadas al otorgamiento de las concesiones estatales; decisiones o actos de gobierno producidos por funcionarios estatales competentes durante el otorgamiento de una concesión,

la vigencia de ese acto en la etapa de su conclusión; y puede recaer en los funcionarios y empleados de la entidad concesionante o en los concesionarios. Estas responsabilidades pueden ser administrativas, civiles, penales o políticas; individuales o colectivas; personales, mancomunadas o solidarias.

**b) Las responsabilidades contractuales:** derivadas del procedimiento de selección, las etapas previas, del otorgamiento de la buena pro, de las estipulaciones contenidas en el contrato, de la calidad de los bienes o servicios, la oportunidad de su entrega, de los pagos a los contratistas, etc.

En este amplio campo de la administración estatal, lo que más se extraña es la tramitación de los procedimientos administrativos sancionadores, orientados a establecer las responsabilidades administrativas.

**3.4. La corrupción administrativa.** – Es conveniente reconocer en esta parte que, en el amplio y complejo aparato administrativo público, en sus múltiples relaciones internas y externas, están presentes los actos o conductas de corrupción y las inmoralidades y, más aún, en las dependencias que manejan recursos monetarios y/o los activos institucionales.

Los órganos de control, internos o externos, con frecuencia son los más corruptos; los lobbies congresales, ministeriales, jefaturales, gerenciales, regionales, municipales, judiciales, castrenses, policiales, no tienen límites ni control; y lo que es más preocupante, la corrupción es más grave en los niveles más elevados de la administración pública.

En las tres últimas décadas (1993 – 2023) se han creado instituciones burocráticas y se han dictado normas propiciatorias de la impunidad.

#### **4. Los Castigos, las Penalidades y las Sanciones Administrativas. –**

Pretenden ser mecanismos de coerción, dizque para mejorar la calidad de los servicios públicos; “se aplican” a los servidores estatales que incumplen sus deberes laborales o no acatan las disposiciones legales, reglamentarias o profesionales: los códigos de ética, manuales o directivas institucionales se sabe que ahí están.

**4.1. Los castigos.** – Padecimientos, limitaciones, privaciones que se aplican a las personas que desobedecen las disposiciones; se orientan a mantener el orden, la

disciplina, sin afectar la dignidad del castigado; también pueden consistir en multas, descuentos o el no pago de remuneraciones o salarios.

En ciertas dependencias no es extraño ver que al servidor castigado “**se le mantenga temporalmente en el rincón**” – sin asignarle tareas laborales: una vieja costumbre, bastante cuestionada –.

**4.2. Las penalidades.** – Aplicadas en las contrataciones de obras públicas o en los concesionamientos a las partes que incumplen obligaciones contractuales o las disposiciones legales; para ser aplicadas deben constar de manera expresa en el respectivo documento o en las bases del procedimiento de selección.

**4.3. Las sanciones.** – Penas o castigos aplicados por autoridad competente a la persona que en su condición de servidor público incumple sus obligaciones laborales, tributarias o administrativas, luego de ser declarado responsable: pena que una norma jurídica establece como castigo a quien incumpla, infrinja o viole una disposición.

**4.3.1. Las clases de sanciones administrativas.** – Hay muchas modalidades o tipos, aquí solo voy a referirme a dos:

**A. Las sanciones administrativas punitivas:** por el principio de legalidad, estas sanciones deben estar señaladas de modo expreso; su aplicación jamás queda al arbitrio o discrecionalidad de una autoridad.

Concluido el procedimiento sancionador o disciplinario, el comité o tribunal designado emite un informe estableciendo la responsabilidad y sugiriendo la probable sanción: llamada de atención, suspensión temporal o destitución.

**a) Las llamadas de atención: verbales o escritas.** La verbal puede ser **privada** –el sancionador y el sancionado–; **la pública** –presencia de la autoridad sancionadora, el sancionado, dos o más servidores de su nivel y el superior inmediato–.

**b) Las sanciones escritas:** por faltas más graves; constan en un memorando o en una resolución, cuya copia pasa a la ficha personal del sancionado y del archivo institucional.

**c) La suspensión:** por causas muy graves; el sancionado no puede asistir a sus tareas laborales un tiempo determinado, con descuento de sus remuneraciones o salarios.

**d) La destitución o retiro:** suspensión definitiva por actos de corrupción o motivaciones muy grave, fue inhabilitado o privado de su libertad con sentencia judicial.

La resolución en la que consta la destitución puede ser apelada en la vía administrativa o cuestionada judicialmente.

**B. Las sanciones administrativas premiales:** se aplican u otorgan como reconocimientos o premios por acciones destacables o meritorias; no están suficientemente reguladas. Pueden hacerse efectivas con incrementos salariales, traslados ventajosos, ascensos, bonos económicos, etc.

En algunas dependencias, las sanciones honoríficas y aún las punitivas se dan como actos de corruptela institucional, por motivaciones personales, político-partidarias, sindicales, etc.

## 5. La Participación Ciudadana en la Administración Pública. –

Las personas y los organismos sociales pueden ser activos entes de control administrativo, en su condición de usuarios de los servicios públicos.

El vocablo **administrar** contiene dos elementos: *AD* = *para, con el fin o propósito de...* y *MINISTRARE* = *servir, o ser útil...*

En nuestra realidad político – social, los gobernantes y los funcionarios administrativos especialmente de los más altos niveles, luego que asumen los cargos para los cuales fueron elegidos o designados, creen que son “*los únicos que piensan*” y se consideran “*los dueños de los bienes y dineros del patrimonio estatal*” puesto a su disposición; y que están ahí “*para ser servidos por todos los gobernados*”. Vale aquí reproducir estas expresiones “*Dale poder a una persona mediocre o egoísta y ella tomará un azote para obligarte a que la obedezcas*” –usará los mecanismos de represión social más crueles–; “*... si tú me has elegido con tu voto, no me pidas que sea honrado y justo*”.

La locución **participación ciudadana**, como institución jurídica, es de naturaleza mixta: por una parte, es un derecho político – social y, por otra, es una obligación o deber.

El Art. 2º, inciso 17 de la Constitución Política de 1993 prescribe: “*Toda persona tiene derecho: 17. A participar, en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la Nación.*” (Constitución Política del Perú , 1993).

Las actividades o tareas que realizan los servidores públicos (funcionarios y subalternos) están sujetas a todos los mecanismos de control ciudadano y social. Los servicios públicos deben ser de calidad, ofrecidos en la debida oportunidad y a los precios más razonables; los que sean ofrecidos por los órganos administrativos estatales y los generados por las empresas privadas autorizadas legalmente.

En el Art. 44° de la Constitución de 1993, leemos: “*Son deberes primordiales del Estado: ... proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundan en la justicia y el desarrollo integral...*” (Constitución Política del Perú , 1993), ¡una hermosa norma declarativa!

Esta participación social, como obligación ciudadana, debe ser más evidente y efectiva en las épocas de los gobiernos de orientación neoliberal: ... cuando el Estado otorga o adjudica a las empresas privadas, valiéndose de las concesiones, la facultad de operar (gestionar) algunos servicios públicos (sociales).

Este derecho/obligación de participar en todos los asuntos públicos se hace efectivo con la intervención de las organizaciones sociales: sindicatos, asociaciones, frentes, colectivos, patronatos, comités de defensa, colegios profesionales, etc.; en calidad de activos agentes de control externo. El Art. 31° de la Carta Magna vigente establece: “*Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación.*” (Constitución Política del Perú , 1993).

Son mecanismos válidos de control, supervisión y fiscalización ciudadana: las demandas, las denuncias, las quejas, las protestas, las acciones judiciales y administrativas. Los medios efectivos de esa participación son la prensa verbal, escrita y visual, las redes sociales, las acciones de todo tipo de protestas sociales.

## **6. Precisiones y Deslindes Jurídico – Conceptuales entre CONCESIÓN y CONTRATO. –**

Los términos, voces o palabras básicas son “**concesionar**” (el concesionamiento o la concesión) y “**contratar**” (la contratación o el contrato); no son verbos sinónimos, ni compatibles, ni aun coimplicantes; las locuciones “**contrato de concesión**” y “**concesión contratable**” sin semánticamente incorrectas.

Los sustantivos “**contratación**” y “**concesión**” (contrato y concesionamiento) tienen sentidos o significados jurídicos no compatibles.

**6.1. El verbo CONCEDER.** – Elementos etimológicos: *CUM= juntos (con) y CEDER= hacer merced o gracia de una cosa, otorgar, dar; asentir –aceptar algo*

como cierto—; aceptar o convenir con alguien en sus argumentos, en una Tesis que da sustento a una doctrina, teoría, corriente o escuela científica, filosófica o ideológica. Atribuir una calidad o condición, discutida o no: “*no le concedemos mérito o importancia a lo que expresa, dice o propone*”.

Vemos que el verbo “conceder” no tiene un significado jurídico o forense; la palabra “concesión” no deriva de este verbo, sino del verbo “concesionar”. El sustantivo “concedente” es una voz derivada de “conceder” y no de “concesionar”. En algunos ambientes administrativos estatales, al nombre “**concesión**” le asignan este significado: “*otorgamiento gubernativo a favor de particulares o de empresas privadas*” un recurso natural, un bien público, un servicio social y lo que es más grave **un proyecto por ejecutar** —un sentido jurídico nada correcto—; y con poco acierto usan las voces “concedente”, “concesionante”.

**6.2. El verbo CONCESIONAR.** – Adjudicar cosas, bienes, servicios a empresas privadas para que las exploten, las usen o destinen a la gestión de servicios públicos (sociales) a los consumidores o usuarios. (Real Academia de la Lengua Española, 2016).

Otros vocablos derivados del verbo “**concesionar**”: concesionamiento, concesión, concesionante, concesionador, concesionista, concesionable, concesionado, concesionario, concesionario (a) —voz despectiva: gobierno, entidad pública, autoridad gubernamental o persona que sostiene el concesionismo como doctrina política para solucionar todos los problemas y para alcanzar el desarrollo o bienestar general—. (Real Academia de la Lengua Española, 2016).

El verbo “conceder” y el sustantivo “concedente” no aparecen en los diccionarios jurídicos que he consultado.

**6.3. El verbo CONCERTAR.** – Sinónimo de: componer, ordenar, arreglar las partes de un todo, ponerse de acuerdo, convenir, pactar, acordar, etc.; ajustar o tratar el precio de algo, pactar un negocio: contratar, traer a identidad cosas, ideas o intenciones diferentes.

Otros términos derivados: concertador, concertante, concertado, concertable, concertación, concertamiento, concertadamente, etc. (Real Academia de la Lengua Española, 2016).

El verbo “concesionar” no es sinónimo de “conceder”.

**6.4. El verbo CONTRATAR.** – Sus voces sinónimas: pactar, ajustar, convenir, acordar, crear una o más obligaciones entre las personas que lo celebran.

Algunos términos derivados: contratante, contratador, contratista, contratable, contrato, contrata, contratado, contratamiento, contratero (voz despectiva), etc.

Por su naturaleza, contenido, forma y fines, los contratos pueden ser de muchas clases: de mutuo, enfitéutico, de compraventa, arrendamiento, comodato; real, consensual, sinalagmático; de obra, de trabajo, de transporte, de servicios, de cambio, etc.

El contrato, la concertación, la concesión, el convenio, el pacto, etc. son modalidades del acto jurídico.

El contrato de obra, de bienes, de servicios, de suministros; así como las concesiones de bienes o de servicios son actos jurídicos de naturaleza, contenido, forma y finalidades diferentes.

## 7. Antecedentes Investigativos. –

Con el propósito de abordar este asunto, me valgo de la condensación de ideas entresacadas de los tres informes investigativos revisados.

### A. *“La corrupción y sus incidencias en las adendas del contrato de obras interoceánica tramo 5 autopista Puno-Juliaca 2013-2018”* (Matias Diaz, 2022), **para obtener el título profesional de abogado.**

El autor de la Tesis se orientó a determinar cómo se produjo la corrupción administrativa por medio de las adendas, suscritas por las partes; corrupción en la que tuvieron activa intervención altos funcionarios tanto públicos como privados (empresarios), perjudicando económicamente al Estado. Toda esa información está contenida en los documentos remitidos por la Contraloría General de la República. En la Tesis citada se menciona que **la corrupción aparece o consta en las adendas del contrato de obras** y que es conveniente que se investigue y sancione, labor que corresponde a las respectivas autoridades.

Preciso que el autor de ese informe investigativo no ha especificado cuáles han sido esos problemas.

En la página 38 de su Tesis, el señor Diaz sostiene que *“la corrupción fluye de las adendas”*; lamentablemente es muy escasa la información proporcionada; tampoco ha incluido una definición de adenda como documento o mecanismo administrativo. Me permito condensar aquí lo siguiente: a) la corrupción administrativa gubernamental y privada consta en las adendas adicionadas al contrato de obras y

ha generado muchos efectos negativos; y b) que el conveniente se investigue y sancione a los agentes de esas adendas.

B. ***“El uso indebido de adendas en contratos bajo la modalidad de asociación público-privada en el Perú: lineamientos para el uso adecuado de adendas”*** (Medina Gonzales, Mendoza Gamero, Morales Mendoza, & Vera Lajo, 2018), **los autores optan al grado académico de Maestros en Derecho de la Empresa.**

Los autores citados dicen que *“al diseñar los contratos sujetos a posteriores modificaciones contractuales, no se delinearón adecuadamente los estudios de factibilidad, de ingeniería básica, ambiental, geológica en este tipo de proyectos”*; esas situaciones generaron incertidumbres en la asignación de riesgos; en consecuencia, uno de los principales problemas existentes antes del lanzamiento del proyecto: la necesidad de introducir precisiones después de la suscripción del contrato de obra. Así ellos justifican el empleo de las adendas, pero sólo en circunstancias de probada necesidad; no obstante, si su uso es excesivo, las adendas servirían para obtener beneficios ilegales. Terminan por aceptar que su utilización puede ser necesaria para completar el contenido del contrato y para proteger el interés público, siempre y cuando se respete el principio de flexibilidad; sin embargo, su uso exagerado puede poner en tela de juicio la conducta de las partes y ser un indicativo de corrupción entre los funcionarios públicos o en una de las partes: alcanzar beneficios ilegítimos.

En el trabajo revisado, los autores proponen ciertos lineamientos para el adecuado empleo de las adendas contractuales, entre otras están: a) para precisar la naturaleza del contrato y así proteger el interés público; b) para que se respete el principio de flexibilidad (mutabilidad): los permanentes cambios en todo lo que existe; c) identificar y/o asignar los posibles riesgos y evitar las responsabilidades contractuales; d) no deben ser usadas las adendas para obtener indebidos beneficios por cualquiera de las partes; e) es conveniente que este recurso o mecanismo administrativo esté debidamente legislado; f) el contenido de las adendas debe ser transparente y estar su producción sujeta a un procedimiento legal riguroso; y g) no deben ser utilizadas las adendas como mecanismos administrativos para renegociar el contrato ya suscrito.

C. **“Limitaciones a la adenda en la contratación estatal: análisis a la luz de la ley y la jurisprudencia colombiana”** (Cifuentes Giraldo, 2018), **para obtener el grado académico de Maestra en Derecho contractual público y privado.**

La autora destaca la presencia o uso de las adendas como actos que deberían ser utilizados de manera excepcional; pues, si su empleo es frecuente en la práctica administrativa contractual puede entrañar inevitables riesgos; también observa que su regulación legislativa es escasa, sobre todo en lo que se refiere a las posibilidades de usarlas para modificar los aspectos sustanciales del contrato estatal.

El problema jurídico en esa Tesis es la poca reglamentación sobre los contenidos y los alcances de las adendas en sus vinculaciones con los contratos de su país. Ante esa carencia, dice que ha sido la jurisprudencia la que ha impuesto ciertos límites a su exagerado uso.

Como aspectos importantes destaca:

- a- La utilización de las adendas en la contratación estatal debe obedecer únicamente a la satisfacción del interés general, teniendo en todo momento en consideración la protección estatal.
- b- Cuando las adendas se emplean para introducir modificaciones en los componentes básicos del contrato, ello podría ser causa de nulidades contractuales en los aspectos que se tuvieron en consideración en la etapa de la concertación: la estructuración del contrato estatal.
- c- Es poca la reglamentación sobre el contenido, los alcances y la utilización de las adendas; eso puede dar lugar a la declaración de nulidad del contenido del documento ya firmado.

En la página 20 de la Tesis revisada se consigna una definición de adenda a partir de que la (Real Academia de la Lengua Española, 2016), consigna: **“Adenda del vocablo latino addenda: lo que ha de añadirse”**. Además, la autora citada hace referencia a la definición del Decreto N °1082 de la Legislación colombiana (2015): **“Documento por medio del cual la entidad estatal modifica los pliegos de condiciones”**. Señala asimismo que en la creación de las adendas no se ha usado una adecuada técnica jurídica y que tampoco se han determinado sus alcances: ... su utilización debe orientarse a la satisfacción de los intereses públicos y los de las partes contractuales; y, finalmente, dice que su moderado empleo evitará las vulneraciones de los principios básicos de la contratación estatal.

## CAPÍTULO II

### LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE OBRA

#### 1. Etimología. –

Las palabras **contrato**, **contratar** vienen de las voces latinas “*cumtractum*”, “*cumtractus*”, “*cumtractare*”: *cum, cun* = juntos y *tractus* = jalar, arrastrar, atraer (llevado, dirigido); traer hacia sí. Contrato o contrata. **Sinónimos**: pacto, convenio, acuerdo, compromiso, consentimiento, avenencia, concierto; **antónimos**: desacuerdo, desarreglo, rescisión, etc. (Real Academia de la Lengua Española, 2016).

#### 2. Conceptualizaciones. –

**2.1. Contratar.** – Pactar, conceder, hacer tratos; acción o efecto de pactar o convenir; **contratación**: acción de ponerse de acuerdo; **contratista**: persona que por contrato ejecuta una obra material o está encargada de una tarea para el gobierno, para una corporación o para un particular; **contrato**: pacto o convenio oral o escrito entre partes que se obligan sobre asunto o cosa determinada; y a cuyo cumplimiento pueden ser obligadas o compelidas. **En sentido forense: contrato aleatorio**, cuya materia es un hecho fortuito o eventual; el que se hace a riesgo y ventura; renunciando los contratantes a las consecuencias legales del caso fortuito o fuerza mayor. **Contrato real**: aquel que para el nacimiento de la obligación requiere, además del consentimiento, la entrega de cosas: la simple prenda, el contrato, el depósito. **Contrato consensual sinalagmático**: bilateral con derechos y obligaciones para ambas partes.

#### 3. Los Contratos de Obra en el ámbito del Derecho Civil. –

En virtud de este contrato, el contratista se obliga a edificar o a construir una obra inmueble determinada; y, el comitente o contratante a pagarle una retribución, normalmente dineraria.

El contratista no puede, salvo autorización expresa del comitente, subcontratar el íntegro o totalidad de la edificación.

En todo contrato de obra, todos los materiales e insumos necesarios para la construcción del bien deben ser proporcionados por el comitente, salvo pacto expreso diverso.

Si el contratista entrega los insumos y materiales, ese contrato se rige por el de compra y venta.

**3.1.Las obligaciones del constructor. –**

- a) Edificar la obra en la forma y el plazo convenidos.
- b) Comunicar al propietario de la obra los defectos del suelo o de la mala calidad de los materiales e insumos, durante la construcción.
- c) Pagar el precio de los materiales si estos se pierden o deterioran por negligencia o impericia del constructor.
- d) A ejecutar la edificación conforme a los planos que recibió al iniciar la construcción.
- e) Asumir el pago de todos los beneficios sociales a sus trabajadores.

**3.2.Las obligaciones del contratante. –**

- a) Cumplir con los pagos en las fechas pactadas.
- b) Designar al inspector o supervisor de la ejecución por su cuenta.
- c) Liquidar el íntegro del precio pactado al término de la edificación.
- d) Abonar por los accesorios o adicionales que se hubiesen incrementado con su autorización.
- e) Entregar el terreno en el que deba edificarse el bien inmueble.
- f) Tramitar oportunamente las licencias, autorizaciones y permisos.
- g) Cumplir con el pago de todas sus obligaciones tributarias y municipales.

**3.3.La resolución del contrato de obra. –** Si la obra tuviese graves vicios ocultos y estos fuesen detectados por el inspector, el comitente puede pedir la resolución del contrato y a ser indemnizado por daños y perjuicios.

Si el contratista suspende la edificación o incurre en mora por causa atribuible a él, el comitente, previo requerimiento por escrito, pide la resolución del contrato de obra y exige el pago de una indemnización por los daños ocasionados.

Si la obra se pierde o deteriora sin culpa de las partes, el contrato se resuelve de pleno derecho.

Si el comitente no cumple con los pagos en más de tres cuotas, previo requerimiento por escrito de fecha cierta, el contratista pide la resolución del contrato y tiene derecho a ser indemnizado con arreglo a ley.

El contratista queda liberado de toda responsabilidad si prueba que la obra fue ejecutada en estricta conformidad con las instrucciones del profesional que hizo los estudios, confeccionó los planos y demás documentos por cuenta del comitente.

**3.4. Los derechos de las partes.** – El comitente tiene derecho a un ajuste compensatorio si las variaciones sean ocasión de menor trabajo: disminución del costo o valor de la obra edificada.

Así mismo, tiene derecho a inspeccionar por cuenta propia o por supervisor que se esté ejecutando conforme a lo convenido o a los documentos pertinentes.

El contratista tiene derecho a ser compensado por todas las variaciones convenidas por escrito; cuando ello signifique un mayor trabajo: incremento del precio.

#### **4. Los Contratos de Obra en el Derecho Administrativo.** –

En el sector público rige el principio de legalidad: “*Nada existe y nada puede hacerse si no hay una norma jurídica que así lo establezca o lo determine*”. Disposición legal dictada por autoridad competente.

La estructuración del Estado es amplia, compleja y, sobre todo, corrupta; y lo es más en el ámbito de las contrataciones orientadas a la adquisición de bienes, de servicios, suministros y la construcción de las obras públicas: el Estado es el principal consumidor; y, en los más altos niveles administrativos, la corrupción se da sin ningún control y con escandalosa impunidad.

Considerando los fines de esta investigación jurídico – académica, debo precisar que es de mi interés los contratos administrativos de obras públicas.

**4.1. El ámbito institucional de aplicación.** – Las entidades que actúan como comitentes y cumplen con los pagos a los constructores con el dinero del erario estatal:

- El congreso,
- Los ministerios y sus dependencias,
- El poder judicial y el ministerio público,
- Los órganos constitucionales autónomos,
- Los gobiernos regionales y municipios,
- Las universidades públicas,
- Las juntas de participación social,
- Las empresas del Estado,
- Los fondos constituidos con recursos públicos,
- Los órganos desconcentrados: fuerzas armadas y policía nacional y sus entes desconcentrados.
- Otros organismos estatales creados y reconocidos como dependencias públicas: que cuenten con su propio presupuesto.

Entidades que asuman el pago de las obras con dineros del tesoro público.

Las obras públicas construidas o a edificarse pasan a formar parte del patrimonio institucional, con el carácter de ser inalienables, imprescriptibles e inembargables. Inmuebles necesarios para que las entidades “cumplan sus funciones propias con eficiencia y alcancen sus elevados fines”; y así la población dé satisfacción a sus necesidades económicas, políticas, culturales, recreacionales y otras; “recibiendo los servicios públicos de calidad, en su debida oportunidad y a precios razonables”. Resulta un tanto extraño que estén comprendidos los contratos que se celebran con los consultores de obras habilitados que se encargan de preparar los proyectos de edificaciones: en esencia son contratos de servicios.

**4.2. Los bienes u objetos de los contratos administrativos de obras.** – Entre otras edificaciones están:

- a) Las obras urbanas: edificaciones, centros de esparcimiento y de recreación.
- b) Las obras viales: carreteras, caminos, alamedas, parques; puertos, aeropuertos, helipuertos, viaductos, terminales, etc.
- c) Las obras de saneamiento: encauzamiento de ríos, torrenteras; acueductos, drenajes, etc.
- d) Las obras eléctricas, electrónicas, energéticas.
- e) Las obras hidráulicas: represas, acueductos, irrigaciones, canalizaciones, entubamientos.
- f) Las obras menores: postas médicas, policiales y de seguridad social, centros educativos, de auxilio y/o de protección.

En los trabajos de construcción, reparación, cambio de uso, demolición, etc.; tareas con un costo superior a las ocho UIT.

**4.3. El Plan Anual de contrataciones de obras.** – Todas las dependencias de una entidad que cuente con su presupuesto, en el plazo que señale el titular o el funcionario delegado, presentan sus requerimientos de obras o edificaciones, según sus prioridades para el siguiente año presupuestal.

Esos requerimientos deben estar incluidos en el cuadro de necesidades a edificarse; y en su momento demandar al Ministerio de Economía y Finanzas la asignación de esos montos dinerarios fiscales, a estos se agregan los recursos propios, los créditos institucionales, las donaciones obtenidas y otros, que sumados conforman el costo total de la edificación.

**4.3.1. El contenido del plan anual.** – Conforme a la Ley N.º30225, Ley de Contrataciones del Estado (2019).

Entre otros deben estar incluidos:

- a) El objeto o la finalidad de las construcciones a edificarse.
- b) La descripción detallada de las construcciones a contratarse, todo en sus respectivos documentos.
- c) El valor estimado de todo el bien a construirse.
- d) El tipo de procedimiento de selección.
- e) Las fuentes de todo el financiamiento de cada obra.
- f) Los niveles de desconcentración de cada obra a construirse.
- g) La fecha probable de convocatoria y el periodo de su edificación.

**4.3.2. Las modificaciones en el plan anual.** – En la Ley N.º30225, Ley de Contrataciones del Estado (2019).

Este documento queda sujeto a las modificaciones, considerando las disponibilidades presupuestales: puede ser modificado cuando: a) se tenga que incluir o excluir determinados aspectos o variar los procedimientos; b) los montos previstos varíen por razones justificadas: niveles de inflación o de variación de precios en el mercado.

Esas modificaciones deben ser publicitadas en su oportunidad y con la autorización del titular de la entidad.

Concluida la elaboración del plan anual y aprobado por el titular, debe ser publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) y en el portal institucional e inscrito en el Órgano Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE): requisitos para la convocatoria al procedimiento de selección.

**4.4.La designación de un comité especializado.** – Como consta en la Ley N.º30225, Ley de Contrataciones del Estado (2019). El titular de la entidad nombra a los miembros de un comité especializado: de tres a cinco titulares e igual número de suplentes – uno de ellos debe ser de la entidad usuaria –; y le asigna facultades específicas a cumplirlas en un plazo fijado:

- a) Elaborar el documento que contenga las bases de la licitación pública; el proyecto completo y todas las directivas del procedimiento de selección.
- b) Publicar la licitación con todos los documentos.

- c) Inscribir a los postulantes: personas naturales o empresas especializadas (nacionales o extranjeras) y controlar que reúnan todos los requisitos para ser considerados como postores válidos.
- d) Recibir y evaluar las propuestas de cada uno de los postores: su proyecto técnico y su proyecto económico; y las otras exigencias precisadas en la convocatoria.
- e) Absolver las consultas y las observaciones que los postores formulen por escrito. El documento en el cual el comité designado hace las aclaraciones o precisiones requeridas recibe el nombre de “adenda” – como lo tengo precisado en el primer capítulo de este informe –.
- f) Luego de hecha la evaluación de todas las propuestas, otorga por escrito la buena pro; en acto público y con la presencia de notario público o juez de paz.
- g) De ser el caso, declara desierto el concurso en las situaciones legales. De todas las fases del procedimiento deja constancias escritas en actas secuenciadas.
- h) Elabora, con el apoyo de la oficina de asesoría jurídica, el proyecto de resolución y del contrato definitivo de obra.

El titular de la entidad, en su momento recibe los informes técnicos, económicos y jurídicos, así como lo demás exigido por ley; y dispone su inscripción en el OSCE, da cuenta al Ministerio de Economía y Finanzas, a la Contraloría General de la República, a la SUNAT y a la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

El comité especializado no puede de oficio modificar lo actuado, sin contar con la autorización expresa del titular de la entidad e informando oportunamente a todos los participantes en el procedimiento de selección.

**4.5.El contenido mínimo de las ofertas.** – Cada postor o su representante debe presentar una declaración jurada precisando; que no ha incurrido y que se obliga a no incurrir “**en actos de corrupción**”; que no tiene impedimentos para postular; que su información completa del Registro Nacional de Constructores es veraz y está actualizada; que conoce las penalidades y las sanciones; que no hay ningún acuerdo con otro u otros postores; que conoce, acepta y se somete al procedimiento de selección; que se compromete a mantener su oferta durante todo el procedimiento; y se obliga a suscribir el documento en el que esté perfeccionado el contrato de obra.

**4.6.Las cláusulas obligatorias en el contrato de obra.** – Según como consta en la Ley N.º30225, Ley de Contrataciones del Estado (2019).

- a. La cláusula de garantías: se orienta a asegurar la buena y oportuna ejecución de la obra. El constructor o contratista está obligado a presentar estas garantías

económicas: a) de fiel cumplimiento; depósito en una cuenta bancaria abierta por la entidad comitente: el fideicomiso; b) por el monto diferencial de la propuesta y el valor referencial; c) la garantía por los adelantos que reciba el contratista según el programa de pagos.

- b. Los mecanismos de solución de las controversias: en caso de no incluirse, se entienden incorporadas de pleno derecho; salvo que se trate de controversias derivadas de las ampliaciones referidas a la obra.
- c. La resolución del contrato de obra por incumplimientos: en las situaciones en las que el contratista incumpla una de sus obligaciones y esté pactada como causa de resolución parcial o total.

El contrato queda resuelto a partir de la fecha de recepción de la respectiva comunicación remitida por vía notarial: si hay cláusula expresa en ese sentido.

**4.7. Los contratos administrativos de obras: contenido y requisitos.** – Al quedar consentida la buena pro, la entidad convocante y el postor declarado ganador en el proceso de selección deben suscribir el documento privado en el cual conste el contrato, luego de quedar perfeccionado. Los firmantes son: el representante legal de la entidad comitente y el contratista o su representante: su apoderado o su representante si es una empresa constructora o una empresa consorciada.

**4.7.1. Los requisitos exigibles al contratista:** a) una constancia vigente de estar habilitado, expedida por el OSCE; b) acreditar documentariamente las garantías contractuales; c) El contrato constará en la forma legal exigible; el documento privado puede elevarse a escritura pública notarial.

**4.7.2. El contenido del contrato de obra:** Todos los documentos derivados del proceso de selección, de todo lo cual se deja constancia expresa en el documento a suscribirse.

En contratista tiene que designar al residente de obra y la entidad contratante, al supervisor o al inspector. Debe entregar el calendario de avance de obra, debidamente valorizado y estar concordado con el plazo contractual; así mismo tiene que acreditar y justificar el calendario de adquisición de los materiales y los insumos a utilizarse en la ejecución de la obra.

**5. Los Actos Impugnables del Procedimiento.** – Conforme a la Ley N.º30225, Ley de Contrataciones del Estado (2019).

Pueden ser materia de impugnación:

- a) Si el postor que recibió la buena pro no está legal y debidamente capacitado: capacidad civil y técnica; si es una persona jurídica nacional o extranjera: constituida e inscrita conforme a ley.
  - b) La capacidad técnica: tanto del postor como de su personal especializado, como ejecutores de obras similares.
  - c) La inscripción del postor en el Órgano Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE); con la habilitación vigente y que no se encuentre inhabilitado.
  - d) Las decisiones expedidas por el titular de la entidad estatal, después de haberse otorgado la buena pro que hubiesen afectado al procedimiento de selección
- Las impugnaciones se deben formular ante el OSCE; y lo que este resuelva puede cuestionarse en vía de apelación ante el Tribunal de Contrataciones Estatales.

**6. Las Obligaciones del Ejecutor de la Obra.** – De acuerdo con la Ley N.º30225, Ley de Contrataciones del Estado (2019).

Tiene el deber de poner en conocimiento del Registro Nacional de Constructores (RNC) cada mes:

- a) Los contratos que tenga suscritos con las entidades públicas y que estén en vigencia.
- b) Presentar las valorizaciones de las obras que tenga en ejecución, de modo individualizado; y debe hacerlo hasta su finalización.
- c) Todas las variaciones que se hayan producido en el plantel técnico de la empresa constructora.
- d) Los cambios de las direcciones domiciliarias del titular o su representante y de los socios, si se trata de un consorcio.

El incumplimiento de estas obligaciones puede dar lugar a la cancelación de su inscripción en aplicación de una resolución sancionadora.

**7. Las Consultorías de Obras Públicas.** – Conforme a la Ley N.º30225, Ley de Contrataciones del Estado (2019).

En el registro de consultores de obras públicas del OSCE deberán inscribirse los profesionales capacitados ya nacionales y/o extranjeros, así como las empresas dedicadas a las asesorías técnicas, que estén en condiciones de intervenir en los procedimientos de ejecución de obras públicas: los consultores individuales y los asociados.

Les son exigibles estos requisitos:

- a) Contar con capacitación profesional para intervenir en la elaboración de proyectos de obras y la elaboración de los expedientes; acreditar estas habilidades con las correspondientes certificaciones.

En el caso de personas jurídicas, deben acreditar su constitución legal; y que el objeto social del ente consultor esté referido a la edificación de obras públicas en sus variadas especialidades.

- b) Presentar las constancias de capacitaciones técnicas, según la diversidad de especialidades o campos de la arquitectura o ingeniería.
- c) Tener la suficiente solvencia económica y profesional, estados financieros, para celebrar contratos con las entidades comitentes de obras.
- d) Tener una organización empresarial que les posibilite realizar sus obligaciones y especialidades: participar como consultores de obras urbanas, rurales, viales, de saneamiento, eléctricas y electrónicas, represas e irrigaciones, telecomunicaciones, entre otras.

**8. La Modificación de los Contratos de Obras Públicas.** – Según la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado (2019).

Estos contratos pueden modificarse a petición del contratista; el titular de la entidad comitente, si considera procedente, expide una resolución autorizando la ejecución de prestaciones adicionales o la reducción de las mismas. Para su procedencia se debe contar con la correspondiente asignación presupuestal: el costo según las especificaciones técnicas; la variación de los precios pactados en el contrato original, y conforme al nuevo acuerdo entre las partes.

No procede la modificación de los contratos de obra pública si se va a comprometer los elementos esenciales: la participación de otros sujetos, la naturaleza del contrato que afecte al objeto de la contratación, el monto pactado, el plazo convenido; salvo en lo que corresponda a los incrementos o reducciones acordadas.

Para que proceda la modificación se debe contar con: a) un informe técnico-legal que le dé sustento; b) la necesidad de la modificación; c) se sustente en hechos sobrevinientes no imputables a las partes; d) si se trata de obras sujetas a supervisión de terceros, se les debe hacer conocer para que emitan su opinión favorable; e) esas modificaciones deben ser aprobadas por resolución del titular de la entidad contratante. Es una grave práctica valerse del uso de las adendas para introducir modificaciones a los contratos de obra pública: recurso ilegal para ocultar actuaciones inmorales o

corruptas, entre los funcionarios estatales; y que en no pocas ocasiones, las principales víctimas son los contratistas y/o subcontratistas.

**9. La Subcontratación en la Edificación de Obras Públicas.** – Respecto a esto la Ley N.º30225, Ley de Contrataciones del Estado (2019) dice:

Es procedente, previa autorización de la entidad comitente; pero solo debe referirse a prestaciones no relacionadas con los aspectos esenciales o nucleares; y que así conste en los documentos del procedimiento de selección. El titular debe expedir una resolución de autorización.

El subcontratista debe en su momento acreditar su inscripción vigente; su capacidad técnica; y no estar suspendido o inhabilitado.

El contratista mantiene su responsabilidad total sobre sus prestaciones.

El documento en el que conste la subcontratación se tiene que inscribir en el OSCE; todos los pagos al subcontratista deben estar garantizados por el contratista y, deben estar cumplidos tales pagos para que proceda la liquidación final.

Es bastante frecuente el incumplimiento de las obligaciones dinerarias del contratista a los subcontratistas; y aún más a los conocidos como terceristas.

**10. La Resolución del Contrato de Obra Pública.** –

La Ley N.º30225, Ley de Contrataciones del Estado (2019) estipula que un contrato administrativo de obra pública queda resuelto: pierde toda su eficacia debido al incumplimiento de las prestaciones contractuales o legales de las partes o de una de ellas.

**10.1. Causales atribuibles al contratista.** – La entidad contratante expide una resolución al darse alguna de estas situaciones:

- a) El contratista injustificadamente deja de cumplir sus obligaciones, pese a haber sido requerido por escrito.
- b) Ha llegado a acumular el monto máximo de penalidades económicas por moras en la ejecución de la obra.
- c) Paraliza o reduce sin justificación la construcción, pese a ser requerido.

El requerimiento debe hacerse con documento de fecha cierta.

**10.2. Causales de la entidad contratante.** – El contratante sin justificación válida no cumple sus obligaciones exigibles: el pago según el cronograma establecido; no entrega el terreno física y jurídicamente saneado; no pone a disposición del

contratista los materiales e insumos en las fechas acordadas, pese a ser requerido; en tales situaciones, el contratista solicita la resolución del contrato de la obra pública.

**10.3. Cualquiera de las partes puede resolver.** – Cuando se presenten situaciones de fuerza mayor o de caso fortuito; o, ha sobrevenido alguna situación no imputable a las partes que imposibilite la ejecución de la obra.

**10.4. Los efectos de la resolución del contrato de obra.** – Si la resolución del contrato de obra se produce: el contratante ejecuta las garantías pactadas.

La parte que sea la causante de la resolución debe indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados a la otra parte.

Declarada la resolución del contrato, la obra queda paralizada; debiendo hacerse una inspección y elaborarse un inventario: ambos actos deben constar en sus respectivas actas. Todas las controversias vinculadas a la resolución se resuelven por conciliación o en arbitraje, con intervención del OSCE.

La parte causante de la resolución paga todos los gastos derivados y responde por las sanciones de ley o por las pactadas.

## **11. La Solución de las Controversias o Conflictos de Intereses.** –

Los conflictos que pudieran surgir durante el procedimiento de selección o durante la vigencia del contrato de obra pública entre las partes se pueden resolver mediante la conciliación o el arbitraje.

Acuerdo que deberá constar en un documento o en la cláusula arbitral del contrato. Estas controversias pueden referirse a la interpretación, la resolución, la ineficacia o a la validez del contrato de obra.

Pueden acordar ante la junta de solución de controversias, en el OSCE.

**11.1. La conciliación.** – Cualquiera de las partes pueden solicitar el inicio de este procedimiento en un centro debidamente constituido y autorizado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Una conciliación concluye con un acuerdo o sin él. Recurren las partes al OSCE para que la organice y administre, conforme al reglamento vigente. Toman la decisión considerando los riesgos en la ejecución de la obra para proteger la finalidad del contrato; se debe contar con una resolución autoritativa expresa.

**11.2. El arbitraje.** – Es un procedimiento de derecho; cualquiera de las partes puede iniciarlo dentro del plazo de caducidad; se debe contar con el informe técnico legal.

Las partes pueden acudir al arbitraje *ad-hoc*, si así lo acuerdan.

El tribunal arbitral puede ser personal o colegiado. La actuación de los árbitros debe ser imparcial.

El laudo arbitral es definitivo, obligatorio e inapelable para las partes; en su momento debe ser remitido al OSCE para su registro. Debe notificarse por el SEACE.

El Tribunal de Contrataciones Estatales es la última instancia administrativa y sus resoluciones son de cumplimiento forzoso.

El laudo arbitral puede ser objeto de una acción contenciosa en el fuero judicial. (Ley N.º30225, 2019)

## **12. Las Sanciones Contractuales. –**

El OSCE es el ente administrativo con la potestad sancionadora a la entidad contratante o a la empresa contratista, según las situaciones.

Las sanciones aplicables pueden ser amonestaciones, suspensión temporal y la inhabilitación permanente, dependiendo de la infracción cometida: contractual o legal; puede también aplicarse sanciones económicas: multas, si así lo han previsto las partes en el contrato de obras o si así está establecido en las bases de selección; así como las derivadas de la ejecución de las garantías pactadas.

Las inhabilitaciones pueden ser temporales o permanentes.

El contratista sancionado pierde sus derechos a participar en nuevos procedimientos de selección: la resolución de inhabilitación se inscribe en el registro correspondiente del OSCE; y en última y definitiva instancia está en el Tribunal de Contrataciones Estatales.

Las causales de inhabilitación deben estar claramente previstas en la legislación administrativa pertinente.

## CAPÍTULO III

### LAS CONCESIONES O LOS CONCESIONAMIENTOS ESTATALES

Parto de esta aseveración: “**La contratación** (los contratos de obras públicas) y el **concesionamiento** (las concesiones estatales) **son dos instituciones jurídicas distintas, incompatibles y no implicantes**” – por su naturaleza esencial, sus contenidos y sus fines u objetivos.

Esta verdad jurídica va a ser objeto de amplia y precisa demostración en este y los siguientes capítulos de este informe académico (Tesis).

Como consecuencia inmediata se probará que la locución “**contrato de concesión**” es inconstitucional, ilegal e irracional.

#### 1. Terminología Idiomática. –

El vocablo “**concesión**” proviene del verbo “**concesionar**” y no del verbo “**cocnceder**”: dar, otorgar o adjudicar bienes públicos a empresas privadas para que los exploten o gestionen con el fin de ofrecer servicios públicos; actividades personales, colectivas o institucionales orientadas a satisfacer las necesidades sociales. (Real Academia de la Lengua Española, 2016).

Entre otros derivados están: concesionante, concesionista, concesionamiento, concesionismo, concesionario, concesionable, concesionario (voz despectiva: “gobierno, organismo, funcionario o persona que orienta su gestión administrativa o gubernamental que todos los problemas – sociales, económicos, políticos y culturales de un país – se van a solucionar otorgando concesiones estatales a las empresas privadas y que se va a alcanzar el desarrollo integral y el bienestar general.”)

#### 2. Las Concesiones en la Constitución Política de 1993. –

##### 2.1.El artículo 73°: Establece:

*“Los bienes de uso público **“pueden”** (no dice deben) **ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico**”* (Constitución Política del Perú , 1993). El aprovechamiento al que se refiere este numeral corresponde a toda la población o sociedad.

Los actos gubernamentales de disposición deben efectuarse mediante el concesionamiento a empresas privadas; y tales actos de adjudicación deben cumplirse con arreglo a las estipulaciones legales vigentes.

## 2.2.El artículo 66º: Señala:

**“Los recursos naturales son *“patrimonio” de la Nación*”** (toda la sociedad organizada bajo la forma de Estado): todo estado cuenta con tres elementos –el territorio, la población y el sistema jurídico–.

**“El Estado es *“soberano”* (de los recursos naturales y bienes públicos) en su aprovechamiento”** Debo precisar que el Estado es una “entidad abstracta”; sólo existe y actúa por ficción legal. Las entidades públicas y los funcionarios estatales en su condición de representantes de la ciudadanía –el único titular o dueño del poder político–. La declaración de “soberano” debe entenderse como “administrador” y no como propietario.

**“Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización** (recursos naturales y bienes públicos) **y de su otorgamiento a particulares”**.

El mandato constitucional es preciso: **“por ley orgánica”**: una norma especial de desarrollo político – económico, debatida y aprobada por el congreso; esta facultad especial no puede delegar al poder ejecutivo.

**“La concesión otorga a su titular** (el concesionario) **un derecho real, sujeto a dicha norma legal”** (ley orgánica). Esta exigencia del ente constituyente no se ha cumplido. En el artículo 3 del Decreto Supremo 059 – 1996 – PCM, Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos (1996) se prescribe: **“La concesión sobre bienes públicos no otorga un derecho real...”**; es una aparente contradicción, pues aquí se refiere a los bienes públicos que recibe el adjudicatario en concesión.

Mediante ley orgánica de desarrollo constitucional se regulan las creaciones y las funciones estatales más trascendentales; tratándose de las entidades administrativas: su organización, sus facultades, sus obligaciones, sus responsabilidades y las sanciones que les son aplicables a los empleados de los cuatro niveles administrativos: resolutivo, de gestión, de coordinación y de ejecución.

En la práctica administrativa, las normas jurídicas aplicables a las concesiones han empezado con decretos legislativos, se han reglamentado con decretos supremos, se

han dictado T.U.O.'s con decretos supremos: contraviniendo la orientación constitucional.

Es oportuno que deje aclarado que las empresas concesionarias ofrecen a elevadas tarifas, precios y peajes –reajustables a su total discreción cuando así lo deciden, sin que los órganos de control puedan hacer algo– ofrecen servicios al consumidor o usuario y no como se repite “servicios públicos”; pues estos son ofrecidos por entes estatales a título gratuito o a costos razonables.

**2.3.El Art. 3 del Decreto Supremo 060 – 1996 – PCM** (Reglamento del Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos (1996)) contiene este concepto: “... *concesión el acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas... la adjudicación y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura... aprobados previamente por la...*” (Decreto Supremo N° 060-96-PCM, 1996).

El concepto transcrito es a todas luces inconstitucional, incorrecto y ajeno a las condiciones reales.

El director ejecutivo de PROINVERSIÓN está facultado, entre otras, para ejecutar las operaciones financieras...; en tal sentido podrá abrir y cerrar cuentas bancarias y mercantiles, girar, aceptar y endosar cheques, retirar depósitos, contratar sobregiros y avances de cuentas corrientes.

En esas situaciones surgen las preguntas: **¿Quién controla, supervisa y fiscaliza esas operaciones?, ¿A quién rinde cuentas?, ¿Cuáles son sus responsabilidades y sanciones aplicables?**

Debo precisar que en la parte que dice: “... *la concesión otorga un derecho real*” se refiere solo a los bienes que son productos de la explotación o de los productos de la gestión de los bienes públicos; pues, como veremos en el siguiente capítulo –normas sobre las concesiones–: “... *no otorga un derecho real...*”–una aparente contradicción–, se refiere a “los bienes públicos de infraestructura adjudicados en concesión”.

### **3. Las Conceptualizaciones. –**

**3.1.**La concesión es el acto de gobierno por el cual una autoridad administrativa competente otorga a una empresa privada nacional o extranjera la facultad de explotar ciertos recursos naturales (renovables o no renovables) para que los

productos obtenidos por el concesionario los destine a la comercialización, industrialización y/o exportación. Esa potestad recibe el concesionario por un plazo determinado y en un ámbito geográfico también definido.

**3.2.**La concesión es la entrega de obras públicas de infraestructura que hace una entidad estatal competente a una empresa privada para que las opere y conserve por un tiempo determinado; asumiendo la empresa concesionaria las obligaciones de gestionar u ofrecer servicios públicos en ámbitos y plazos delimitados.

#### **4. Las Modalidades de Concesiones. –**

**4.1. Concesiones a título gratuito.** – La entidad estatal concesionante no recibe ningún monto dinerario de la empresa concesionaria; y además le otorga apreciables ventajas: cláusulas de seguridad jurídica, garantías de ingresos económicos, exoneraciones tributarias y cláusulas de equilibrio económico y financiero; y no pocos funcionarios de los más altos niveles administrativos están a sus servicios y sin límites.

**4.2. Concesiones a título oneroso.** – Con el compromiso de que “abran el mercado ocupacional”, “incentiven el desarrollo interno”, acaben con la pobreza generalizada y “mejoren las condiciones de los más necesitados”. Lo que el Estado recibe son céntimos de dólar por km<sup>2</sup> del territorio que depredan.

Claro que firman documentos comprometiéndose a cuidar el equilibrio ambiental: la flora, la fauna, la sanidad, la tierra, el aire, las fuentes de energía y hacen declaraciones juradas para “no incentivar la corrupción”.

**4.3. Concesiones mixtas.** – Con aportes de recursos estatales y “abultadas inversiones privadas” –el mecanismo de las coinversiones y “las obligaciones de compartir los riesgos”–.

#### **5. Las Características de las Concesiones. –**

**5.1. Naturaleza, contenido y fines.** – Las concesiones son modalidades del acto jurídico - administrativo: actos de gobierno expresados por los titulares de la entidad pública concesionante; funcionarios con capacidad resolutoria y de gestión. Esa decisión debe expresarse en una norma jurídica de carácter general y de cumplimiento obligatorio. Tal atribución debe estar contenida en la correspondiente ley orgánica de cada sector público, según la naturaleza del objeto que deba ser concesionado.

El virtual concesionario, como representante legal de la empresa privada aspirante a obtener una concesión, presenta su solicitud en ese sentido, acompañando todas las exigencias de ley, según el asunto u objeto del que se trate.

Cumplido el procedimiento administrativo regulado que corresponda a la naturaleza del bien a otorgarse en concesión; en la norma jurídica se expresará todos los pormenores legales; y el concesionario que obtenga la buena pro –si hubo licitación pública– empezará a ejecutar las acciones que correspondan, por el tiempo de vigencia y en el ámbito geográfico precisando, asumiendo las obligaciones y las responsabilidades indicadas en la norma jurídica dictada y publicada conforme a ley.

**5.2.La concesión como acto de gobierno.** – De esa norma legal derivan todas las actividades, las obligaciones y los derechos que correspondan a las partes: la entidad estatal concesionante y la empresa privada concesionaria.

Como es obvio, la empresa privada concesionaria –sus asociados, directivos, empleados y las personas naturales y jurídicas vinculadas– podrán actuar en el ámbito geográfico señalado, con las facultades otorgadas y por el tiempo preestablecido en la norma jurídica expedida.

Esa norma debe contener la decisión de la autoridad administrativa competente y la expresa aceptación de la empresa concesionaria: entidad privada constituida conforme a ley con domicilio en el territorio nacional.

**5.3.El objeto o bien público concesionado.** – En las dos posibilidades: a) el recurso natural materia de la explotación, que luego de ser obtenido deba ser industrializado y/o comercializado en beneficio de la sociedad en su conjunto: el único titular de los recursos naturales; y b) la entrega en posesión y uso temporal de ciertos bienes públicos (edificaciones o bienes muebles de especial valor económico o cultural) que se destinarán a la operación de servicios a la colectividad (usuarios o consumidores) para que se les destine a la satisfacción de sus necesidades: fisiológicas, económicas, sociales, culturales o de otra índole.

**5.4.El plazo de vigencia de la concesión.** – Elemento o componente esencial de la concesión; prorrogable sólo por excepción y atendiendo a circunstancias razonables y legalmente precisadas.

El plazo de vigencia no debe ser demasiado amplio para que sea posible el principio de diversificación: que el mayor número de concesionarios nacionales se aprovechen de esos beneficios de ley.

**5.5. Toda concesión debe estar contenida en un acto jurídico válido.** – Los agentes de ambas entidades (la entidad estatal: concesionante y empresa privada: concesionaria) deben contar con capacidad civil y con aptitud de disposición sobre el objeto o bien público; el objeto física y jurídicamente posible; la formalidad establecida por ley; el fin lícito y no debe ser un acto que se oponga a las normas que interesen al orden público (Art. 140° del Código Civil peruano)

En aplicación de la función tutelar del Estado, las empresas privadas concesionarias deben ser nacionales: individuales o consorciadas.

## 6. Clases de Concesiones. –

**6.1. Concesiones de los recursos naturales.** – En el patrimonio de la Nación hay dos tipos de bienes: **los bienes de dominio público** que se caracterizan por ser indisponibles o inalienables, inembargables e imprescriptibles; forman parte de los patrimonios institucionales de cada una de las entidades estatales y están destinados a posibilitar que los órganos públicos cumplan sus funciones; y **los bienes de uso público** que pueden ser utilizados y a los cuales tienen acceso todas las personas.

Los bienes de uso público pueden ser adjudicados a particulares para su aprovechamiento económico, conforme a ley (**Art. 73° de la Constitución Política vigente**).

Todos los recursos naturales son patrimonio de la Nación; por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a los particulares, tanto los renovables como los no renovables (**Art. 66° de la Carta Magna de 1993**).

La explotación de los recursos naturales adjudicados a empresas privadas para su mejor aprovechamiento, según la naturaleza del bien, a los organismos estatales del sector que corresponda: minerales, ictiológicos, combustibles, gasíferos, forestales, energéticos, etc.

Cada entidad estatal en su respectiva ley orgánica tiene regulado el modo como deben otorgarse esos bienes, la autoridad competente, el procedimiento administrativo, la norma jurídica en la que debe expresarse esa decisión, la vigencia de la concesión, las obligaciones y responsabilidades de la autoridad concesionante y de la persona individual o empresa privada concesionaria.

En todas las concesiones de recursos naturales a empresas privadas, nacionales o extranjeras, lo que más abunda son las actividades corruptas; se sabe que, a mayor nivel administrativo funcional, mayor corrupción: actividades inmorales, ilegales e

irracionales, no investigados, no sancionadas y no supervisadas, debido también a la corrupción en los entes de control y de supervisión.

**6.2. Concesiones de los bienes públicos de infraestructura.** – Con regulación legislativa deficiente y peor administración.

Los bienes públicos de infraestructura se entregan en concesión para que las empresas concesionarias los destinen a operar o gestionar servicios públicos – concesiones de servicios sociales destinados a los usuarios o consumidores; los concesionarios beneficiados obtienen el derecho de explotarlos por mucho tiempo, gran parte de la vida útil del bien público; los beneficios económicos a obtener provienen de las tarifas, derecho, peajes muy altos: energía eléctrica, agua potable, telefonía y comunicaciones, transportes de todo tipo, infraestructura agrícola. En las dos o tres últimas décadas, los negociados en PROVÍAS, PROAGUA (hoy ANA) y PROINVERSIÓN (dependencias ministeriales burocráticas: obvio, “sus más altos niveles de funcionarios especialistas”) no son controlados ni supervisados, se mueven en una espantosa corrupción administrativa, debido a la siempre activa presencia de “los *lobbies*”: congresales, presidenciales, ministeriales, gerenciales. Sí, sé que hay órganos de control de los servicios públicos, dominados por la corrupción a buen precio.

**A. Desglose e interpretación del Art. 40 del Decreto Supremo 059 –**

**1996 – PCM.** Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos (1996). El indicado decreto supremo es parte del TUO de las normas aplicables a las concesiones estatales explicadas aquí.

Con la denominación de **Iniciativas**, el Art. 40 nos señala: “*Las personas jurídicas* (empresas privadas)... *podrán “a manera de sugerencia” únicamente ante la PROMCEPRI* (ahora PROINVERSIÓN)... *presentar lineamientos generales* (ideas poco claras o imprecisas) *de proyectos integrales* (propuestas ideológicas con alguna vinculación) *que permita a esa concesión* (léase comisión especial: PROINVERSIÓN) *informarse sobre “posibles obras públicas”* (de probable ejecución) *de infraestructura o de servicios públicos* (“o”: preposición disyuntiva u opcional)... *susceptibles de entregarse en concesión al sector privado* (bienes o servicios con

posibilidades aunque sean remotas o con escasa certeza), *según lo dispuesto en el presente T.U.O.*”

Como vemos, el contenido de la parte glosada es bastante impreciso: ideas vagas o ambiguas. Continúo con mi desglose: “... *una vez analizadas tales sugerencias y con opinión favorable del comité especial (PROINVERSIÓN)... el cual introducirá las ampliaciones y decisiones (orientaciones u opiniones) que sobre tales sugerencias pueda adoptar...*”.

Mediante la Ley N.º28059, Ley Marco de la Promoción de la Inversión Privada, del 13 de agosto de 2007, se propusieron dos mecanismos para otorgar concesiones por esta vía: a) las subastas públicas especiales y b) los concursos de proyectos integrales: sin mayores explicaciones, orientaciones ni justificaciones legales.

En esta situación de oscuridad legislativa, aquí expreso mis dudas: en el Contrato de Concesión del 9 de diciembre de 2010 (materia de análisis) ¿hubo subastas públicas especiales? Sólo hubo un postor, ¿se realizó el concurso de los proyectos integrales?; como he glosado eran **sugerencias que debieron ser integradas por PROINVERSIÓN**. En ambas situaciones vemos un innegable direccionamiento a un solo consorcio empresarial: COBRA – COSAPI.

**B. El verbo proyectar y el sustantivo proyecto.** “Proyectar” significa proponer un plan y los medios para la ejecución de una obra de ingeniería; conjunto de escritos, cálculos y/o dibujos para hacer algo, apreciando sus costos. **Los proyectos** son creaciones o imaginaciones mentales; en sí no son todavía objetos de ingeniería; entonces racionalmente no pueden bienes ciertos a entregarse en concesión; al estar contruidos o edificados podrían adjudicarse en concesión. Un bien inmueble en proyecto puede ser objeto de un contrato de obra pública. Un proyecto de arquitectura sólo es una propuesta ideológica.

**C. Un proyecto integral.** Equivale a decir que comprende dos o más aspectos vinculados entre sí o asociados natural o racionalmente. Todo un absurdo mental y jurídico, si se otorga una concesión sobre un proyecto sería un acto jurídico nulo: inválido legalmente; sin un objeto física y jurídicamente posible: inexistente en la realidad, el bien

inmueble no existe, el proyecto sí; y sólo puede ser objeto de un contrato de obra.

## 7. La Agencia de Promoción de la Inversión Privada: PROINVERSIÓN. –

Dependencia administrativa del Ministerio de Economía y Finanzas, fue creada para promover e incentivar las inversiones privadas en la generación de bienes, servicios y empleo para mejorar los sistemas productivos en la actividad empresarial del Estado.

### A. El Decreto Legislativo N. °674, Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado, 25 de setiembre de 1991.

Por interés general nacional, para ampliar el mercado ocupacional e incrementar el desarrollo económico y social, se deben otorgar a los inversionistas privados las garantías con mecanismos para el desarrollo y el crecimiento, seguros medios de adquirir bienes y acciones de las empresas del Estado por parte de los inversionistas privados, nacionales y extranjeros.

Los mecanismos propuestos:

- a. Transferir al sector privado las acciones y los activos de las empresas estatales.
- b. El aumento de capital de las empresas del Estado con aportes de personas naturales o jurídicas privadas.
- c. Celebrar contratos de asociación para la **prestación de servicios mediante las concesiones.**

### B. Los órganos promotores:

- a. **La COPRI:** Comisión de Promoción de la Inversión Privada: con una dirección ejecutiva y los comités especiales.

A este órgano se le asignó las tareas de diseñar y conducir el proceso de promoción de la inversión privada en las empresas de la actividad productiva estatal.

Los comités especiales deberán promover, programar, regular, dirigir, supervisar y controlar la ejecución del proceso: las transferencias de las acciones y sus activos: la subasta pública; y, para los aumentos de capital, la selección de nuevos accionistas.

b. **El FOPRI:** El Fondo de Promoción de la Inversión Privada, ente dependiente de la COPRI.

C. **El Decreto Supremo 060 – 97 – PCM:** Se aprueba el estatuto del FOPRI: el 25 de setiembre de 1997.

Su misión, financiar las actividades del proceso de promoción de la inversión privada en el ámbito de la actividad empresarial del Estado.

El FOPRI cuenta con sus propios recursos y funciones, y aun así depende de la COPRI.

D. **La Resolución Suprema N. °444 – 2001 – EF, Ratifican acuerdo de PROINVERSIÓN para incorporar al proceso de promoción de la inversión privada la entrega en concesión de la prestación del Servicio Público de Comunicaciones Personales**, 14 de setiembre de 2001, la Presidencia del Consejo de Ministros, constituyó varios comités; entre ellos, el comité de PROINVERSIÓN en activos, proyectos y empresas del Estado; cuya función principal será: “... *llevar adelante los procesos de promoción de la inversión privada y los procesos de entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos...*”: los proyectos regulados por el T.U.O.

Cada comité estará conformado por tres miembros permanentes, uno lo preside. PROINVERSIÓN cuenta con un director ejecutivo y una gerencia de operaciones.

E. **El Decreto Supremo 027 – 2002 – PCM**, Fusionan diversas entidades relacionadas a la Promoción de la inversión privada incorporándose en la Dirección Ejecutiva FOPRI que pasará a denominarse Agencia de Promoción de la Inversión (2002). Con esta norma se modifica la denominación de “**Agencia de Promoción de la Inversión**”, por la de “**Agencia de Promoción de la Inversión Privada –PROINVERSIÓN–**”.

Asimismo, se fusionó la dirección ejecutiva FOPRI con la de COPRI, con la CONITE (Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras) y PROMPERÚ, todo por transferencia a favor de la FOPRI: Dirección Ejecutiva incorporante.

La FOPRI pasa a denominarse **Agencia de Promoción de la Inversión Privada** y **estará adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas (PROINVERSIÓN)**, con su propio presupuesto y reglamento: **24 de abril de 2002**.

**F. El Decreto Supremo N.º028 – 2002 – PCM:** Con esta norma se aprobó el Reglamento de PROINVERSIÓN (2002):

En el **Art. 2, inc. 4** están señaladas sus funciones: *“Apoyar a inversionistas privados específicos (identificados), ayudándolos a obtener licencias, permisos, autorizaciones y, en general, a facilitarles los trámites que sean necesarios ante cualquier entidad pública o privada (un agente de gestiones) para materializar las correspondientes iniciativas y proyectos de inversión...”*.

Una amplia avenida para la corrupción de todo tipo.

*“Inc. 12: Coordinar y negociar los convenios internacionales de inversión.*

*Inc. 13: Llevar un registro de la inversión extranjera.”*

**Art. 3, numeral 2:** *“Resolver, en segunda y última instancia administrativa, los recursos impugnativos planteados dentro de los procedimientos administrativos seguidos entre PROINVERSIÓN, distintos a los que se refiere el numeral 2 del Art. 2 del presente reglamento”*.

¡Bastante cómodo! Todo queda en casa y sin control externo ni fiscalización. A corromper y dejarse corromper sin peligro.

Esta agencia cuenta con:

- a. Órganos de asesoramiento.
- b. Órganos de apoyo.
- c. Órganos de línea.

Todo un ministerio con atribuciones propias, autonomía, vinculaciones y muchas vías abiertas para lo que venga.

PROINVERSIÓN tiene todo bajo su dominio en materia de concesiones de bienes públicos de infraestructura, en gestión de servicios públicos, en concursos de proyectos integrales, en subastas públicas especiales; sus atribuciones para promover, programar, regular, dirigir procedimientos de concesión, controlar y supervisar la ejecución de los procesos que se promuevan con esa finalidad.

## **8. La Poco Clara y Menos Honesta e Imparcial Presencia de PROINVERSIÓN.**

Esta agencia creada y orientada a promover las inversiones privadas mediante las concesiones estatales de bienes públicos de infraestructura y de ciertos servicios públicos, valiéndose de las subastas públicas especiales y tramitando los concursos de proyectos integrales: una iniciativa procedimental no regulada; Art. 40 del Decreto Supremo 059 – 96 – PCM.

Cuenta con su propio presupuesto, estructura orgánica y autonomías: económica, funcional, técnica y administrativa.

Tiene a su cargo las subastas públicas de acciones, bienes y los activos de las entidades de la actividad empresarial del Estado; todo eso a su discrecionalidad.

El aparato estatal de los tres niveles de gobierno tiene que informar a PROINVERSIÓN lo que esta dependencia del M.E.F. les requiera para que elabore el Plan Nacional de los proyectos de todo tipo para posibilitar la inversión privada; resuelve los conflictos de intereses y de competencias en dos instancias, cuyas resoluciones son incuestionables.

Este ente especializado tiene sólidas vinculaciones con los más altos niveles político – administrativos. Su presencia e intervención en la tramitación del Contrato de Concesión del “Proyecto Especial Majes Siguan II Etapa” ha sido constante en todas sus etapas: promoción, concertación, calificación o evaluación, control, ejecución de las obras, fiscalización, generación de las adendas, producción de los cambios o modificaciones, desde 2010 hasta la actualidad, sin ser parte en ese negocio jurídico.

El excesivo empleo de las adendas –mecanismos administrativos no legislados–, la generación del mal llamado TUO del Contrato de Concesión, orientado a favorecer al consorcio concesionario con evidentes perjuicios al concesionario.

La innegable sumisión de esta agencia a las peticiones, requerimientos o exigencias de la empresa española COBRA S.A.

Los errores, defectos, excesos y limitaciones son, sin duda, de PROINVERSIÓN, agencia sin competencia en los contratos de obras públicas –asunto orientado y controlado por el OSCE–; no puedo emitir evaluación sobre la concesión de los servicios públicos; pues, no ha empezado aún su vigencia; pues, el contrato administrativo de obras sigue paralizado.

**NOTA.** – Aquí dejo constancia que suspendo mi exposición sobre PROINVERSIÓN; y asumo la obligación de ampliar la información en uno de los capítulos siguientes.

## CAPÍTULO IV

NORMAS JURÍDICAS APLICABLES EN LAS CONTRATACIONES DE OBRAS  
PÚBLICAS Y EN LAS CONCESIONES ESTATALES

Este análisis jurídico de ambas normatividades constará de dos partes: la primera referida a los contratos de edificación de las obras públicas y la segunda, a las entregas en concesión de los servicios sociales a la colectividad, de los bienes públicos de infraestructura a empresas privadas; y, adicionalmente, al concurso de proyectos integrales, financiados con recursos del erario estatal.

**PRIMERA PARTE: El Texto Único Ordenado de la Ley N. °30225, Ley de Contrataciones del Estado (2019); el Decreto Supremo 082 – 2019 – EF, Reglamento de la Ley 30225 (2019); el Decreto Supremo 344 – 2018 – EF, sus leyes modificatorias N. °30353 y 30689 (2017 -2019); y el Decreto Legislativo N. °1341, Decreto Legislativo que modifica la Ley N.°30225, Ley de Contrataciones del Estado (2017); y el Decreto Legislativo N. °1444, con sus normas que modifican, incorporan y derogan, Decreto Legislativo que modifica la Ley N.°30225, Ley de Contrataciones del Estado (2018).**

**1. Las Finalidades y los Principios. –**

Parto precisando que en la administración pública se encuentran cuatro niveles de funcionarios: los del más elevado nivel con capacidades decisorias que la ejercen, ya individual o ya colectiva; su voluntad resolutoria la expresan en normas jurídicas –actos de gobierno nacional, regional o municipal–; son los titulares de las diversas entidades públicas; los funcionarios del segundo nivel cuentan con capacidades operativas por delegación del titular; colaboran o coadyuvan de modo inmediato con el que les mandó, ordenó o dispuso y dan cuenta de sus actuaciones de modo directo o inmediato; los del tercer nivel, cooperan entre sí y permanentemente coordinan sus actividades para dar cumplimiento a lo que se dispuso o, en su momento ofrecen mecanismos de solución o medidas a implementarse con la anuencia o autorización del superior jerárquico; el cuarto nivel, los ejecutores de todo lo que se ordenó a nivel administrativo, profesional o técnico, sin posibilidades de contradecir lo dispuesto.

La legislación objeto de esta revisión establece: *“disposiciones y lineamientos que deben observar las entidades del sector público en los procesos de contratación de*

*bienes, servicios, consultorías, suministros y obras que se realicen...*”. Quienes observan y cumplen las disposiciones son los servidores públicos en general y según sus capacidades.

Los procedimientos de contratación se orientan a optimizar el uso de los recursos dinerarios del Estado (los recursos presupuestales de las entidades estatales), en las mejores condiciones de calidad y precio, con positivas repercusiones en la vida de “**los ciudadanos**”.

“**El principio de integridad**”: referido al comportamiento de las personas que participen en todas las fases de los procesos de contratación; ... deben hacerlo con “**honestidad y veracidad**”. Más que entre los proveedores esa orientación está ausente “en los siempre voraces bolsillos de los funcionarios estatales”; con frecuencia, sus primeras víctimas son los suministrantes; y lo que está a flor de piel: “*a mayor nivel administrativo más corrupción e inmoralidad*”; “*en caso de producirse debe ser comunicada a las autoridades competentes...*”: Artículo 2, literal j de la ley N.º30225, Ley de Contrataciones del Estado (2019).

Art. 9.2: “*Las entidades son responsables de prevenir y solucionar de manera efectiva los conflictos de intereses que puedan surgir en la contratación a fin de garantizar el cumplimiento de los principios regulados en el Art. 2*”. (Ministerio de Economía y Finanzas, Ley N.º30225, 2019). En la realidad, las entidades son ficciones jurídicas; los únicos que pueden ser responsabilizados y sancionados son los agentes que al contratar actúan al margen de la ley.

En los contratos administrativos de obras de obras ¿qué se debe entender por “**sanidad u honradez contractual**”? : a) el uso de materiales e insumos de calidad; b) la ejecución de la obra con el más elevado arte arquitectónico en su concepción y estilo; c) dentro de los más honestos precios en el mercado; d) el más estricto cumplimiento de los plazos convenidos o de ley; e) el no empleo indiscriminado de “las adendas contractuales” con el propósito de obtener deshonestas remuneraciones o ilegales plusvalías; f) burlar los controles legales de calidad; g) “comprar la voluntad decisoria” del funcionario encargado de establecer las responsabilidades y de aplicar las más estrictas sanciones, pactadas o legales.

## 2. Los Funcionarios, Dependencias y los Órganos Encargados de las Obras Públicas.

—

Entre otros están:

- a) **El titular de la entidad comitente o contratante:** “... *es la más alta autoridad ejecutiva de conformidad con sus normas de organización, ... ejerce las funciones previstas... para la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contratación de... obras*”.
- b) **El área usuaria:** la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con la edificación; ... participa en la planificación del procedimiento y realiza las verificaciones técnicas... de las construcciones a efectuarse según su requerimiento.
- c) **El órgano encargado de las contrataciones:** unidad especializada en esos menesteres, incluyendo en sus tareas... “**la gestión administrativa de los contratos de obras**”.
- d) “**El organismo supervisor de las contrataciones del Estado**” (OSCE)
- e) **El comité especializado en la construcción de ese tipo de obra pública.**
- f) El Tribunal de Contrataciones del Estado (arts. 8 y 14 de la Ley 30225 y los arts. 51, 52 y 59).

En todo el procedimiento de contratación de obras, de su ejecución y de la entrega final de la obra se encuentra la presencia de:

- a) El organismo regulador;
- b) El órgano encargado de la obtención de los recursos;
- c) El ente técnico a cargo de determinar la factibilidad de la obra;
- d) Las consultorías –instituciones privadas contratadas por la entidad comitente– encargadas de orientar la elaboración del expediente técnico y del económico con toda la demás documentación;
- e) Los comités especializados que elaboran las bases para orientar el procedimiento de selección en todas sus etapas;
- f) Los órganos de control especialmente los que participan en la etapa de ejecución de la obra; el supervisor especializado;
- g) Los órganos de fiscalización: dependencias del Ministerio de Economía y Finanzas, la Contraloría General de la República, la Superintendencia de Banca Seguros y AFP, la SUNAT, etc.;
- h) Los órganos que tramitan y resuelven los conflictos de intereses o las controversias ya en la etapa de la selección, en la etapa de ejecución o en los casos de controversias entre la Entidad Comitente y el contratista.

### 3. El Contrato Administrativo de Obra y su Ejecución. –

Art 32 y Art. 138 del Texto Único Ordenado de la Ley N.º30225, Ley de Contrataciones del Estado (2019).

***“32.1. El contrato de obra debe celebrarse por escrito” y se ajusta a la formalidad establecida en las bases a las modificaciones aprobadas por la entidad.***

***“32.2. En el contrato de obra se deben identificar los riesgos previsibles” según el análisis formulado durante la planificación: el análisis del expediente técnico y del expediente económico de acuerdo con las directivas emitidas.***

***“32.3. Los contratos... deben incluir necesariamente: las garantías, la declaración jurada de anticorrupción, la solución de controversias y las causales de resolución del contrato”.***

Conviene detenerme en el artículo 138 del Reglamento: ***“Art.138.4. Cláusulas Anticorrupción: ... todos los contratos incorporan cláusulas anticorrupción, bajo sanción de nulidad. Dichas cláusulas tienen el siguiente contenido mínimo:***

***“a) La declaración y garantía del contratista de no haber, directa o indirectamente... ofrecido, negociado o efectuado, cualquier pago o en general, cualquier beneficio o incentivo ilegal en relación al contrato”.***

***“b) La obligación del contratista de conducirse en todo momento, durante la ejecución del contrato, con honestidad, probidad, veracidad e integridad y de no cometer actos ilegales o de corrupción directa o indirectamente...”.***

***“c) El compromiso del contratista de: i) comunicar a las autoridades competentes de manera directa y oportuna, cualquier acto o conducta ilícita o corrupta...; y ii) adoptar medidas técnicas, organizativas y/o de personal apropiadas para evitar los referidos actos o prácticas”.*** (Ministerio de Economía y Finanzas, Decreto Supremo N.º344-2018-EF, 2018).

El autor de esa norma reglamentaria, ¿peca de ingenuidad? O pretende engañarse a sí mismo. Es, sin duda alguna, una disposición declarativa más, como muchas otras normas de la ley, del T.U.O. y del reglamento.

Es harto conocido y aceptado que la corrupción y las inmoralidades no ingresan a los entes u órganos que participan en las contrataciones de obras; la corrupción se irradia de esos aparatos administrativos que, según la opinión de muchos, son centros corruptores; y, al parecer, lo seguirán siendo, pues se sienten protegidos y amparados por la impunidad.

En el Art. 32 de la Ley 30225 se preceptúa: ***“Para efectos de la presente norma, las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional y los órganos desconcentrados tienen el mismo tratamiento que las entidades señaladas en el numeral anterior”***. (Ministerio de Economía y Finanzas, Ley N.º30225, 2019). ¡Otra disposición declarativa!

¿Cuándo desde que se fundó la República (1821), se ha visto que un coronel o un general haya sido procesado o sancionado por malversación de fondos o por apropiarse de fondos públicos?

Ningún funcionario fiscalizador o de control tiene acceso a esas instalaciones o dependencias: ***“Todo lo que allí acontece es secreto de Estado”***.

Los jueces de sus fueros privativos o del fuero judicial ordinario no tiene capacidad real para disponer el levantamiento del secreto bancario o del secreto tributario; pues se trata de proteger la imagen institucional de ***“los entes defensores de la libertad”*** y ***“protectores de la democracia”***.

Son instituciones ***“sacro sanctas”***, semejantes al cuerpo cardenalicio del Vaticano o de los lamasterios del Tíbet.

#### **4. El Organismo Supervisor. –**

**4.1.*****“El OSCE... “es un organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, con personería jurídica de derecho público, que constituye pliego presupuestal y goza de autonomía técnica, funcional, administrativa y financiera”.***” Art. 51 (Ley N.º30225, 2019).

Cuenta con defensa jurídica propia –una procuraduría institucional y con la defensa del ministerio al cual está adscrito y del sistema de defensa jurídica del Estado.

**4.2.Las funciones o atribuciones.** – Conforme a la Ley N.º30225, Ley de Contrataciones del Estado (2019), tenemos entre otras:

***“a) Velar y promover que las entidades realicen contrataciones eficientes, bajo los parámetros de la Ley... y se orientan a la maximización de los fondos públicos y la gestión de resultados”***.

***“b) Efectuar acciones de supervisión de oficio, de forma aleatoria y/o selectiva... y disponer la adopción de medidas...”***.

***“e) Implementar actividades y mecanismos de desarrollo de capacidades y competencias en la gestión de las contrataciones del Estado...”***.

***“h) Administrar y operar el Registro Nacional de Proveedores” (R.N.P.)***

*“i) Desarrollar y operar el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado” (SEACE)*

*“o) Desconcentrar sus funciones en sus órganos de alcance regional o local de acuerdo a lo que establezca su Reglamento de Organización y Funciones”.*

**4.3.La organización y recursos:** Para la Ley N.º30225, Ley de Contrataciones del Estado (2019).

**4.3.1. Los recursos del OSCE son:**

*“a) Aquellos asignados por la ley anual de Presupuesto del Sector Público”.*

*“b) Los generados por el cobro de tasas”.* Más conocidos como recursos propios o institucionales.

*“c) Los generados por la venta de publicaciones y prestación de servicios” -ídem-.*

*“e) Los provenientes de la cooperación técnica nacional o internacional, las donaciones, las transferencias y otros que se efectúen a favor...”.*

*“f) Los demás que le asigne la normativa”.*

**4.4.El consejo directivo, la presidencia ejecutiva y los comités especiales:** Especializados, muy frondosos y con “componentes” altamente especializados y del más selecto nivel.

**El consejo directivo:** órgano máximo, integrado por tres componentes para un periodo de tres años renovables; se les nombra por resolución suprema refrendada por el ministro de economía.

**El presidente ejecutivo del OSCE:** es el titular y su representante legal con cargo remunerado.

## **5. El Tribunal de Contrataciones Estatales. –**

Órgano resolutorio, es parte del OSCE; tiene autonomía e independencia funcional.

La conformación y el número de salas se establecen por decreto supremo refrendado por el ministro de economía y finanzas. Resuelve en última instancia, aplica sanciones y multas, Art. 59 (Ley N.º30225, 2019).

## **6. La Primera Disposición Complementaria y Transitoria. –**

“... el personal del OSCE está sujeto al régimen laboral de la actividad privada”.

Un burdo mecanismo para ocultar los elevados sueldos que perciben “**los funcionarios altamente especializados**”. El artículo 40° de la Constitución Política vigente prescribe: “*Es obligatoria la publicación periódica en el Diario Oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos*”. Disposición concordante con el numeral 41° del mismo texto normativo: “*Los funcionarios y servidores públicos... que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos*”. (Ley N.º30225, 2019).

Siendo servidores sujetos al régimen de la actividad privada no pueden ser fiscalizados.

#### **7. Las Etapas en la Licitación Pública para Contratar Obras Públicas. –**

El Art. 70 del Reglamento de la Ley N.º30225, Ley de Contrataciones del Estado (2019), precisa las siguientes:

- “a) Convocatoria.*
- b) Registro de participantes.*
- c) Formulación de consultas y observaciones.*
- d) Absolución de consultas, observaciones e integración de bases.*
- e) Presentación de ofertas.*
- f) Evaluación de ofertas.*
- g) Calificación de las ofertas.*
- h) Otorgamiento de la buena pro.”*

**7.1.Las consultas, observaciones e integración de bases. –** Conforme al Art. 72 del Reglamento de la Ley N.º30225, Ley de Contrataciones del Estado (2019).

*“72.1. Todo participante puede formular consultas y observaciones a través del SEACE, respecto al contenido de las bases”.*

*“72.2. ... puede formular observaciones... por supuestas vulneraciones a la normatividad...”.*

*“72.3. ... se pone en conocimiento de tal hecho a la dependencia que aprobó el expediente de contratación”.*

*“72.4. La absolución se realiza de manera motivada mediante pliego absolutorio de consultas y observaciones conforme a lo que establece el OSCE...”.*

*“72.5. ... el comité de selección absuelve la totalidad ... y registra las modificaciones ... en las bases ...”.*

*“72.6. Cuando exista divergencia entre lo indicado en el pliego de absolució n ... y la integración de las bases, prevalece lo absuelto en el pliego ...”.*

En el derecho administrativo comparado, el pliego que contenga esa absolució n recibe el nombre de ADENDA: ... ese pronunciamiento del OSCE es motivado.

*“72.11. Contra el pronunciamiento emitido por el OSCE no cabe interposició n de recurso administrativo alguno...”* ( Decreto Supremo N.º344-2018-EF, 2018).

Cualquier otro sentido que se le pretenda dar al vocablo “adenda” deja de ser jurí dico; más aún si es usado para variar el contenido esencial del contrato, como está sucediendo en la contratació n de obras pú blicas como veremos en el siguiente numeral.

## **8. Las adendas Contractuales como Mecanismos Antijurídicos. –**

**8.1.**El Art. 34.10 de la Ley N.º30225, Ley de Contrataciones del Estado (2019), señala:

*“Las partes pueden acordar otras modificaciones ... siempre que las mismas deriven de hechos sobrevinientes a la presentació n de ofertas que no sean imputables a alguna de las partes ... Y NO CAMBIEN LOS ELEMENTOS DETERMINANTES DEL OBJETO”* (materia o asunto del contrato de obra).

El Art. 160.1, literal c) establece: *“La suscripció n de la adenda y su registro en el SEACE conforme a lo establecido por el OSCE”* (Ley N.º30225, 2019).

**8.2.**En el Art. 176.11.: *“Las circunstancias invocadas para diferir el inicio del plazo de ejecució n de la obra se sustentan en un informe técnico que forma parte del expediente de contratació n, debiéndose suscribir la adenda correspondiente”* (Ley N.º30225, 2019)–Este numeral fue modificado por el Art. 2 del Decreto Supremo N.º373 – 2019 EF.

En todo el TUO de la Ley 30225 y en su Reglamento, ni en el Anexo N.º1 hay alguna explicació n de lo que se deba entender por “adenda”, su contenido, su uso, su finalidad, su forma, etc.

## **SEGUNDA PARTE: El TUO de las Normas Jurídicas Aplicables en las Concesiones Estatales.**

a) El Decreto Legislativo N. °839 del 25 de setiembre de 1996: Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos (1996). b) El Decreto Supremo N. °059 – 1996 – PCM, TEXTO UNICO ORDENADO DE LAS NORMAS CON RANGO DE LEY QUE REGULAN LA ENTREGA EN CONCESION AL SECTOR PRIVADO DE LAS OBRAS PUBLICAS DE INFRAESTRUCTURA Y DE SERVICIOS PUBLICOS (26 de diciembre de 1996); y, c) El Decreto Supremo N. °060 – 1996 – PCM, Reglamento del TEXTO UNICO ORDENADO DE LAS NORMAS CON RANGO DE LEY QUE REGULAN LA ENTREGA EN CONCESION AL SECTOR PRIVADO DE LAS OBRAS PUBLICAS DE INFRAESTRUCTURA Y DE SERVICIOS PUBLICOS (27 de diciembre de 1996).

## 1. Precisiones Normativas. –

**1.1.El Art. 1 del Decreto Supremo 082 – 2019 – EF.** – Del TUO estipula: *“Apruébese el T.U.O. de las normas ... que regulan “la entrega en concesiones al sector privado” de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos...”* (Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, 2019).

Conviene aquí precisar que no se hace ninguna alusión a “los contratos de concesión”, que jurídicamente son aberraciones legislativas; pues, los recursos naturales y los bienes públicos se deben adjudicar o entregar a los particulares mediante **actos de gobierno**: decisiones de autoridad competente, a petición o solicitud de los potenciales concesionarios que cumplan con las exigencias legales.

**1.2.El Art. 118, inciso 8 de la Constitución Política de 1993.** – Este numeral establece: *“Es atribución del Presidente de la República: Ejercer la potestad de reglamentar las leyes “sin transgredirlas ni desnaturalizarlas”; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones”* (Constitución Política del Perú, 1993). Como se va a demostrar más adelante, son evidentes las transgresiones y desnaturalizaciones.

El mismo ente estatal dictó el Decreto Legislativo 839, el Decreto Supremo N.°059-1996 (TUO) y el Decreto Supremo N.°060-1996 (Reglamento), hechos innegables.

**1.3.El Art. 2 del TUO.** – Precisa: *“La modalidad, bajo la cual se promueve la inversión privada en el ámbito de las obras públicas y de servicios públicos es la CONCESIÓN”* (Decreto Supremo N.°060-96-PCM, 1996); y no como se optó en la práctica, mediante la fingida celebración de “contratos” con la intervención de

“entes estatales *express*”, creado por decretos supremos, como lo eran y son: PROMCEPRI, CEPRI, COPRI, CONSUCODE, OSCE, PROINVERSIÓN, PROVÍAS, PROAGUA, etc.

En el mismo artículo se establece: “*Las concesiones... se rigen por lo establecido en las leyes sectoriales correspondientes*”. No se precisa, ¿qué entidades?, ¿qué funcionarios?, ¿de qué nivel?, ¿qué procedimientos?, ¿qué formalidades?, ¿con qué alcances?, etc.; una regulación excesivamente imprecisa.

**1.4. Otras normas del TUO. – “Las normas contenidas en el presente TUO promueven la inversión privada en obras de infraestructura y/o de servicios públicos y regulan su explotación, para cuyo efecto se podrá (no dice “se deberá”) otorgar concesiones... para la construcción, reparación, conservación, y explotación...”. “La concesión de la obra implica la explotación del servicio”, Art. 3 (Decreto Supremo N.º060-96-PCM, 1996).**

En estricto sentido, “las normas jurídicas se orientan a promover” (no promueven); quienes promueven son los agentes que las aplican con acierto: los agentes gubernamentales.

Reitero: “se podrá (n) otorgar concesiones a personas jurídicas”; no se hace referencia a “celebrar contratos de concesión”. **Se otorgan concesiones por decisión de gobierno y se celebran contratos de obra por acto administrativo**, entonces ¿para la construcción, reparación, operación, conservación y explotación de obras públicas? Se repara, opera, conserva y explota las obras que ya existen; se construye lo que aún no existe. El numeral revisado, *in fine*, dice: “**La concesión de obra implica la explotación del servicio**”, una irracional implicancia.

## **2. Los Órganos Promotores de la Inversión Privada en Obras Públicas. –**

**2.1. La comisión de promoción de concesiones privadas (PROMCEPRI). –** creada por el Art. 3 del Decreto Supremo N.º059-1996-EF, TEXTO UNICO ORDENADO DE LAS NORMAS CON RANGO DE LEY QUE REGULAN LA ENTREGA EN CONCESION AL SECTOR PRIVADO DE LAS OBRAS PUBLICAS DE INFRAESTRUCTURA Y DE SERVICIOS PUBLICOS (1996), dice:

Es el organismo a cargo de “**la promoción** (difusión, propaganda) **de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos**”. (ART. 4 del TUO)

Contaba con dos dependencias:

- a) La dirección ejecutiva y
- b) Los comités especializados (sic.).

*“... como único organismo encargado de promover (enseñar, convencer, difundir) la inversión en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos...”,* que puedan ser otorgados en concesión a particulares. Hasta aquí en el TUO no se dice nada sobre: “el concurso de proyectos integrales”.

Este órgano “diseñará y conducirá el proceso de promoción, unificando la toma de decisiones”, un ente coordinador.

Este organismo fue adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas (con posterioridad pasó a la Presidencia del Consejo de Ministros); para luego transferirse a la COPRI sus **funciones, atribuciones, competencias y facultades** (voces homosémicas, unisémicas o sinónimas, con un solo significado: **una tautología jurídica**). Se desconoce cuáles son esas diversas facultades.

**Creada la CONCEPRI**, como único organismo; sus integrantes eran designados por resolución suprema (Art. 5 del TUO).

## **2.2.Las facultades de la PROMCEPRI.** – Tal y como consta en el Art. 6 del TUO:

*“a Asumir todas las competencias para entregar en concesión, bajo los mecanismos y procedimientos de este TUO.*

*b Establecer (**determinar**) las obras públicas y los servicios que serán entregados en concesión.*

*c Aprobar el Plan de Promoción de la Inversión Privada relativo a la concesión.*

*d Analizar, evaluar y aprobar las propuestas que presenten los comités especiales.*

*e Aprobar su presupuesto y administrar sus recursos financieros.*

*f Celebrar todo tipo de convenio, contratos y acuerdos con instituciones nacionales y/o extranjeras.”*

## **2.3.Los comités Especiales.** – Conforme dicen los Arts. 7, 8 y 9 del TUO:

*“Las entidades del Estado (**todas y a nivel nacional**) deberán adoptar los actos necesarios para “ejecutar las decisiones de la PROMCEPRI y de los comités especiales...”. “Se presume que todas estas decisiones tienen relación directa o indirecta” con las facultades de la PROMCEPRI; y toda responsabilidad corresponde a la PROMCEPRI y al respectivo comité especial.”* (Art. 10 del TUO)

## **3. Los Recursos para la Promoción de la PROMCEPRI.** –

En el Art. 11 del Decreto Supremo N.º059-1996-EF TEXTO UNICO ORDENADO DE LAS NORMAS CON RANGO DE LEY QUE REGULAN LA ENTREGA EN CONCESION AL SECTOR PRIVADO DE LAS OBRAS PUBLICAS DE INFRAESTRUCTURA Y DE SERVICIOS PUBLICOS (1996) se regulada la creación del Fondo de Promoción de la Inversión Privada; FONCEPRI, órgano dependiente de la PROMCEPRI. Son recursos del FONCEPRI: (Art. 12 del TUO):

- a) Un monto que se fijará para cada caso por acuerdo de la PROMCEPRI.
- b) Los créditos y donaciones que se obtengan.
- c) Los ingresos financieros que genere: sus rentas propias.
- d) Otros recursos que se le asignen.

#### 4. Las Concesiones: Naturaleza y Alcances. –

La concesión sobre bienes públicos no otorga un derecho real (un derecho de dominio); sin embargo, *“el contrato de concesión constituirá título suficiente para que el concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros”*.

Art. 13 (Decreto Supremo N.º059-96-PCM, 1996).

En este artículo por primera vez se usa la locución “contrato de concesión”, sin explicar ¿qué es?, ¿quiénes lo celebran?, ¿en qué documento se contiene?, ¿qué finalidad y alcances jurídicos tiene?

En la parte final de este artículo se dice: *“... el concesionario podrá explotar él o los bienes... por cuenta propia o por medio de terceros...”*. Clara contradicción: el concesionario no recibe un derecho real, pero, podrá explotar por medio de terceros: *“transferencia del derecho de usar y si los ingresos resultan superiores a los previstos, podrán precisarse las obligaciones de reinversión del concesionario o de participación del Estado”*, Art. 15 (Presidencia del Consejo de Ministros, Decreto Supremo N.º059-96-PCM, 1996).

##### 4.1.El plazo de vigencia de la concesionas. – Se fijará *“en el contrato de concesión”*

–motivo de gran corrupción administrativa–; y, *“en ningún caso excederá de 60 años”*, Art. 16 (Presidencia del Consejo de Ministros, Decreto Supremo N.º059-96-PCM, 1996). Toda la vida de una generación humana –**doce periodos de gobierno central y quince de gobiernos descentralizados: regional y municipal**–.

La naturaleza, la vida social y económica no se detienen: **Siempre están cambiando.**

**4.2.Las garantías, seguridades y protecciones.** – Para el concesionario, según el Decreto Supremo N.º059-1996-PCM, Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos (1996).

Los contratos de concesión podrán contener:

- a) Cláusulas indemnizatorias para el concesionario en los casos de suspensión, modificación, caducidad. Esas indemnizaciones serán establecidas por contrato entre el Estado y el concesionario, (Art. 17).
- b) Los convenios de estabilidad jurídica: el Estado se obliga a no variar la legislación durante la vigencia de la concesión, para asegurar el régimen de recuperación de la inversión del concesionario.
- c) El concesionario podrá solicitar la revisión del sistema de tarifas, precios y peajes u otros sistemas de recuperación de sus inversiones (Art. 18); no siendo aplicable el plazo de dos años. (Art. 19).
- d) El Estado le asegura al concesionario ingresos y una estabilidad económica. (Art. 25, literal d)).
- e) El concesionario percibirá como compensación por las obras y servicios que explote, la tarifa, precio, peajes u otro sistema de recuperación de la inversión.” (Art. 35).

**4.3.El régimen tributario.** – Conforme al Decreto Supremo N.º059-1996-EF, Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos (1996).

*“a Los bienes entregados por el Estado en concesión **están exonerados de toda tributación** (Art. 20).*

*b Los proyectos de inversión en obras públicas de infraestructura entregados en concesión **están exentos de tributación** (Art. 21).*

*c El valor de transferencia de los bienes al Estado, durante o al término de la concesión, **estará inafecta de todo tributo creado o por crearse...** (Art. 22).” **“El concesionario podrá depreciar anualmente los bienes materia de la concesión de acuerdo a su vida útil, no pudiendo excederse en este caso la tasa anual de 20%”.** (Art. 22).*

**4.4.El régimen aplicable a las concesiones.** – El Art. 30 del Decreto Supremo N.º059-1996-PCM, Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que Regulan

la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos (1996), estipula: *“Los bienes que devengan en partes integrantes o accesorios de la concesión no podrán ser transferidos separadamente de esta, hipotecamos, prendados o sometidos a gravámenes de ningún tipo, durante el plazo de vigencia de la misma... Al término de la concesión pasarán al dominio del Estado.”* (sic).

#### 4.5.Las facultades del Estado. – ¿Qué entidad?

- a) Hacer efectivas las penalidades por incumplimiento, previstas en el contrato.
- b) Declarar temporalmente suspendida la concesión.
- c) Declarar la caducidad de la concesión.
- d) Modificar la concesión: **“Todo contrato puede ser modificado por acuerdo de las partes; la concesión por decisión de la entidad concesionante”.**

*“... con la autorización del Estado (¿Cuál es la entidad responsable?), el concesionario podrá transferir la concesión a otra persona jurídica y con la misma autorización, constituir garantía sobre sus ingresos respecto a obligaciones derivadas de la propia concesión...”*, Art. 34 (Decreto Supremo N.º059-96-PCM, 1996).

El Art. 13 del TUO expresa: *“La concesión sobre bienes públicos no otorga un derecho real sobre los mismos”*. Se transfiere la posesión, el uso, el usufructo, la administración, etc., pero no el dominio.

#### 4.6.La suspensión de una concesión. – Causas:

- a) *“En caso de guerra externa, guerra civil o fuerza mayor.*
- b) *Cuando se produzca una destrucción parcial de la obra.*
- c) *Por cualquier otra causal convenida en el contrato. las concesiones en estricto sentido jurídicos no son contratos, sino actos de gobierno expresados en norma jurídica, la que señale la ley.”* Art. 38 (Decreto Supremo N.º059-96-PCM, 1996).

#### 4.7.La caducidad de la concesión. – Casos:

- a) *“Vencimiento del plazo.*
- b) *Incumplimiento de las obligaciones del concesionario. Si la concesión proviene de un contrato: esta es una causal de resolución; y la declara el comitente.”* Art. 39 (Decreto Supremo N.º059-96-PCM, 1996).

### 5. El Concurso de Proyectos Integrales. –

Una nueva modalidad de concesión mixta –contrato de obra pública y concesión de servicios a la colectividad–. No es correcto decir que es “un servicio público” o un servicio al público; suele decirse un servicio social o a la sociedad.

*“Las personas jurídicas, ..., podrán presentar únicamente ante la PROMCEPRI (hoy PROINVERSIÓN) sugerencias, lineamientos generales de proyectos integrales que permitan a esa comisión informarse sobre posibles obras públicas de infraestructura o de servicios públicos susceptibles de entregarse en concesión al sector privado...”* (sic.). Art. 40 (Decreto Supremo N.º059-96-PCM , 1996).

*“... los indicados proyectos podrán eventualmente sujetarse a los procesos de promoción de la inversión privada...”* (idem). (Decreto Supremo N.º059-96-PCM , 1996).

Una curiosa creación mediante un decreto supremo.

Las modalidades de concesión hasta aquí vistas son: a) El otorgamiento de recursos naturales para su explotación; b) la entrega de bienes inmuebles edificados para ofrecer “servicios al público”; y de ahí a concesionar bienes aún no construidos o proyectos “integrales” para concursos, hay una tremenda distancia por decir lo menos y, lo que es más, mediante “un procedimiento de licitación pública especial”. Las licitaciones públicas sin procedimientos de selección para contratos y no para concesiones que en su esencia son actos de gobierno expresados mediante normas jurídicas.

- 6. Tercera Disposición Complementaria del TUO.** – El Decreto Supremo N.º059-1996-PCM, Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos (1996) dice:

*“Los trabajadores de la PROMCEPRI (igual que los de PROVÍAS, PROINVERSIÓN, etc.) ... estarán sujetos al régimen laboral de la actividad privada”.* Vale remitirse al punto seis de la Primera Parte de este capítulo.

**Quinta Disposición Final del TUO.** – *“Déjese sin efecto las normas que se opongan a los dispuesto en el presente TUO”.*

Una derogación genérica que se presta a interpretaciones y aplicaciones demasiado discrecionales en un campo tan amplio y corrupto en la administración pública, más aún, en el ámbito de las concesiones donde los *lobbies* son tan activos.

**7. El Decreto Supremo N. °060 – 1996 – PCM. – Reglamento del TUO, contenido en el Decreto Supremo N. °059 – 1996 – PCM. (1996).**

Atendiendo a su naturaleza jurídica, contenido y fines, el contrato administrativo de obra y la adjudicación de bienes públicos para ofrecer servicios a la colectividad; entre ambas instituciones jurídicas hay evidentes diferencias.

En el TUO ya revisado no se encuentra la locución: “el contrato de obra”, sino “el otorgamiento de concesiones”; pero un sentido bastante extraño: “*Entiéndase por concesión el acto administrativo* – en su esencia es un acto de gobierno – *por el cual el Estado otorga* (entrega, da, adjudica, concede) *a personas jurídicas, nacionales o extranjeras, “la ejecución y explotación” de determinados servicios públicos* (sociales), *aprobados previamente por la PROMCEPRI por un plazo establecido*” Art. 3 (Decreto Supremo N° 060-96-PCM, 1996).

Desglosamientos:

a) “Obras públicas de infraestructura”: bienes de uso público que pueden ser usados por los particulares; y no bienes del dominio público que forman parte del patrimonio institucional de las entidades estatales: “inembargables, imprescriptibles e indisponibles”.

b) “Los servicios públicos”: las actividades que realizan los servidores públicos (funcionarios, empleados y obreros) a favor de los gobernados.

Luego se pretende precisar: “*Entiéndase por ejecución de la obra su construcción, reparación y ampliación*”; se genera una innegable confusión.

c) “*La explotación de obra o la prestación del servicio comprende: a) La prestación del servicio básico y los servicios complementarios para los que fue entregada la concesión...*” Lo que el Estado entrega u otorga son bienes para ser utilizados; “*b) el mantenimiento de la obra; y c) el pago de tarifas, precios, peajes u otros pagos “pactados en el contrato de concesión” que realizarán los usuarios como retribución por...*”. Es obligación del beneficiario de la concesión de los bienes: el mantenerlos o repararlos; y es su derecho cobrar por los servicios que ofrece: un precio.

En el Art. 4 del Decreto Supremo N.°060-1996-PCM, Reglamento del Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos (1996), se hace referencia a dos procedimientos administrativos: “a) **Las licitaciones públicas especiales**, o b) **Los concursos de proyectos integrales...**”. En breve; el concurso

público consiste en ¿quién da más? **“para la realización de las obras públicas o de servicios públicos, financiados total o parcialmente con recursos provenientes de fuente internacional...”**. Dejo planteada la interrogante: ¿Qué se debe entender por “Concurso de Proyectos Integrales”?

En el quinto numeral se impone a todos los participantes en una actividad (“... **en tanto no se convoque a licitación pública especial o concurso de proyectos integrales...**”), la obligación de guardar reserva de la información a la que se tenga acceso: “... **el contenido de las bases y los contratos de concesión...**”. Toda esa información no podrá ser puesta en conocimiento público **¿asuntos públicos confidenciales?**

Los que laboren y aún los que laboraban en las dos modalidades serán sancionados conforme a lo señalado en el Art. 165 del Código Penal. ¿Es válido introducir esta amenaza en un reglamento?, ¿qué se tenía que ocultar con tan severo celo? ¡Ah!, tiempos de Fujimori.

En el considerando: **“De conformidad con el inciso 8 del Art. 118 de la Constitución... la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas...”**. El TUO fue promulgado el 26 de diciembre de 1996 y el Reglamento el 27 de diciembre del mismo año. ¡Bastante célere!

En el Art. 7 del Decreto Supremo N.º060-1996-PCM, Reglamento del Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos (1996), leemos: **“Además de las previstas en las normas contenidas en el presente Reglamento, los comités especiales (¿o especializados?) ejercen las siguientes facultades:**

- a) **Elaborar los estudios técnicos y económicos de las obras públicas de infraestructura...**
- b) **Elaborar el Plan de Promoción...**
- c) **Determinar el plazo y el cronograma de la licencia pública especial o (y) el concurso de proyectos integrales...**
- d) **Dictar, ... todas las disposiciones que resulten pertinentes... para la ejecución del proceso.** Surge otra pregunta: ¿Son los comités especiales entes reguladores o ejecutivos?
- e) **... Las demás “funciones y facultades” que le asigne la PROMCEPRI: ente que ya no existe”.**

Los comités especializados, como “entes ejecutivos de elevada técnica”, tienen que cumplir tareas, labores, atribuciones, facultades, funciones, potestades, etc.: no son dependencias autárquicas.

*“Los concesionarios que efectúen inversiones ... podrán acogerse al régimen de estabilidad jurídica...”*. Esta garantía, licencia o facultad está amparada en el Art. 62 de la Constitución Política de 1993 dice: *“Mediante contratos ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades”*. Lo que significa: renunciar a su soberanía, porque se obliga a no modificar el sistema legislativo nacional durante la vigencia del “contrato de concesión” (léase durante el plazo de la concesión) en el TUO se precisa: *“... en ningún caso excederá de sesenta años...”*, Art. 16 (Decreto Supremo N.º059-96-PCM, 1996), como ya expresé antes **una vida**, y ni la vida, la naturaleza, la economía ni el derecho tienen que detenerse por imposición de un inversionista privado, por obras públicas de infraestructura inexistente.

Un procedimiento de licitación pública generalmente tiene estas etapas:

- Designación del comité especial.
- Elaboración de las bases.
- Publicación de las bases: convocatoria.
- Inscripción de los postores.
- Recepción de las propuestas.
- Aceptación de consultas y observaciones.
- Absolución de esas consultas u observaciones.
- Evaluación integral de las propuestas.
- Publicación de la buena pro.
- Perfeccionamiento del contrato: documento.
- Suscripción del documento en el que conste: la concesión.
- Su registro en el SEACE.

¿Aquí se trata de una licitación pública especial?

El Art. 15 del Decreto Supremo N.º060-1996-PCM, Reglamento del Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos (1996) prescribe: *“Las consultas o las aclaraciones que sobre las bases formulen los postores deberán ser absueltas o puestas a su disposición a más tardar quince días calendarios antes de la fecha del acto de recepción de las propuestas”*.

Las respuestas a esas consultas o las aclaraciones expresadas por el comité especializado del caso deben hacerse por escrito; el mismo que pasará a formar parte de las bases en cuanto las modifiquen. Ya lo he señalado, tales documentos que contengan presiones o aclaraciones, en el derecho contractual comparado, se conocen con el nombre de “**adendas**”: ese es su único uso reconocido, en el derecho comparado. En las concesiones y en los contratos, las variaciones introducidas en la etapa de ejecución indebidamente reciben el nombre de “adendas”; y se las usa como acuerdos referidos a aspectos sustanciales del acuerdo o acto. Para variar los elementos nucleares del contrato o de la concesión se tiene a las modificaciones. Algunos concededores del tema aceptan que se emplee “las adendas” para referirse a una decisión bilateral sobre circunstancias sobrevinientes, que aparezcan y que impidan el cumplimiento de las estipulaciones acordadas (los contratos) o dificulten al concesionario cumplir las obligaciones dispuestas por la autoridad que expidió la norma otorgando la concesión. Cualquier otro uso que se les dé a las adendas es irregular, pues desnaturaliza a la concesión o al contrato.

#### **8. Las Atribuciones y Obligaciones de los Organismos Estatales en Materia de Concesiones. –**

Según el Art. 30 del Decreto Supremo N.º060-1996-PCM, Reglamento del Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos (1996): *“Pueden ser organismos, entidades o autoridades estatales competentes de un sector con tal atribución (capacidad legal para expresar actos de gobierno):*

- a) Fiscalizar su cumplimiento o ejecución: explotación y cobro de sus retribuciones.*
- b) Otorgar las licencias y permisos para el desarrollo de la prestación de servicios sociales.*
- c) Asegurar al concesionario la percepción de sus ingresos legales.*
- d) Autorizar al concesionario la transferencia de la concesión conforme a lo regulado.*
- e) Modificar la concesión cuando ello resulte necesario.*
- f) Hacer efectivas las garantías señaladas en las bases y las penalidades previstas.*
- g) Declarar la suspensión temporal de la concesión o su caducidad.*
- h) Asumir las responsabilidades durante la suspensión.”*

## CAPÍTULO V

### EL T.U.O. DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

#### 1. La Denominación. –

“...*Construcción, operación y mantenimiento de las obras mayores de afianzamiento hídrico y de infraestructura para la Irrigación de las Pampas de Siguas*” –“Proyecto Especial Majes Siguas II Etapa”– (**comprende dos materias jurídicas incompatibles “edificación de obras” <contrato de obras públicas> y operación y mantenimiento de servicios públicos <concesión>**).

El TUO consta de 28 cláusulas, 20 anexos y fue suscrito el 30 de abril de 2015 por los representantes de la entidad estatal, la concesionante; y de la empresa privada, la concesionaria.

#### 2. Los Elementos del Contrato de Concesión. –

Estando al contenido del mal llamado “TUO del Contrato de Concesión”.

##### 2.1. Los agentes. –

**2.1.1. El concesionante:** (“concedente”), constituido por un cofinanciamiento: a) el Estado de la República del Perú y b) el Gobierno Regional de Arequipa, con sus correspondientes aportes financieros.

**2.1.2. El concesionario:** (“adjudicatario”), la empresa privada Angostura Siguas S.A.: consorcio constituido por: a) “COBRA Instalaciones y Servicios S.A.” (empresa española con una trayectoria internacional poco confiable) y b) “COSAPI S.A.” (empresa constructora vinculada a la transnacional “Odebrecht S.A.”, vinculación muy cuestionada e investigada por sus actos de corrupción al más alto nivel político en más de cinco países).

**2.1.3. El comité especial: PROINVERSIÓN y PROAGUA:** entes burocráticos dependientes del Ministerio de Economía y Finanzas y del Ministerio de Agricultura y Producción, respectivamente; la Agencia de Promoción de la Inversión Privada, cuenta con un comité ejecutivo y muchos comités especiales (¿o especializados?) y la ANA, evalúan proyectos de saneamiento e irrigación; emiten opiniones técnicas.

Estas dos dependencias ministeriales no son partes del contrato de concesión revisado; pero, sobre todo PROINVERSIÓN tiene una actuación muy determinante: prepara las bases para “**el Concurso de Proyectos Integrales,**

**el procedimiento de evaluación y el otorgamiento de la buena pro al “consorcio ganador” de Concurso de Proyectos Integrales”, en una licitación pública especial.**

El referido comité especial, por disposición del Ministerio de Economía y Finanzas se encargó de orientar todo el procedimiento desde sus inicios; el 23 de marzo de 2006 aprobó “El Plan de Promoción de la Inversión Privada del “Proyecto Especial Siguan II Etapa”” y se ha mantenido en esa situación administrativa hasta la expedición y suscripción del TUO y de la adenda 13, el último documento hasta la fecha.

**2.2. El objeto: del contrato y de la concesión.** – Una grave y engorrosa mezcolanza contractual bajo la denominación indebida: “**Contrato de Concesión**”.

Es evidente, estando al texto de este TUO, la presencia de dos actos “¿convenidos?”:

- a) **Un contrato administrativo de obras públicas**, cuyos proyectos de edificación aún no existen: “las obras mayores y las obras de conducción y distribución de agua para riego”.
- b) **Un acto de gobierno**, la entrega o adjudicación de obras públicas cuando estén concluidas, en concesión estatal a una empresa privada.
- c) **Futuros contratos a celebrarse: la vigencia de la concesión**, el concesionario podrá celebrar: a) la producción de energía eléctrica; b) la conducción de esa energía generada; c) la distribución para su venta a los usuarios; d) la crianza y comercialización de: peces, camarones y truchas; e) construcción y venta de centros habitacionales y comerciales; y f) otros actos jurídicos en la etapa de operación y mantenimiento.

**2.3. Los plazos de vigencia.** –

**a ... de las etapas constructivas:** *la inicial, las obras adicionales, las vías de conducción y la distribución del agua en las pampas.* (PROINVERSIÓN, 2015).

**b ... el tiempo de vigencia de la concesión:** *¿cuándo empieza y cuándo termina? “... veinte años computados desde la fecha de reactivación: el 30 de abril de 2015”.* (PROINVERSIÓN, 2015).

En el TUO nada está precisado para las etapas de ejecución de las obras públicas a construirse ni para la gestión y mantenimiento de los servicios “públicos”.

Existe la posibilidad de aplicarse: a) el TUO derivado de la Ley N. °30225 (aplicable a los contratos de obras públicas), b) el TUO de las normas jurídicas

aplicables a las concesiones estatales y el TUO de este contrato de concesión –¿el TUO de contratos y de concesión: documentos privados? –.

**2.4. El monto o valor económico comprometido.** – ¿del sector público y de la inversión privada? Según como consta en el Texto Único del Contrato de Concesión para la Construcción, operación y mantenimiento de las obras mayores de afianzamiento hídrico y de infraestructura para Irrigación de las Pampas de Siguan (2015).

**a) El cofinanciamiento estatal:** a) US\$207 700,000.00: por parte del Gobierno Central, US\$150 000,000.00; y del Gobierno Regional de Arequipa, US\$57 700,000.00.

**b) El RPI (retribución anual por recuperación de inversiones privadas):** US\$ 29 768,000.00 y US\$29 768,067.00 más IGV por 16 años del periodo de operación y mantenimiento de las obras de infraestructura (**concesión**).

**c) El RPMO (retribución anual por operación y mantenimiento):** US\$4 880,349.13 más IGV.

En la adenda 13 (2022) se dice:

***Monto de inversión:***

***US\$282 280,000.00 – obras nuevas de la primera fase –*** página 9 de la adenda 13.

***US\$31 838,613.00 – RIA.***

***US\$54 496,347.00 – más 2 cuotas RIA.***

He revisado con atención el contrato primigenio, el TUO, los anexos, las adendas y los apéndices **sin poder llegar a conocer a cuánto asciende el monto de la inversión privada del consorcio concesionario, de sus entes asociados y de sus acreedores legitimados: “una total reserva o confidencialidad”, pero ¿qué hay acerca de la Ley de Transparencia?**

### **3. Las Cláusulas del TUO del Contrato de Concesión. –**

Van a ser objeto de mi análisis y crítica aquellas que contengan “estipulaciones” que representen riesgos o posibles daños para las entidades concesionantes y para los usuarios de los servicios a la población que se pretende favorecer.

**3.1. La primera cláusula: Definiciones.** – Que constan en el Texto Único del Contrato de Concesión para la Construcción, operación y mantenimiento de las obras mayores de afianzamiento hídrico y de infraestructura para Irrigación de las Pampas de Siguan (2015):

- a) **“Acreedores permitidos o legitimados”**: cualquier entidad financiera – gubernamental o privada, nacional o extranjera– que haya otorgado préstamos dinerarios al concesionario y que el ente concesionante asegure el pago con “las garantías soberanas”. (PROINVERSIÓN, 2015).
- Si el concesionario fracasa en su gestión, esos acreedores permitidos tienen la facultad recibir los bienes públicos concesionados.
- El concesionario podrá sustituir sus garantías en los términos a favor de sus acreedores; y, estos tendrán la facultad de ejecutar esas garantías a su criterio y decisión: grave riesgo financiero para el ente concesionante; pues, tales entidades pueden ser del mismo grupo económico del real o supuesto deudor.
- b) **“Los bienes de la concesión”**: conjunto de bienes y derechos, cuya administración y aprovechamiento económico, son entregados al concesionario y los adquiridos por este durante la vigencia de la concesión.
- Tales bienes incluyen las obras nuevas y las existentes al momento de suscribirse el contrato de concesión (9 de diciembre de 2010): la Irrigación de Majes y la de Santa Rita de Sigvas.
- c) **“Los clientes o usuarios del servicio”**: el adquirente (comprador) de alguno de los lotes de las Pampas de Sigvas que suscribiera con el concesionario el contrato de prestación del servicio de conducción y distribución del agua para riego: eso en la etapa de gestión y mantenimiento: la vigencia de la concesión.
- d) **“Concesión”**: relación jurídica de derecho público entre el concesionante (¿concedente?) y el concesionario a partir de la suscripción del “contrato de concesión”: un acto jurídico de naturaleza privada –aunque ese acto jurídico no sea legal–.
- e) **“El contrato de construcción”**: el acuerdo o el documento suscrito entre el concesionario y un constructor de las obras nuevas, de las adicionales y otras; ¿significa esto que el concesionario no va a ser el directo constructor?, ¿cómo garantiza la calidad de los bienes a edificarse?
- f) **“Las bases restructuradas”**: los documentos elaborados por el Comité Especial designado (PROINVERSIÓN) para llevar a cabo los integrantes del TUO del contrato; preparados y ejecutados por PROINVERSIÓN.
- g) **“El monto de inversión”**: en dólares US\$282 280,000.00, aporte del Gobierno Central; y, US\$31 838,613.00, del Gobierno Regional de Arequipa. Yo me

formulo la siguiente pregunta ¿Cuál es el monto de inversión privada del concesionario?

- h) **“Monto referencial de inversión”**: en dólares, US\$550 401,572.00, sin precisar su naturaleza ni su origen.
- i) **“El TUO del contrato de concesión”**: contiene “el acuerdo de las partes”, adoptado mediante la adenda 12 del 30 de abril de 2014, inicio de la etapa de adecuación.
- j) **“El suministro de agua en bloque”**: la cantidad de agua de riego a las irrigaciones ya existentes de Majes, Santa Rita de Sigvas y al valle de Sigvas, con sus respectivas tarifas y cantidades por hectárea.

**3.2. La segunda cláusula del TUO.** – Según está presente en el Texto Único del Contrato de Concesión para la Construcción, operación y mantenimiento de las obras mayores de afianzamiento hídrico y de infraestructura para Irrigación de las Pampas de Sigvas (2015):

**El objeto del contrato:** las obligaciones del concesionario, a cumplirse en dos etapas o fases, son:

- a) **Primera fase:** elaboración de los expedientes técnicos 1A y 1B; y la construcción de las obras nuevas de la primera fase (“contrato de construcción”). Se financia íntegramente con el cofinanciamiento: dinero del Gobierno Central y del Gobierno Regional; comprende además las actividades de operación y mantenimiento de las obras nuevas (¿concesión?); y el procedimiento del “Concurso de Proyectos Integrales” –¿Subasta pública especial? –, incluyendo los formularios, los anexos, los apéndices y las circulares, partes integrantes de las obras nuevas, cuyo costo será cubierto con el RPMO1.
- b) **Segunda fase:** la construcción de obras; el financiamiento es de responsabilidad del concesionario; y además comprende obras nuevas y obras existentes, cuyo costo será cubierto con el RPMO2.
- c) **Las obligaciones del concesionario:**
  - Elaborar los expedientes técnicos y económicos.
  - Construir las obras de infraestructura hidráulica.
  - Refaccionar el aliviadero de la presa de Condoroma: parte de las obras construidas.

- Operar y mantener obras de infraestructura hidráulica mayor: presa de Angostura y derivación Angostura – Colca.
- Construir la derivación de Lluclla – Sigwas, vasos reguladores y red compleja de distribución.

**d) Las atribuciones del concesionario:**

- Constituir garantías reales sobre los bienes del concesionario.
- Sustituir a los inversionistas estratégicos.
- Autorizar por escrito al concesionario la transferencia de gravámenes a favor de terceros, con la opinión favorable del supervisor de obras; salvo las limitaciones establecidas en el TUO. **Aquí están precisamente los riesgos de quedar el concesionario expuesto a las muchas corrupciones del concesionario, de sus agentes y sus acreedores.**

**3.3. La tercera cláusula del TUO.** – De acuerdo con el Texto Único del Contrato de Concesión para la Construcción, operación y mantenimiento de las obras mayores de afianzamiento hídrico y de infraestructura para Irrigación de las Pampas de Sigwas (2015).

**3.3.1. La vigencia de la concesión:** En apariencia la vigencia empezó el 9 de diciembre de 2010; pero, debido a los cambios y suspensiones generadas a solicitud del concesionario y la anuencia de PROINVERSIÓN, la fecha de reactivación (así está previsto en las adendas 12 y 13), es a partir de las modificaciones del TUO, *el plazo de culminación de la concesión será 20 años computados desde la fecha de reactivación*, el 30 de abril de 2014.

**3.4. La sexta cláusula del TUO.** – El Texto Único del Contrato de Concesión para la Construcción, operación y mantenimiento de las obras mayores de afianzamiento hídrico y de infraestructura para Irrigación de las Pampas de Sigwas (2015), dice:

**3.4.1. Las penalidades aplicables al concesionario, durante el periodo inicial y el constructivo principal:** En los casos de producirse incumplimientos durante la ejecución –imputables al concesionario–, al concesionario se le reconocen estos derechos:

- a) Declarar la disolución de la concesión; sin perjuicio de los demás derechos del concesionario.

b) El concesionario abonará al concesionante por cada día de retraso, sin requerimiento previo, “una penalidad equivalente al ciento por ciento” del monto que se requiera para efectuar la obra –bastante curioso para mí–; y por incumplimiento del programa de avance de obra. En los casos de mora en la primera y segunda fases. Este pago deberá efectuarse dentro de los 15 días calendarios de la fecha que fuese notificado con tal finalidad el concesionario.

**3.4.2. Las penalidades aplicables al concesionario, durante el periodo de operación y mantenimiento:** En esa situación, el supervisor impondrá las penalidades que están indicadas en el anexo 13, según la gravedad de la infracción.

**Los más próximos aliados del concesionario son: el supervisor de obras** (etapa constructiva) **y el supervisor de gestión** (durante la vigencia de la concesión), **PROINVERSIÓN** (ente controlador) y los entes de control interno y externo: **todos “comprables” por los agentes del concesionario.** En los doce años, pese los reincidentes retrasos, no se ha aplicado ninguna penalidad.

Con mucha facilidad justifican los retrasos del concesionario: una regulación complicada y engorrosa se presta para ello.

**3.5. La octava cláusula del TUO.** – Conforme establece el Texto Único del Contrato de Concesión para la Construcción, operación y mantenimiento de las obras mayores de afianzamiento hídrico y de infraestructura para Irrigación de las Pampas de Siguas (2015): El concesionario está sujeto a la legislación tributaria que le sea aplicable, según la actividad que se trate.

***“El concesionario podrá acceder a los beneficios tributarios, cumpliendo con los procedimientos regulados.”***

Los *lobistas* congresales, con no mucha actividad corruptora, consiguen exoneraciones, condonaciones y otros medios de evasión, con el fácil pretexto: “lo mejor para el pueblo es la inversión privada que da trabajo y propicia el desarrollo”; o los funcionarios de la SUNAT en connivencia con los jueces “perdonan todo”, **impuestos, intereses, multas, etc.; ya que “la inversión privada es muy ventajosa”.**

**3.6. La décima cláusula del TUO.** –

**Las declaraciones y garantías del concedente a favor del concesionario:**

- a) Los bienes de la concesión serán entregados al concesionario sin cargas, gravámenes, medidas judiciales o acto alguno que afecte o impida la ejecución de las construcciones o la operación del adjudicatario.
- b) El concesionario reconoce tener capacidad legal desde la fecha de suscripción de la concesión hasta su terminación, teóricamente desde el 9 de diciembre de 2010, pero ¿hasta cuándo?
- c) El concesionario se obliga a prestar su colaboración para todas las actividades de gestión del concesionario.

**Un sometimiento más generoso en un ambiente de extendida corrupción política, administrativa y jurisdiccional no creo que se dé en otros lugares: los pueblos no deben perder su dignidad.**

**3.7. La duodécima cláusula del TUO.** – Respecto a esto el Texto Único del Contrato de Concesión para la Construcción, operación y mantenimiento de las obras mayores de afianzamiento hídrico y de infraestructura para Irrigación de las Pampas de Siguan (2015) se dice:

**3.7.1. La ausencia de responsabilidad del concesionario:** *el concesionario reconoce que, en los casos de culpa o dolo del concesionario, este no tendrá responsabilidad frente al concesionario, a los inversionistas estratégicos, agentes o acreedores por cualquier pérdida o daño, derivado de actos de omisión o incumplimiento durante la vigencia de la concesión. (No dice del contrato).*

**3.7.2. Las indemnizaciones por el concesionario:** *el concesionario se obliga a indemnizar al concesionario por cualquier perjuicio, reclamación, embargo o acción que sufra.*

*Las partes no son responsables entre sí ni están obligadas a indemnizar por los daños indirectos.*

**Esta situación es distinta a lo consignado en esta cláusula; en la realidad el concesionario tiene mejores posibilidades de ser indemnizado en un ámbito como el que vivimos, el concesionario puede corromper a los altos funcionarios estatales, tiene siempre cómo y con qué hacerlo.**

**3.8. La décima cuarta cláusula del TUO.** – La concesión caduca por el vencimiento del plazo de vigencia o de las prórrogas, en tales situaciones el concesionario

revierte los bienes al concesionario y cualquier contrato derivado de la concesión pierde eficacia.

El concesionario recupera su derecho de posesión, uso y el disfrute de los bienes comprometidos; también se asegura que las obras y los bienes se encuentren en condiciones operacionales.

El concesionario deberá transferir el proyecto en su integridad al concesionario o a las personas que este designe; así se evitará cualquier interrupción de las obras (contrato) o de los servicios (concesión).

**En lo aquí considerado no se percibe problemas; pero, lo regulado en este TUO de modo tan enrevesado, no es nada seguro para el concesionario y se convierte en la parte más débil de la relación contractual.**

**3.9. La décima sexta cláusula del TUO.** – Las partes reconocen que los conflictos de intereses (controversias, conflictos o incertidumbres) que pudieran presentarse con respecto a la interpretación, ejecución o cualquier aspecto relaciona a la existencia, validez o eficacia del TUO, serán resueltos por trato directo (**las mejores amigos o hermanos, cuando hay intereses económicos de por medio, en las concesiones hay millones de dólares** y los enfrentamientos con crueles).

El mecanismo más usado para estos fines es el arbitraje, ya en un centro nacional o internacional; en ambas posibilidades, **el concesionario se encuentra en mejores posibilidades** de sacar ventajas; pues, tiene casi todo a su favor.

El procedimiento regulado en este TUO está orientado a eso.

**La renuncia a las reclamaciones diplomáticas** es otra bonita declaración; en la práctica, los *lobbies* tienen el campo abierto, más cuando se trata de consorcios transnacionales, con una capacidad económica que los presupuestos de muchos Estados productores de materias primas baratas.

**3.10. La cláusula decimoséptima del TUO.** – Las partes “reconocen” que “el Proyecto Especial Majes Siguan II Etapa” cuenta con un buen estudio de impacto ambiental y cultural; y que ese estudio está debidamente aprobado: **¿Cuánto costó y quién expidió su aprobación?**

En una investigación periodística de 1980 publicada en el diario El Pueblo de Arequipa, se demostró la presencia de restos históricos semejantes a las líneas de Nasca; no obstante, ente los anexos hay un “**certificado de no existencia de restos, con valor histórico o cultural**”.

El concesionario y el concesionario se responsabilizan de todo daño al medio natural o al cultural, **una hermosa declaración**. ¿Qué nos dirá la naturaleza cuando concluya la concesión? ¿Quién se responsabilizará? Las respuestas no son sencillas de formular.

Ejemplos de graves deterioros ecológicos abundan en el territorio nacional.

**3.11. La Décimo Novena Cláusula del TUO.** – El concesionario se obliga a contratar pólizas de seguros en la etapa constructiva y en la operativa para proteger a sus trabajadores y a sus inversiones; claro que el concesionario asume los pagos; y deben ser en aseguradoras extranjeras; no sería de extrañar que sean empresas aseguradoras del grupo económico del concesionario.

Esas pólizas deben cubrir todos los riesgos: naturales, sociales, económicos, políticos, etc.; en especial para proteger a los más altos funcionarios y los bienes patrimoniales del concesionario.

También esas pólizas protegerán la restitución o recuperación de las inversiones hechas en la etapa de construcción (contrato) y de gestión (concesión).

*“El concesionario no será responsable por las pérdidas, daños u obligaciones no cubiertas”*. Claro que todo esto es para proteger los bienes e inversiones del concesionario y por cuenta del concesionario.

Sabemos que para las empresas aseguradoras, sobre todo extranjeras, **se denota que todo es ganancia sin el más mínimo riesgo**.

**3.12. La vigésima cláusula del TUO.** – Estando al texto del TUO analizado, son acreedores permitidos:

- a) Cualquier institución de crédito de la cual el Perú sea miembro.
- b) Cualquier agencia gubernamental de cualquier país, **que tenga con el Perú relaciones diplomáticas**.
- c) Cualquier institución financiera de primera categoría.

Entidades financieras que hubiesen otorgado préstamos a la empresa concesionaria, devendrán en “acreedores del concesionario”; deben ser aprobados por el concesionario previa opinión del supervisor en cada situación, época de las construcciones (contrato de obra) y en la de gestión y mantenimiento (concesión).

*En otros términos, el concesionario queda liberado de las obligaciones económicas*, un productivo negocio rodeado de exenciones y garantías.

**3.13. La vigésimo primera cláusula del TUO.** – Los riesgos derivados de la concesión tanto para la entidad concesionario como para el consorcio

concesionario o para cualquiera de las dependencias de ambas partes, el concesionario asume los riesgos derivados de las tareas de construcción (el contrato de obra) y de las operaciones y mantenimiento de los bienes concesionados durante la prestación de los servicios (concesión); las entregas de agua en bloque y los derivados del uso de la tecnología y de las patentes del concesionario (**los derechos de autor en su beneficio exclusivo**), materias propias de su control y de responsabilidad.

En su conjunto, el TUO regula esos riesgos a cargo del concesionario o de los futuros adquirentes (compradores) de las parcelas o fundos.

**3.14. La vigésimo tercera cláusula del TUO.** – Aquí las partes regulan como acuerdo “el convenio de estabilidad jurídica”, según el cual, el concesionario le asegura al concesionario a no modificar las normas jurídicas que estén orientadas a comprometer el sentido y los intereses económicos del concesionario (**una abusiva renuncia a su facultad legislativa, función propia de la máxima potestad estatal: la soberanía**).

La entidad concesionante se obliga a no modificar el contenido de las estipulaciones contractuales, garantías, seguridades, condiciones, bastante ventajosas sobre todo las contenidas en las adendas y en el TUO, con las numerosas modificaciones introducidas en la adenda 13 y sus anexos, documento posterior al TUO del contrato.

**3.15. La vigésimo cuarta cláusula del TUO.** – Las partes declaran su compromiso de conservar un permanente **equilibrio económico y financiero**, bastante ventajoso para el concesionario; sobre todo, desde la fecha de reactivación, el 30 de abril de 2015, en lo que respecta a los costos de inversión y al mantenimiento del concesionario; en la práctica y el “desequilibrio en perjuicio del concesionario y los usuarios de los servicios al consumidor”.

El restablecimiento de ese “equilibrio económico-financiero”, se declara que podrá ser invocado por cualquiera de las partes; pero, es mucho más ventajoso para el concesionario. “Este compromiso está muy vinculado con el convenio de estabilidad jurídica”, comentado antes.

**3.16. La vigésimo sexta cláusula del TUO.** – Inicio este punto reafirmando que una concesión se otorga a favor de una empresa privada. Las modificaciones del TUO analizado se hicieron por “acuerdo escrito”, protegiendo **todo aquello que ha sido ventajoso para el concesionario**.

Al modificar el TUO del contrato, “se obligan a no comprometer la naturaleza de la concesión, las condiciones técnicas y económicas, la seguridad jurídica ni el equilibrio financiero”.

Además “*el concesionario, el constructor y cada inversionista estratégico DECLARAN* –el TUO sólo fue suscrito por las partes– *que ninguno ha pagado, recibido ni intentado hacerlo: comisiones ni pagos ilegales*”: sobornos o coimas ilegales. El mensaje subliminal en sentido opuesto es evidente, aún más con la intervención permanente y siempre parcializada de PROINVERSIÓN.

**3.17. La vigésimo octava cláusula del TUO.** – No es casualidad que el asunto de “*las suspensiones de los plazos y sus prórrogas*” sea tema de la última cláusula del TUO; también fue asunto contenido en la primera adenda: **suscrita en la misma fecha del contrato primigenio, el 9 de diciembre de 2010.**

**Los plazos estipulados en este TUO y las obligaciones de las partes se suspenderán:** no debemos olvidar que el asunto esencial es la concesión:

- a) Los disturbios sociales que afecten las actividades del concesionario.
- b) Las situaciones de fuerza mayor que impidan el cumplimiento de las obligaciones.
- c) La destrucción parcial de los bienes de la concesión.
- d) Por acuerdo de las partes por otras razones –**lo más frecuente en los 12 años transcurridos**–.
- e) Otros casos previstos de modo expreso en el TUO.

#### **4. El Contenido de los Anexos del TUO.** –

Estos anexos están comprendidos entre las páginas 125 a 263 (138 páginas); de todos ellos sólo voy a analizar algunos; y como se verá en su momento, algunos anexos carecen de contenido.

Se va a comprender en esta crítica a ciertos anexos de la Adenda 13, cuyo contenido es aún más preocupante.

##### **4.1. El anexo 01.** –

###### **A) Apéndice 1: Obras existentes:**

- a) Represa de Condorama.
- b) Bocatoma de Tuti.
- c) Aducción Colca-Siguas.
- d) Carreteras, campamentos y servicios.

La entrega de las obras existentes al concesionario “se efectuará” cuatro meses antes del inicio del periodo de operación; esa fecha será fijada por el supervisor de obras, por acta: **en el campo, después de más de 12 años, no encontramos ningún indicio de tuberías de distribución de agua.**

#### **B) Apéndice 2: Obras nuevas:**

Serán construidas, mantenidas y operadas por el concesionario:

a) Obras de primera fase: presa de **Angostura** y desviación Angostura-Colca.

b) Obras de segunda fase:

- Bocatoma Lluclla. - Siete ductos laterales.
- Derivación Lluclla
- Siguas. - 98 tomas sub laterales.
- Canal madre.
- Siete tomas principales. - Carreteras y servicios.
- Siete vasos reguladores.

**En las pampas de Siguas: “nada de nada” –dicho popular–. Propuesta técnica del concesionario, así contra en las bases del concurso. Se sabe que no hubo un concurso real y menos una subasta pública ¿Cuánta culpa y responsabilidad tiene PROINVERSIÓN?, el órgano promotor y controlador.**

Durante el periodo en que no se produzca la entrega, “*el concesionario facilitará, sin costo para el concesionario, el acceso a dichos terrenos*”. ¡Cuánta ventaja contractual! Sin ninguna responsabilidad ni sanción efectiva.

Omito referirme a los dos sub-anexos: caminos anchos para la corrupción administrativa estatal.

#### **4.2. El anexo 02. –**

Términos y condiciones bajo las cuales el concesionario prestará el servicio de conducción y distribución del agua en las pampas de Siguas y de aguas en bloque a las irrigaciones existentes.

**El TUO se suscribió en el 2015, hace 8 años.** Qué más prueba de corrupción en el contrato de construcción y en la concesión que la falta de interés en la ejecución de lo contratado.

La prestación de los servicios para las 38 500 hectáreas en más de 200 Km<sup>2</sup> sigue en el olvido pese a los ocho años transcurridos desde que se suscribió el TUO.

Este anexo contiene dos sub - anexos: **obligaciones, incumplimientos y penalidades** del concesionario y del concesionario. Sí, todo está aprobado por ANA y por PROINVERSIÓN.

#### 4.3. El anexo 09. –

Es sin duda, el que genera más hilaridad:

- a) *“El concesionario declara: “No tener conocimiento” de ninguna: sentencia, acción, embargo, reclamación, demanda, proceso, investigación o arbitraje que lo afecten en su propiedad o en el cumplimiento de sus obligaciones contenidas en este contrato”.*
- b) También se declara: *“No haber recibido ninguna opinión, informe o asesoría que le indique estar expuesto a cualquier responsabilidad que le sean adversos y que no lo eximirá de cumplir sus obligaciones contraídas en virtud de este contrato”.* ¿En lo que respecta a la “construcción” o en lo vinculado con la “concesión”?

Los miembros del Consejo Regional de Arequipa, ¿estaban durmiendo?, ¿no tenían asesores?, ¿o hubo algún incremento patrimonial personal? – Sólo son preguntas que surgen en mi mente.

#### 4.4. El anexo 10. –

El concesionario declara: *“No haber celebrado ningún contrato que pudiera resultar adverso: ... se oponga o ponga en riesgo el cumplimiento de los fines de esta concesión”.* Nada se refiere al contrato de construcción de la infraestructura.

#### 4.5. El anexo 11. –

Las acciones de capital de las empresas consorciadas:

- a) **COBRA:** US\$35 695,434.00.
- b) **COSAPI:** US\$23 796,950.00.

Capital suscrito el 100%; y pagado sólo el 25%, a la fecha de cierre, el 9 de diciembre de 2010.

A la fecha de reactivación, el 30 de abril de 2015:

- a) **COBRA:** US\$35 695,434.00.
- b) **COSAPI:** US\$24 796,956.00.

Total: US\$59 492,390.00.

Suscrito el 100%, pagado el 35.85%.

Mi inquietud sigue sin respuesta, luego de volver a revisar todo: **¿A cuánto asciende el monto de inversión por parte del consorcio?** No hay ningún dato de esto, siendo que supone ser un cofinanciamiento. **En el anexo 08 del TUO** no se encuentra nada en ese sentido.

La agencia promotora ¿no ha sido creada y se dedica a eso?, **promover la inversión privada en obras públicas.**

#### 4.6. El anexo 13. –

El régimen de penalidades aplicables al concesionario durante el periodo de operaciones –**un asunto idealizado y hasta hoy no ejecutado, me refiero a la concesión**–.

Se sabe bien que la etapa de construcción de la primera fase no ha terminado, **a 12 años del contrato primigenio y a 8 años del TUO, y ni un segundo del periodo de gestión en la concesión.** Todo es incumplimiento sin responsabilidades, ni sanciones, ni indemnizaciones a favor del concesionario.

En este anexo criticado, leemos que **“En ningún caso, la suma de las sanciones anuales podrá ser superior a las 275 UIT”**. Las personas a cargo de la elaboración del TUO y específicamente de este anexo, se pasaron. Se concluye: **“el concesionario, contará con un plazo máximo de 30 días calendarios”**. Y pagará en forma y condiciones que indique el supervisor, este supervisor es un agente nombrado y pagado por el consorcio; y lo que es aún más penoso, **no se ha iniciado el periodo de gestión; en consecuencia, no se ha designado al supervisor de gestión.**

Reitero: todo está “acordado” o “estipulado” a favor del concesionario; y, sin duda, **aquí no pasa nada.** Y legalmente no puede ser así, para los redactores de este documento al parecer no existe el fraude ni la corrupción en este punto.

#### 4.7. El anexo 14. –

El más extenso y complicado, 23 páginas.

Los términos de referencia para las supervisiones, las construcciones de obras y las operaciones (concesión) de “prestación de servicios”.

- a) Las bases del concurso de proyectos.
- b) El diseño de construcción de las obras.
- c) La conducción y distribución del agua.
- d) Las tareas de los supervisores.
- e) La fiscalización de las obligaciones.

- f) La retribución anual por las inversiones privadas.
- g) El cofinanciamiento compensatorio.
- h) El certificado de avance de obras (CAO).
- i) La vigencia, la prórroga y la caducidad de la concesión.
- j) La puesta en marcha del contrato de construcción y de la concesión.
- k) Las penalidades a las partes, al supervisor, al constructor y al operador.

**Encontré abundante palabrería, muy poca acción, pero bastantes suspensiones de plazos y constantes prórrogas.**

**¿Las obras y los servicios?** Visitemos las Pampas de Siguas ¿Qué hay de las obras de conducción y de la distribución del agua? Repito, nada de nada.

#### 4.8. El anexo 15. –

Las fórmulas “polinómicas” para el reajuste de precios durante la construcción de las obras nuevas, presupuestos.

- a) **Fórmula polinómica 01:** Obras preliminares.
- b) **Fórmula polinómica 02:** Presa Angostura.
- c) **Fórmula polinómica 03:** Derivación Angostura-Colca.
- d) **Fórmula polinómica 04:** Derivación Lluclla-Siguas.
- e) **Fórmula polinómica 05:** La línea de transmisión Callali-Angostura.

Aplicación de fórmulas complejas y altamente técnicas, comprensibles para especialistas.

**Tengo que reconocer que muy pocos las leen y muchos no las entendemos; y por lo tanto, no se pueden emitir opiniones válidas.**

#### 4.9. El anexo 16. –

Lineamientos para la venta de las parcelas de más de 400 hectáreas, en subasta pública, **¿Cuántos agricultores nacionales podrán adquirir (comprar) una parcela?, ¿Quiénes van a beneficiarse?**

Esas bases van a ser diseñadas luego; parcelas para uso agrícola; con una capacidad del 60% de endeudamiento; los consorcios de compradores pagarán al contado; el usuario del servicio (comprador de un lote) recibirá un certificado de propiedad; el incumplimiento del pago pactado con el concesionario dará lugar a la revocación automática, con la ejecución de las garantías ofrecidas.

**No se encuentra ninguna referencia al precio por hectárea tampoco se sabe cuál será el monto de la comisión del concesionario; ni el valor del m<sup>3</sup> del agua de riego;** claro, referidos a las tarifas, ¿cada cuánto tiempo se van a actualizar y

cómo ni a quién? Un mundo incierto y peligroso para los futuros usuarios de esos “servicios”.

**Tengo que repetir esto aquí:** ¿Hay canales, tuberías o algo parecido en las Pampas de Siguas?; ¿ya se han establecido esos precios?; ¿Quiénes se van a beneficiar?

#### 4.10. El anexo 18. –

Los mecanismos de control y de certificaciones:

- a) El avance de obras.
- b) El calendario de ejecución.
- c) El cofinanciamiento compensatorio.
- d) El calendario de pagos.

Este anexo comprende tres apéndices con contenidos poco precisos y todos con evidentes riesgos para el concesionario.

#### 4.11. El anexo 19. –

Las tareas asignadas a los supervisores de obra, el de las fases o etapas constructivas y el de la etapa operacional. **Los supervisores son designados por el concesionario, él les paga las remuneraciones nada baratas, los controla y los pone a su servicio, en la práctica son los más cercanos e incondicionales colaboradores del concesionario y/o del constructor; el concesionario va a conseguir del supervisor de turno lo que quiera, aunque no esté consignado en las bases, en el TUO, en los anexos y los apéndices; y, obvio, en las adendas y sus anexos.**

#### 4.12. Los otros anexos. –

- a) **El anexo 03** (página 169): Calendarios de inversión y de trabajo. **Sin texto.**
- b) **El anexo 04** (página 170): Propuesta técnica del concesionario. **Sin texto.**
- c) **El anexo 05** (página 171): Propuesta económica. **Sin texto.**
- d) **El anexo 06** (página 172 - 176): Evento geológico, sin valor contractual.
- e) **El anexo 07** (página 177): Contrato de fideicomiso. **Sin texto.**
- f) **El anexo 08** (página 178): Inversionistas estratégicos. **Sin texto.**
- g) **El anexo 12** (página 182): Garantía de fiel cumplimiento. **Sin texto.**
- h) **El anexo 20** (página 263): Cronograma de desembolsos del cofinanciamiento. **Sin texto.**

### Los Textos Únicos Ordenados: T.U.O.'s.

#### 1. Conceptualización. –

Los T.U.O.'s son compilaciones de normas jurídicas (documentos legislativos organizados, armonizados u ordenados) referidos a un tema o materia de vida social para facilitar su interpretación y aplicación.

Las diversas normas jurídicas para formar parte de un TUO deben estar vigentes y ser partes de distintos textos jurídicos. Se orientan a evitar excesos o errores en las manifestaciones de voluntad privada o pública; en su aspecto formal se estructuran en títulos, capítulos, artículos e incisos.

Los T.U.O.'s, jurídicamente, no se pueden constituir o conformar con documentos privados que contengan acuerdos, declaraciones o manifestaciones de las personas particulares; aunque reciban la denominación de “contratos ley” (Art. 62° de la Constitución de 1993); pues, se trata de documentos no acumulables en un solo texto.

En las adendas adicionadas al “Contrato de Concesión del Proyecto Especial Majes Siguan II Etapa”, aunque se diga que son “instrumentos”, su naturaleza jurídica es de “documentos” que contienen asuntos particulares o privados que al ser legalizados notarialmente pasan a ser “documentos de fecha cierta”.

El contrato y las adendas contractuales contienen la manifestación de las mismas personas (el contratante de la obra pública y el contratista); el exceso cometido por PROINVERSIÓN deriva de la falta de legislación sobre la naturaleza, el contenido, las modalidades y el uso de las adendas contractuales, procedimientos o mecanismos administrativos.

El TUO del Contrato de Concesión aquí cuestionado (Adenda 12, suscrita el 30 de abril de 2015), fue luego modificado por la Adenda 13: una nueva aberración contractual.

## CAPÍTULO VI

### LAS ADENDAS AL CONTRATO DE CONCESIÓN DEL “PROYECTO ESPECIAL MAJES – SIGUAS II ETAPA”

#### 1. Las Adendas. –

**1.1. Conceptos.** – Conforme señala la Real Academia de la Lengua Española, 2016:

- a) Son mecanismos administrativos utilizados en las contrataciones de obras públicas.
- b) Procedimientos administrativos accesorios que son empleados ilegalmente por las partes contratantes para introducir variaciones en el contrato ya suscrito.
- c) Son actos administrativos contractuales celebrados por las partes para modificar lo estipulado en un documento ya perfeccionado.
- d) Son manifestaciones bilaterales convenidas entre los sujetos contractuales en la etapa de ejecución de la obra contratada.

#### 1.2. Opiniones sobre su empleo. –

Entre los entendidos no hay opiniones uniformes sobre su utilización en las relaciones contractuales en las vinculaciones derivadas de las concesiones estatales. Algunos sostienen que las adendas no deber ser utilizadas porque en la práctica contractual son medios muy generalizados de corrupción administrativa.

Otros sostienen que pueden ser empleadas sólo en situaciones excepcionales para resolver asuntos no previstos al celebrar un contrato.

No faltan otros que basándose en la costumbre pueden ser utilizadas con racionalidad para resolver problemas contractuales no regulados legalmente.

Finalmente, muchos en observancia del principio de legalidad, dicen que su uso no debe permitirse; pues, se ignora lo que son, su contenido, sus modalidades y sus fines.

En lo que si hay generalizado consenso es en que las adendas contractuales no están legalizadas y que su empleo compromete al principio de legalidad del Derecho Administrativo Procedimental.

#### 1.3. Las adendas contractuales. –

Adicionadas al contrato de concesión que analizamos en las siguientes páginas de este Capítulo VI, fueron promovidas, orientadas y generadas a solicitud de la

empresa concesionaria por la agencia PROINVERSIÓN; y al exagerar su uso se ha ocasionado una desnaturalización del mismo.

Reitero lo ya expresado en el Capítulo I, las adendas contractuales como documentos que contengan las explicaciones o las respuestas que exprese el comité especial orientador del procedimiento de selección a las inquietudes de los postores y que deban formar parte de las Bases de la Licitación Pública; esto, en la etapa de concertación.

Las adendas no deben ser usadas para modificar los elementos esenciales del contrato de obra pública: a) la condición jurídica del contrato, b) la condición jurídica de los contratantes, c) el objeto del asunto convenido, d) el monto o precio acordado, e) el plazo de la ejecución y f) finalidad de ese acto jurídico.

Sólo si la ley lo señale o los contratantes lo acuerden expresamente y así conste en el documento que suscriban, se las pueda utilizar durante la ejecución del contrato de obra pública en situaciones no posibles de prever durante la firma del documento siempre que no sean imputables a una de las partes, situaciones que impidan la continuación o la finalización de la obra pública.

Cualquier otro uso ilegal debe ser causa de resolución del contrato o de su caducidad declarada con arreglo a ley.

Si los contenidos y fines de las adendas contractuales sean la expresión de una conducta delictiva, se deba sancionar al agente como autor de acción dolosa.

## 2. Análisis Crítico de las Adendas Adicionadas al Contrato de Concesión. –

### 2.1.La Adenda 01. –

En la misma se dice que no intervienen PROINVERSIÓN ni ANA, considerando que *“las modificaciones se efectúan por acuerdo de las partes”*; pues, así lo permiten el numeral 1.83 y el numeral 26.6 del contrato.

Adicionan la Cláusula 28: *“La suspensión de los plazos de la concesión”*, relacionados a hechos futuros. Dejo precisado que tales causales de suspensión no constan en el TUO.

**A. La adición de la Cláusula 28 –Punto Segundo–:** Conforme expresa la Adenda 1 (2010):

*“a. Conmoción social o disturbios...”*

*b. Fuerza mayor, con arreglo a la Cláusula 13 del contrato...”*

*c. Destrucción o afectación parcial de los bienes concesionados: causal no imputable a las partes...*

*d. Acuerdo entre las partes, derivado de otras causales...*

*e. Los demás casos expresamente previstos..."*

El Art. 38 del TUO precisa qué causales son válidas para tramitar la suspensión.

Se regula el procedimiento de la suspensión de la concesión y sus consecuencias en los puntos 28.2, 28.3, 28.4, 28.5 y 28.6; y la petición SÓLO ES FACULTAD DE LA CONCESIONARIA, la parte afectada (**¿con la suspensión?, ¿con el contrato?, ¿con el evento?, ¿con el periodo de suspensión?**).

**B. El acuerdo de resolución del contrato –Punto Tercero–:** Según como estipula la Adenda 1 (2010):

*“a. En caso de existir decisión judicial definitiva que permita (impida) la ejecución de las obras..., “las partes acordarán la suscripción de una adenda”.”.* Nada pueden acordar si existe un mandato judicial definitivo. Además, la suspensión no se puede acordar en la concesión de bienes públicos ni en la explotación de recursos naturales. Tampoco puede solicitarse la resolución de la concesión, en consecuencia, no puede tener efectos tal adenda. El concesionario y el concesionario “no pueden pactar, contra normas que interesan al orden público...”.

Punto tercero: *“3.2., literal b) ... las partes podrán optar por invocar la resolución de la concesión”.*

**C. La validez e interpretación del contrato de concesión–Punto Cuarto:** La Adenda 1 (2010), expresa:

*“Las partes declaran (no acuerdan) que las demás disposiciones del contrato de concesión permanecen vigentes, con plena validez y se interpretan (se interpretarán) de forma sistemática y unitaria con esta Adenda N. °1”* (una declaración ociosa o innecesaria); más aún si se tiene en cuenta que el documento en el que consta el otorgamiento de concesión y la Adenda 1 fueron suscritos el mismo día, 9 de diciembre de 2010.

**2.2.La Adenda 02.** – La Adenda N° 2 (2011) expresa:

**A. La modificación del Segundo Párrafo del Numeral 12.0 del Anexo N. °17 del TUO del Contrato.** Segundo numeral:

*“El concesionario deberá realizar, antes del inicio de las actividades constructivas, los estudios definitivos y complementarios de impacto*

*ambiental de la Represa Angostura y la gestión ambiental... y presentarlos para su aprobación... a través del concedente...*” (Anexo 2, numeral 3.3).

Se trata de un cambio (modificación del contenido del Anexo N. °2). Debió intervenir PROINVERSIÓN y PROAGUA, pues constituyen el Comité Especial que preparó las Bases del Concurso de Proyectos Integrales.

**B. El punto cuarto:**

Un instrumento es público; un documento es privado. La Adenda 2 consta en documento privado que debe elevarse a escritura pública notarial para inscribirse en el registro correspondiente como documento de fecha cierta.

Por tratarse de una modificación han debido intervenir PROINVERSIÓN y ANA: el comité especial que preparó las bases.

**2.3.La Adenda 03.** – La Adenda N° 3 (2011), en sus páginas estipula:

Como antecedente de esta adenda se tiene la Resolución N. °85 del 8 de noviembre de 2011, expedida por el Tribunal Constitucional que ordenó **“la realización de un nuevo y definitivo Estudio Técnico de Balance Hídrico Integral...”**; y una vez culminado ese estudio, debe ser remitido al Tribunal Constitucional.

**A. La cláusula segunda:** *“Las partes declaran que ante el fallo emitido por el TC, ... existe la necesidad de adecuar, lo establecido en el inc. b) de la cláusula 3.2. de la Adenda N. °1”*. En ese sentido las partes acuerdan *“modificar el primer párrafo del inc. b) de la cláusula 3.2. de la Adenda N. °1”*.

*“... por causas no imputables a las partes, la suspensión acordada en la presente Adenda no se haya levantado hasta el 8 de diciembre del 2012, cualquiera de las partes podrá optar por “invocar la resolución del contrato de concesión””*.

Ya he precisado que tratándose de concesiones es ilegal “la resolución” de este acto jurídico; en el TUO sólo están reguladas la suspensión y la caducidad (arts. 38 y 39 del TUO).

**B. La cláusula tercera:** *“Las partes declaran que las demás disposiciones del contrato... y las Adendas 1 y 2 se interpretarán de forma sistemática y unitaria (e integral) con la Adenda 3”*.

Esta “declaración” innecesaria y peligrosa para los intereses de la entidad concesionante; pues, se orienta a favorecer a la concesionaria, como veremos más adelante.

**2.4.La Adenda 04.** – La Adenda N° 4 (2012), estipula:

Considerando que esta adenda es la más compleja, engorrosa y perjudicial para los intereses del concesionario, me voy a limitar a los aspectos más preocupantes de este documento (14 cláusulas en 10 páginas y un anexo):

Las partes acuerdan:

***“a. modificar el numeral 3.1. de la cláusula tercera de la Adenda 1.***

***Las partes convienen en suspender los plazos previstos en el referido contrato...*** (literal d) de la Cláusula 28.1 incorporada por la Adenda 1: ***“Los plazos comenzarán a computarse desde la fecha que las partes acuerden en la adenda que suscribirán”***. Eso significa que no hay aún plazos establecidos para el inicio de la vigencia de la concesión. (Cláusula 2.1 de esta adenda).

***“b. Las partes “convienen” en modificar las definiciones:***

***Cofinanciamiento:*** *el monto requerido por el adjudicatario (léase concesionario): US\$207 700,000.00 más IGV; destinados a elaborar los expedientes técnicos y demás estudios indicados en la presente adenda.*

***Expediente Técnico N° 1A:*** *... para la construcción de las obras iniciales de la primera fase, incluidas las obras preliminares parciales y accesos...*

***Expediente Técnico N° 1B:*** *... construcción de la parte “restante” de las obras nuevas de la primera fase... tres años para el periodo constructivo principal. (no hay plazo inicial expreso de la concesión).*

***Expediente Técnico N° 2:*** *... construcción de las obras “nuevas” de la segunda fase... para el periodo constructivo principal (tres años); ... según el calendario de trabajos previstos en el Anexo 1 de la adenda presente... “con arreglo a la cláusula 9.1, cuarta y sexta de la adenda 4”*. Reitero: no hay acuerdo para el inicio de la concesión.

Dejo constancia: ***... el Anexo 1 de esta adenda se constituye en parte esencial del contrato, con igual valor que el contrato, y se debe interpretar integralmente con las adendas, apéndices y anexos; grave riesgo y peligro para la parte concesionante. (cláusula tercera).***

***“c. Las partes convienen en modificar: a) El literal i) de la cláusula 2.2.2 del contrato; b) el texto del segundo párrafo de la cláusula 2.2.2 del contrato y el subtítulo del segundo párrafo del anexo 17 del contrato”***. Todo un embrollo contractual que en su momento de presentarse controversias van a beneficiar sólo al concesionario. No pueden ni deben introducirse modificaciones valiéndose de adendas. (cuarta cláusula).

*“d. Las partes acuerdan que el costo de elaboración de los Expedientes Técnicos y otros estudios será cubierto con los fondos existentes en la cuenta especial cofinanciamiento...”*, un fácil arreglo sin riesgo del concesionario y la entidad financiera que conserva esos fondos; que por lo general es del mismo grupo económico de la empresa concesionaria. (quinta cláusula).

*“e. Las partes convienen modificar el primero y último párrafo de la cláusula 4.1.1 del contrato”*. Reitero, las adendas no pueden ser usadas con esos fines; ese empleo se presta para desnaturalizar las concesiones y/o los contratos. Los consorcios internacionales con frecuencia son entidades con mucho poder económico, con capacidad para “comprar” a los funcionarios estatales, a los árbitros, a los fiscales y a los jueces de todos los niveles. (cláusula sexta).

*“f. ... habiéndose acordado mediante la presente Adenda 4 y tomando en consideración que el proceso de selección del supervisor especializado de obras está a cargo de PROINVERSIÓN... el “concedente” (léase concesionante) realizará todas las actividades de supervisión”*; así, el concesionario se desliga de esa obligación y la deja a cargo de un ente burocrático y manejable. (séptima cláusula).

*“g. Las partes convienen modificar la cláusula 25.3, le primer y segundo párrafos de la cláusula 25.3.1 y la cláusula 25.3.2 del contrato:”*

- *“Retribución de los supervisores especiales.*
- *Actividades del supervisor especial de obras.*
- *Actividades del supervisor especial de operaciones y mantenimiento...”*.

En la situación constructiva actual (2023) de las obras iniciales aún no han culminado. ¿Qué sentido tiene que haya un supervisor de operaciones y mantenimiento? (cláusula octava).

*“h. Las partes acuerdan... los trabajos de elaboración de los expedientes técnicos y demás estudios señalados en la presente adenda...”*, véase Anexo 1 de esta adenda.

*“El importe del cofinanciamiento es US\$9 989,157.51 más IGV –monto estimado por el concesionario–. Primer desembolso US\$3 364,200.69 más IGV, a pagarse el 29 de marzo de 2012; el segundo desembolso US\$3 191,843.29 más IGV, a abonarse el 1 de junio de 2012; el tercer pago de US\$1 860,000.67 más IGV a cancelarse el 10 de setiembre de 2012; el cuarto abono de US\$620,451.40 más IGV a cancelarse el 10 de diciembre de 2012; el quinto*

*desembolso de US\$438,182.01 más IGV a cancelarse el 11 de marzo de 2013 y el sexto desembolso US\$514,479.44 más IGV a abonarse el 10 de junio de 2013". (novena cláusula).*

*"i. Las partes convienen que el concesionario asumirá plena y absoluta responsabilidad por todos los riesgos laborales y de otro tipo... y a contratar pólizas que den cobertura a cualquier siniestro...".*

En las legislaciones, aún en las internacionales, así está regulado: **¿Qué sentido o valor tiene señalarlo en una adenda o en un contrato?** ¿Así se pretende y se logra someter a la parte más débil de la relación jurídica, derivada de una concesión? O, al menos cuando se le da la forma de contrato. (Cláusula undécima).

**2.5.La Adenda 05.** – La Adenda N° 5 (2013) norma:

Estando al contenido de la Adenda 1... *"se suspendió el contrato por el plazo de un año"* y conforme a la Adenda 4 *"... no hay plazo de vigencia precisado"*.

a) *"Las partes declaran (no acuerdan) que la fecha de inicio de la elaboración de los Expedientes técnicos y demás estudios... es el 14 de octubre de 2012"*. (tercera cláusula).

b) *"Las partes acuerdan substituir el Anexo 1 de la Adenda 4 por el Anexo "1" de la presente Adenda 5"*. ¿Cuál es la novedad? El calendario de trabajos de los expedientes técnicos. Le recuerdo a mis lectores que el contrato y la Adenda 1 se suscribieron el 9 de diciembre de 2010.

No se tienen ni los expedientes técnicos. Se han hecho pagos... y esta Adenda 5 se suscribió el 20 de febrero de 2013. Y el contrato sigue creciendo en páginas; y ¿qué hay de las obras?

**2.6.La Adenda 06.** – La Adenda N° 6 (2014) declara:

a) *"Las partes acuerdan que para determinar las modificaciones que sean necesarias (¿a criterio de quién?) en el Monto de Inversión (incluidos los mayores costos de financiación...) y RPMO, actuarán conforme al Anexo 1 de la presente Adenda"*. Era de mayor exigencia un acuerdo preciso y no **de la forma en que las partes convengan.** (cláusula segunda).

b) *"Las partes convienen que las obligaciones contenidas en el estudio de impacto ambiental aprobado en la Resolución Gerencial N° 021-06-INRENA-OGATEIRN permanecen y serán asumidas por las Partes... Asimismo las partes convienen que los costos adicionales... en lo que respecta a las Medidas de Restauración Ambiental Compensatoria, no*

*serán asumidas de manera alguna por el concesionario.*” ¿Y qué sucede si esta parte es la única responsable de que esos costos sean mayores? ¿El concesionario se exime a mérito de una adenda? (cláusula cuarta).

Una mayor confusión genera el único párrafo de la cláusula quinta: *“Las partes convienen que la suspensión en la cláusula 3.1 de la Adenda 1 modificada por la cláusula 2.1 de la Adenda 4, podrá ser levantada luego de cumplido lo previsto en la presente Adenda 6 y su Anexo 1 en la forma que las Parte acuerden.”* Bastante ambigua esta cláusula. Una grave dificultad para una interpretación “unitaria”.

- c) *“Las Partes declaran que a la fecha, EL CONCEDENTE ha desembolsado la suma de US\$9 930,931.92 del total de US\$11 787,205.86 (los montos incluyen el IGV) ...”* ¿Qué sentido tiene incluir esta declaración?; es de suponer que existen documentos fehacientes que acrediten esos hechos (pagos); es a todas luces algo ocioso. (cláusula sexta).
- d) *“Las Partes convienen que las demoras en la obtención de permisos, autorizaciones y licencias por causas no imputables al Concesionario, generarán la prórroga automática de los plazos... Se considera demora a todo el plazo reglado que no se cumpla por la Administración Pública”.* Esas no son tareas exclusivas del concesionario; ¿y si no las gestiona con la debida antelación y diligencia? (octava cláusula).
- e) *“En caso que las Partes no lleguen a un acuerdo en lo establecido en la presente Adenda y/o su Anexo 1 en los términos y plazo que esta contempla, se entenderá que se ha producido la resolución del Contrato de Concesión de Mutuo Acuerdo conforme a la Cláusula 15.1 numeral 1.”* ¿de qué documento es esta cláusula?, debió precisarse. Recordemos que “la resolución” de la concesión no está regulada en el TUO. (cláusula novena).
- f) Del Anexo 1 de esta Adenda 6, me veo obligado a transcribir: *“... la referida propuesta contemplará las modificaciones de la presente Adenda 6 y su Anexo 1, fijará la nueva Fecha de Cierre así como la fecha de inicio de ejecución de obras...”*. Anexo 1 del 6 de febrero de 2014. ¿Debemos colegir que, pese a los 4 años transcurridos no se han iniciado los trabajos de la primera fase?; pues el concesionario ha pedido un mayor plazo, para cumplir con presentar los expedientes técnicos. Adenda y Anexo firmados por el Gobernador del Gobierno Regional de Arequipa, claro que estoy justificadamente desconcertado.

**2.7.La Adenda 07.** – La Adenda N° 7 (2014), estipula en sus páginas:

*“Las Partes acuerdan dejar sin efecto lo establecido en la Cláusula Novena de la Adenda 6 del Contrato de Concesión, por un plazo de hasta 45 días hábiles. Plazo durante el cual sostendrán las reuniones (¿quiénes? No se precisa) ... que sean necesarias para proseguir (¿proseguir con qué, si no se inició nada?) con lo establecido en el Contrato de Concesión y sus adendas.”* Y para finalizar se remata con: *“... la presente cláusula podrá ser prorrogable por acuerdo de las Partes.”*

Como podemos ver se sigue incrementando la confusión y las obras no concluyen. ¿Qué pretende el concesionario? No incurrir en una causal de caducidad, artículo 39 del TUO.

**2.8.La Adenda 08.** – La Adenda N° 8 (2014), estipula:

*“Las Partes acuerdan prorrogar el plazo establecido en la Cláusula Segunda de la Adenda 7 del Contrato de Concesión hasta el 01 de diciembre del 2014. El plazo al que se refiere la presente cláusula podrá ser prorrogado por acuerdo de las Partes.”*

¿Prórroga de la prórroga anterior sin precisar causales? Ya señalé sin temor a equivocarme, se busca impedir una declaración de caducidad o ¿lo están tomando como un entretenido deporte? Dada la complejidad de las negociaciones que no terminan de modificar los elementos del documento.

**2.9.La Adenda 09.** – En la Adenda N° 9 (2014) se dice:

a) *“Las Partes acuerdan prorrogar el plazo establecido en la Cláusula Segunda de la Adenda 8 del Contrato de Concesión hasta el 15 de enero del 2015.”* (cláusula segunda).

b) *“Las Partes acuerdan modificar el primer párrafo del inciso b) de la cláusula 3.2 de la Adenda 1, modificado por la cláusula segunda de la Adenda 5, el cual pasará a tener el texto siguiente:*

*b) En caso que por causas no imputables a las partes, la suspensión acordada en la presente Adenda no se haya levantado hasta el 15 de enero del 2015, cualquiera de las Partes podrá optar por invocar la resolución del Contrato de Concesión”.*

La Adenda 1 se suscribió el 9 de diciembre de 2010; la Adenda 5 el 28 de febrero de 2013. En el TUO; y con la Adenda 7 se prorrogó el plazo hasta el 1 de diciembre de 2014, debido **“a la complejidad de las negociaciones”**, con la complacencia de

PROINVERSIÓN. En la legislación es improcedente acordar o invocar “la resolución” de las concesiones; sólo el TUO hace referencia a la “suspensión” (Art. 38) y la “caducidad” (Art. 39).

La resolución está regulada para los contratos administrativos de obra, Ley 30225 y su reglamento. (Cláusula tercera).

**2.10. La Adenda 10.** – Para la La Adenda N° 10 (2015), tenemos que:

- a) *“Las Partes acuerdan prorrogar el plazo establecido en la Cláusula Segunda de la Adenda 9 del Contrato de Concesión, hasta el 15 de marzo de 2015.”* Una prórroga de 3 meses más. (Cláusula segunda).
- b) *“Las Partes acuerdan modificar el primer párrafo del inciso b), de la Cláusula 3.2 de la Adenda 1, modificado por la Cláusula Segunda de la Adenda 5, a su vez modificado por la Cláusula Tercera de la Adenda 9, el cual pasará a tener el texto siguiente...”* Su “nuevo texto” es una copia de lo regulado en la Tercera Cláusula de la Adenda 9. (Cláusula Tercera).

No resulta fácil encontrar una causa a tal repetición contractual, **en el concesionario hay, al parecer, temor de una declaración de caducidad.** Razones sobran, pues viene incumpliendo sus obligaciones contractuales: no ha concluido con los expedientes técnicos y con terminar las obras preliminares pese a que el concesionario está cumpliendo con el cronograma de pagos.

**2.11. La Adenda 11.** – En la Adenda N° 11 (2015), se declara:

*“Las Partes han consensuado un Texto Único Ordenado del Contrato de Concesión que sustituirá al texto del Contrato de Concesión...”*. A mi parecer es un “consenso” ilegal por tratarse de acuerdos “privados” derivados en un contrato administrativo, contrato original del 9 de diciembre de 2010 y las adendas de la 1 a la 11, para luego obtener la opinión favorable de PROINVERSIÓN, el Ministerio de Economía y Finanzas y el ANA (dependencia del Ministerio de Agricultura), conforme a lo establecido por el Decreto Legislativo N°1012, Ley Marco de las Asociaciones Público-Privadas, su reglamento y modificatorias.

En la Tercera Cláusula de esta Adenda se dice:

*“Las Partes acuerdan modificar el primer párrafo del inciso b), de la Cláusula 3.2 de la Adenda 1, modificado por la Cláusula Segunda de la Adenda 5, a su vez modificado por la Cláusula Tercera de la Adenda 9 y la Cláusula Tercera de la Adenda 10, el cual pasará a tener el texto siguiente:*

*b) En caso que por causas no imputables a las Partes, la suspensión acordada en la presente Adenda no se haya levantado hasta el 30 de abril de 2015, cualquiera de las Partes podrá optar por invocar la resolución del Contrato de Concesión”.*

En las tres últimas adendas (9, 10 y 11) se repite el mismo texto que, como ya he destacado, es un mecanismo administrativo impropio en las concesiones.

**2.12. La Adenda 12.** – Respecto de la Adenda N° 12 (2015), tenemos:

En esta Adenda se precisa que *“el cofinanciamiento del Estado es US\$282 280,000.00, de los cuales US\$203 862,616.00 corresponde al Gobierno Nacional, con cargo a devolución por parte del Gobierno Regional de Arequipa; y, US\$78 417,384.00 corresponden al Gobierno Regional de Arequipa.”*

Ahora bien, *“el monto de RPI (Retribución Anual por Recuperación de Inversiones) será se US\$31 838,613.00 más IGV, correspondiendo a 16 cuotas anuales durante el Periodo de Operación”; “el monto anual de RPMO (Retribución Anual por Operación y Mantenimiento) será de US\$6 500,000.00, más IGV correspondiendo a 16 cuotas anuales durante el periodo de operación.*

En esta adenda se aprobó el TUDO del Contrato original y las adendas de la 1 a la 11 en un Texto Único Ordenado, documento del 30 de abril de 2015.

- a) *“Las partes declaran que todas las cláusulas contenidas en la presente adenda y en el TUDO respetan la naturaleza de la Concesión y mantienen el equilibrio económico y financiero de las prestaciones a cargo de las Partes y de la Concesión”.*

En este texto deo destacado, *“...respetan la naturaleza de la Concesión...”*, (no se hace referencia “al contrato de obras”); y *“... las prestaciones a cargo de las partes...”* (concesionario y concesionante). (Cláusula tercera).

En la cláusula sexta, hay un expreso reconocimiento de las partes que este documento es privado y para ser un instrumento (público) debe elevarse a escritura notarial o pública e inscribirse.

**2.13. La Adenda 13.** – La Adenda N° 13 (2022) estipula:

En el TUDO no encontramos “una declaración, manifestación o acuerdo” que precise que las adendas futuras (las posteriores a la Adenda 12) van a ser integradas al contrato y a las doce anteriores a la 13: el documento primigenio se suscribió el 9 de diciembre de 2010 y la Adenda 12 el 30 de abril de 2015. La Adenda 13 fue suscrita el 12 de julio de 2022.

A) En la Tercera Cláusula de esta adenda 13, ***“las partes acuerdan incluir y modificar diversas cláusulas del TUO del contrato, incorporar las siguientes definiciones al TUO.”***

*“a) Certificado de Avance de Obra por Inversión Adicional: CAO, RIA.*

*b) Cuenta Especial de Pago RIA, cuenta del fideicomiso más IGV.*

*c) Fecha máxima de pago del RIA.*

*d) Monto Referencial de Inversión Adicional: RPMO.*

*e) Remuneración por Inversión Adicional: RIA.*

*f) Sistema de Conducción y Distribución: SCD.*

*g) Contrato de entrega de aguas en bloque.*

*h) Expediente Técnico 1B.*

*i) Expediente Técnico 2.*

*j) Garantía soberana: el Gobierno Nacional asegura al concesionario de RPI más IGV y los CAO's.*

*k) Vigencia de la concesión –no dice del contrato... – el 9 de diciembre de 2010.*

*l) Periodo de operación: 19 años a partir de la fecha de suscripción de la Adenda 13; 12 de julio de 2022, y ese plazo se cumpliría el 13 de diciembre de 2041.”*

El TUO ha sido modificado “por acuerdo de las partes”, en más de 30 aspectos. **27 del texto original y más de 8 en las adendas de la 1 a la 12.**

Esta es la cláusula más extensa 15 páginas, de todo el TUO nuevo: **“Todo un zafarrancho contractual, por la sola iniciativa del concesionario y la complicidad de PROINVERSIÓN, además de los consejeros del Gobierno Regional de Arequipa”**; y váyase a saber quiénes más están involucrados.

B) Incorporación del Anexo 17B y Anexo 21 al TUO del Contrato y modificación del Apéndice 2 del Anexo 1 del TUO, del Anexo 18 y del Anexo 20 del TUO.

C) **Declaración jurada:** *El concesionario –al suscribir la Adenda 13–, declara que ni él ni sus agentes y representantes “han pagado, ofrecido, ni intentado pagar y ofrecer, ni pagarán u ofrecerán... ningún pago o comisión ilegal, relacionada al otorgamiento de la buena pro del concurso...”* (Cláusula sexta).

*“...también señala y se compromete a mantener vigente un Programa de Cumplimiento...”*.

Sabiendo que las empresas consorciadas –COBRA S.A. (española) y COSAPI S.A.– tienen una trayectoria nada honesta. Vivimos en un Estado cada vez más corrupto, de eso no hay duda, con entidades burocráticas creadas para la corrupción; con “un poder judicial” corrupto y dominado por entidades y empresas corruptas.

**D) Los Recursos para el Pago de la Remuneración... Relacionada al cambio Tecnológico.** Me limito a destacar:

- El concesionario no podrá destinar los recursos comprometidos para el pago RIA más IGV a ningún otro gasto.
- El derecho de cobro del RIA (del concesionario) es irrevocable, incondicional y libremente transferible.
- El concesionario no podrá oponer excepciones, compensaciones, obligaciones, reconveniones, excepciones... derivadas o no del TUO.
- El concesionario se obliga al pago del RIA más IGV... en los años fiscales hasta el pago íntegro del RIA más IGV.

Esos pagos cuentan con el respaldo de la Garantía Soberana, aunque se produzca la caducidad de la concesión, aun la concesionaria tenga algunas obligaciones pendientes de cumplimiento. (Cláusula séptima).

Debo precisar que los pagos por el cambio tecnológico tienen un fin distinto de los pagos del RIA.

E) *“Las partes declaran que la presente Adenda 13 es parte del TUO... fuera de las modificaciones introducidas; las disposiciones del TUO permanecen vigentes, con plena validez...”* Mayor no puede ser la confusión que genera esta Adenda. (Cláusula octava).

### 3. Precisiones sobre las Adendas. –

Finalmente, las adendas como mecanismo o recurso procedimental no cuentan con una regulación legal, se le usa por costumbre como un medio de extendida corrupción administrativa.

Los contenidos de las adendas (cláusulas, anexos y apéndices que según los contratantes son partes del TUO) están unas vinculadas al contrato de Concesión del Proyecto y la mayoría relacionadas al contrato de obra pública; y, varios son ambivalentes.

Conviene que para los fines de la presente Tesis deje bien precisadas estas situaciones:

**Primera.** – Desde el 9 de diciembre de 2010 hasta abril del 2015, las modificaciones, suspensiones y prórrogas de los plazos de ejecución de las obras se acordaban mediante

las adendas; del 2016 hasta el 2022, los plazos se variaron mediante “actas consensuadas” (Véase antecedentes de la Adenda 13, 1.46 hasta 1.65).

**Segunda.** – El 30 de setiembre de 2020, el concesionario mediante carta “**inició el proceso de caducidad del contrato de concesión**”. Causal, incumplimiento de obligaciones por parte del concesionario; a esos excesos administrativos se ha prestado la extensa y contradictoria regulación contractual; el 10 de noviembre de 2020 también por carta, el concesionario absuelve esa propuesta, “**con evidente fraude, declara infundada la caducidad del contrato**”.

La parte que más ha violado o incumplido sus obligaciones pretende **se declare la caducidad del contrato** (Véase antecedentes 1.66 y 1.67 de la Adenda 13). El mecanismo legal para lograr la ineficacia de un contrato de obra es **la resolución** y no la caducidad; y, tratándose de la vigencia de una concesión es **la caducidad** (Véase el Art. 39 del TUO, norma aplicable a vigencia de la concesión), todo esto con el permanente auspicio de PROINVERSIÓN.

**Tercera.** – En la contratación administrativa de obras públicas sólo proceden la suspensión y la resolución; y, en la regulación de los concesionamientos estatales procede la caducidad de la vigencia de la concesión.

**Cuarta.** – Las adendas no sólo son documentos que contienen estipulaciones expresadas en cláusulas; también encontramos decisiones con otros contenidos, “**las partes contratantes**” convienen, declaran, reconocen, precisan, concuerdan, consienten, modifican, confirman, consensuan, etc.

## CAPÍTULO VII

### NECESARIAS PRECISIONES JURÍDICAS

Para lograr una más adecuada comprensión del tema tratado, siento la necesidad de ocuparme con más detalles de los asuntos contenidos en este último capítulo.

El mal llamado “**Contrato de Concesión para la Construcción, Operación y Mantenimiento de las Obras Mayores de Afianzamiento Hídrico y de Infraestructura para (la) Irrigación de las de las Pampas de Siguas: PROYECTO ESPECIAL MAJES – SIGUAS, II ETAPA**”. En esta denominación se ve que el objeto o materia del contrato es **la construcción de las obras mayores de afianzamiento hídrico y la infraestructura**; y, no **el otorgamiento de una concesión**: materia bastante oculta o disfrazada. En todo caso la concesión para operar servicios públicos de conducción y distribución de agua para riego será después que se concluyan y se entreguen las obras de infraestructura al Gobierno Regional de Arequipa.

#### 1. **Las Diferencias entre la Contratación Administrativa de Obra Pública (C. Ad. De O. P.) y el Concesionamiento de Bienes Estatales (C. de B. E.). –**

Las diferencias a describir son desde el punto de vista o criterios precisados en cada situación a señalarse.

##### **A. Los sustentos constitucionales:**

**a. La C. Ad. de O. P:** Está amparada en los Arts. 62° al 65° de la Constitución Política vigente.

**b. El C. de B. E:** Está en los Arts. 66°, 67° y 73° del citado cuerpo legislativo.

Teniendo en cuenta sobre todo los bienes comprendidos en cada institución administrativa: los de dominio público y los de uso público.

En ninguna parte de la Carta Magna de 1993 se le otorga al Consejo de Ministros o a su Presidente la atribución de adjudicar bienes públicos a las empresas privadas, bajo ninguna modalidad (Arts. 119° al 122°).

Los bienes que son partes del patrimonio de las entidades estatales son indisponibles, inembargables, intransferibles e imprescriptibles; en consecuencia, no pueden ser objetos de actos administrativos de enajenación, salvo los casos de situación legal de excepción. Los bienes de uso público sí pueden ser, conforme a ley, adjudicados a particulares para su explotación o aprovechamiento: las concesiones estatales.

##### **B. Las legislaciones aplicables:**

- a. **En la C. Ad. de O. P:** La Ley 30225, el Decreto Supremo 082-2018-PCM (TUO) y el Decreto Supremo 344-2019-EF (Reglamento), rigen las tramitaciones de todos los tipos de contratos estatales: bienes, servicios, obras, suministros, insumos, etc.
- b. **En el C. de B. E,** El Decreto Legislativo 839 (Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos – PROMCEPRI), el Decreto Supremo 059-1996-PCM (TUO de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos), el Decreto Supremo 060-1996-EF (Reglamento del TUO anterior).

“El contrato de concesión” que he analizado con criterio valorativo fue “celebrado” al amparo de la Ley 28267 (Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado), el Decreto Supremo 083-2004-PCM (TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado), el Decreto Supremo 084-2004-EF (Reglamento de la ley anterior), el Decreto Supremo 063-2006-EF (Modificatorias al Reglamento), el Decreto Supremo 125-2006-EF (Modificaciones al Reglamento).

El Contrato de Concesión cuestionado aquí fue suscrito por las Partes el 9 de diciembre de 2010.

### **C. Los entes administrativos encargados de las tramitaciones:**

- a. **En la C. Ad. de O. P:** Estando a lo legislado, los órganos orientadores, controladores y fiscalizadores fueron en esa época el CONSUCODE, ahora sustituido por el OSCE, los gobiernos regionales y las municipalidades o los titulares de las entidades públicas que cuenten con presupuesto propio. Los órganos con capacidad contractual cuentan con comités especiales; o, en su caso, delegan esa facultad a un órgano con capacidad ejecutiva para que oriente todo el procedimiento administrativo de contratación de obras públicas.
- b. **En el C. de B. E.** de recursos naturales, en la estructura orgánica tienen una dependencia que recibe la petición, evalúa la documentación que presenta la empresa privada que aspira a obtener una adjudicación de explotación: autoridad del más alto nivel con atribuciones resolutorias u operativas y que pueda expedir la correspondiente norma jurídica.

En el caso específico evaluado, la Agencia PROINVERSIÓN que orientó y tramitó todo con sus capacidades “exclusivas y excluyentes” para la tramitación administrativa de las concesiones de “bienes públicos de infraestructura”, la concesión

de servicios públicos, el concurso de proyectos integrales: subastas públicas especiales u otros que se pudiesen aplicar a su discreción; por ley se le reconocían autonomías: administrativas, técnicas, económicas y hasta legislativas, sin control y sin fiscalización, con capacidades centralizadas para orientar todas las etapas o fases.

**D. Las garantías, seguridades y protecciones:**

- a. **En la C. Ad. de O. P:** Estos mecanismos deben estar estipulados expresamente por acuerdo de las partes o constar en las Bases del Procedimiento de Selección y, para ser exigibles deben constar en el texto del contrato de obra. Se establecen con sentido de equidad y según lo que deba ser garantizado: garantías personales, reales, financieras, expresamente pactadas.
- b. **En el C. de B. E:** Como consecuencia de la corrupción administrativa, esos medios de protección son más precisos y ventajosos para “los inversionistas privados”; en este aspecto la parcialización de PROINVERSIÓN se encuentra en varios aspectos del “contrato de concesión” y de las adendas. En toda la documentación del “TUO del Contrato de Concesión” ha cuidado de consignar seguridades económicas, jurídicas, tributarias, equilibrios económicos y otros, sin duda favorables al consorcio concesionario: COBRA S.A. y COSAPI S.A.

**E. Los objetivos ulteriores:**

- a. **En la C. Ad. de O. P.,** las entidades estatales comitentes o contratantes buscan incrementar su patrimonio inmobiliario y alcanzar mejores posibilidades de cumplir sus funciones e incrementar su imagen dentro del contexto de la administración pública; y el contratista se orienta a obtener ingresos dinerarios por su trabajo profesional.
- b. **En el C. de B. E:** Las entidades estatales concesionantes, al otorgar concesionamientos pretenden posibilitar el desarrollo económico social más acelerado, la satisfacción de todas las necesidades sociales y el desarrollo integral de la Nación; y el o los concesionarios se orientan más a la obtención de utilidades económicas muy elevadas y con pocos riesgos. En esas condiciones tienen posibilidades de “comprar” la voluntad de las autoridades de los organismos políticos, administrativos, de control, supervisión o fiscalización, policiales y jurisdiccionales.

Entre los concesionarios sus ambiciones económicas se ven satisfechas; pues, encuentran posibilidades de incrementar a su voluntad las tarifas, derechos, peajes y otros.

En este contexto, PROINVERSIÓN se ha mostrado bastante dadivosa con el consorcio concesionario en todo lo que tenga relación a las ganancias o favorezca a la empresa privada inversionista; obvio no en la etapa de ejecución de las obras, si se logra llegar a la vigencia de la concesión: la operación o gestión de los servicios públicos que se pretenden, las situaciones van a ser escandalosas y sin control.

#### **F. La incentivación de las inversiones privadas:**

- a. En la C. Ad. de O. P:** La inversión privada se muestra bastante incierta; sobre todo, debido a los riesgos de la no controlada corrupción en los niveles administrativos más altos. También inciden en esa retracción las crisis sociales, económicas y políticas. Además, no se deben olvidar los comportamientos de los inversionistas, especialmente extranjeros: los capitales llamados “golondrinos” y su tendencia a invertir donde se les ofrece mayores utilidades y mejores protecciones.
- b. En el C. de B. E:** Pese a las costosas campañas de promoción emprendidas por PROINVERSIÓN a nivel internacional en las dos últimas décadas se sabe que la retracción ha crecido.

Se sostiene que hay mayores posibilidades recurriendo a los convenios de cooperación de gobierno a gobierno, con las donaciones internacionales, ayudas a ciertos sectores sociales. Algunos postulan por los mecanismos de coinversión –fondos estatales y privados: las asociaciones público-privadas– y la inversión coparticipativa con recursos presupuestales de dos o más entidades públicas.

Las dudosas actuaciones de las autoridades de los más altos niveles en las escandalosas corrupciones y las poco claras participaciones de PROINVERSIÓN, del MEF, del BCR no son auspiciosas para atraer las inversiones privadas en la ahora escasa actividad empresarial del Estado: casi todo está vendido, denunciado, concesionado, poco queda para disponer mediante las adjudicaciones.

#### **G. La solución de conflictos de intereses o controversias:**

- a. En la C. Ad. de O. P:** Mediante la conciliación y los procedimientos arbitrales, controlados por el OSCE y el Tribunal de Contrataciones Estatales; estas dos dependencias participan en todos los contratos administrativos y de modo especial en los contratos de obras públicas en los que se sabe que la corrupción generalizada es bastante “rentable”.

**b. En el C. de B. E:** La solución de las controversias son mediante las dos modalidades del arbitraje: el ordinario y el *ad hoc*, orientados ambos por la agencia PRINVERSIÓN, con resoluciones incuestionables.

Esas discrepancias pueden presentarse en cualquier etapa del procedimiento administrativo, sobre todo si se da una real subasta pública.

#### **H. Los medios en los que se deja constancia de los actos:**

**a. En la C. Ad. de O. P:** Es válido un documento privado en el que se expresan todas las estipulaciones (decisiones bilaterales) contenidas en cláusulas; documento que puede elevarse a escritura pública; y, lo que conste por escrito es exigible para las partes y oponible frente a terceros.

**b. En el C. de B. E:** La adjudicación del bien público, expedida por autoridad competente que cuente con atribución resolutoria u operativa se expresa en una norma jurídica de carácter general y de cumplimiento forzoso –norma jurídica de interés público–; lo dispuesto en esa norma obliga al concesionario, al concesionario y a todos en general. Ese instrumento no puede ser arbitrariamente modificado o variado a discrecionalidad de las partes o de terceros; pues, contiene una decisión o acto de gobierno.

#### **I. El nivel jerárquico de los agentes administrativos:**

**a. En la C. Ad. de O. P.,** los funcionarios administrativos de la entidad comitente (contratante) son los que tienen capacidad ejecutiva, designados por el titular de la entidad o como miembros de un comité especial nombrado mediante una resolución que puede ser modificada por el mismo titular. Al contratar, la entidad, por ficción de la ley, pierde su condición y contrata como particular.

**b. En el C. de B. E.,** el funcionario que otorga la concesión es de elevada jerarquía administrativa, con atribución resolutoria o de gestión: el llamado por ley, en el caso de poder delegarse esa atribución a otro funcionario habilitado; siendo ambos responsables solidarios por las consecuencias negativas de la concesión estatal. Este funcionario al adjudicar bienes estatales ejerce la soberanía.

En el caso analizado, el contrato de concesión del “Proyecto Especial Majes – Siguan II Etapa”, sólo PROINVERSIÓN se ha encargado de todo y para hacer eso posible entre el 2004 y el 2006 se modificó la legislación aplicable indistintamente a la contratación de obras públicas y a la concesión de servicios públicos.

#### **J. Las unidades formales:**

- a. **En la C. Ad. de O. P:** Cada estipulación se expresa por escrito en una cláusula: obligación, derecho, garantía, punitiva, responsabilidad o sanción, impedimentos, etc.
- b. **En el C. de B. E:** Las disposiciones de autoridad gubernamental concesionante se expresan en artículos, incisos numerales o literales; y cuando se trata de concesiones más complejas, la norma jurídica debe estar estructurada conforme a la ley vigente.

**K. Los plazos o vigencia de los actos:**

- a. **En la C. Ad. de O. P.,** tratándose de la edificación de obras públicas, los plazos estipulados (pactados) son normalmente cortos, el tiempo suficiente para construir el inmueble; el incumplimiento de esos plazos puede ser causal de **RESOLUCIÓN** del contrato de obra; plazos ampliables en las circunstancias justificadas en la forma o las situaciones acordadas y que consten en documento.
- b. **En el C. de B. E.,** la vigencia de la concesión es más lata o prolongada, expresada en años y, sólo por excepción puede disponerse su ampliación.

En los análisis valorativos de todos los documentos revisados –en su aspecto contractual y lo referente a la concesión– no se han establecido los plazos, PROINVERSIÓN indebidamente se ha preocupado de no señalarlos e incluso en la Adenda 1, suscrita en la misma fecha del contrato primigenio, tomó sus precauciones con el ánimo de proteger al concesionario –en su calidad de contratista–.

En los casos que se conocen, la manipulación de los plazos, especialmente en los contratos de obra, es una fuente de escandalosa corrupción administrativa.

Los plazos en un contrato administrativo de obra pública, por acuerdo de las partes pueden ser suspendidos –suspensiones que pueden ser prorrogadas o ampliadas–; en las concesiones estatales, el plazo de vigencia no puede ser suspendido.

**L. Los ámbitos geográficos comprendidos:**

- a. **En la C. Ad. de O. P.,** el espacio geográfico se encuentra bien delimitado o precisado: lugar de ejecución de la obra pública, para cumplir todas las obligaciones y para los efectos contractuales; todo eso está precisado en el documento o en las bases del procedimiento de selección; ese ámbito, sólo por circunstancias especiales y con aceptación expresa de las partes, puede cambiar.
- b. **En el C. de B. E.,** las operaciones o gestiones a cargo del concesionario se cumplen en espacios geográficos más extensos, dependiendo de situaciones difíciles de prever al momento de otorgarse la adjudicación.

**M. Los objetos o bienes comprendidos en ambos actos:**

- a. **En la C. Ad. de O. P.**, el bien inmueble a edificarse está delineado en sus más mínimos detalles: expresamente descrito en el contrato firmado por las partes – memoria descriptiva, planos o proyectos o en las Bases y en los expedientes que correspondan–.
- b. **En el C. de B. E.**, los bienes públicos a operar y mantener en la gestión concesionada no pueden ser proyectos de ingeniería o de arquitectura, aunque se diga que son proyectos especiales –graves situaciones permitidas por la legislación orientada a esa imposibilidad– (“concurso de proyectos integrales”); eso para posibilitar que PROINVERSIÓN adjudique la operación de servicios públicos que, como la realidad lo acredita, no se vienen dando.

**N. La pérdida de la vigencia de los actos administrativos:**

- a. **En la C. Ad. de O. P.**, el incumplimiento de las obligaciones contractuales es causa suficiente para que la parte perjudicada, previo requerimiento por escrito de fecha cierta, solicite al OSCE la **RESOLUCIÓN** del contrato.
- b. **En el C. de B. E.**, los incumplimientos dan lugar a la declaración de **CADUCIDAD** que se tramita sólo por PROINVERSIÓN.

La parte responsable de los incumplimientos no puede recurrir al uso de esos medios administrativos.

En el caso materia de este análisis, no es válido aplicar ni la resolución ni la caducidad, puesto que como se ha establecido se tratan de dos actos administrativos diversos. Si se opta por la resolución sólo se afectaría al contrato de construcción; y la caducidad sólo a la concesión de operación y mantenimiento.

**O. La participación ciudadana:**

- a. **En la C. Ad. de O. P.**, la población en general o algunos entes sociales representativos exigen la construcción de obras públicas; que los titulares gestionen recursos presupuestales para solventar los costos, cuando las poblaciones se sienten mal atendidas en la satisfacción de sus necesidades; además, la ciudadanía se constituye en un eficaz órgano externo de control y de fiscalización.
- b. **En el C. de B. E.**, la ciudadanía debe expresar su autorización, previa consulta formulada por la empresa que va a recibir concesiones o por la autoridad competente, antes de otorgar la concesión estatal: esto en defensa de los derechos ciudadanos, el deterioro ambiental o los efectos negativos de la explotación de los

recursos naturales o los bienes públicos de infraestructura adjudicados en concesión.

**P. El uso de las adendas:**

- a. **En la C. Ad. de O. P.,** estos instrumentos administrativos no reglamentados se vienen utilizando sin control y son más fuentes de corrupción administrativa, con frecuencia promovida y orientada por las mismas entidades que participan en los procedimientos de selección, en las subastas públicas y en el cumplimiento de las obligaciones de las partes.
- b. **En el C. de B. E.,** las adendas por el hecho de no estar reguladas y por la naturaleza de la adjudicación estatal no deben ser utilizadas.

Es materia de mi trabajo evaluar la centralizada y exclusiva presencia de PROINVERSIÓN –sin control ni fiscalización– y con una legislación dictada con esos propósitos ha generado 13 adendas (cuatro en el 2014 y tres en el 2015), en tiempos de mucha corrupción administrativa en todos los niveles jerárquicos.

A lo largo del texto de esta Tesis he insistido que el empleo excesivo de las adendas, a discreción de la Agencia PROINVERSIÓN, ha sido causa administrativa de una latente desnaturalización de los dos actos mezclados indebidamente en un negociado administrativo poco transparente, con los efectos que ahora son de conocimiento generalizado.

**Q. Los financiamientos económicos:**

- a. **En la C. Ad. de O. P.,** la construcción de la obra pública se solventa con los recursos dinerarios de las arcas fiscales y en especial con los montos asignados legalmente en el presupuesto de la entidad constructora. El titular de la entidad estatal es el responsable de todos los gastos: **financiamiento único**.

Cabe aclarar que también existen otras posibilidades: **el financiamiento compartido**, aportes económicos de dos o más entidades estatales; **el cofinanciamiento**, aportes de la entidad pública y de la empresa privada en los porcentajes convenidos; y, **el financiamiento internacional**, donaciones de uno o más países.

- b. **En el C. de B. E.,** todos los gastos son de cuenta de la empresa privada concesionaria (infraestructura, maquinarias, insumos, transportes, vías, etc.). La entidad pública concesionante está exenta de todo gasto.

Los bienes públicos adjudicados en concesión generan ingresos para el Estado; el concesionario está obligado a entregar parte de sus ingresos provenientes de las tarifas, derechos, peajes y otros a la entidad concesionante y los usuarios o consumidores

pagan los impuestos de ley, como esté dispuesto en las normas jurídicas correspondientes.

En el caso materia de esta Tesis, se tiene que el financiamiento del proyecto es un **cofinanciamiento**, pero es el Estado quien ostenta todo el gasto de inversión, dividido entre el Gobierno Central y el Gobierno Regional.

**R. El ejercicio del derecho de posesión:**

- a. **En la C. Ad. de O. P.**, durante el plazo de ejecución de las obras, el contratista sólo cuenta con la tenencia del bien; y, al concluir la edificación, hace entrega de lo construido a la entidad comitente para que la destine a sus fines institucionales.
- b. **En el C. de B. E.**, la entidad concesionante entrega la posesión inmediata al concesionario para que éste explote esos bienes o los emplee para operar los servicios públicos concesionados; al concluir el plazo de vigencia de la concesión, el concesionario tiene la obligación de devolver la posesión de esos bienes.

**S. La transparencia administrativa:**

- a. **En la C. Ad. de O. P.**, en las Bases del procedimiento de selección, ese documento debe contener con precisión y claridad todos los por menores que deben ser conocidos por los postores y estar inscrito en el SEACE; en el respectivo expediente que maneje el OSCE tienen que estar secuenciadas todas las actas de cada fase.
- b. **En el C. de B. E.**, cuyos documentos he revisado y en la legislación vigente, entre el 2003 y 2006 y del 2014 al 2016 y en las adendas de la 1 a la 12, del 2010 al 2015 y sobre todo en la Adenda 13 del 12 de julio de 2022, PROINVERSIÓN mantuvo una absoluta reserva, prohibiendo la difusión de todo lo que estuviera vinculado al consorcio concesionario y amenazando con sanción penal. Es presumible mucha corrupción y el uso de una excesiva discrecionalidad por parte de esta agencia.

**2. Las Actividades Administrativas de PROINVERSIÓN en el Contrato de Concesión Evaluado. –**

El indebidamente denominado “**Contrato de Concesión para la Construcción, Operación y Mantenimiento de las Obras Mayores de Afianzamiento Hídrico de la Infraestructura para Irrigación de las Pampas de Siguas**”: “Proyecto Especial Majes – Siguas, II Etapa”, objeto de mis análisis valorativos, fue suscrito por las partes el 09- dic. 2010, conjuntamente con la adenda 1.

## 2.1. La legislación aplicable entonces vigente:

La Ley N. °26850, el Decreto Supremo 083-2004-PCM (TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado), el Decreto Supremo N°084-2004-PCM (Reglamento del TUO), el Decreto Supremo N°063-2006-EF, con sus correspondientes normas modificatorias por requerimientos de PROINVERSIÓN a instancias del consorcio contratista y/o concesionario, el Decreto Supremo 067-2006-EF, vinculado a las concesiones especiales (concursos de proyectos integrales y de subastas públicas orientadas a adjudicar bienes públicos de infraestructura a empresas privadas nacionales o extranjeras para que operen determinados servicios a los usuarios o comercialicen bienes a los consumidores).

Estas disposiciones se orientaron a expresar todas las decisiones administrativas públicas en contratos y así incentivar las inversiones privadas. Estos contratos administrativos de obras públicas mezclados con concesionamientos (adjudicaciones) se regían por normas jurídicas bastante deficientes y se debían expresar en documentos privados.

En esta parte de mi Tesis, sin el ánimo de redundar a lo ya expresado en capítulos precedentes, me veo en la necesidad de ofrecer una mayor información para así alcanzar una mejor comprensión de las actividades administrativas de PROINVERSIÓN (PRO=a favor, en provecho o en beneficio de...), dependencia ejecutiva del Ministerio de Economía y Finanzas o, en otros momentos, de la Presidencia del Consejo de Ministros, según las diversas circunstancias políticas en los más altos niveles de la administración estatal.

Aquí conviene precisar que en aquellos años el ministro de economía y finanzas fue Pedro Pablo Kuczynski G., quien luego fue presidente del consejo de ministros, durante el gobierno de A. Toledo M.; época de una muy amplia y así reconocida corrupción administrativa estatal en los más altos niveles políticos: entes gestores de las más escandalosas actividades en todos los sectores administrativos y en todos los niveles del gobierno, nacional, regionales y municipales.

La Agencia PROINVERSIÓN fue constituida y reconocida como la única entidad ejecutiva para hacerse cargo de todo lo relacionado a las concesiones; tiempos en los que todo tenía el carácter de “especial”: legislaciones especiales, comités o comisiones especiales, proyectos especiales, subastas públicas especiales, concursos de proyectos

integrales especiales, evaluaciones especiales y un amplio etcétera. PROINVERSIÓN, con actuación administrativa centralizada, se encargaba de toda la tramitación administrativa: la promoción, las tareas precontractuales, las concertaciones, la regulación de los contratos especiales, el otorgamiento de la buena pro, el control ejecutivo, la supervisión y la fiscalización; en sí, sigue siendo, una entidad operativa especializada en todos los sectores, con amplias capacidades discrecionales y parcializadas, como agencia de las empresas privadas como potenciales o virtuales concesionarias.

## **2.2. Las atribuciones o facultades de PROINVERSIÓN:**

En el Decreto Supremo 095-2003-EF, Modifican denominación de la Agencia de Promoción de la Inversión por la de Agencia de Promoción de la Inversión Privada - PROINVERSIÓN y el Reglamento de Organización y Funciones (2003), artículo 2, están señaladas las funciones de esta agencia:

- a) Formular, proponer y ejecutar toda la política nacional de inversión privada, con actuación administrativa centralizada y excluyente.*
- b) Identificar dificultades, trabas y distorsiones con la finalidad de superarlas a su discreción.*
- c) Identificar oportunidades que posibiliten las inversiones privadas en todos sus aspectos.*
- d) Apoyar a los inversionistas privados específicos (identificados) y ayudarlos a obtener las adjudicaciones de bienes o de servicios para su explotación.*
- e) Analizar el entorno para adoptar y recomendar medidas legales y administrativas a fin de hacer posible su inmediata ejecución.*
- f) Proponer y formular una política para difundir (promocionar) las iniciativas privadas en todo el territorio nacional y en sus diversos ámbitos y niveles.*
- g) Brindar asesoramiento y apoyo a los Gobiernos Regionales y Municipales mediante la Dirección de Asesoramientos Sociales y Comunitarios que pasaron a ser dependencias administrativas subordinadas de PROINVERSIÓN.*
- h) Organizar eventos en el país y en el extranjero, cualquiera fuese su costo, sobre tareas de promoción internacional.*

- i) Coordinar y negociar convenios internacionales sobre inversiones de cualquier tipo.*
- j) Tramitar y suscribir convenios de estabilidad jurídica, con entidades estatales o privadas.*
- k) Llevar registros detallados de todas las inversiones extranjeras.”*

### **2.3. Las atribuciones excepcionales de los funcionarios de PROINVERSIÓN:**

En el Decreto Supremo 028-2002-PCM, Reglamento de Organización y Funciones de la Agencia de Promoción de la Inversión (2002), se reconoce las siguientes funciones:

- “a) Resolver en segunda y última instancia administrativa los recursos impugnativos, planteados en los procedimientos de promoción de la inversión privada.*
- b) Otorgar los poderes y delegaciones que considere necesarios: una total discrecionalidad operacional.*

*Al margen de lo mencionado, en la práctica administrativa, los directivos de PROINVERSIÓN contaban con las siguientes capacidades:*

- a) El Director Ejecutivo de PROINVERSIÓN mantiene sus vinculaciones personales con los ministros de todos los sectores, con los titulares de los órganos autónomos, descentralizados y desconcentrados.*
- b) El Director Ejecutivo cuenta con capacidad discrecional para abrir y controlar cuentas en cualquier moneda.”*

### **2.4. Las presencias documentadas de PROINVERSIÓN:**

Presencias extractadas de entre los 73 antecedentes contenidos en la primera cláusula de la Adenda 13.

#### **a. Suscripción del Contrato de Concesión y la Adenda 1.**

Se suscribieron en la misma fecha: el 9 de diciembre de 2010; se introdujo la cláusula 28: preparando el camino para las suspensiones, prórrogas y ampliaciones de los plazos en el contrato de construcción de las obras públicas comprometidas.

#### **b. El 24 de noviembre de 2014.**

Mediante la Ley 30267 se autoriza al Gobierno Regional actualizar el monto de la inversión; “acuerdo” que consta en la Adenda 9 para garantizar la continuidad del contrato.

**c. El 30 de abril de 2015.**

Las partes firman la Adenda 12, sustituyendo el texto del contrato y las adendas de la 1 a la 11 por el T.U.O. del Contrato de Concesión: lamentable ilegalidad administrativa; con el papel membretado de PROINVERSIÓN, lo que demuestra objetivamente que los contenidos se encaminaban a seguir dilatando la etapa de concertación del proyecto.

**d. El 22 de marzo de 2016.**

Las partes suscriben un “acuerdo marco” para posibilitar la suspensión de los plazos y las obligaciones ya estipuladas: se suspendió todo desde el 12 de junio de 2015. Para la discusión del contenido del “acuerdo marco” debió participar AUTODEMA: el Gerente Ejecutivo del Proyecto Especial Majes Siguan y la Gerencia del Proyecto Majes Siguan, II Etapa.

**e. El 25 de agosto de 2017.**

Se dice que “*por acuerdo las partes suscriben acta de acuerdo*” sobre las controversias referidas al cierre financiero y se extiende el periodo inicial hasta el 31 de enero de 2018, sin usar el mecanismo de una adenda.

Este supuesto acuerdo debió ser publicado por la entidad competente.

**f. Actas de Acuerdo sobre los plazos.** (Ampliaciones, suspensiones y prórrogas).

Así como el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Actas suscritas en las siguientes fechas: a) el 16 de febrero de 2018; b) 20 de marzo de 2018; c) 18 de diciembre de 2018; d) 29 de marzo de 2019; e) 30 de mayo de 2019; f) 1 de agosto de 2019; g) 3 de septiembre de 2019; h) 4 de octubre de 2019; i) 11 de diciembre de 2019; j) 4 de marzo de 2020; k) 30 de junio de 2020 (Antecedentes del 1.56 al 1.65 de la Adenda 13).

**g. El 30 de setiembre de 2020.**

El concesionario inicia el proceso de caducidad por supuesto incumplimiento del concesionario.

**h. El 10 de noviembre de 2020.**

El concesionario absuelve declarando infundado el inicio de la declaración de caducidad.

**i. El 25 de febrero de 2022.**

El Consejo Regional acuerda autorizar a la Gobernadora que suscriba la Adenda 13, en la que las partes “acuerdan” incluir y modificar diversos aspectos del TUO del Contrato.

Esta revisión documentaria demuestra que la Agencia PROINVERSIÓN en ningún momento se descuidaba del procedimiento; obvio, protegiendo los intereses del consorcio concesionario; sin hacer efectiva su tarea de PROMOVER la inversión privada.

**j. “La vigencia de la concesión”.**

Desde la fecha de suscripción del contrato de concesión primigenio: el llamado Plazo Remanente que culminará a los 19 años computados desde la fecha de suscripción de la Adenda 13 (12 de julio de 2022). Cuyo posible término sería el 19 de junio de 2041.

Según declaraciones de los especialistas de PROINVERSIÓN en este “negociado administrativo” hay tres etapas: a) la etapa de cierre, 9 de diciembre de 2010; la de reactivación, 12 de abril de 2015; y la de reorientación, el 12 de julio de 2022. Todo ello por decisión de PROINVERSIÓN, sin ser parte del negociado: agente innegable y omnipresente de todo concesionario.

**3. La Transparencia Administrativa. –**

Es preocupante la excesiva reserva administrativa con la que se ha actuado por parte de los funcionarios de PROINVERSIÓN en las distintas etapas del procedimiento cuya documentación he revisado: las fases precontractuales, durante la concertación, el perfeccionamiento de los documentos, en las fases de ejecución de las obras mayores de afianzamiento hídrico; así como en las actuaciones para la generación del llamado “TUO del Contrato” y de las 13 adendas; sin que ahora se pueda consultar o revisar los expedientes administrativos que deben ser el sustento de todo lo establecido y actuado.

Bajo los rubros de “reserva” y de “confidencialidad” se ha mantenido todas las propuestas (¿o iniciativas?) del consorcio concesionario, lo que no debe suceder en las contrataciones administrativas de obras públicas; campo en el que está regulado, como ya antes he descrito, la presencia del Registro Nacional de Contratistas, el SEACE, el OSCE y en su momento el Tribunal de Contrataciones Estatales, es de exigencia legal.

En lo que se refiere a la concesión de los servicios públicos –conducción y distribución del agua de riego en las Pampas de Siguan, II Etapa–: ***“esa información no podrá ser de conocimiento público hasta que se firme el documento de adjudicación de la concesión”*** (Presidencia del Consejo de Ministros, TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, 2009).

Lo que se ha mantenido en el ámbito de la confidencialidad es todo lo que estuvo en el campo de los intereses del consorcio concesionario; tanto en lo vinculado al contrato de las obras públicas, así como a la adjudicación de los servicios públicos; lo propio puedo decir con referencia a la generación de las 13 adendas.

La Ley 27806: “Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública”, del 13 de julio de 2002, contiene disposiciones bastante puntuales relacionadas a la transparencia administrativa.

Es bueno dejar constancia que esta dependencia ejecutiva (PROINVERSIÓN) fue creada y orientada legislativamente para esa finalidad: actuación administrativa centralizada, con excesiva discrecionalidad y como una agencia de las empresas que aspiran a ser concesionarias.

En el indebidamente llamado “TUO del Contrato de Concesión” aparecen varios folios sin texto: a) Anexo 3, “Calendario”; b) Anexo 4, “Propuesta Técnica”; c) Anexo 5, “Propuesta Económica”; d) Anexo 7, “Contrato de Fideicomiso”; e) Anexo 8, “Inversionistas Estratégicos”; f) Anexo 9, “Litigios y hechos adversos” (Declaraciones juradas: 3 breves párrafos); g) Anexo 10, “Garantías de fiel cumplimiento”; h) Anexo 12, “Contratos adversos”, sin firmas ni fechas; i) Anexo 19, Apéndice 1 “Certificado de Avance de obra”; j) Anexo 10, apéndices 1 y 2 “Certificados de Cofinanciamiento Compensatorio”; Apéndice 3 “Certificado de Reconocimiento”, Apéndice 4 “*ídem*”.

Pruebas objetivas de la falta de transparencia administrativa; el no acceso a la información está en que no es posible revisar los expedientes administrativos que dan sustento a cada una de las partes del TUO del Contrato, con sus 13 adendas, sus muchos anexos y apéndices.

#### **4. Las Regulaciones Legislativas. –**

No me es posible negar que sobre estas tres materias (Contratos Administrativos de Obras Públicas, Concesionamientos Estatales y el uso de las Adendas Contractuales) no exista legislaciones aplicables; lo hay, pero es bastante inapropiada y defectuosa; en lo que sí

debo **acusar graves vacíos es en lo referido a las adendas**. En la legislación consultada he encontrado leyes ordinarias, decretos legislativos, decretos supremos, decretos supremos reglamentarios y resoluciones supremas, ministeriales, etc.; algunas de esas disposiciones legislativas fueron expedidas con intencionalidad definida, no quiero decir “con nombre propio”.

Saliéndome de mi personal orientación, destacada en la introducción de este informe: “... **hacer “un análisis valorativo” de la documentación referida al TUO del Contrato de Concesión del Proyecto Especial Majes-Siguas II Etapa**”; tengo la necesidad de expresar aquí algo que tiene “un carácter propositivo”: ofrecer soluciones a problemas concretos: la producción legislativa apropiada para regular: a) la celebración de los contratos administrativos de obras públicas; b) la producción de normas jurídicas para otorgar concesionamientos estatales de bienes o de servicios públicos; y c) la racional producción y utilización de las adendas contractuales.

#### **4.1. Los contratos administrativos de obras públicas:**

Teniendo en consideración las enormes cantidades de recursos dinerarios destinados a la construcción de obras públicas de infraestructura inmobiliaria; así como lograr una sustancial reducción de las actividades corruptas en la administración pública y privada; y que las entidades estatales cumplan sus obligaciones o funciones y estén en plena capacidad para que las poblaciones satisfagan sus necesidades y sea posible el desarrollo integral de la Nación.

En este sentido, lo deseable es la generación legislativa de una ley orgánica de desarrollo constitucional, cuya propuesta legislativa sea preparada por profesionales especialistas en estas materias, con regulaciones precisas sobre: órganos o dependencias competentes, capacidades, responsabilidades, prohibiciones y sanciones.

No me atrevo a postular que mediante leyes se van a solucionar los problemas jurídicos que son multifactoriales.

#### **4.2. Las concesiones estatales de recursos naturales, bienes y servicios públicos:**

En este ámbito jurídico, amplio y complejo, la regulación debe estar contenida en otra ley orgánica; pues, las materias a regular son de especial importancia: se trata de recursos naturales, bienes públicos de infraestructura y de servicios sociales, bajo la gestión inmediata de empresas privadas.

En esta regulación legislativa singular (ley orgánica) serán considerados: los entes o dependencias competentes, los medios de expresión, las posibles modalidades, las atribuciones de los funcionarios, las obligaciones de las partes, las prohibiciones, las responsabilidades y las sanciones.

También me atrevo a sostener que este tipo de regulación puede llegar a constituirse en un instrumento valedero contra la tan amplia corrupción administrativa: un sistema de penalización más severo e inflexible.

#### 4.3. La reglamentación de las adendas contractuales:

Doy inicio a este punto con un postulado preciso y definitivo: **EL EMPLEO DE LAS ADENDAS CONTRACTUALES DEBE ESTAR EXCLUIDO DEL CAMPO DE LOS CONCESIONAMIENTOS ESTATALES**; la razón humana así lo tiene determinado. **Las adendas son productos e instrumentos de la corrupción administrativa**. Sí, de la corrupción administrativa estatal.

La regulación de las adendas contractuales es una necesidad urgente; puede ser en vía de reglamentación o en un decreto supremo regulatorio.

Los criterios sobran: a) según los sectores administrativos; b) los varios tipos de contratos administrativos; c) las etapas del procedimiento; d) sus contenidos específicos; e) sus prohibiciones; f) sus alcances; g) sus limitaciones; h) sus efectos legales y contractuales; i) como expresiones de conductas ilícitas, con sus consecuencias administrativas, civiles y penales.

#### 5. Normas jurídicas alusivas a las adendas contractuales. –

##### A. Ley N. °30267 publicada el 24 de noviembre de 2014.

- a) En su artículo 3 se lee: *“Una vez determinado el monto de inversión actualizado del Proyecto, el Gobierno Regional del Departamento de Arequipa, con la asistencia técnica del Ministerio de Economía y Finanzas (léase: PROINVERSIÓN), negocia (negociará) la suscripción de una adenda al Contrato de Concesión para la Concesión (sic.) de la Construcción, Operación y Mantenimiento de las Obras Mayores de Afianzamiento Hídrico y de Infraestructura para Irrigación de las Pampas de Siguas, estando facultado para negociar y acordar los aspectos que fueran necesarios para asegurar la continuidad y culminación de las obras respectivas (sin duda del contrato administrativo de obras públicas). En caso las*

*partes lleguen a un acuerdo, el Gobierno Regional del Departamento de Arequipa, suscribirá la adenda correspondiente”.*

Como sustento, el Gobierno Nacional declaró: **a) ... la necesidad pública, b) ... el interés nacional, y c) ... de ejecución preferente... el inicio de las obras,** “fundamento de la validez político – social”, expresado cuatro años después de suscribirse el contrato de concesión primigenio (9 de diciembre de 2010), cuando ya se concertaba el T.U.O. del Contrato de Concesión (Adenda 12). Una continuada serie de irregularidades formales y orientadas por PROINVERSIÓN en todo su contenido.

Como evaluación puedo expresar: Estando a lo normado en el artículo glosado de la ley arriba citada, preciso lo siguiente: el Congreso de la República no puede disponer que “un Gobierno Regional haga lo que se le ordene o imponga” –ambos son niveles de gobierno autónomos e independientes–, sin ninguna relación de subordinación legislativa. El Congreso Nacional no tiene capacidad para mandar lo que por ley orgánica es competencia del Consejo de Coordinación Regional ni al Gobernador; lo más que deba es hacerle conocer (recordar) lo que está dentro de sus competencias legales; tampoco le debe señalar cómo lo tenga que decir ni en qué medio o instrumento lo deba expresar (“... *suscribirá la adenda correspondiente*” **que en su esencia es un instrumento administrativo ilegal**). El Gobierno Regional puede tener y expresar un criterio o fundamento distinto.

**b) El artículo 2 de la misma Ley: “La actualización del Monto de Inversión”;** los dos niveles de gobierno tienen la condición de entidades cofinanciadoras en distintas proporciones con relación a los costos de las obras de construcción; situación jurídica distinta en su relación de entidades concesionantes con el consorcio concesionario en lo referido a la gestión y mantenimiento de los mecanismos de conducción y distribución del agua de riego (materias de la concesión).

**B. El Decreto Legislativo N. °1012, del 12 de mayo de 2008.**

**“Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada”.**

Cuarta Disposición Complementaria Final: *“Mediante acuerdo de su Consejo Directivo, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN, estará facultada para solicitar al Ministerio de Economía y Finanzas, por encargo del sector o sectores competentes, el otorgamiento o contratación de garantías financieras por parte del Gobierno Nacional a favor del operador privado durante la*

*fase de ejecución u operación de un proyecto, con la finalidad de permitir la implementación de compromisos adicionales a ser establecidos mediante adendas en los respectivos contratos de asociación público – privada...*”.

### C. El Decreto Supremo 344-2018-EF.

“Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado”.

a) Artículo 160.1: “*Las modificaciones previstas en el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley, cumplen con los siguientes requisitos y formalidades:*

*c) La suscripción de la adenda y su registro en el SEACE, conforme a lo establecido por el OSCE*”; exigencia que no se ha cumplido (ni se puede cumplir) en el caso objeto de esta revisión valorativa. Además, se trata de un mecanismo administrativo ilegal (LAS ADENDAS).

b) Asimismo, el artículo 176.11 de la misma norma prescribe: “*Las circunstancias invocadas para diferir el inicio del plazo de ejecución de la obra, se sustentan en un informe técnico que forma parte del expediente de contratación, debiéndose suscribir la adenda correspondiente.*”

La mayor parte de las adendas revisadas (de la 1 a la 11) se han orientado a ese mecanismo ilegal hasta la suscripción del TUO del Contrato.

Y lo que es más grave, en estos casos el Consejo de Ministros le ordena al Gobierno Regional de Arequipa para que proceda de ese modo: dos niveles de gobierno descentralizado de actuación administrativa autónoma.

Una facultad administrativa a ser usada sin límites ni control mediante recursos ilegales (ADENDAS); en un “contrato de concesión” (un contrato administrativo de obra pública) con un consorcio concesionario, sin ser una asociación público – privada.

## 6. Precisiones formuladas por el Gobernador Regional sobre el Proyecto Especial Majes – Sigvas II<sup>1</sup>. –

Acto convocado para “analizar una carta remitida por la Empresa Concesionaria “Cobra S.A.”, recibida el 23 de junio de este año”.

---

<sup>1</sup> Conferencia de Prensa ofrecida el 26 de junio de 2023.

“El contenido del T.U.O. del Contrato de Concesión y en la Adenda 13 han DESNATURALIZADO las bases de todo lo que se consideró en el contrato inicial del 9 de diciembre de 2010”.

### **Las peticiones de resolución y de caducidad.**

El Gobernador afirma que existieron hasta tres peticiones de declaraciones de caducidad.

a) Del **21 de enero de 2015**, propuesta por el Consorcio “Angostura S.A.” por falta de entrega del control del Proyecto y por falta de desembolso del cofinanciamiento. Hasta donde se conoce, los reiterados incumplimientos en el avance de las obras de infraestructura son atribuibles a la concesionaria; considerando la cláusula 28, introducida por la Adenda 1 al contrato original el 9 de diciembre de 2010. Es evidente que así estuvo maquinado por PROINVERSIÓN a instancias de Angostura S.A., junto con las muchas garantías, seguridades y protecciones contractuales.

b) El **11 de enero de 2022**, segunda petición de caducidad; causal señalada: “no firmar la Adenda 13, con el pago de indemnizaciones por daños y perjuicios” en los que habría incurrido “la parte concedente” (la entidad concesionante: “El Gobierno de la República del Perú”, representado por el Gobierno Regional de Arequipa).

El monto de la indemnización ascendería a US\$ 220 millones; supuesta causal: “la no firma de la adenda 13 y las constantes suspensiones y prórrogas de los plazos de ejecución de las obras de la primera fase” (acuerdos a los que las partes llegaron y que constan en las Adendas 7 a la 11).

En los incumplimientos, el causante no ha sido el ente concesionante; sino la empresa concesionaria (la parte constructora de las obras de infraestructura hídrica y de afianzamiento).

c) El **23 de junio de 2022**, la concesionaria “COBRA S.A.” empieza a tramitar la RESOLUCIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO POR CADUCIDAD (Precisión necesaria: toda declaración de CADUCIDAD sólo compromete a la concesión de Bienes Estatales y se orienta a dar por concluida la vigencia; y no surte efectos al Contrato administrativo de Obra Pública, que al declararse su RESOLUCIÓN pierde su vigencia y es causal de pago de las consecuentes indemnizaciones por parte de la causante de las constantes suspensiones atribuibles a la parte encargada de la construcción – COSAPI S.A. del Perú; y que ya no es concesionaria).

### **El costo de las obras.**

En el 2010, el monto inicial fue de US\$425 millones (el conocido como el monto referencial) a US\$550 millones; y el monto de recuperación de la inversión fue de US\$26.2 millones (en 2010) y subió luego a US\$31.8 millones (para 2015).

“En la Adenda 13 se incorporó casi US\$105 millones adicionales; en la actualidad, el costo del Proyecto Integral es de US\$655 millones”.

En el contrato inicial, el Consorcio Concesionario “Angostura S.A.”: el 40% suscrito por COSAPI S.A. y el 60% por COBRA S.A. La experiencia técnica en construcción a cargo de COSAPI S.A. y el aspecto de administración de la concesión a COBRA S.A.

“En el año 2018 el consorcio concesionario contratista se disuelve; pues, COSAPI S.A. vende sus acciones a COBRA S.A.”; situación jurídica no precisada en la documentación que se maneja actualmente.

En el documento conocido como la Adenda 13 no sólo vemos la firma del Gerente General de Angostura S.A.; sino que también modo bastante irregular la firma del apoderado de Angostura S.A.; y los sellos de Autodema y del PEMS - Autodema.

El Gobernador Regional, Rohel Sánchez, hizo la siguiente precisión: “COBRA S.A. reclama al concedente (el ente concesionario) el abono de US\$205 millones por las obras ejecutadas al mes de mayo de 2023”; así de manera global, sin las precisiones necesarias y sin los correspondientes sustentos documentarios. Y él concluye: “¿Cuáles son esas obras, en qué consisten y dónde están ubicadas?”

El Gobernador Regional, en su exposición reitera: “Angostura S.A. sólo tiene un avance del 70%; no se ha iniciado el “túnel trasandino de 18 kilómetros” que a la actualidad debería presentar un avance del 70%; a la fecha no hay ni 800 metros lineales”.

“El aliviadero de la represa de Condoroma debería estar casi terminado; y vemos que en la realidad no existe”.

“Sumados esos US\$205 millones a los US\$162 millones hace un total de US\$367 millones; y vemos que sólo se han ejecutado: a) algunos campamentos y ciertas vías de acceso”.

El Gobernador Regional propuso: “... designar a una empresa especializada para que evalúe las obras avanzadas y que se determine (contrate) a una Empresa Consultora Internacional y que en su momento presente la VALORIZACIÓN tanto: a) del avance

físico y b) el avance financiero. Así se conocerá o determinará el estado real de la ejecución física y presupuestaria de lo que está planteando COBRA S.A.”.

Se sabe que la situación de ese negociado es compleja; y, por lo manifestado, el Gobernador Regional carece de un conocimiento técnico, financiero, administrativo y político.

En la parte final ha dado a conocer que hay ejecutado el 57% del avance financiero y un avance físico del 27%, al parecer eso le han hecho consentir “sus expertos asesores”; y, obvio, eso ha repetido; o sólo eso es lo que se tiene registrado en el Gobierno Regional. A qué viene esta pregunta: ¿Qué hay en los archivos documentarios de PROINVERSIÓN, A.N.A., en el Ministerio de Economía y Finanzas, y, sobre todo en AUTODEMA y otras entidades ejecutivas?

Conviene resaltar aquí: “Las entidades cofinanciadoras han entregado el 50% (un equivalente a US\$162 millones, de un total de US\$282 millones) ¿Cuáles son los documentos probatorios?”

En la parte final de su conferencia de prensa, el Gobernador Regional declaró: “... dejar constancia expresa de que hará todo lo necesario para la ejecución del “Proyecto Especial Majes – Siguas II” que en adelante se denominará “El Proyecto Integral Especial Majes – Siguas”; y que a la vez incorporaremos un gabinete especial, que será el directorio que deba conducir los destinos de este proyecto; para hacer realidad la ampliación de las 38,500 hectáreas...; hacer realidad las hidroeléctricas de Lluta y Lluella; y, el desarrollo de la nueva ciudad con una población promedio de 300 mil habitantes” (visión y declaraciones políticas) y así declara alcanzar el desarrollo de la Región Arequipa; y que la inversión nueva para el Proyecto Especial es de tres mil seiscientos millones de dólares americanos. (En 2010 fue de US\$217 millones).

Ahora falta conocer la información que manejan: a) la empresa concesionaria “COBRA S.A.”, b) el Comité Especial: PROINVERSIÓN y A.N.A., c) el Ministerio de Economía y Finanzas, d) AUTODEMA y el mismo Gobierno Regional de Arequipa.

Luego de declarada la RESOLUCIÓN del contrato administrativo de obra pública por sí sola cae la concesión de Operación y Conservación; o si se declara la CADUCIDAD del plazo o de la vigencia de la concesión, deberá procederse a la liquidación de los montos gastados, los avances de obra y los montos de indemnización de todos los daños y perjuicios, luego de la determinación de las respectivas responsabilidades de ambas partes

del mal llamado “T.U.O. del Contrato de Concesión del Proyecto Especial de Majes – Siguan, II Etapa”.

Después de más de 12 años, por primera vez un funcionario estatal no se ha referido a “El contrato de concesión del Proyecto Integral”.

El camino administrativo a recorrer es muy largo y costoso para la parte concesionante; la concesionaria tiene poco que perder; bien dice el conocido refrán: **“Lo que mal empieza, mal acaba”**.



## CONCLUSIONES

- **PRIMERA:**

El mal llamado “Contrato de Concesión del Proyecto Especial Majes – Siguan, II Etapa”, es una indebida mezcla de dos instituciones jurídicas (la contratación administrativa de obras públicas y el concesionamiento de bienes estatales); y la tramitación y empleo de las trece adendas es exagerado, desordenado y no siempre justificado, eso ha dado lugar a una degeneración de los dos actos administrativos.

- **SEGUNDA:**

La contratación administrativa de obras públicas y el concesionamiento de bienes estatales a empresas privadas son -considerando sus naturalezas esenciales, sus contenidos, sus agentes intervinientes, sus regulaciones legales y sus finalidades u objetivos- dos institutos jurídico- administrativos que no deben mezclarse en estos casos.

- **TERCERA:**

Los contratos administrativos de obras públicas y las concesiones de proyectos integrales de bienes públicos de infraestructura y la gestión de servicios públicos deben regirse por sus respectivas leyes orgánicas y con funcionarios capacitados; la regulación actual es deficiente e inadecuada.

- **CUARTA:**

Las adendas, como mecanismos administrativos, deben estar reguladas de modo preciso y ser utilizadas en las relaciones contractuales de obras públicas, con el contenido, el modo y los fines como lo establezca su reglamentación legal; estos medios administrativos accesorios pueden ser usados en la etapa de concertación y solo por excepción en la etapa ejecutiva.

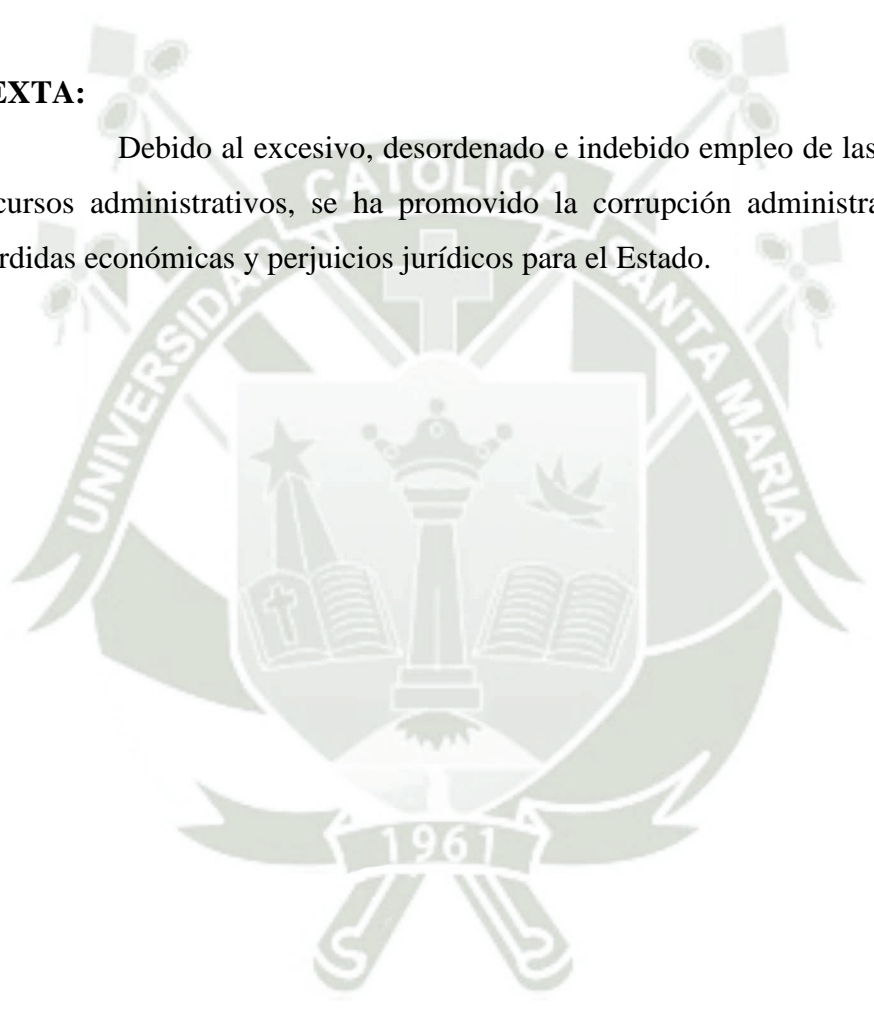
En el campo del concesionamiento de bienes estatales, el recurso administrativo de las adendas debe estar proscrito porque las adjudicaciones de bienes estatales se expresan por autoridad competente, en normas jurídicas de carácter general y de cumplimiento obligatorio.

- **QUINTA:**

Las entidades ajenas a estos actos administrativos deben de tener una intervención mínima respecto al negocio jurídico; ya que la participación de estas degenera los institutos jurídicos y les priva de las facultades naturales a sus agentes intervinientes. Para el caso en concreto la presencia de estas entidades ha permitido que se usen mecanismos no regulados (las adendas) que han generado la dilación en la entrega del proyecto.

- **SEXTA:**

Debido al excesivo, desordenado e indebido empleo de las adendas, como recursos administrativos, se ha promovido la corrupción administrativa generando pérdidas económicas y perjuicios jurídicos para el Estado.



## RECOMENDACIONES

- **PRIMERA:**

Es necesario reforzar las normas de la contratación administrativa de obra pública e incluir el procedimiento a seguir en caso de utilizarse las adendas.

- **SEGUNDA:**

Es imperativo normar adecuadamente la institución de las concesiones, debido a su desfase.

- **TERCERA:**

Conviene normar adecuadamente el uso de las adendas en los contratos administrativos de obra pública, para evitar el uso abusivo de estos mecanismos no regulados.

- **CUARTA:**

El Estado en su función cautelar debe actualizar la normatividad base de las dependencias administrativas de cada sector, para limitar su intervención al extremo de anular la voluntad de las partes contratantes.

- **QUINTA:**

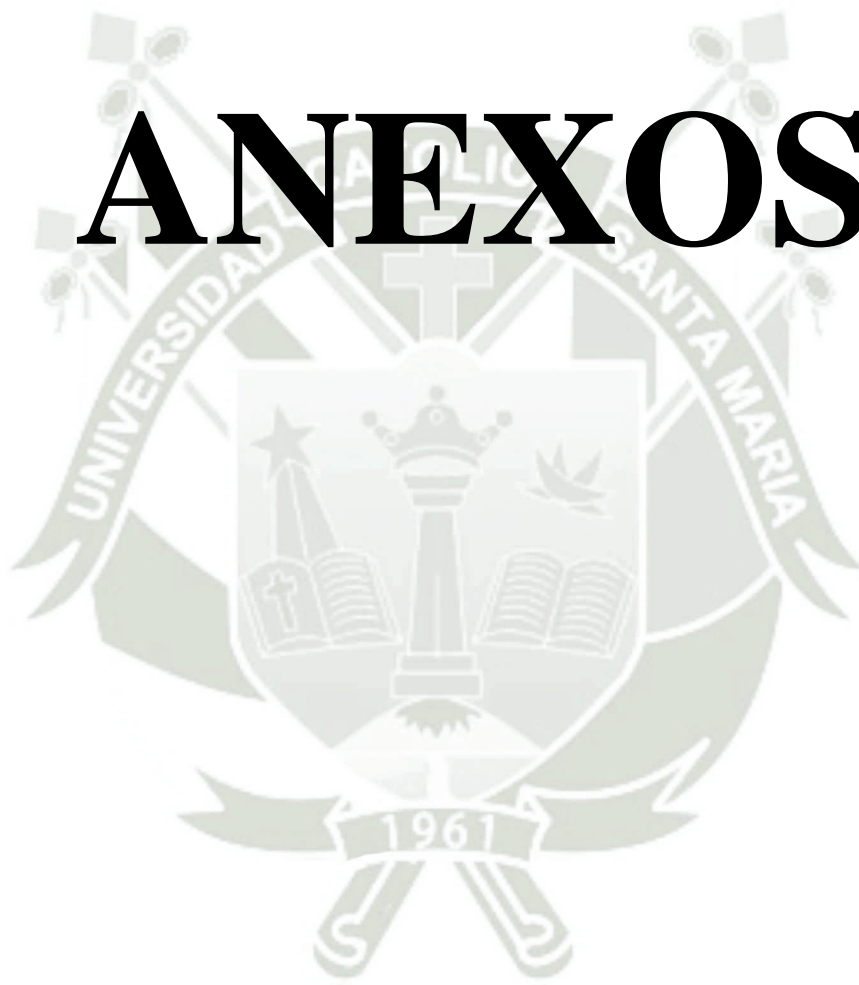
Para el caso en concreto, habiendo delimitado bien las dos instituciones, se debe, resolver el contrato y como consecuencia declarar la caducidad de la concesión, para que así el Gobierno Regional pueda desarrollar de manera ordenada este proyecto (y otros); optando primero por realizar la edificación de la infraestructura; y luego, con la edificación ya terminada, determinar si es más conveniente concesionarla o administrarla por su propia cuenta.

## REFERENCIAS

- Bartra Cavero, J. (1995). *Licitaciones. Contratos de obras públicas*. Lima.
- Cabanellas, G. (1989). *Diccionario Jurídico Elemental*. Lima: Editorial Cuzco S.A.
- Chanamé Orbe, R. (1995). *Diccionario Jurídico Moderno: Conceptos, Instituciones, Personajes*. Lima: Editorial San Marcos .
- Chanamé Orbe, R. (2001). *Diccionario jurídico moderno*. Lima: RAO Jurídica S.R.L.
- Cifuentes Giraldo, O. L. (2018). Limitaciones a la adenda en contratación estatal: análisis a la luz de la ley y la jurisprudencia colombiana. *Limitaciones a la adenda en contratación estatal: análisis a la luz de la ley y la jurisprudencia colombiana*. Colombia: Universidad Santo Tomás.
- Constitución Política del Perú . (1993).
- Constitución Política del Perú. (1993).
- Enciclopedia Jurídica OMEBA (Apéndice VI)*. (1990). Driskill S.A.
- Enciclopedia Jurídica OMEBA*. (1945). Editorial de la Agencia Sofia Press.
- Humanos, M. d. (s.f.). TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444. *LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL*. Lima, Perú.
- Institucional, O. d. (26 de mayo de 2008). Manual de Gestión de Adquisiciones y Contrataciones Institucional. Santa Tecla.
- Legis Ámbito Jurídico. (10 de noviembre de 2022). Mediante adendas no se pueden modificar aspectos sustanciales de los pliegos de contratación. Obtenido de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo/mediante-adendas-no-se-pueden-modificar-aspectos-sustanciales-de-los>
- Linares Jara, M. (2013). Los riesgos de contratar con el Estado: Temas de Indefensión. En *Derecho Administrativo del Siglo XXI* (Vol. I). ADRUS.
- Matias Diaz, L. A. (2022). La corrupción y sus incidencias en las adendas del contrato de obras interoceánica tramo 5 autopista Puno-Juliaca 2013-2018. *La corrupción y sus incidencias en las adendas del contrato de obras interoceánica tramo 5 autopista Puno-Juliaca 2013-2018*. Perú: Universidad Cesar Vallejo.
- Medina Gonzales, J. A., Mendoza Gamero, S. V., Morales Mendoza, G. A., & Vera Lajo, P. A. (2018). El uso indebido de adendas en contratos bajo la modalidad de asociación público-privada en el Perú: lineamientos para el uso adecuado de adendas. *El uso indebido de adendas en contratos bajo la modalidad de asociación público-privada en el Perú: lineamientos para el uso adecuado de adendas*. Peru: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- Meilán Gil, J. L. (2013). Contratación Pública: una nueva aproximación jurídica. En *Derecho Administrativo del Siglo XXI* (Vol. I). ADRUS.
- Ministerio de Economía y Finanzas. (13 de mayo de 2008). Decreto Legislativo 1012. *DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY MARCO DE ASOCIACIONES PÚBLICO - PRIVADAS PARA LA GENERACIÓN DE EMPLEO PRODUCTIVO Y DICTA NORMAS PARA LA AGILIZACIÓN DE LOS PROCESOS DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA*. Lima, Perú.

- Ministerio de Economía y Finanzas. (29 de diciembre de 2018). Decreto Supremo N.º344-2018-EF. *Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado*. Lima, Perú.
- Ministerio de Economía y Finanzas. (12 de marzo de 2019). Ley N.º30225. *Ley N.º30225 - Ley de Contrataciones del Estado*. Lima, Perú.
- Ministerio de Economía y Finanzas. (13 de marzo de 2019). Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado. *Decreto Supremo N.º082-2019-EF*. Lima, Perú.
- Ministros, P. d. (26 de diciembre de 1996). Decreto Supremo N.º059-96-PCM . *Texto Unico Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos*. Lima, Perú.
- Ministros, P. d. (27 de diciembre de 1996). Decreto Supremo N.º060-96-PCM. *Reglamento del Texto Unico Ordenado de las normas con rango de ley que regulan entrega e n concesión al Sector Privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos* . Lima, Perú.
- Ministros, P. d. (24 de noviembre de 2004). Ley N° 30267 . *Ley que declara de necesidad pública, interés nacional y ejecución preferente el inicio de las obras de la concesión para la construcción, operación y mantenimiento de las obras mayores de afianzamiento hídrico y de infraestructura para irrigación*. Lima, Perú.
- Pando Vilchez, J. (2013). La Discrecionalidad Administrativa: ¿Oportunidad de corrupción?¿Posibilidad de eliminación? En *Derecho Administrativo del Siglo XXI* (Vol. I). ADRUS.
- Patrón Ferrero, P., & Patrón Bedoya, P. (1997). *Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú* (Sexta ed.). Lima: Centro de Estudios para la Administración Pública peruana.
- Presidencia del Consejo de Ministros. (27 de diciembre de 1996). Decreto Supremo N° 060-96-PCM. *Reglamento del Texto Unico Ordenado de las normas con rango de ley que regulan entrega en concesión al Sector Privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos*. Lima, Perú.
- Presidencia del Consejo de Ministros. (26 de diciembre de 1996). Decreto Supremo N.º059-96-PCM. *Texto Unico Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos*. Lima, Perú.
- Presidencia del Consejo de Ministros. (2009). TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. *DS. N° 083-2004-PCM*. Lima, Perú.
- PROINVERSIÓN. (12 de julio de 2015). Texto Único del Contrato de Concesión para la Construcción, operación y mantenimiento de las obras mayores de afianzamiento hídrico y de infraestructura para Irrigación de las Pampas de Siguas. Perú.
- Real Academia de la Lengua Española. (2016). *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. España: Espasa.
- Rubio Correa, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú .
- Salvat, J. (1985). *Diccionario Enciclopédico Salvat*. Salvat.

# ANEXOS



**Universidad Católica de Santa María**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**  
**Escuela Profesional de Derecho**



**PROYECTO DE INVESTIGACIÓN**

**LA NATURALEZA Y LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LAS ADENDAS AL  
CONTRATO DE CONCESIÓN DEL “PROYECTO ESPECIAL MAJES –  
SIGUAS II ETAPA”**

Proyecto de investigación presentado por el  
bachiller:

**Revilla Valencia, Arquímedes Jesús.**

para optar al Título Profesional de **Abogado**

Asesor:

## AREQUIPA – PERÚ

2023

### 1. Descripción del problema:

Es común en la vida privada y en la administración pública la celebración de contratos con diversos contenidos y fines. En el ámbito de la administración gubernamental encontramos una variada modalidad de actos identificados con diversos nombres: concesiones, adjudicaciones, convenios, convenciones, acuerdos, pactos etc. Los contratos de obras públicas se orientan a la construcción o edificación de bienes inmuebles; son bilaterales de contenido patrimonial, que, al concluirse la edificación, la entidad concedente ve incrementado su patrimonio institucional, al tener el control de una obra nueva, que le permite cumplir sus funciones o atribuciones para lograr que la sociedad dé satisfacción a sus necesidades.

En la práctica contractual de privados con el Estado, especialmente relacionadas con las obras públicas se vienen usando las adendas contractuales: mecanismos administrativos ilegales (no hay norma jurídica que les dé sustento), hasta donde se sabe son fuentes de extensiva corrupción administrativa (caso “Proyecto Especial Majes – Sigvas II Etapa”); afectando considerables montos dinerarios del erario nacional.

En el “Proyecto Especial Majes – Sigvas II Etapa”, el Estado entrega la operación y mantenimiento de una futura obra nueva (no existe la infraestructura edificada) para que sea explotada a futuro por el consorcio concesionario; sin embargo, esta concesión se mezcla con un contrato de obra pública, el consorcio se obliga a construir la infraestructura y a operarla a futuro, desnaturalizando así ambas figuras: la contratación y la concesión. Esta desnaturalización queda evidenciada con la presencia de las excesivas adendas al contrato primigenio; puesto que han introducido variaciones en los elementos sustanciales del acto jurídico inicial. En la actualidad, las dos últimas adendas han generado alteraciones sustanciales, pretendiendo constituir indebidamente un T.U.O., vinculando documentos que contienen actos contractuales.

### 2. Justificación:

#### Relevancia académica:

Esta investigación se orienta a analizar la naturaleza, el contenido, los usos y los efectos administrativos de las adendas al contrato de concesión del “Proyecto Especial Majes Sigvas II Etapa”. Pues, en la actualidad no existe legislación vigente que posibilite el estudio de las normas aplicables al empleo de este mecanismo administrativo.

### **Relevancia jurídica:**

Debido a la falta de legislación específica, en materia de adendas contractuales, se analizarán las probables normas aplicables a esta materia, con sentido crítico; esta búsqueda se orienta a una revisión específica de: el T.U.O. de la Ley N. °27444 (Ley de Procedimientos Administrativos y sus leyes modificatorias), como norma principal del sistema administrativo; el T.U.O. de la Ley N. °30225 (Ley de Contrataciones y Adjudicaciones del Estado); el Decreto Supremo N. °059-96-PCM, Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos; Decreto Supremo N. °060-96-PCM, Reglamento del T.U.O. de las normas aplicables a las concesiones, y las adendas contractuales vinculadas con “El contrato de concesión para la Construcción, Operación y Mantenimiento de las obras mayores de afianzamiento hídrico y de infraestructura para la irrigación de las Pampas de Sigvas – II Etapa”.

### **3. Hipótesis:**

**Dado que** se han empleado las adendas al contrato de concesión del “Proyecto Especial Majes – Sigvas II Etapa”, **es probable que** la dilación en la ejecución de los actos pactados por su uso excesivo sea causa de perjuicios jurídicos.

### **4. Objetivos:**

#### **Objetivo general:**

Precisar académica y jurídicamente la naturaleza, los contenidos y los fines de las adendas al contrato de concesión del “Proyecto Especial Majes – Sigvas II Etapa”.

#### **Objetivos específicos:**

- Proponer medios adecuados para evitar el abuso de estos mecanismos o procedimientos administrativos.
- Proponer mecanismos legales orientados a limitar la intervención directa de entidades ajenas a los sujetos de los contratos y/o de las concesiones.

### **5. Marco conceptual:**

Para los fines de esta investigación académico-jurídica se tendrán en cuenta los siguientes aspectos en su estricta connotación jurídica o forense:

- Las adendas y las adendas contractuales.
- Los contratos de obras públicas, las concesiones y su vinculación.
- Las responsabilidades derivadas por incumplimiento de las obligaciones contraídas.

#### **6. Antecedentes investigativos:**

**A nivel local:** Luego de realizarse una investigación exhaustiva, no se han encontrado trabajos de investigación relacionados con este tema a nivel local.

**A nivel nacional:** Se han encontrado los siguientes trabajos en la misma línea investigativa de este trabajo:

- En la investigación titulada: *“La corrupción y sus incidencias en las adendas del contrato de obras interoceánica tramo 5 autopista Puno-Juliaca 2013-2018”* (Matias Diaz, 2022), para obtener el título profesional de abogado, el autor buscó determinar cómo la corrupción por medio de la suscripción de adendas, ha corrompido y minado la ética, la moral y los valores de los altos funcionarios tanto públicos como privados y también cómo diversos empresarios han perjudicado económicamente al Estado peruano, información obtenida gracias a los informes e investigaciones hechos por la Contraloría General de la República.
- En la investigación: *“El uso indebido de adendas en contratos bajo la modalidad de asociación público-privada en el Perú: lineamientos para el uso adecuado de adendas”* (Medina Gonzales, Mendoza Gamero, Morales Mendoza, & Vera Lajo, 2018), los autores optan al grado académico de Maestros en Derecho de la Empresa; y plantean como objetivo principal el elaborar una propuesta de lineamientos para el adecuado uso de las adendas en los contratos bajo la modalidad de “Asociación Público-Privada”, y así limitar las modificaciones contractuales de los agentes intervinientes en las renegociaciones.

**A nivel internacional:** A nivel internacional he ubicado un trabajo que tiene una connotación parecida al presente trabajo investigativo:

- En la investigación titulada: *“Limitaciones a la adenda en la contratación estatal: análisis a la luz de la ley y la jurisprudencia colombiana”* (Cifuentes Giraldo, 2018), para obtener el grado académico de Maestra en Derecho contractual público y privado, la autora denota la presencia de las adendas: actos que deberían ser utilizados de manera

excepcional, pero que por el contrario se usan manera mucho más frecuente en la práctica contractual.

### 7. Marco Operativo:

El material a revisarse consta de variados documentos: libros, manuales, revistas, ensayos, periódicos en medios electrónicos – multimedia e internet; ahí obtendremos toda la información a registrarse en fichas de investigación para luego ser estudiada y sistematizada en un documento conocido como tesis o informe de la investigación efectuada para lograr mi meta personal: optar al título profesional de abogado.

Así mismo se revisarán los textos del contrato de obra pública: “Proyecto Especial Majes-Siguas: II Etapa”; así como de las adendas publicadas. Espero también contrastar toda mi información con la que encuentre en las investigaciones precedentes: nacionales e internacionales.

### 8. Cronograma:

Tiempo	MARZO			ABRIL			MAYO			JUNIO		
	1	2	3	1	2	3	1	2	3	1	2	3
Actividades												
1. Recolección de los datos	X	X	X									
2. Estructuración del documento				X	X	X	X					
3. Revisión del informe final								X	X	X		
4. Evaluación y sustentación											X	X

### 9. Referencias

- Bartra Cavero, J. (1995). *Licitaciones. Contratos de obras públicas*. Lima.
- Cabanellas, G. (1989). *Diccionario Jurídico Elemental*. Lima: Editorial Cuzco S.A.
- Chanamé Orbe, R. (1995). *Diccionario Jurídico Moderno: Conceptos, Instituciones, Personajes*. Lima: Editorial San Marcos .
- Chanamé Orbe, R. (2001). *Diccionario jurídico moderno*. Lima: RAO Jurídica S.R.L.
- Cifuentes Giraldo, O. L. (2018). Limitaciones a la adenda en contratación estatal: análisis a la luz de la ley y la jurisprudencia colombiana. *Limitaciones a la adenda en contratación estatal: análisis a la luz de la ley y la jurisprudencia colombiana*. Colombia: Universidad Santo Tomás.

- Constitución Política del Perú . (1993).
- Constitución Política del Perú. (1993).
- Enciclopedia Jurídica OMEBA (Apéndice VI)*. (1990). Driskill S.A.
- Enciclopedia Jurídica OMEBA*. (1945). Editorial de la Agencia Sofia Press.
- Humanos, M. d. (s.f.). TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444. *LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL*. Lima, Perú.
- Institucional, O. d. (26 de mayo de 2008). Manual de Gestión de Adquisiciones y Contrataciones Institucional. Santa Tecla.
- Legis Ámbito Jurídico. (10 de noviembre de 2022). Mediante adendas no se pueden modificar aspectos sustanciales de los pliegos de contratación. Obtenido de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo/mediante-adendas-no-se-pueden-modificar-aspectos-sustanciales-de-los>
- Linares Jara, M. (2013). Los riesgos de contratar con el Estado: Temas de Indefensión. En *Derecho Administrativo del Siglo XXI* (Vol. I). ADRUS.
- Matias Diaz, L. A. (2022). La corrupción y sus incidencias en las adendas del contrato de obras interoceánica tramo 5 autopista Puno-Juliaca 2013-2018. *La corrupción y sus incidencias en las adendas del contrato de obras interoceánica tramo 5 autopista Puno-Juliaca 2013-2018*. Perú: Universidad Cesar Vallejo.
- Medina Gonzales, J. A., Mendoza Gamero, S. V., Morales Mendoza, G. A., & Vera Lajo, P. A. (2018). El uso indebido de adendas en contratos bajo la modalidad de asociación público-privada en el Perú: lineamientos para el uso adecuado de adendas. *El uso indebido de adendas en contratos bajo la modalidad de asociación público-privada en el Perú: lineamientos para el uso adecuado de adendas*. Peru: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- Meilán Gil, J. L. (2013). Contratación Pública: una nueva aproximación jurídica. En *Derecho Administrativo del Siglo XXI* (Vol. I). ADRUS.
- Ministerio de Economía y Finanzas. (13 de mayo de 2008). Decreto Legislativo 1012. *DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY MARCO DE ASOCIACIONES PÚBLICO - PRIVADAS PARA LA GENERACIÓN DE EMPLEO PRODUCTIVO Y DICTA NORMAS PARA LA AGILIZACIÓN DE LOS PROCESOS DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA*. Lima, Perú.
- Ministerio de Economía y Finanzas. (29 de diciembre de 2018). Decreto Supremo N.º344-2018-EF. *Reglamento de la Ley de Ccontrataciones del Estado*. Lima, Perú.
- Ministerio de Economía y Finanzas. (12 de marzo de 2019). Ley N.º30225. *Ley N.º30225 - Ley de Contrataciones del Estado*. Lima, Perú.
- Ministerio de Economía y Finanzas. (13 de marzo de 2019). Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado. *Decreto Supremo N.º082-2019-EF*. Lima, Perú.
- Ministros, P. d. (26 de diciembre de 1996). Decreto Supremo N.º059-96-PCM . *Texto Unico Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos*. Lima, Perú.

- Ministros, P. d. (27 de diciembre de 1996). Decreto Supremo N.º060-96-PCM.  
*Reglamento del Texto Unico Ordenado de las normas con rango de ley que regulan entrega e n concesión al Sector Privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos .* Lima, Perú.
- Ministros, P. d. (24 de noviembre de 2004). Ley N° 30267 . *Ley que declara de necesidad pública, interés nacional y ejecución preferente el inicio de las obras de la concesión para la construcción, operación y mantenimiento de las obras mayores de afianzamiento hídrico y de infraestructura para irrigación.* Lima, Perú.
- Pando Vilchez, J. (2013). La Discrecionalidad Administrativa: ¿Oportunidad de corrupción?¿Posibilidad de eliminación? En *Derecho Administrativo del Siglo XXI* (Vol. I). ADRUS.
- Patrón Ferrero, P., & Patrón Bedoya, P. (1997). *Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú* (Sexta ed.). Lima: Centro de Estudios para la Administración Pública peruana.
- Presidencia del Consejo de Ministros. (27 de diciembre de 1996). Decreto Supremo N° 060-96-PCM.  
*Reglamento del Texto Unico Ordenado de las normas con rango de ley que regulan entrega en concesión al Sector Privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.* Lima, Perú.
- Presidencia del Consejo de Ministros. (26 de diciembre de 1996). Decreto Supremo N.º059-96-PCM.  
*Texto Unico Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.* Lima, Perú.
- Presidencia del Consejo de Ministros. (2009). TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. *DS. N° 083-2004-PCM.* Lima, Perú.
- PROINVERSIÓN. (12 de julio de 2015). Texto Único del Contrato de Concesión para la Construcción, operación y mantenimiento de las obras mayores de afianzamiento hídrico y de infraestructura para Irrigación de las Pampas de Sigwas. Perú.
- Real Academia de la Lengua Española. (2016). *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.* España: Espasa.
- Rubio Correa, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993.* Lima: Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú .
- Salvat, J. (1985). *Diccionario Enciclopédico Salvat.* Salvat.

### Información condensada sobre las adendas

Número de Adenda	Número de Acta de aprobación <sup>2</sup>	Fecha de aprobación de la Adenda	Fecha de suscripción de la Adenda	Número de cláusulas	Número de páginas
01	136-2010- GRA/CR- AREQUIPA	2 de diciembre de 2010	9 de diciembre de 2010	Cinco	Siete
02	037-2011- GRA/CR- AREQUIPA	25 de mayo de 2011	6 de junio de 2011	Cuatro	Cuatro
03	131-2011- GRA/CR- AREQUIPA	1 de diciembre de 2011	7 de diciembre de 2011	Cuatro	Tres
04	027-2012- GRA/CR- AREQUIPA	6 de marzo de 2012	9 de marzo de 2012	Catorce	Once
05	010-2013- GRA/CR- AREQUIPA	21 de febrero de 2013	28 de febrero de 2013	Ocho	Catorce
06	018-2014- GRA/CR- AREQUIPA	5 de febrero de 2014	6 de febrero de 2014	Diez	Siete
07	094-2014- GRA/CR- AREQUIPA	23 de julio de 2014	23 de julio de 2014	Tres	Tres
08	110-2014- GRA/CR- AREQUIPA	22 de septiembre de 2014	23 de septiembre de 2014	Dos	Tres
09	130-2014- GRA/CR- AREQUIPA	1 de diciembre de 2014	1 de diciembre de 2014	Cuatro	Tres
10	006-2015- GRA/CR- AREQUIPA	14 de enero de 2015	15 de enero de 2015	Cuatro	Cuatro
11	015-2015- GRA/CR- AREQUIPA	13 de marzo de 2015	13 de marzo de 2015	Cuatro	Cuatro
12	039-2015- GRA/CR- AREQUIPA	28 de abril de 2015	30 de abril de 2015	Veintisiete	Doscientos setenta
13	015-2022- GRA/CR- AREQUIPA	25 de febrero de 2022	12 de julio de 2022	Nueve	Treinta y siete

<sup>2</sup> Mediante las Actas, el Consejo Regional aprueba el texto de las adendas y autoriza al Presidente (Gobernador) a suscribirlas.