

Considerando la coyuntura y las recientes modificaciones normativas cabe cuestionarse cómo se extienden estas modificaciones a los contratos de concesión vigentes a la fecha y en general a cualquier otro mecanismo de APP. Asimismo, cabe analizar si la implementación de una cláusula anticorrupción debe ser también incorporada en este régimen contractual.

### **LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN COMO UNA MODALIDAD PARA LA EJECUCIÓN DE LAS APP**

Antes de analizar la aplicación de la cláusula anticorrupción en los contratos de concesión corresponde brindar algunos apuntes sobre el régimen de los contratos de concesión que es una figura jurídica en virtud de la cual el empresario privado asume los riesgos y beneficios de la explotación de un determinado servicio. En estricto, la figura de la concesión permite resolver el problema de la gestión de los servicios públicos que por su naturaleza son servicios que recaen en la Administración Pública pero cuya explotación requiere la participación del privado a efectos de que exista una gestión más eficiente del servicio (García de Enterría y Fernández 2006:784-785).

Dada las características de un contrato de concesión, muchas veces se considera que al hablar del régimen de APP ambos constituyen categorías equivalentes. Sin embargo, el contrato de concesión constituye una modalidad mediante la cual se puede formalizar o llevar a cabo una APP. En estricto, el marco regulatorio vigente reconoce que las modalidades de APP incluyen a todos aquellos contratos mediante los cuales se propicie la participación del sector privado y se le transfieran los riesgos de la actividad o servicio a prestarse. Esto implica que el contrato de concesión no es la única figura contractual mediante la cual se puede implementar una APP. Así las cosas, se pueden implementar APP a través de contratos operación y mantenimiento, gestión, outsourcing, entre otras formas contractuales<sup>3</sup>.

Por tanto, equiparar el contrato de concesión o el régimen de concesiones con el régimen de APP no es del todo correcto. Una APP constituye el régimen general o la categoría principal, la cual puede ser ejecutada a través de un contrato de concesión. El régimen de APP se caracteriza por la "transferencia al sector privado de los proyectos de inversión que usualmente han sido ejecutados por o financiados por el sector público" (International Monetary Fund [IMF] 2004:6). Adicionalmente a ello, este régimen no sólo implica la mera transferencia al sector privado de proyectos de alcance público, sino que su transferencia debe estar basada en la óptima asignación de riesgos a través de la aplicación del principio de valor por dinero. La finalidad es que bajo este régimen se efectúe una asignación de riesgos a la parte que se encuentra en mejor posición de asumirlos al menor costo (Hovy 2015:1).

En consecuencia, el diseño de un proyecto es una etapa de gran importancia para su vida útil puesto que en este periodo se determinará la asignación de riesgos entre el Estado y el privado. Una correcta asignación de riesgos permitirá que se maximicen costos y que el proyecto se desarrolle de manera eficiente.

### **SOBRE LA INCORPORACIÓN DE LA CLÁUSULA ANTICORRUPCIÓN EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN**

Como se ha indicado previamente, la coyuntura actual ha llevado a una re-evaluación de la asignación de proyectos al sector privado a través de un régimen de APP. Asimismo, también ha generado la aprobación de una serie de medidas de aplicación inmediatas, tal como las que se han aprobado mediante el Decreto Legislativo N°1341 a través del cual se modifica algunos artículos de la LCE. Como parte de los artículos incluidos, se modificó el artículo 32 de la LCE a efectos de establecer que los contratos bajo este régimen deberán incluir una cláusula anticorrupción.

Sin embargo, como se podrá observar la referida modificación tiene incidencia únicamente sobre los contratos que suscribe el Estado como parte del régimen de contrataciones del Estado, el cual es distinto al régimen de APP. En estricto, no existe una disposición normativa según la cual se indique que los contratos de concesión o cualquier otra modalidad contractual empleada bajo el régimen de APP deban también incorporar el uso de la cláusula anticorrupción en sus textos. Sin perjuicio de ello, en algunos sectores del Estado se está proponiendo efectuar modificaciones a los contratos de concesión ya existentes a fin de incorporar una cláusula anticorrupción que permita mitigar cualquier futura contingencia derivada por la comisión de actos de corrupción por las empresas a quienes se les haya adjudicado el desarrollo de un determinado proyecto. Junto a ello, también se está proponiendo incorporar la referida cláusula anticorrupción en los documentos de las actuales convocatorias a licitación o subasta para el otorgamiento de proyectos al sector privado.

A efectos de que la propuesta de modificar contratos de concesión para la inclusión de la cláusula anticorrupción puede resultar una medida que mitigue el impacto derivado por la comisión de actos de corrupción, es importante cuidar el texto del proyecto de cláusula. En ese sentido, la cláusula anticorrupción se propone como una medida para sancionar a aquellos titulares de proyectos que hayan estado involucrados en los referidos actos de corrupción. En consecuencia, su aplicación deberá implicar que se sancione al titular del proyecto con la caducidad del mismo al haber incumplido con la ejecución de las actividades propias del contrato bajo estándares de integridad.

Asimismo, es necesario que la aplicación de una medida de caducidad se encuentre sustentada en la comisión de actos de corrupción debidamente calificados, para lo

<sup>3</sup>Cfr. Decreto Supremo N° 410-2015-EF, artículo 11.4.