

Sobre la aplicación del principio de buena fe en los contratos de concesión de infraestructura vial

Muriel **MENCHOLA ARANA*** **

RESUMEN

A través del presente artículo, la autora pone en relieve la incidencia del criterio de la buena fe (artículo 1362 del Código Civil) de cara a los contratos de concesión, en los cuales, según su análisis, existe una propensión hacia la configuración de la exención de responsabilidades por parte del concedente, lo que implica la creación de un programa contractual desleal y parcialmente nulo en el extremo de la eximente.



MARCO NORMATIVO

Código Civil: art. 1362.



PALABRAS CLAVE: Buena fe / Contrato / Negociación / Concesión / Concedente

Recibido: 22/08/2016

Aprobado: 10/09/2016

INTRODUCCIÓN

Este documento tiene como objetivo introducir algunas reflexiones sobre la problemática que se presenta con relación a aquellos casos de falta de exactitud y/o veracidad de la información que es entregada por el concedente al concesionario durante el proceso de promoción de la inversión privada.

Dicho tema adquiere aún más relevancia cuando, como parte de esta información que es entregada a los postores (entre ellos, el concesionario), el concedente hace entrega de

estudios definitivos de ingeniería y cualquier otro tipo de información de alta importancia técnica que tiene absoluta incidencia en la oferta del concesionario, así como en la posterior ejecución del contrato de concesión.

I. LA PROBLEMÁTICA QUE SE PRESENTA RESPECTO A LA INFORMACIÓN QUE ES ENTREGADA POR EL CONCEDENTE DURANTE LOS PROCESOS DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA

Durante los procesos de promoción de la inversión privada para la entrega en concesión al Sector Privado de proyectos de infraestructura y servicios públicos de nivel nacional, el Estado peruano, a través de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (en adelante, Proinversion) entrega un conjunto de información referente a los proyectos a fin de que estos sean de interés de los inversionistas privados. Este tipo de información puede ser de naturaleza técnica, ambiental, social, entre otros.

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con Maestría en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN y Máster en Ciencias Jurídicas por la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Abogada senior del Estudio Rosselló en el Área de Asociaciones Público Privadas e Iniciativas Privadas.

** La responsabilidad por lo que se afirme en el presente trabajo pertenece exclusivamente a la autora y no compromete ni adelanta en modo alguno la opinión de la firma legal para la que presta sus servicios profesionales.

Sin embargo, como parte de las reglas de las bases que rigen estos procesos convocados por el Estado peruano, siempre se incluye una regulación destinada a dejar claramente establecido que los postores presentan sus ofertas basados únicamente en sus propias investigaciones y averiguaciones, no pudiendo alegar responsabilidad por la información que es brindada por el Estado Peruano durante los procesos de promoción de la inversión privada. La problemática se presenta cuando de forma frecuente suele brindarse a los postores periodos cortos para realizar las investigaciones y averiguaciones correspondientes y posteriormente, una vez suscrito el contrato de concesión, se identifica que la información brindada por el Estado peruano termina siendo inexacta.

No solo ello, sino que también, como parte de las reglas de las bases, se incluye una regulación a través de la cual se exonera de cualquier tipo de responsabilidad al Estado peruano, Proinversión, sus asesores y otros, respecto de si la información que es entregada durante los procesos de promoción de la inversión privada resultan falsos o inexactos u omiten cualquier tipo de información que resultaba necesaria advertir. Este tipo de situaciones se presentan no solo en los Concursos de Proyectos Integrales, sino también en las licitaciones públicas, lo que resulta aún más grave, pues este tipo de procesos supone que se hace entrega a los postores de Estudios Definitivos de Ingeniería que únicamente deben ser ejecutados por el concesionario.

Hoy en día, es largamente conocido el problema que se ha presentado y se sigue presentando en aquellos casos en que el Estado peruano entrega los estudios de ingeniería a ser utilizados por parte de los concesionarios para la ejecución de las obras a su cargo, desde errores estructurales de diseño, soluciones técnicas inadecuadas, estudios de suelos deficientes, estudios que no permiten que la infraestructura alcance los niveles de servicios establecidos en los contratos, entre otros.

Este tipo de problemas se presenta tanto en concesiones autofinanciadas como en concesiones cofinanciadas, donde el Estado peruano sigue entregando los estudios que definen el alcance de las obras concesionadas. Como parte de las primeras concesiones viales en las que ello se presentó podemos señalar a modo de ejemplo a los proyectos de la Red N° 5 (Tramo Vial Ancón-Huachopativilca), cuyo contrato fue suscrito en el año 2003; así como la Red Vial N° 6 (Puente Pucusana-Cerro Azul-Ica), en cuyo caso la suscripción del contrato de concesión aconteció en el año 2005. Asimismo, este tipo de prácticas también se ha venido presentando en las últimas concesiones viales otorgadas, como es el caso de la Carretera Longitudinal de la Sierra Tramo 2, y posiblemente se seguirán presentando en el futuro. En este primer grupo de proyectos viales, el Estado peruano entregó Estudios Definitivos de Ingeniería, por lo que los concesionarios únicamente se encontraban obligados a ejecutarlos y no a elaborar y presentar un estudio de ingeniería más desarrollado.

Sin embargo, tampoco es posible dejar de lado aquel otro grupo de proyectos viales en los que el Estado peruano entrega Estudios de Factibilidad que requieren ser posteriormente desarrollados por los concesionarios en Estudios Definitivos de Ingeniería, tal ha sido el caso de los Proyectos IIRSA Sur Tramo 1 e IIRSA Sur Tramo 2, entre otros.

En ambos casos, tanto aquellos en donde el concesionario no ha tenido intervención alguna en el diseño, como en el caso en que el concesionario se encontraba obligado a desarrollar con mayor detalle estudios previamente elaborados y aprobados por el Estado, este ha mantenido una posición única y firme, el concedente se ha exonerado de cualquier tipo de responsabilidad por dichos documentos técnicos entregados durante los procesos de promoción y, de presentarse defectos de diseño, la responsabilidad ha sido transferida al concesionario. Ello sin importar si el plazo para revisar y formular observaciones a los estudios entregados por el concedente fue razonable o no, y/o si se tuvo oportunidad de visitar el área donde se desarrollaría el proyecto y hacer los estudios mínimos de suelos necesarios para verificar la información entregada por el concedente.

Para ello, el concedente suele escudarse en sus famosas fórmulas de exoneración de responsabilidad que se repiten en casi todas (si no son todas) las bases de los procesos de promoción de la inversión privada a las cuales nos hemos referido anteriormente, algunas de las cuales nos permitimos mostrar en el siguiente cuadro:

PROYECTO	BASES
Tramo Ancón-Huacho-Pativilca	<p>“Artículo 31: Limitaciones de responsabilidad. (...)</p> <p>31.2.- Limitación de responsabilidad estatal. El Gobierno del Perú o cualquier dependencia de este, la COPRI, su Dirección Ejecutiva, el Comité, el MTC y los asesores (financiero, legal y técnicos) no garantizan la totalidad, integridad, fiabilidad o veracidad de la información escrita que se suministre en el procedimiento licitatorio. En consecuencia, ninguna de las personas que participen en el proceso podrá atribuir responsabilidad alguna o cualquiera de las partes antes mencionadas o a sus representantes, agentes o dependientes por el uso que pueda darse a dicha información o por cualquier otra causa expresamente contemplada en este numeral.</p> <p>31.3.- Alcances de la limitación de responsabilidad. La limitación enunciada en el presente artículo alcanza, de la manera más amplia posible, a toda la información relativa a la Licitación que fuere efectivamente conocida, incluyendo los posibles errores u omisiones en ella contenidos, por el Gobierno del Perú o cualquier dependencia, organismo o funcionario de este, o por COPRI, su Dirección Ejecutiva, el Comité, el MTC, los asesores (financiero, legal y técnicos). Del mismo modo, dicha limitación de responsabilidad alcanza toda información, suministrada o preparada, directamente, por cualquiera de las partes antes mencionadas.</p> <p>La limitación de responsabilidad alcanza también a toda la información disponible en la Sala de Datos, así como la que se adquiere durante las visitas a las instalaciones relativas a la Licitación.</p> <p>La sola presentación de credenciales constituirá, sin necesidad de acto posterior alguno, la aceptación por parte de los Oferentes de lo dispuesto en el presente artículo”.</p>
Carretera Longitudinal de la Sierra Tramo 2	<p>“3.4.2 Limitación de Responsabilidad El Estado o cualquier dependencia, PROINVERSIÓN, el Comité, los consultores o asesores no se hacen responsables, no garantizan, ni expresan ni implícitamente, la totalidad, integridad, fiabilidad o veracidad de la información, verbal o escrita, que se suministre a los efectos del Concurso o dentro de él. En consecuencia, ninguna de las personas que participe en el Concurso podrá atribuir responsabilidad alguna a cualquiera de las partes antes mencionadas o a sus representantes, agentes o dependientes por el uso que pueda darse a dicha información o por cualquier inexactitud, insuficiencia, defecto, falta de actualización o por cualquier otra causa no expresamente contemplada en este numeral.</p> <p>3.4.3. Alcances de la Limitación de Responsabilidad La limitación enunciada en el numeral 3.4.2. alcanza, de la manera más amplia posible, a toda la información relativa al Concurso que fuera efectivamente conocida, a la información no conocida y a la información que en algún momento debió ser conocida, incluyendo los posibles errores u omisiones que, en ella contenidos, por parte del Estado o cualquier dependencia, organismo o funcionario de este, o por PROINVERSIÓN, el Comité o sus asesores. Del mismo modo, dicha limitación de responsabilidad alcanza a toda información, sea o no suministrada o preparada, directa o indirectamente, por cualquiera de las partes antes mencionadas.</p> <p>La limitación de responsabilidad alcanza también a toda información disponible en la Sala de Datos, así como la que se proporcione a través de Circulares o de cualquier otra forma de comunicación, la que se adquiere durante las visitas a las instalaciones relativas al Concurso y las que se mencionan en estas Bases, incluyendo todos sus Formularios y Anexos”</p>

Como se puede apreciar de los textos citados, la regulación contenida en las bases de los procesos de promoción de la inversión privada no es solo de limitación de responsabilidad sino de absoluta exoneración de responsabilidad del Estado respecto de cualquier información que haya podido ser provista por este a los concesionarios durante los procesos de promoción de la inversión privada. La posición del Estado es que dicha cláusula de exoneración es absoluta y que incluso comprende cualquier error, defecto u omisión de los estudios que hayan sido entregados durante la fase de promoción de la inversión privada; sin importar si el concesionario tuvo algún plazo razonable de revisión y análisis del estudio, si realizó alguna visita al área y/o si tuvo la oportunidad de realizar estudios mínimos de suelos.

Ante esta problemática, nos preguntamos ¿es legalmente posible la exoneración absoluta de responsabilidad? ¿los contratos de concesión no se encuentran sujetos al principio de buena fe? En los siguientes acápites realizaremos el análisis jurídico correspondiente a fin de dar respuesta a esta interrogante que se ha venido planteando a lo largo de la historia de las concesiones en nuestro país y que se encuentra plenamente vigente.

En adición a ello, y antes de realizar el análisis jurídico correspondiente, planteamos una interrogante adicional, ¿es conveniente y eficiente para el sistema de concesiones que los postores, a raíz de esta problemática, deban partir de la premisa que la información técnica, ambiental, social y cualquier otra que sea brindada por el concedente,

durante los procesos de promoción de la inversión privada, sea falsa o inexacta? Desde nuestra perspectiva, ello genera sobrecostos de transacción como consecuencia de la necesidad de los postores de realizar mayores gastos en estudios por parte de los postores en cortos plazos y/o por la necesidad de incorporar a su oferta un margen adicional de contingencias; sobrecostos que finalmente o bien son trasladados al concedente, a fin de que sean pagados como parte del cofinanciamiento, o bien son trasladados a los usuarios, en el caso de los contratos autofinanciados. Consideramos que estos sobrecostos pudieran ser mitigados, de actuar de forma diligente y con reglas razonables durante los procesos de promoción de la inversión privada.

1. Sobre la aplicación del principio de buena fe

El principio de buena fe se encuentra recogido en el artículo 1362 del Código Civil, cuyo texto señala lo siguiente:

“Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

Como es posible observar, nuestro Código Civil ha sido claro al señalar que el principio de buena fe es aplicable, no solo a la etapa de celebración y ejecución de los contratos, sino también a la etapa de negociación y, es en esta etapa en la que queremos centrar nuestro análisis.

Como ya hemos mencionado, se ha venido presentando una serie de problemas respecto de la información que es entregada por el

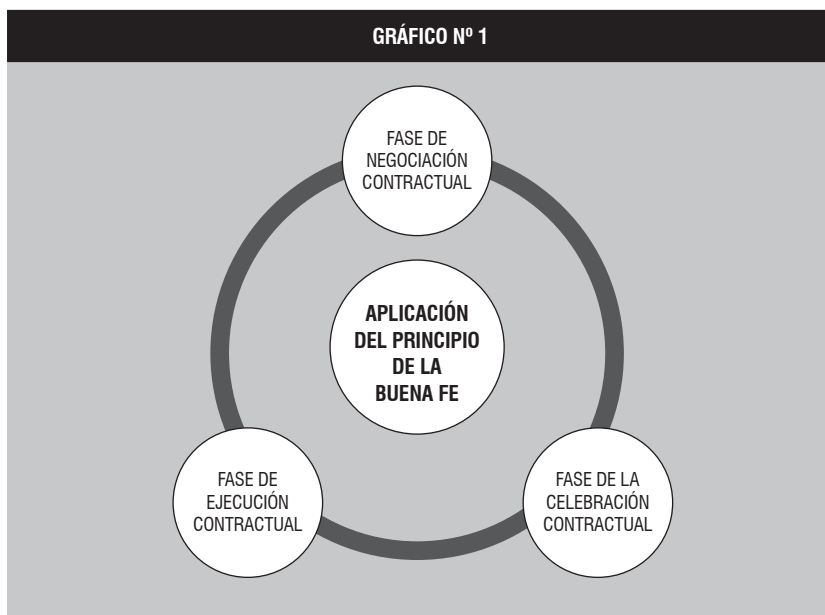
PROYECTO	BASES
IIRSA Sur Tramo 2	<p>“3.4 Limitaciones de Responsabilidad (...)</p> <p>3.4.2 Limitación de Responsabilidad.- El Estado o cualquier dependencia, PROINVERSIÓN, el Comité, o los asesores no se hacen responsables, no garantizan, ni expresa ni implícitamente, la totalidad, integridad, fiabilidad o veracidad de la información, verbal o escrita, que se suministre a los efectos de o dentro del Concurso. En consecuencia, ninguna de las personas que participe en el Concurso podrá atribuir responsabilidad alguna a cualquiera de las partes antes mencionadas o a sus representantes, agentes o dependientes por el uso que pueda darse a dicha información o por cualquier inexactitud, insuficiencia, defecto, falta de actualización o por cualquier otra causa no expresamente contemplada en este Numeral.</p> <p>3.4.3 Alcances de la Limitación de Responsabilidad</p> <p>La limitación enunciada en el Numeral 3.4.2 alcanza, de la manera más amplia posible, a toda la información relativa al Concurso que fuera efectivamente conocida, a la información no conocida y a la información que en algún momento debió ser conocida, incluyendo los posibles errores u omisiones en ella contenidos, por el Estado o cualquier dependencia, organismo o funcionario de este, o por PROINVERSIÓN, el Comité o sus asesores. Del mismo modo, dicha limitación de responsabilidad alcanza a toda información, sea o no suministrada o preparada, directa o indirectamente, por cualquiera de las partes antes mencionadas.</p> <p>La limitación de responsabilidad alcanza también a toda información disponible en la Sala de Datos, así como la que se proporcione a través de Circulares o de cualquier otra forma de comunicación, la que se adquiera durante las visitas a las instalaciones relativas al Concurso y las que se mencionan en estas Bases, incluyendo todos sus Formularios y Anexos”.</p>

concedente durante la etapa previa a la suscripción del contrato, esto es, durante los procesos de promoción de la inversión privada, en donde el concedente brinda un conjunto de reglas para la adjudicación del proyecto, así como diversa información de distinta naturaleza la cual es tomada en consideración por los postores para la formulación de su oferta. Si bien los postores pueden realizar sus propias investigaciones y estudios, es preciso tener presente que el concedente, a diferencia de los postores, cuenta con largos periodos de estudio y análisis para dar inicio a cualquier convocatoria de un proceso de promoción de la inversión privada. En ese sentido, existe una clara ventaja que tiene el concedente respecto a los postores, al menos, en esta arista.

Ahora bien, ¿por qué resulta importante el principio de buena fe? Consideramos necesario traer en juego a nuestra reflexión este principio que resulta ser uno de los pilares de nuestro sistema contractual debido a que, *a priori*, hay algo en esta situación que nos parece que no resulta acorde al principio de buena fe. Es decir, pongámonos en el ejemplo extremo ¿el concedente puede simplemente elaborar cierto tipo de información técnica, ambiental u otra (la cual no puede ser elaborada a dicho nivel de detalle por los postores en corto plazo) bajo el peor nivel de diligencia posible y luego señalar que no es responsable por la veracidad y/o exactitud y/o por si omitió información que debió ser comunicada a los postores? A modo de ejemplo,

digamos que: i) el concedente elabora estudios de suelos, sin tener en consideración mínimos estándares técnicos (sea por dolo o culpa); ii) luego el concedente comunica a los postores dichos estudios; iii) los postores no tienen oportunidad ni plazo para realizar estudios de suelos; iv) ello lleva a que los postores formulen sus ofertas con base en la información del concedente y; v) durante la ejecución de las obras, se determina que los resultados de los estudios de suelos eran erróneos (claro, por no seguir los estándares técnicos mínimos). Entonces, el concedente resulta que no es responsable por ello, debido a que este, anticipándose a este tipo de situaciones, ha incorporado una cláusula de absoluta exoneración de responsabilidad en las bases. ¿Esto es actuar de buena fe? Para responder estas interrogantes, veamos, en primer lugar, cuál es el alcance que tiene el principio de buena fe en nuestro ordenamiento jurídico.

El principio de buena fe tiene dos sentidos: el sentido subjetivo y el sentido objetivo; ambos con contenidos completamente distintos. Desde el enfoque subjetivo, se trata de una creencia personal del sujeto que, en una determinada situación o relación, considera que ha actuado conforme a Derecho. Por su lado, la buena fe objetiva se trata de un estándar objetivo de conducta que implica que no se perjudiquen los intereses ajenos fuera del límite



de la tutela legítima de los propios intereses; es decir, se trata de apreciar la conducta desde un criterio objetivo^{1 2}. Sobre esto último, De La Puente y Lavalle destaca lo siguiente: "(...) esta objetividad no excluye, sin embargo, que deje de tomarse en consideración un elemento subjetivo, como es el dolo o culpa del sujeto. Quien actúa con dolo o culpa no puede escudarse en la buena fe objetiva"³ para, posteriormente, añadir lo siguiente: "(...) Si se actúa con la diligencia ordinaria requerida se actúa con buena fe, aun cuando se ineficace la obligación. Si no se actúa con dicha diligencia, se incurre en dolo o culpa (aunque esta sea leve, que

es la omisión de la diligencia ordinaria) y, por lo tanto, se procede con mala fe"⁴.

Específicamente, en lo que se refiere a la fase de negociación de los contratos, la mayoría de la doctrina considera que la aplicación del principio de buena fe supone obrar conforme a la buena fe objetiva⁵. Al respecto, De La Puente y Lavalle sostiene que el principio de buena fe supone obrar cumpliendo con el deber de informar, el deber de claridad, el deber del secreto y el deber de custodia. Para el caso bajo análisis, resulta pertinente ahondar en el deber de informar, respecto del cual De La Puente y Lavalle señala textualmente lo siguiente:

1 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Palestra, Lima, 2003, pp. 333-338.

2 PLACENCIA RUBIÑOS, Liliana del Carmen. *Tratamiento unitario sobre buena fe contractual*. Editorial de la Facultad de Ciencias Históricas y Sociales de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque, 2005, p. 21.

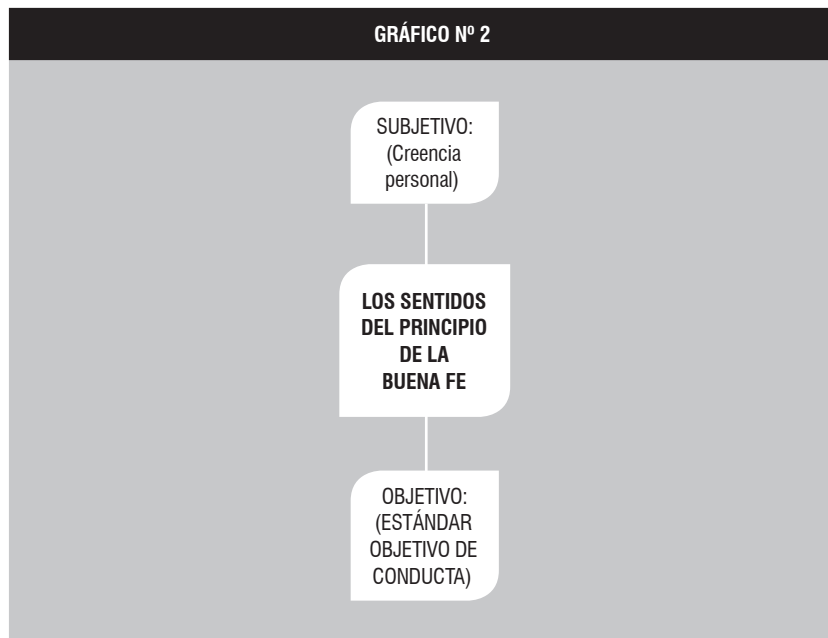
3 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 338.

4 Ibidem, p. 344.

5 PLACENCIA RUBIÑOS, Liliana del Carmen. Ob. cit., p. 25.

“(…) el deber de información de un tratante hacia el otro ha de versar sobre aquellos aspectos relacionados con la verdadera representación del negocio, que no puedan ser conocidos por la contraparte (…)”⁶. A partir de ello, teniendo en consideración la situación de ventaja del concedente respecto de, por ejemplo, las locaciones donde se desarrollará el proyecto, temas de suelos, ambientales, sociales, flujos vehiculares y otros, entonces queda claro que el concedente debe brindar a los postores toda la información que tenga a su disposición y que tenga un impacto en el proyecto a desarrollar.

No solo ello, sino que también podemos inferir que el concedente habrá obrado de buena fe siempre que haya actuado con la diligencia ordinaria requerida al momento de elaborar, revisar y aprobar la información que ha sido compartida con los postores respecto del proyecto de infraestructura pública y/o servicio público. Dicha diligencia ordinaria implica buscar entregar información veraz y exacta. Aplicando ello a nuestro ejemplo, si el concedente elabora, revisa y/o aprueba estudios de suelos, sin que se haya exigido y/o verificado la aplicación de los estándares técnicos mínimos sea por dolo o culpa, y luego entregar dichos documentos a los postores, para que se generen cierto tipo de expectativas, presenten ofertas y posteriormente dicha información sirva para la ejecución del proyecto; entonces ello claramente constituye un actuar del concedente contrario al principio de buena fe,



recogido en el artículo 1362 del Código Civil.

Posiblemente, como consecuencia de la aplicación del principio de buena fe, es que conforme a lo previsto en el artículo 1328, sea nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien este se valga; pues permitir este tipo de pactos supondría permitir la legalidad del actuar de mala fe. De hecho, es en aplicación de este artículo 1328 del Código Civil que, de cara a la relación existente entre el concesionario y el concedente a raíz de la suscripción del contrato de concesión, podemos afirmar que resulta nula cualquier tipo de estipulación contenida en las bases que establezca que el concedente

no es responsable por la información que haya brindado durante los procesos de promoción, cuando la inexactitud o falsedad de la información devenga de un actuar con dolo o culpa inexcusable. Por consiguiente, en aplicación de las reglas de nuestro sistema contractual, no es posible que el concedente pueda escudarse en este tipo de fórmulas de exoneración total de responsabilidad.

CONCLUSIONES

Durante los procesos de promoción de la inversión privada, el concedente entrega información de diversa naturaleza a los postores y, por consiguiente, al futuro concesionario. Dicha información debe ser elaborada, obtenida y entregada con la diligencia ordinaria

6 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 358.

requerida de acuerdo a las circunstancias; lo que resulta aún más relevante en el caso de la entrega de estudios entregados por el concedente para que sean desarrollados y/o ejecutados por el concesionario. Ello implica que el concedente debe entregar información veraz y exacta. Por tanto, constituye una conducta contraria al principio de buena fe (objetiva) entregar información que no ha sido formulada, elaborada, revisada y aprobada por el concedente con la diligencia ordinaria requerida para las circunstancias; lo que resulta más evidente y fundamental en los casos en que los postores y, por tanto, el posterior concesionario no tiene la capacidad de adquirir dicha información, al mismo nivel de detalle que el concedente.

Sin embargo, en la generalidad de bases de los proyectos de infraestructura vial se suele incluir una cláusula de exoneración de responsabilidad del concedente por información falsa y/o inexacta, o por omitir información que debió ser entregada. En dichos casos,

resultará aplicable el artículo 1328 del Código Civil, el cual ha establecido que resulta nula cualquier tipo de estipulación por la cual se excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable; norma que resulta plenamente aplicable a las fórmulas de exclusión de responsabilidad contenidas en las bases y que, una vez suscrito el contrato de concesión, se incorpora a las reglas de interpretación de la regulación contractual que rige la relación entre las partes, conforme se expresa en el texto de la generalidad de los contratos de concesión de infraestructura vial.

Por último, reiteramos ¿es conveniente y eficiente para el sistema de concesiones que los postores, a raíz de esta problemática, deban partir de la premisa que la información técnica, ambiental, social y cualquier otra que sea brindada por el concedente, durante los procesos de promoción de la inversión privada, es falsa o inexacta? Desde nuestra perspectiva, ello genera sobrecostos de transacción como consecuencia de la necesidad de

los postores de realizar mayores gastos en estudios por parte de los postores en cortos plazos y/o por la necesidad de incorporar a su oferta un margen adicional de contingencias; sobrecostos que finalmente o bien son trasladados al concedente, a fin de que sean pagados como parte del cofinanciamiento, o bien son trasladados a los usuarios, en el caso de los contratos autofinanciados. Consideramos que estos sobrecostos pudieran ser mitigados, de actuar de forma diligente y con reglas razonables durante los procesos de promoción de la inversión privada.

Referencias bibliográficas

- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Palestra, Lima, 2003.
- PLACENCIA RUBIÑOS, Liliana del Carmen. *Tratamiento unitario sobre buena fe contractual*. Editorial de la Facultad de Ciencias Históricas y Sociales de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque, 2005.