



**ASOCIACIONES
PÚBLICO
PRIVADAS EN
PERÚ: ANÁLISIS
DEL NUEVO
MARCO LEGAL**

MÓDULO I

**EL ROL DE LAS ASOCIACIONES
PÚBLICO PRIVADAS EN LA
PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN
PRIVADA EN EL PERÚ**

INDES



FIN
Fondo Multilateral de Inversiones
Miembro del Grupo BID

**Asociaciones Público Privadas en Perú:
Análisis del Nuevo Marco Legal**

Gerente del Sector de Conocimiento y Aprendizaje:
Federico Basañes

Jefe del Instituto Interamericano para el Desarrollo Económico y Social - INDES:
Juan Cristóbal Bonnefoy

Gerente General del Fondo Multilateral de Inversiones - FOMIN:
Brigit Signe Helms

Coordinadores Generales del Programa:

José Yitani Ríos (INDES/BID)
Rocío Medina Bolívar (BID)
Miguel Almeyda (FOMIN/BID)
Giancarlo Marchesi (MEF)

Adaptación y edición para el programa:

Alvaro Valencia (MEF) Karin Granda (MEF)
Robert Pilkington (FOMIN/BID) Germán Ferreyra (MEF)
Ana Haro (INDES/BID) Frank Taipe (MEF)

Revisión de contenidos (BID):

Reinaldo Fioravanti
Ignacio Astorga
Gerardo Reyes-Tagle
Federico Lau
Adriana S La Valley
Sylvia Larrea
Mónica Almonacid

Contenidos basados en los documentos originales:

Decreto Legislativo N. 1224 y su Reglamento

Corrección de estilo y maquetación:

Manthra Comunicación

Copyright©2016 Banco Interamericano de Desarrollo. Esta obra se encuentra sujeta a una licencia Creative Commons IGO 3.0 Reconocimiento-NoComercial-SinObrasDerivadas (CC-IGO 3.0 BY-NC-ND) (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/igo/legalcode>) y puede ser reproducida para cualquier uso no-comercial otorgando crédito al BID. No se permiten obras derivadas.

Cualquier disputa relacionada con el uso de las obras del BID que no pueda resolverse amistosamente se someterá a arbitraje de conformidad con las reglas de la CNUDMI (UNCITRAL). El uso del nombre del BID para cualquier fin distinto al reconocimiento respectivo y el uso del logotipo del BID, no están autorizados por esta licencia CC-IGO y requieren de un acuerdo de licencia adicional.

Note que el enlace URL incluye términos y condicionales adicionales de esta licencia.

Las opiniones expresadas en esta publicación son de los autores y no necesariamente reflejan el punto de vista del Banco Interamericano de Desarrollo, de su Directorio Ejecutivo ni de los países que representa. El BID ha elaborado este documento como material académico, su contenido no constituye un reconocimiento o recomendación sobre la legislación mencionada.



ÍNDICE

Objetivo del Módulo	4
Objetivos de Aprendizaje	4
1. Evolución de la promoción de la inversión privada en Perú	5
1.1. Principios generales aplicables a la inversión privada	10
1.2. Evolución de las modalidades de inversión privada	21
1.3. Evolución del marco institucional para la promoción de la inversión privada	29
1.4. Principales indicadores	31
2. Motivos para la introducción del nuevo marco normativo	35
2.1. Necesidades de inversión hacia el futuro	35
2.3. Adopción de mejores prácticas, alineamiento a los principios de la OCDE	42
2.4. Promulgación del Decreto Legislativo N° 1224	43
Ideas principales	45
Anexo. Recursos adicionales: mejores prácticas internacionales	46
Bibliografía sugerida	48
Bibliografía adicional	49
Bibliografía general	50

OBJETIVO DEL MÓDULO

Analizar el proceso evolutivo de la promoción de la inversión privada en el país basándose en los antecedentes regulatorios, legales y económicos del Decreto Legislativo N° 1224 y entender los retos a los que busca dar respuesta la nueva legislación.

OBJETIVOS DE APRENDIZAJE

- Entender el marco legal y los arreglos institucionales que rigen la inversión privada en Perú, los cuales enfatizan la libre competencia, el trato igualitario y el rol del Estado en las actividades económicas.
- Conocer el proceso evolutivo de la promoción de la inversión privada en el país antes de la promulgación del Decreto Legislativo N° 1224, conociendo el contexto histórico en el que surgen, sus aportaciones y resultados.
- Analizar los principales indicadores macroeconómicos de la inversión privada en el país y conocer las principales tendencias observadas.
- Conocer la necesidad de inversión futura en infraestructura en Perú y el espacio para la inversión privada que se desprende de la misma.
- Conocer los principales retos de la regulación preexistente, delimitados por estudios previos y por las recomendaciones de la Organización de la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) , a los que busca dar respuesta el Decreto Legislativo N° 1224.

A lo largo de este módulo se utilizarán los siguientes términos normativos, cuyo significado se detalla a continuación:

- **Decreto Legislativo N° 1224:** Se refiere al Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas (APP) y Proyectos en Activos.
- **Reglamento:** Se refiere al Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF.
- **Normativa de APP:** Se refiere al Decreto Legislativo N° 1224 y el Reglamento.

1. Fundada en 1961, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) agrupa a 34 países miembros y su misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo.

1. EVOLUCIÓN DE LA PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN PERÚ

A inicios de la década de los noventa, el Estado peruano emprendió un proceso de promoción de la inversión privada, con la finalidad de transferir al sector privado la conducción de sectores económicos que estuvieron en manos del Estado por más de veinte años. Este proceso se efectuó dentro del marco de la política de estabilidad de la economía y liberalización de los mercados.

Los ejes centrales de este proceso de promoción se canalizaron a través de las privatizaciones de empresas públicas y concesiones de la prestación de servicios públicos, antes brindados por el Estado. Las bases de este modelo se encuentran en el Decreto Legislativo N° 757, en la Ley Marco para Crecimiento de la Inversión Privada de 1991 y en la Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante, Constitución). Bajo este régimen, el Estado tiene el mandato de orientar el desarrollo del país, promoviendo, entre otras actividades, los servicios públicos y la infraestructura. Por tanto, la participación del sector privado queda centrada en la inversión y actividad empresarial.

El impulso inicial de la promoción de la inversión privada se dio en el año 1991 con la promulgación de las siguientes normas:

Cuadro 1. Normas para la promoción de la inversión privada promulgadas en 1991 ▼

NORMA	DENOMINACIÓN	ASPECTOS PRINCIPALES
Decreto Legislativo N° 662 (publicado el 2 de septiembre de 1991)	Ley del Régimen de Estabilidad Jurídica a la Inversión Extranjera mediante el reconocimiento de ciertas garantías	Es el inicio de la reforma en materia de inversión privada, al crear un clima favorable para las inversiones extranjeras que contribuyan a la expansión de la economía de la libre empresa en el país.

NORMA	DENOMINACIÓN	ASPECTOS PRINCIPALES
<p>Decreto Legislativo N° 662 (publicado el 02 de septiembre de 1991)</p>	<p>Ley del Régimen de Estabilidad Jurídica a la Inversión Extranjera mediante el reconocimiento de ciertas garantías</p>	<p>Su objetivo principal es remover los obstáculos y restricciones a la inversión extranjera a fin de garantizar la igualdad de derechos y obligaciones entre inversionistas extranjeros y nacionales.</p> <p>Crea el régimen de estabilidad jurídica a la inversión extranjera.</p>
<p>Decreto Legislativo N° 674 (publicado el 27 de septiembre de 1991)</p>	<p>Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado</p>	<p>Busca crear las condiciones necesarias para el desarrollo y crecimiento de la inversión privada en el ámbito de las empresas del Estado, para lograr la modernización, saneamiento y vigorización de las actividades a su cargo.</p> <p>Otorga a los inversionistas privados las garantías de mecanismos claros y seguros de adquisición de acciones y bienes de empresas del Estado.</p>

NORMA	DENOMINACIÓN	ASPECTOS PRINCIPALES
<p>Decreto Legislativo N° 757 (publicado el 13 de noviembre de 1991)</p>	<p>Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada</p>	<p>Consolida el programa de reformas estructurales de la economía en favor del crecimiento de la inversión privada en todos los sectores de la economía.</p> <p>Elimina trabas y distorsiones legales y administrativas que entorpecen el desarrollo de las actividades económicas y restringen la libre iniciativa privada.</p>
<p>Decreto Legislativo N° 758 (publicado el 13 de noviembre de 1991)</p>	<p>Normas para la promoción de las inversiones privadas en la infraestructura de servicios públicos</p>	<p>Reconoce al sistema de concesiones para la construcción, conservación y explotación de obras de infraestructura de servicios públicos como un mecanismo valioso para ampliar la cobertura de los servicios públicos y desarrollar la infraestructura del país.</p>



La definición de “inversión privada” queda reconocida, por primera vez, en el Decreto Legislativo N° 674 del año 1991, Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado, en el que se define como “aquella que proviene de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas, distintas del Estado Peruano, de los organismos que integran el sector público nacional y de las Empresas del Estado”. Esta definición, con diferentes matices para cada caso particular, puede tomarse como referente del concepto de “inversión privada” en Perú.

En el año 1993, se consolidó este régimen en la nueva Constitución, en el capítulo denominado “Constitución Económica”, e incluye disposiciones para:

- La promoción de la libre iniciativa privada, la libre competencia y la igualdad de trato para todas las actividades económicas.
- La posibilidad y la libertad de suscribir Convenios de Estabilidad entre los inversionistas privados y el Estado.
- La igualdad entre inversionistas nacionales y extranjeros.
- El rol subsidiario del Estado.
- La garantía del derecho a la propiedad privada.
- El permiso para el Estado y las personas de derecho público de recurrir al arbitraje nacional o internacional para solucionar potenciales controversias.

A partir de la configuración institucional y constitucional de la inversión privada en Perú, se emitieron una serie de normas, como se indica en el Gráfico 1.

Para entender mejor el papel de la inversión privada en Perú en los últimos 25 años, en el siguiente apartado se analizan, en el orden presentado, sus tres principales componentes:

1. Los principios básicos que han definido la participación del sector privado en la actividad económica de Perú.
2. Las diferentes figuras legales que han regulado dicha participación a lo largo de las últimas décadas.
3. La evolución de la inversión privada en el Perú durante este periodo, a partir de indicadores y gráficos que dan cuenta de ella.

Gráfico 1. Evolución del marco regulatorio de la promoción de la inversión privada en Perú ▼



Fuente: Elaboración propia.

Toda esta información sirve como antecedente para entender de qué forma se llega al Decreto Legislativo N° 1224 en Perú y cuáles son los retos que esta nueva normativa de APP pretende cubrir.

1.1. PRINCIPIOS GENERALES APLICABLES A LA INVERSIÓN PRIVADA

Con el fin de promover mercados eficientes de manera que se maximice la utilidad para la sociedad y se garanticen estándares mínimos de participación en las actividades económicas, la inversión privada en Perú se rige por múltiples principios. A continuación, se comentan los más relevantes.

a. Trato igualitario

De acuerdo con la OCDE (2015a), el trato igualitario o no discriminatorio se constituye como un punto central para generar un clima atractivo a la inversión privada. Así, bajo este principio, se establece que todos los inversionistas que se encuentren en circunstancias similares deben ser tratados de la misma forma por el Estado peruano.

Recuadro 1. Ejemplo de aplicación del trato igualitario ▼

Encontramos un ejemplo de aplicación del principio de trato igualitario en el momento de establecer las condiciones y requisitos en las bases de los concursos de proyectos de inversión. Bajo este principio, queda prohibido que una entidad pública imponga requisitos y condiciones que otorguen mayor puntaje a empresas específicas (como las conformadas por inversionistas nacionales o las empresas inquilinas en caso de una recontractación), en demérito de otros postores que, aun teniendo experiencia en proyectos similares al licitado, están conformados por inversionistas extranjeros, lo que no les permite obtener puntos en el concurso.

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), entidad encargada de vigilar la libre competencia en Perú, ha emitido recomendaciones vinculadas al principio de trato igualitario y los procesos de selección de proyectos, señalando que:

“se recomienda adoptar las siguientes medidas que favorecerán la competencia en cualquier tipo de proceso de selección que se convoque en relación al mercado de servicio de transporte público de pasajeros en Lima Metropolitana: Evitar las restricciones a la participación de empresas entrantes favoreciendo a las empresas operadoras o establecidas. En particular, se debe restringir el uso de criterios en las licitaciones que privilegien a los operadores establecidos asignándoles, por ejemplo, una ponderación alta en la propuesta técnica que desincentive el ingreso de otros operadores” (INDECOPI, 2015).

El trato igualitario incluye el principio del trato nacional, el cual implica el tratamiento igualitario de empresas, sin importar que sean nacionales o extranjeras, y prohíbe que los gobiernos traten de forma menos favorable a las empresas extranjeras en comparación con las nacionales en el caso de que ambas se encuentren en situaciones similares.

Recuadro 2. Marco legal para los inversionistas extranjeros ▼

Perú ofrece un marco legal que brinda, al inversionista extranjero:

- Un trato no discriminatorio e igualitario.
- Acceso a la mayoría de sectores económicos, previo cumplimiento de normas de orden público y seguridad.
- Libre transferencia de capitales

Además, al inversionista nacional y extranjero se le brinda:

- Derecho a la libre competencia.
- Garantía a la propiedad privada (no expropiaciones o estatizaciones).
- Libertad para adquirir acciones a empresas nacionales.
- Libertad para acceder al crédito interno y externo.

- Libertad para remesar regalías y utilidades provenientes de su inversión.
- Simplicidad para hacer, en su mayoría, operaciones tanto en moneda local, como en dólares estadounidenses, sin control de cambios.
- Amplia red de acuerdos internacionales de inversión y participación del Comité de Inversiones de la OCDE.

Este principio está reconocido en el artículo 63 de la Constitución, la cual señala que tanto las inversiones de procedencia nacional como las de origen extranjero se sujetan a las mismas condiciones. El trato igualitario se consagra como una obligación internacional del Estado peruano a través de varios acuerdos internacionales de inversión bilateral y Tratados de Libre Comercio.

Recuadro 3. Convenios de Estabilidad Jurídica y Contratos Ley ▼

Los Convenios de Estabilidad Jurídica son instrumentos promotores de inversión privada cuyo objetivo es eliminar, durante un periodo determinado, la incertidumbre en torno a la evolución futura de una de las variables más importantes que afectan la rentabilidad de toda inversión, en aspectos tributarios, disponibilidad de divisas y régimen laboral.

Estos convenios se suscriben entre el Estado peruano y los inversionistas o las empresas receptoras, y, a través de ellos, se estabilizan ciertas garantías aplicables, como:

- Estabilidad del régimen tributario vigente en el momento de celebrarse el convenio respecto al impuesto a la renta de cargo de la empresa receptora de la inversión.
- Estabilidad del régimen de libre disponibilidad de divisas.
- Estabilidad del derecho a la no discriminación.

- Estabilidad de los regímenes de contratación de trabajadores.

De acuerdo con la SUNAT (2002), uno de los principales elementos de estos convenios es la estabilización del régimen tributario, dado que las decisiones de inversión se toman en entornos de incertidumbre y que los niveles de riesgo suelen ser más elevados en países en desarrollo. El uso de los convenios de estabilidad tiene por objeto eliminar, durante un periodo determinado, el riesgo inherente a la evolución futura de la política tributaria, variable que afecta directamente los rendimientos esperados de cualquier inversión.

Estos convenios tienen la naturaleza de Contratos Ley, a través de los cuales el Estado se compromete a respetar las garantías señaladas en ellos, subrayando la protección especial que se brinda a ciertos contratos para que estos no sean modificados **unilateralmente** en ejercicio del denominado *ius imperium* del Estado. Conforme el Decreto Legislativo N° 757, estos convenios tienen la calidad de contratos con fuerza de ley.

b. Libre iniciativa privada y rol subsidiario del Estado

En el marco legal peruano, la libre iniciativa privada, como principio rector del modelo de economía social de mercado, determina que el desarrollo de la economía se concentre en manos de los particulares, quienes decidirán libremente cómo actuarán en el mercado y cómo desarrollarán las distintas actividades económicas. El principio de subsidiariedad refuerza esta idea al limitar la intervención del Estado en las actividades económicas como agente participante, salvo la concurrencia de determinados requisitos; es decir, vía participación excepcional.

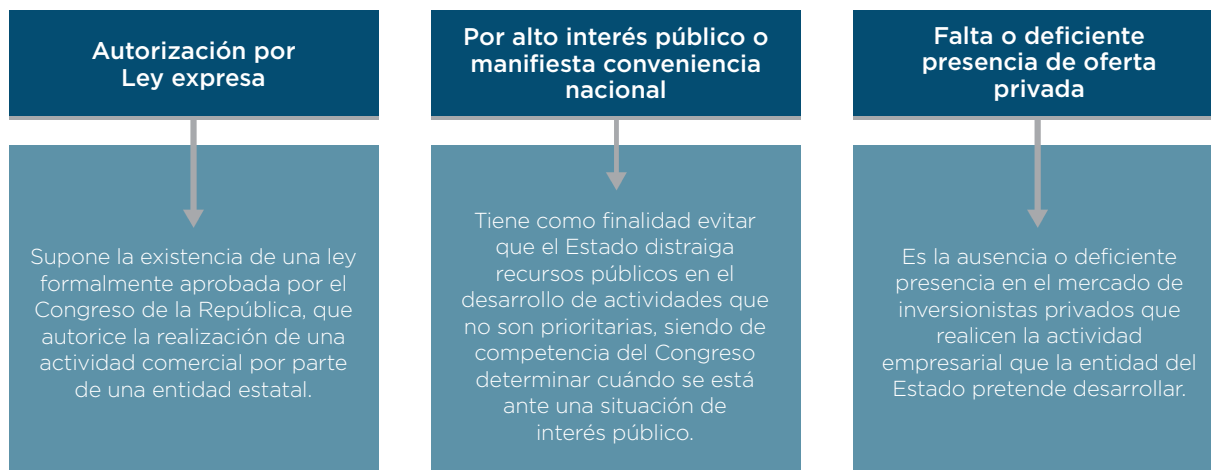
En tal sentido, el artículo 60 de la Constitución establece que, solo por ley expresa autoritativa, el Estado puede realizar actividad empresarial subsidiariamente, de manera directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. Es decir, el Estado posee la obligación de realizar actividad empresarial únicamente ante la ausencia o la insuficiencia de inversión privada en el rubro respectivo y cumpliendo con los parámetros

que se establecen por norma constitucional. El Gráfico 2 resume los requisitos para la actividad empresarial por parte del Estado².

Recuadro 3. Comentario del Tribunal Constitucional ▼

- Por el Principio de Subsidiariedad las acciones del Estado deben estar vinculadas al fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración o sustitución, en vía supletoria, complementaria o de reemplazo, de la libre iniciativa privada. La subsidiariedad se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica, que se justifica por la inacción o defeción de la iniciativa privada (Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 008-2003-AI/TC).

Gráfico 2. Requisitos para la realización de actividad empresarial por parte del Estado ▼



Fuente: Elaboración propia a partir de Gutierrez (2013).

2. Gutiérrez Camacho, W. (2013). "Pluralismo económico y principio de subsidiariedad". En: La Constitución Comentada (2 Ed.). Tomo II, Lima: Gaceta Jurídica Editores, 66-77.

Asimismo, tal como ha señalado el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, en la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI³, la actividad empresarial del Estado podría distorsionar la leal competencia en el mercado, cuando concurre en el mercado conjuntamente con la actividad empresarial de los inversionistas privados. En efecto, se dice que el Estado no incurre en los mismos costos de acceso y permanencia en el mercado, por lo que tendría una ventaja artificial sobre sus competidores: acceso privilegiado a fuentes de financiación pública; esquema de precios inferior a costos debido a sus “anchas espaldas financieras”; no incurre en costos fijos cuando utiliza infraestructura estatal; beneficio de algunos privilegios legales en relación con los administrados.

En el campo de las Asociaciones Público-Privadas (en adelante, APP), el principio de rol subsidiario del Estado restringe la priorización de aquellos proyectos de inversión que inciden sobre mercados en libre competencia, donde no existen infraestructuras públicas ni servicios públicos, en los que los privados, en base a sus inversiones y análisis propios, acceden y se retiran según sus intereses comerciales, cumpliendo previamente requisitos propios de un régimen de autorización o licencias administrativas.

No debe confundirse el principio de subsidiariedad que limita al Estado como agente participante en el mercado, con las intervenciones económicas estatales de fomento o de regulación económica a través de ayudas económicas o subsidios en programas sociales o actividades económicas específicas o regímenes de fomento de cambio de matriz energética, entre otros ejemplos. En estas últimas, el Estado no se comporta como un agente de mercado, sino que su intervención se justifica en el papel de promotor y orientador de actividades sociales y de interés público.

Bajo este argumento, el Estado puede fomentar las APP a través de distintos mecanismos, como pagos o subsidios y garantías, siempre y cuando los objetivos del proyecto se alineen con el rol de fomento o de regulación de servicios. Por ejemplo, el Estado puede pagar a un privado por la disponibilidad de una

3. Para encontrar dicha resolución visitar: <http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

infraestructura pública, como una línea de metro, o garantizar una demanda mínima para la provisión de un servicio público, como una carretera.

c. Libre competencia

El régimen de economía social de mercado reconocido en la Constitución descansa sobre una serie de condiciones para lograr su correcto funcionamiento, siendo una de las principales garantizar la libre competencia. Si no existiera libre competencia, no sería viable el desarrollo de los mercados, condición necesaria para el ejercicio de otras libertades económicas como la libre iniciativa privada, libertad de empresa, libre contratación, derecho de propiedad, libertad de trabajo, etc. Debido a esto, el artículo 61 de la Constitución valora positivamente la libre competencia, por lo que el Estado peruano tiene el deber de facilitar y vigilar dicho principio rector de la economía.

Entre las principales características de la libre competencia se observan las siguientes:

- Permitir el acceso libre al mercado, al consolidar el derecho a la libre elección del consumidor y de los ofertantes.
- Generar el máximo bienestar social posible, mientras se protegen los derechos individuales y ambientales.
- Aumentar la eficiencia productiva de las empresas para producir bienes de la mejor calidad posible y al menor precio.
- Mejorar la eficiencia de asignación para que los bienes escasos en la sociedad sean asignados a su mejor valor.
- Aumentar la eficiencia dinámica, toda vez que los ofertantes estén en búsqueda constante de la innovación.

En esta línea, el deber del Estado es facilitar la libre competencia. Este deber se manifiesta de diferentes formas, como la prohibición de crear monopolios legales o de fijar tarifas en actividades en que la libre competencia, real y potencial, sea posible, y por ende, la formación de precios se derive de la interacción de la libre oferta y la demanda. Así, por ejemplo, con base a dicho principio, se proscriben la fijación de precios por parte del Estado en actividades económicas como la compra y venta de abarrotes o en los precios de automóviles, toda vez que sea posible la libre competencia.

Sin embargo, el Estado debe intervenir en aquellos mercados en que las condiciones de monopolio natural impidan la competencia efectiva, perjudicando al consumidor. Estas condiciones se presentan precisamente en actividades donde las APP se utilizan para proveer infraestructura y servicios públicos como, por ejemplo, el suministro de energía eléctrica y de agua potable.

Recuadro 5. Inversión privada en mercados monopólicos ▼

La Constitución proscribe la creación de monopolios legales. No obstante, se reconoce la existencia de mercados con condiciones de monopolio natural en los que la competencia no es posible ni deseable, por lo que es más beneficioso para la sociedad que una sola empresa provea los bienes o servicios.

La inversión privada mediante la modalidad de APP suele estar vinculada a mercados caracterizados por condiciones de monopolio natural, como en los sectores de agua y saneamiento, electricidad, aeropuertos, ferrocarriles, carreteras, etc. En estos casos, la competencia no se realiza en el mercado, sino “por el mercado”, a través de un proceso de licitación, de manera que busca asegurar que el proveedor ofrezca la calidad y cantidad de servicios necesarios al menor precio posible. Por ejemplo, en el sector de agua, el Estado puede definir al mercado un número de hogares que deben recibir agua durante 30 años, con servicio confiable las 24 horas del día y con una calidad de agua aceptable, con el fin de que el mercado entregue ofertas para proveer este servicio “monopólico” pero a un precio competitivo.

d. Prohibición de conductas anticompetitivas

El artículo 61 de la Constitución dispone que el Estado combata toda práctica que limite la libre competencia y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Asimismo, establece que ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

De manera detallada, la prohibición de conductas anticompetitivas ha sido regulada en el dispositivo de desarrollo constitucional, el Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, el cual establece una serie de conductas sujetas a sanción, vinculadas al abuso de posición de dominio (negativa injustificada a contratar, abuso de procesos legales, etc.), prácticas colusorias horizontales (fijación de precios, reparto de mercado o reparto de cuotas de producción) y verticales.

Aplicación de la prohibición de conductas anticompetitivas en las APP

En el campo de los proyectos de inversión de infraestructura pública y servicios públicos, el Estado desarrolla procesos de selección para adjudicar la construcción y operación de los proyectos al inversionista privado que presente la mejor oferta de acuerdo con lo exigido en las bases de la licitación.⁴ Dicha oferta debe ser el resultado de la competencia y pugna entre los postores interesados en el proyecto, por lo que, bajo el principio de prohibición de conductas anticompetitivas, queda proscrito que los postores coordinen o se pongan de acuerdo en sus ofertas a fin de repartirse o adjudicarse el proyecto.

A la vez, es importante reconocer que las APP, por su naturaleza, funcionan mejor cuando se desarrollan de manera coordinada entre los socios privados y públicos, enfocándose en la calidad del servicio buscado, sin que esto implique relajar el estándar de prohibición de conductas anticompetitivas. Asimismo, el marco regulatorio debe lograr un balance entre asegurar la flexibilidad necesaria para la entrega eficiente y coordinada del proyecto, y proteger a la sociedad contra los riesgos de acciones anticompetitivas.

Recuadro 6. Inversión privada en mercados monopólicos ▼

Un caso de conducta anticompetitiva podría darse en sectores integrados verticalmente, es decir, en los que las actividades pueden subdividirse en distintos segmentos –piénsese en el sector eléctrico y las fases de generación, transmisión y distribución de electricidad,

4. Cabe indicar que, adicionalmente a la licitación, existen otros procesos de contratación, como la subasta y el concurso de proyectos integrales, entre otros.

pudiendo algunas tender a un monopolio natural (la distribución eléctrica, por ejemplo) y otras fases a un mercado competitivo (la generación eléctrica, por ejemplo). En estos casos, es posible que una empresa que obtiene el poder de dominio en un segmento del sector con características de monopolio natural y que, además, participa en otra fase con características competitivas, pero que depende de la primera fase, a través de empresas vinculadas, trate de imponer barreras a la entrada de nuevos competidores de su empresa vinculada, valiéndose, por ejemplo, de la utilización de ciertos tipos de tecnologías en las cuales tendría una ventaja o imponiendo altos costos a la entrada de nuevos competidores, al favorecer a su empresa vinculada.

e. Resolución de controversias

De acuerdo con la OCDE (2015b), la capacidad para hacer cumplir los contratos y para resolver las disputas derivadas de los mismos es fundamental para el correcto funcionamiento de los mercados. Cuando las controversias contractuales no pueden ser resueltas de una forma eficiente, en términos de costo y tiempo, las empresas pueden restringir sus actividades dentro de un país o elevar su tasa mínima requerida de retorno. Ambas reacciones, al llegar a sistematizarse, pueden encarecer la contratación de servicios, ocasionar demoras en la preparación y negociación de proyectos o, en el peor caso, resultar en una carencia o inexistencia de ofertantes.

Recuadro 7. Resolución de controversias en las APP ▼

La Constitución proscribe la creación de monopolios legales. No obstante, se reconoce la existencia de mercados con condiciones de monopolio natural en los que la competencia no es posible ni deseable, por lo que es más beneficioso para la sociedad que una sola empresa provea los bienes o servicios.

La inversión privada mediante la modalidad de APP suele estar vinculada a mercados caracterizados por condiciones de monopolio natu-

ral, como en los sectores de agua y saneamiento, electricidad, aeropuertos, ferrocarriles, carreteras, etc. En estos casos, la competencia no se realiza en el mercado, sino “por el mercado”, a través de un proceso de licitación, de manera que busca asegurar que el proveedor ofrezca la calidad y cantidad de servicios necesarios al menor precio posible. Por ejemplo, en el sector de agua, el Estado puede definir al mercado un número de hogares que deben recibir agua durante 30 años, con servicio confiable las 24 horas del día y con una calidad de agua aceptable, con el fin de que el mercado entregue ofertas para proveer este servicio “monopólico” pero a un precio competitivo.

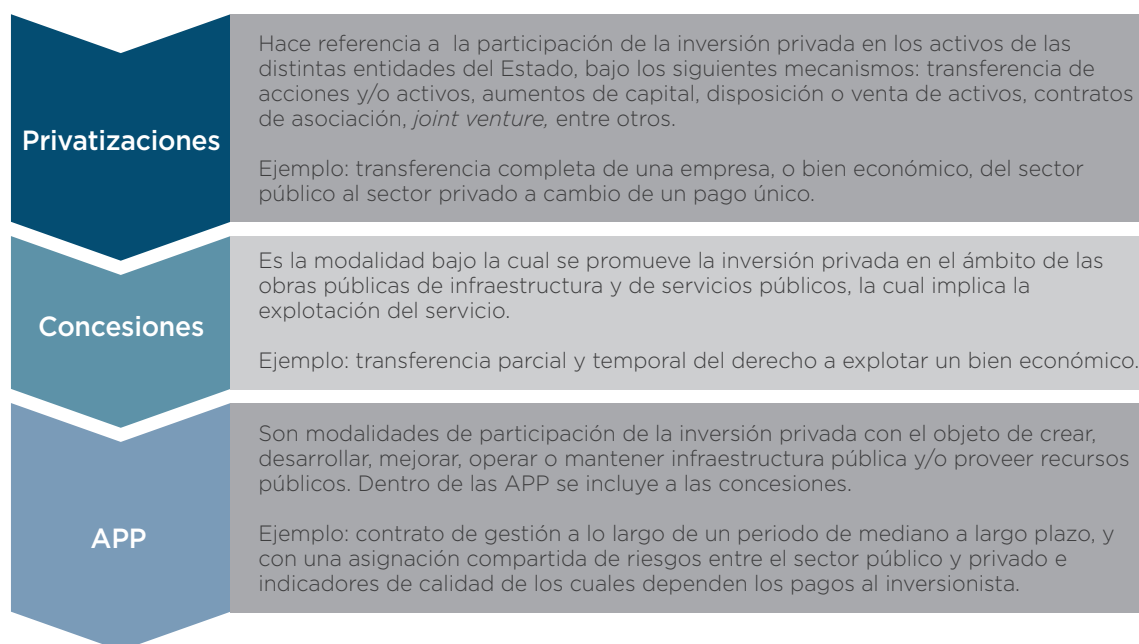
En el caso peruano, el artículo 63 de la Constitución establece que las entidades públicas pueden someter las controversias derivadas de la relación contractual ante los tribunales correspondientes. Asimismo, dichas controversias pueden ser sometidas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.



1.2. EVOLUCIÓN DE LAS MODALIDADES DE INVERSIÓN PRIVADA

El marco legal sobre la promoción de la inversión privada en Perú ha experimentado una gran evolución a lo largo del tiempo, la cual ha propiciado la participación del sector privado bajo diversas modalidades. El siguiente apartado identifica la evolución de la promoción de la inversión privada en Perú y explora las distintas modalidades vistas durante este periodo como antecedentes a la nueva normativa de APP.

Gráfico 3. Modalidades de promoción de la inversión privada ▼



Fuente: Elaboración propia.

Recuadro 8. Arbitraje, CIADI y protección de las inversiones ▼

El arbitraje tiene un doble papel en el ordenamiento jurídico de Perú. Por un lado, es un mecanismo que el Estado utiliza para atraer y promover inversiones privadas como una herramienta para contrarrestar la falta de institucionalidad de los órganos jurisdiccionales clásicos. Para el inversionista, es un mecanismo para demandar directamente al Estado ante instancias internacionales.

Mediante Resolución Legislativa N° 26210 (publicada el 10 de julio de 1993), el Congreso aprobó el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. De esta forma, la solución de las controversias entre el Estado peruano y los inversionistas nacionales de otros Estados suscriptores de dicho tratado podía someterse al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI).

El CIADI es una institución destinada a facilitar el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados soberanos e inversionistas extranjeros, con miras a crear un incentivo positivo para la atracción de inversiones extranjeras. Paralelamente, propende al desarrollo económico de los países signatarios al promover un ambiente de confianza mutua y, por consiguiente, estimular el libre flujo de capital privado internacional hacia los países que desean atraerlo.

Los Contratos de APP incluyen cláusulas de convenio arbitral. Es usual la renuncia a la reclamación diplomática por parte del inversionista. Esto implica una garantía a los gobiernos anfitriones para hacer frente a las presiones políticas de los gobiernos de origen de los inversionistas.

a. Privatizaciones

En las décadas de 1970 y 1980, el Gobierno de Perú apostó fuertemente por la nacionalización de varias empresas extranjeras que realizaban operaciones en el país basándose principalmente en razones estratégicas. Este proceso culminó en 1987, con el fallido intento de nacionalizar la banca local. Esto ocasionó

que las grandes empresas extranjeras se volvieran renuentes a invertir en Perú. A partir de las reformas iniciadas en la década de los noventa, se sustituyó el rol del Estado como productor de bienes y servicios privados y se reforzó su papel de proveedor de servicios básicos de salud, educación, justicia, seguridad e infraestructura básica. Para esto, fue necesario fomentar la inversión privada instituyendo un marco legal e institucional apropiado para atraer y mantener el capital privado en el mercado peruano.

En el año 1991 se promulgó el Decreto Legislativo N° 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado, que permitió implementar un ambicioso programa de privatizaciones que generó ingresos al Estado equivalentes a USD 9,2 mil millones⁵ durante la década de los noventa (Marchesi y Valencia, 2015).

El Decreto Legislativo N° 674 contiene mecanismos de promoción de la inversión privada en activos de empresas del Estado (tangibles e intangibles) tales como inmuebles y acciones, entre otros. Esta norma permitió que el Estado se desprendiese de diversos activos estatales y los transfiriese al sector privado a cambio de un pago u otra contraprestación, incluso, en algunos casos, con prestaciones adicionales de compromiso de inversión en dichos activos por parte del sector privado.

Recuadro 9. Ejemplo de la privatización: la venta de la empresa estatal minera CENTROMIN PERÚ en 1995 ▼

A partir de la venta de acciones al sector privado de la empresa estatal minera CENTROMIN PERÚ, que se realizó en el año 1995 bajo el Decreto Legislativo N° 674, se generaron los proyectos mineros Toromocho y Casapalca. Otros proyectos son Tintaya, Antamina y Cerro Verde, los cuales suministran la mayor parte de la producción de cobre para Perú. Todos estos son operados el día de hoy por el sector privado.

5. A menos que se indique lo contrario, todas las referencias a montos de inversión en este módulo se encuentran en valores nominales.

En estos proyectos, además de un pago al Estado por la venta de sus activos mineros, los inversionistas privados se comprometieron a realizar inversiones sobre los activos, las cuales al año 2009 se calcularon en más de USD 6 239 millones.

Los datos disponibles indican que el desempeño de los principales sectores privatizados, en general, ha mejorado desde el inicio de la fase de privatizaciones. La cobertura de los servicios aumentó significativamente en los sectores de telecomunicaciones, finanzas y energía. Los indicadores de calidad de estos sectores, y los de minería e hidrocarburos, también han mejorado. Tanto los ingresos como los niveles de producción aumentaron en prácticamente todos los sectores que fueron privatizados, registrándose incrementos de los márgenes de utilidad especialmente pronunciados en los sectores de energía y minería y el sector financiero. A continuación se presentan algunos ejemplos de las mejoras registradas en los diversos sectores, a partir de las privatizaciones y otras políticas públicas del Estado:

- La tasa de electrificación aumentó de 48%, a fines de la década de 1980, a 80%, en 2007.
- El número de líneas telefónicas fijas aumentó por un factor de 3,5 desde 1994 y el número de teléfonos móviles por habitante pasó de tres por cada 100 personas, en 1998, a 64 por cada 100 personas, en 2007.
- Los compromisos de inversión en el sector de la minería ascendieron a 4,6 veces el monto de las transacciones.
- Los montos de inversión efectivos en los sectores de telecomunicaciones y energía superaron por un factor de siete veces y tres veces, respectivamente, los compromisos de inversión iniciales.

Fuente: Analistas Financieros Internacionales, 2009

Sin embargo, también hubo desafíos, como la idea negativa formada por la opinión pública y los fallos de las instituciones judiciales acerca de las privatizaciones como venta del patrimonio estatal y de actividades estratégicas del Estado a inversionistas principalmente extranjeros. Un ejemplo de esto fue el proceso de privatización en el campo de la generación eléctrica de las empresas

EGASA y EGESUR que tuvo un resultado no exitoso en el año 2002. Al haberse adjudicado a la compañía belga Tractebel, el proceso no concluyó con la transferencia al sector privado debido a las protestas sociales y un fallo judicial.

b. Concesiones

En 1991 se promulgó también el Decreto Legislativo N° 758, por el cual se dictaron normas para la promoción de las inversiones privadas en infraestructura de servicios públicos, modificadas posteriormente por el Decreto Legislativo N° 839, Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, publicado en agosto de 1996. Ambas leyes conformaron luego el Texto Único Ordenado (TUO) de diciembre de 1996, que comprende las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.⁶ Esta última norma declaró de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, estableciendo la concesión como la modalidad bajo la cual se promueve la inversión privada en dichas obras y servicios.

Recuadro 10. La concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez ▼

En el ámbito de infraestructura aeroportuaria, en un contexto de deficiente gestión de los aeropuertos del país mediante una empresa estatal (Corpac), en el año 2000 el Estado peruano otorgó la primera concesión en este tipo de infraestructura mediante la concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez al Consorcio Lima Airport Partners (LAP), estableciendo un compromiso de inversión del privado por USD 1,214 millones a lo largo de 30 años y un canon en favor del Estado de 46,51% sobre todos los ingresos que generase el terminal aéreo.

Actualmente, de acuerdo con el ránking *World Airport Awards* para el año 2016, el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez es considerado el segundo mejor de Sudamérica.

Fuente: http://www.worldairportawards.com/Awards/world_airport_rating.html

6. Aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM (TUO de Concesiones).

c. Asociaciones Público Privadas

En 2008, con base en las lecciones aprendidas en los proyectos de años anteriores, además de la evolución en los mecanismos vistos a nivel internacional de contratación de proyectos y servicios públicos, el Estado publicó el Decreto Legislativo N° 1012, Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la Generación de Empleo Productivo, para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada, lo que marcó un hito importante para el cambio de enfoque de concesiones a las APP en el país.

Las principales características del Decreto Legislativo N° 1012 fueron:

- Establecimiento de un régimen uniforme para APP.
- Incorporación de principios que rigen los proyectos de inversión público-privada y los procesos llevarlos a cabo, que a la fecha no adolecían en el marco legal.
- Reconocimiento de reglas comunes para promover cualquier tipo de proyecto de inversión.
- Clasificación de APP en autosostenibles y cofinanciadas.
- Identificación, no limitativa, de tipos de proyectos que pueden ser promovidos por APP.
- Aplicación del principio de valor por dinero.

Recuadro 11. ¿Qué diferencia a las APP de las concesiones? ▼

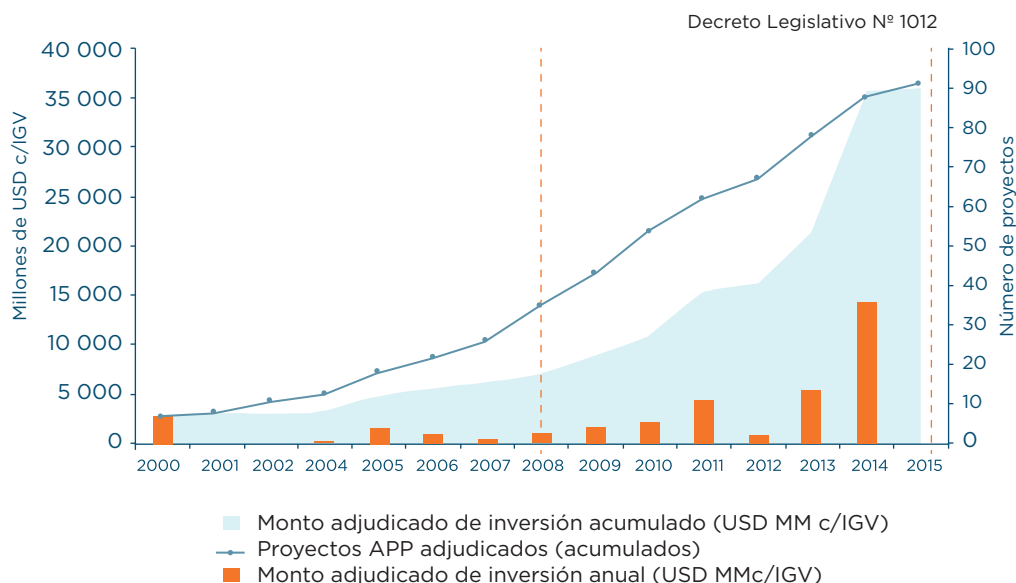
Las APP constituyen un conjunto de acuerdos entre entidades públicas y privadas, en los que las primeras delegan a las segundas la realización de una serie de actividades tradicionalmente ejecutadas y/o financiadas por el Estado. En estos acuerdos debe existir una adecuada distribución de riesgos entre las partes. El concepto de APP engloba varias modalidades contractuales entre el privado y el Estado, por ejemplo, contratos de concesión, contrato de gerencia, contrato de gestión u otras modalidades atípicas.

En Perú, el concepto de APP no tiene como objetivo introducir un nuevo concepto, sino más bien sistematizar en uno solo distintas modalidades contractuales de participación conjunta de los sectores público y privado.

De esta manera, las APP representan un **género**, una técnica de realización de actividades públicas, en el que se agrupan otras figuras tradicionales y mecanismos novedosos para desarrollar las relaciones jurídicas y económicas en las que participa el sector público. La concesión es una **especie** de las APP.

Bajo el Decreto Legislativo N°1012 y sus posteriores modificaciones, se logró incrementar de forma progresiva el número de proyectos adjudicados mediante la modalidad de APP, así como su tamaño, medido en función al monto de los compromisos de inversión. De esta forma, de adjudicar nueve proyectos de APP en 2008, por una inversión estimada de USD 1 065 millones, se adjudicaron diez en 2014, por una inversión total estimada de USD 14 270 millones.

Gráfico 4. Evolución de proyectos de APP adjudicados, 2000-2015 (USD millones, incluye IGV*)⁷ ▼



Nota: *Se agregó el IGV asumiendo que todos los conceptos del monto de inversión están afectos al mismo.

Fuente: Estadísticas de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN).

7. En 2015 se adjudicaron tres proyectos de APP por USD 118 millones c/IGV. Esta información aparece en el gráfico, aunque no se aprecia bien debido a la escala.

Recuadro 12. APP adjudicadas bajo el Decreto Legislativo N° 1012 ▼

Bajo el Decreto Legislativo N° 1012 se promovieron y adjudicaron diversos proyectos de inversión en APP en casi todos los sectores de infraestructura y servicios públicos, como el tramo 2 de la Línea 1 y la Línea 2 del Metro de Lima y Callao (infraestructura de transporte ferroviario), el Aeropuerto Internacional de Chinchero en Cusco (infraestructura aeroportuaria), Proyecto Chavimochic III Etapa (infraestructura de irrigación) y diversas líneas de transmisión eléctrica, entre otros.



1.3. EVOLUCIÓN DEL MARCO INSTITUCIONAL PARA LA PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA

Como parte de las reformas estructurales de inicios de la década de los noventa, se creó, en el año 1991, la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI), a la cual se le asignó la dirección del Fondo de Promoción de la Inversión Privada (FOPRI). El objetivo de este fondo era financiar las actividades propias del proceso de privatización. De igual forma, se crearon Comités Especiales encargados de conducir el programa de privatizaciones y evaluar empresas estatales que requerían inversión privada para su modernización.

Luego, en el año 1996, se creó la Comisión de Promoción de Concesiones Privadas (PROMCEPRI), la cual permitió promover la participación de la inversión privada mediante la modalidad de las concesiones, priorizando el desarrollo de infraestructura y que esta revirtiera al Estado. En el año 1998 se transfirieron las funciones del PROMCEPRI a la COPRI (ver Gráfico 6).

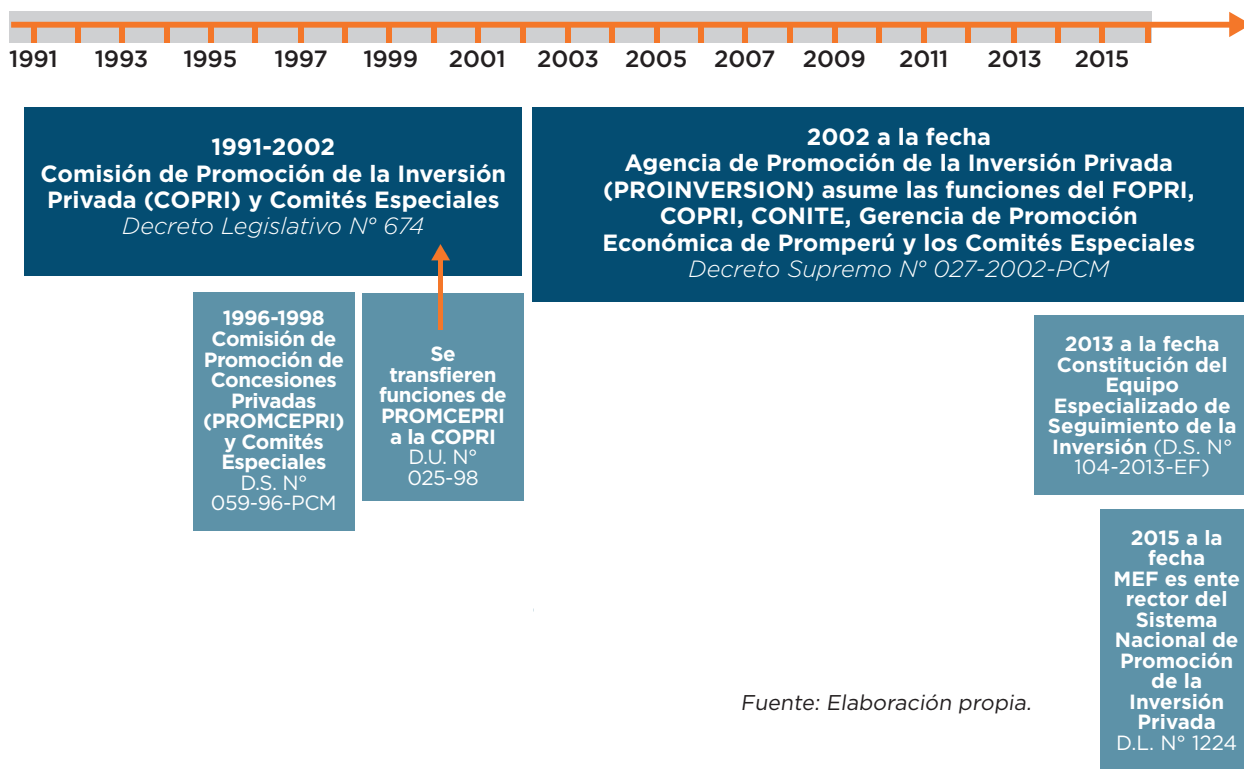
Posteriormente, en el año 2002, a través del Decreto Supremo N° 027-2002-PCM, se unificaron las funciones del COPRI, FOPRI, los Comités Especiales, la Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras (CONITE) y la Gerencia de Promoción Económica de la Comisión de Promoción del Perú (PROMPERU), creándose la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN), organismo adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF). A partir de dicha fecha, PROINVERSIÓN está a cargo de la promoción de la participación de la inversión privada en servicios públicos e infraestructura pública, así como en activos y empresas del Estado.

Considerando las dificultades que se advirtieron para la ejecución de las inversiones, en 2013 se implementó en el MEF un Equipo Especializado de Seguimiento de la Inversión (EESI) con el objetivo de acelerar la ejecución de las inversiones, así como de identificar los problemas y trabas que afectan la ejecución de las inversiones y proponer las soluciones correspondientes.

Asimismo, en el año 2014, con la aprobación del nuevo Reglamento de Organización y Funciones del MEF, se creó la Dirección General de Política de Promoción de Inversión Privada como el órgano de línea encargado de formular y proponer la política nacional para el desarrollo y la promoción de la inversión privada, en concordancia con la política económica del país.

Finalmente, en el año 2015, mediante el Decreto Legislativo N° 1224, se creó el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, estableciéndose como ente rector del Sistema al MEF, el cual actúa a través de la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada.

Gráfico 5. Evolución del marco institucional para la promoción de la inversión privada en Perú ▼

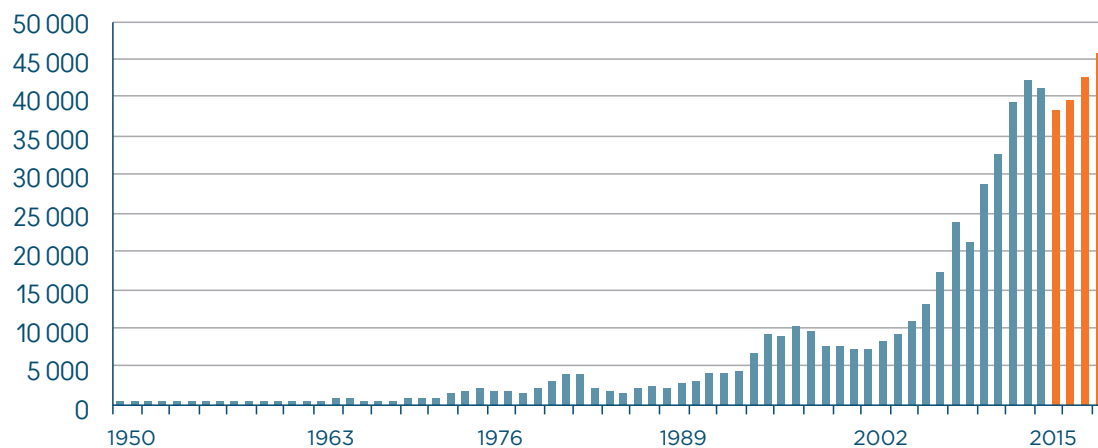


1.4. PRINCIPALES INDICADORES

1.4.1. Impacto en los niveles de inversión

Como se ha mencionado, gracias a los distintos cambios normativos e institucionales que se dieron en las últimas décadas a través de las tres modalidades presentadas, en Perú existió un importante despegue de la inversión privada. Como se aprecia en el siguiente gráfico, antes de la década de 1990 la inversión privada en Perú ascendía a menos de USD 5 000 millones, la cual creció sostenidamente hasta representar más de USD 40 000 millones en 2014.

Gráfico 6. Inversión privada en Perú, 1950-2018
(USD millones, precios nominales) ▼



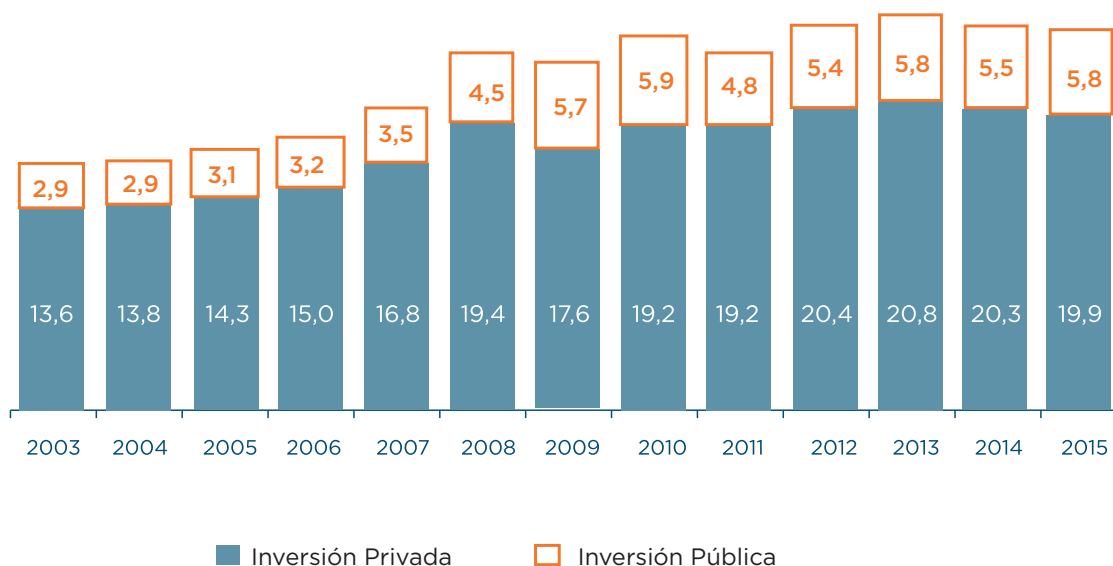
Nota: Los datos para el periodo 2015-2018 son proyecciones del MEF (Marco Macroeconómico Multianual 2016-2018 revisado).

Fuente: Banco Central de Reserva del Perú (BCRP) y MEF.

De esta manera, como se aprecia en el siguiente gráfico, la inversión privada representa alrededor de 20% del PBI peruano, ratio que se ha mantenido relativamente constante desde el año 2008, después de una notoria tendencia creciente durante el periodo 2003-2008. Asimismo, hacia 2015, la inversión privada en Perú representa más del triple que la inversión pública, como porcentaje del PBI (19,9% para la inversión privada contra 5,8% para la inversión pública).

Gráfico 7. Inversión privada y pública en Perú, 2003-2015

(Porcentaje del PBI) ▼

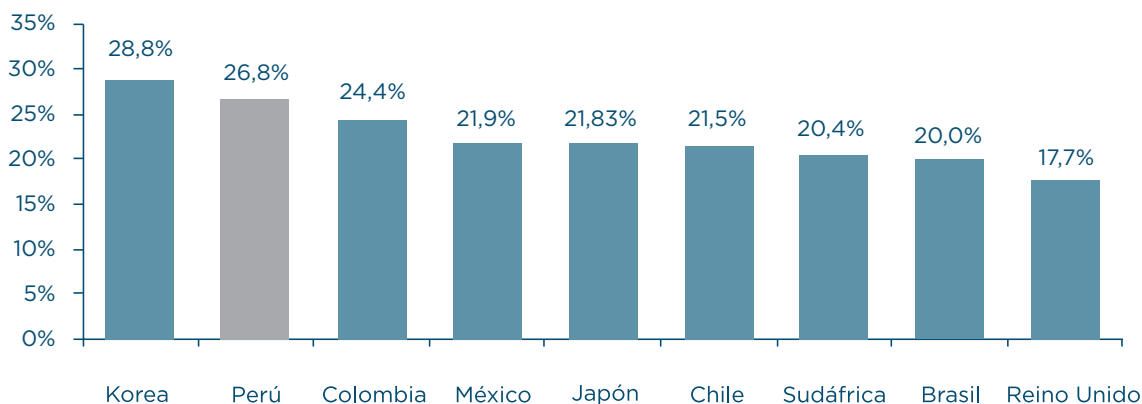


Nota: Los datos para el año 2015 son proyecciones del MEF (Marco Macroeconómico Multianual 2016-2018 revisado).

Fuente: Banco Central de Reserva del Perú (BCRP), Ministerio de Economía y Finanzas (MEF).

Debido a estos aumentos en la inversión con respecto al PBI, contando tanto la inversión privada como la inversión pública, Perú ha llegado a una tasa de inversión superior a la mayoría de los países comparables de Latinoamérica y la OCDE. En este sentido, mientras que, para 2014 la inversión como porcentaje del PBI representaba 21,5% en Chile, en Perú este ratio ascendía a los 26,8%, con cifras del Fondo Monetario Internacional (FMI).

Gráfico 8. Inversión en Perú en el contexto mundial, 2014 (Como porcentaje del PBI) ▼



Notas: *Datos para Chile y Colombia son estimados del FMI.

**Las cifras consideran variación de inventarios.

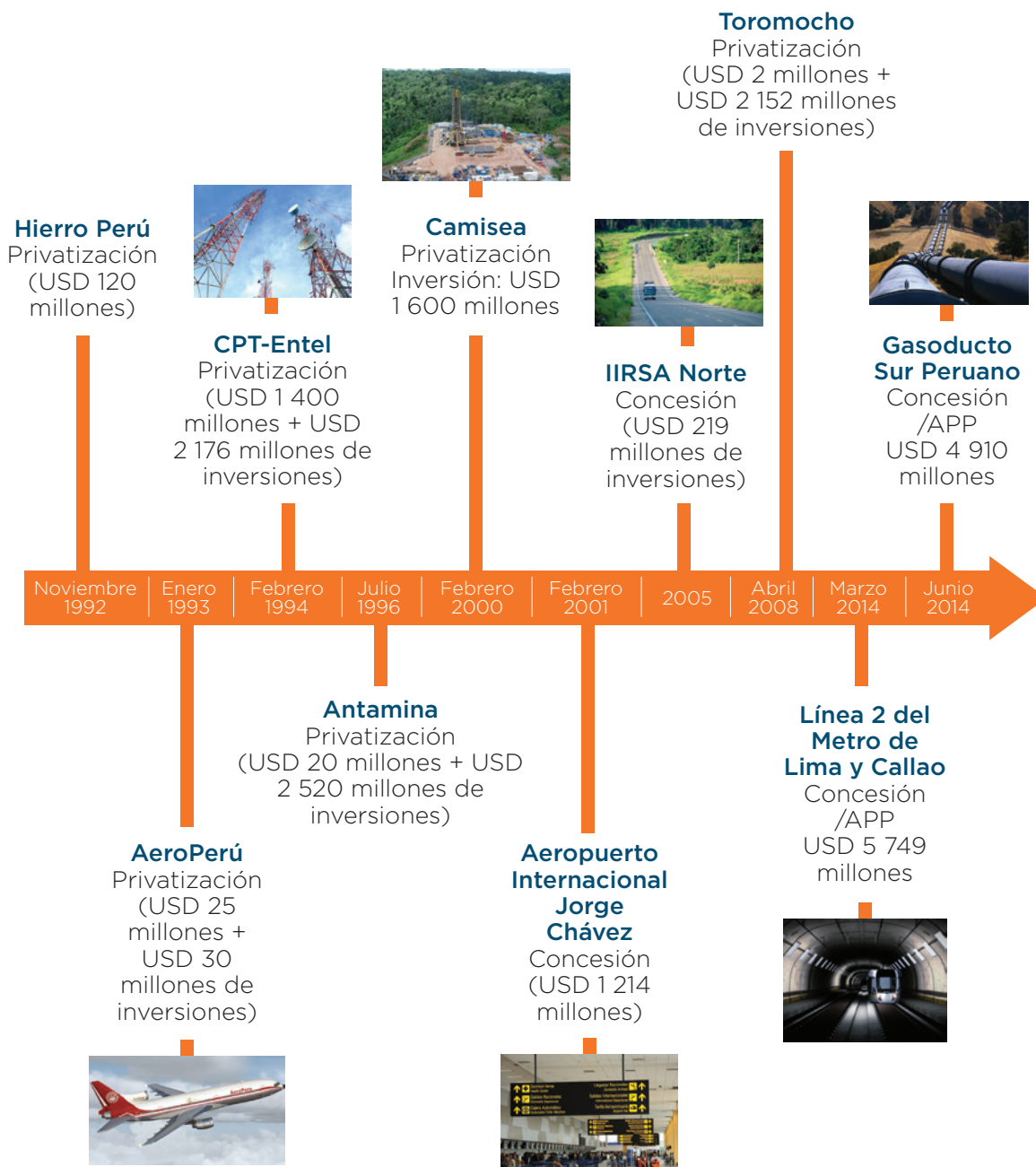
Fuente: FMI (WEO Database 2015)

1.4.2. Proyectos realizados

Como consecuencia del clima de negocio generado por del marco legal favorable a la inversión privada, entre otros factores, desde inicios de la década de los noventa, Perú ha logrado promover y ejecutar proyectos de inversión, bajo diferentes modalidades de participación del sector privado, en diversos sectores económicos. En los últimos 25 años, se han adjudicado 407 proyectos por un valor aproximado de USD 59 000 millones, en compromisos de inversión. Algunos de los proyectos de inversión más emblemáticos en la historia del país se resaltan en el siguiente diagrama.



Gráfico 9. Inversión en Perú en el contexto mundial, 2014 (Como porcentaje del PBI) ▼



Fuente: PROINVERSIÓN

2. MOTIVOS PARA LA INTRODUCCIÓN DEL NUEVO MARCO NORMATIVO

En el apartado anterior se explicó la información básica sobre el proceso evolutivo de la inversión privada en el país así como los antecedentes de la dación del Decreto Legislativo N° 1224. En este apartado, se analizarán los dos elementos principales que motivaron la derogación de la legislación preexistente y el surgimiento del nuevo marco normativo:

1. **Continuar cerrando la brecha de inversión en infraestructura.** A pesar de los grandes avances en los niveles de inversión en las últimas décadas, se calcula que la brecha de inversión en infraestructura en Perú asciende a aproximadamente USD 160 000 millones (equivalente a alrededor 80% del PBI) para el periodo 2016-2025 (AFIN, 2015).
2. **Aprovechar las oportunidades de mejora en el marco normativo.** Aprender de los éxitos y los desafíos de las experiencias peruanas e internacionales, para establecer un marco regulatorio de mejores prácticas en cuanto a la implementación de APP.

2.1. NECESIDADES DE INVERSIÓN HACIA EL FUTURO

A pesar de los grandes logros en el aumento de los niveles de inversión en las últimas décadas, Perú sigue presentando una importante brecha de infraestructura y de servicios públicos que es necesario cerrar. Según el Reporte de Competitividad Mundial 2015-2016 que prepara el Foro Económico Mundial, Perú ocupa el lugar 89 entre 140 economías, en cuanto a infraestructura (ver Cuadro 2).

Cuadro 2. Reporte de competitividad global: infraestructura, Perú ▼

INDICADOR	RANKING ENTRE 140 ECONOMÍAS
Infraestructura	89
Infraestructura de transporte	
Calidad general de la infraestructura	112

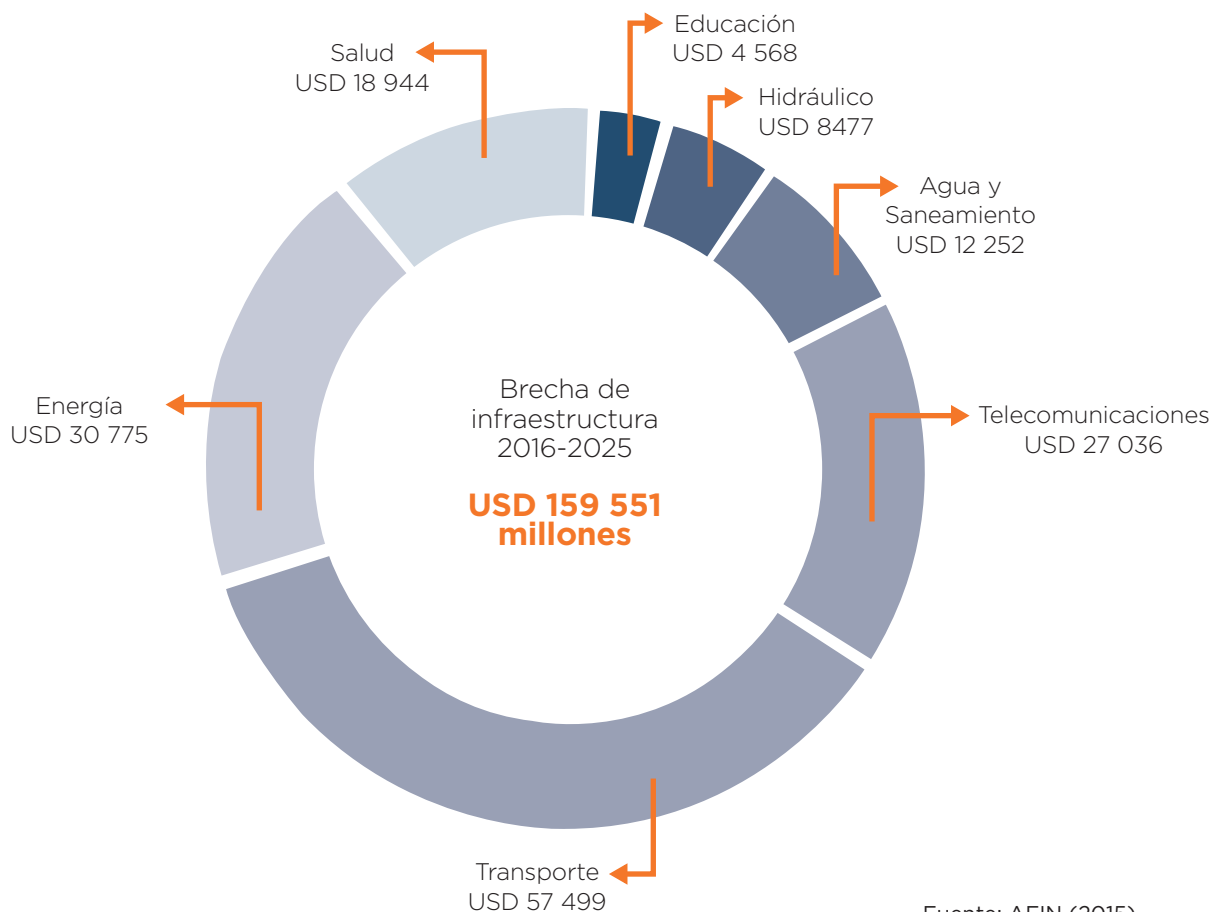
INDICADOR	RANKING ENTRE 140 ECONOMÍAS
Calidad general de la infraestructura	112
Calidad de las carreteras	111
Calidad de la infraestructura ferroviaria	94
Calidad de la infraestructura portuaria	86
Calidad de la infraestructura aeroportuaria	82
Asientos disponibles de aerolíneas	42
Infraestructura eléctrica y de telefonía	
Calidad del suministro eléctrico	70
Usuarios de telefonía móvil/100 hab.	93
Líneas de telefonía fija / 100 hab.	84

Fuente: World Economic Forum (2015)

A nivel nacional, si bien no se disponen de estimaciones oficiales sobre la brecha de infraestructura, varios estudios preparados o encargados por entidades públicas han elaborado estimaciones de la brecha de infraestructura de diferentes sectores, tal como se muestra en el Gráfico 10.



Gráfico 10. Brecha de infraestructura a nivel nacional, 2016-2025 (Millones de USD) ▼



Algunos estudios realizados por entidades privadas han intentado estimar la brecha de infraestructura a nivel nacional. Por ejemplo, usando un horizonte temporal de diez años, la Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional -AFIN- (2015) estima que en el periodo 2016-2025 la brecha de infraestructura nacional ascenderá a aproximadamente USD 160 000 millones.

Sin embargo, cabe destacar que las metodologías no son uniformes y, por ende, no son comparables. Por lo tanto, las estimaciones son referenciales. Lo que queda claro es que Perú debe seguir en el camino del desarrollo de proyectos de infraestructura.

a. Diagnósticos

Al respecto, una consultoría realizada por *McKinsey & Company* (2013) sobre el proceso de desarrollo de APP bajo la normativa anterior, identificó que solo 15% del tiempo para desarrollar el proyecto fue de utilidad, ya que el resto se desperdició debido a retrabajos y problemas de planificación. Asimismo, el estudio indicó oportunidades de mejora en las fases de planeamiento y estructuración de los proyectos para minimizar cambios en el diseño y la necesidad de reprocesos. Por otro lado, el estudio recalcó la necesidad de mecanismos definidos de seguimiento y monitoreo durante las fases de formulación y promoción. En cuanto a este último aspecto, la falta de coordinación y gestión temprana de posibles aspectos críticos generaba tiempos muertos, retrabajos, nuevas y dilatadas interacciones con entidades.

En otra consultoría (*Infrastructure UK*, 2011), se identificaron las principales oportunidades de mejoras en los procesos de desarrollo de infraestructura y servicios con participación público-privada en Perú, obteniendo las siguientes conclusiones:

- El marco operacional debería contener, entre otros, los siguientes elementos: (i) procesos estandarizados, (ii) existencia de guías y metodologías claras y (iii) contratos y documentación administrativa y de licitación estándares. El diagnóstico encontró que en Perú se presentan, entre otros, los siguientes problemas: (i) los proyectos carecen de dueño único a lo largo del ciclo de proyecto, (ii) variabilidad alta en los procesos y (iii) contratos y documentación de licitación y administrativa poco estandarizada y guías y metodologías casi inexistentes.
- Un marco regulatorio eficiente debe contener los siguientes elementos: (i) políticas públicas claras, (ii) programas de inversión en infraestructura y (iii) leyes, reglamentos y contratos claros y bien estructurados. Sin embargo, según el diagnóstico, en el caso peruano se presentaban los siguientes problemas: (i) falta de políticas públicas claras, (ii) falta de planeamiento y priorización estratégica de proyectos en ciertos sectores y (iii) multiplicidad de leyes y reglamentos.
- Un marco institucional óptimo debe poseer una maquinaria institucional de calidad para la preparación, licitación, adjudicación y monitoreo de proyectos. Sin embargo, el citado diagnóstico encontró que en Perú se

presentan los siguientes problemas: (i) falta de definición específica de la jurisdicción y competencias de cada institución y (ii) falta de comunicación y coordinación inter-institucional.

Asimismo, como parte del *Programa País* suscrito con Perú, la OCDE publicó en octubre de 2015 el primer volumen del *Estudio Multidimensional de Perú*, en el cual se realiza un diagnóstico de los retos en infraestructura que enfrenta el país. Con relación a las APP, este estudio indica que, a pesar del marco institucional de las APP definido, la actual asignación de responsabilidades y competencias entre las entidades involucradas podría complicar la coordinación entre ellas. Por otro lado, señala que se presentan debilidades en las etapas de priorización y planeamiento que podrían generar ineficiencias en los proyectos de APP, por lo que estudios de factibilidad y evaluaciones de valor por dinero *ex-ante* podrían ayudar a resolver problemas en dichas instancias.

Como mencionan varios estudios reconocidos⁸, el manejo fiscal de los compromisos adquiridos por las APP puede generar diversos desafíos: (i) dado que los compromisos fiscales adquiridos son a largo plazo, a menudo los pagos no comienzan sino hasta varios años después de firmar el contrato; esto puede generar una “ilusión” de existencia de un amplio espacio fiscal para desarrollar proyectos de APP; (ii) los compromisos contingentes son, por definición, inciertos, y se pueden incrementar repentina e inesperadamente al ocurrir un evento que los materializa, y (iii) debido al proceso presupuestario, los gobiernos se pueden ver tentados a llevar a cabo proyectos de APP ya que su impacto presupuestario se manifiesta en años posteriores.

b. Recomendaciones de mejora para la nueva normativa de APP

Tomando en cuenta los resultados de los diagnósticos mencionados, así como la experiencia acumulada durante los últimos años, se identificaron diversas oportunidades de mejora en el marco normativo sobre APP en Perú, las cuales se señalan en el Cuadro 3.

Cuadro 3. Oportunidades de mejora identificadas ▼

FASES	OPORTUNIDADES DE MEJORA
Planeamiento y programación	<ul style="list-style-type: none"> • Establecer el nivel de responsabilidad presupuestal y transparencia en cada nivel de gobierno que permita un crecimiento sostenido de las APP. • Fortalecer la planificación de la cartera de proyectos de inversión pública e identificar la pertinencia de ejecutarlos por vía tradicional o APP tanto a nivel nacional como por cada entidad que desee llevar a cabo esta modalidad de proyectos. • Contar de manera sistemática con un mecanismo de evaluación de valor por dinero que permita identificar el mecanismo óptimo de ejecución. • Generar un portafolio de proyectos de APP de alto impacto socioeconómico, viables y bancables, que garantice la continuidad de las adjudicaciones.
Formulación	<ul style="list-style-type: none"> • Establecer mecanismos definidos de seguimiento y monitoreo durante las fases de formulación y estructuración. • Establecimiento de un hito (gateway), denominado “Informe de Evaluación”, como requisito para incorporar un proyecto al proceso de promoción.
Estructuración	<ul style="list-style-type: none"> • Desarrollar contratos y documentación administrativa y de licitación estandarizados. • Fomentar la realización de sondeos de mercado durante la elaboración de Informes de Evaluación y durante las etapas de estructuración y transacción, a fin de evaluar la viabilidad y bancabilidad de los proyectos APP. • Garantizar la transparencia en los costos y compromisos contingentes generados al Estado derivados de los proyectos de APP.
Transacción	<ul style="list-style-type: none"> • Fomentar la competencia para la adjudicación de los proyectos APP.

FASES	OPORTUNIDADES DE MEJORA
Ejecución contractual	<ul style="list-style-type: none"> • Mantener el valor por dinero del proyecto, procurando no alterar la asignación de riesgos o la naturaleza del proyecto, en caso de que se requiera una renegociación contractual. • Cuantificar, minimizar y monitorear el aumento de pasivos directos y contingentes por parte del Estado en caso de que se requiera una adenda de contrato.
Transversales/ institucionales	<ul style="list-style-type: none"> • Garantizar un marco normativo transparente, estable, efectivo e imparcial, que brinde una adecuada certidumbre a los inversionistas. • Generar valor por dinero en cada una de las fases de los proyectos de APP. • Agilizar procesos para el desarrollo de las APP identificando y eliminando las trabas innecesarias que retrasen los procesos de las APP, estableciendo un proceso de retroalimentación continuo. • Mejorar la coordinación y gestión temprana interinstitucional de posibles aspectos críticos. • Nombrar un dueño único a lo largo del ciclo de proyecto (hasta, e incluyendo, la puesta en marcha y la fase de operación). • Establecer lineamientos para el desarrollo de los procesos de promoción, buscando su estandarización. • Definir claramente las responsabilidades y competencias de cada uno de los actores de los procesos de APP bajo un solo modelo de gobernanza. • Capacitar a los funcionarios de las entidades públicas integrantes del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada para realizar, de forma eficiente, los procesos de APP y generar un verdadero ecosistema de APP en Perú.

2.3. ADOPCIÓN DE MEJORES PRÁCTICAS, ALINEAMIENTO A LOS PRINCIPIOS DE LA OCDE

La atención por parte de Perú a los desafíos identificados se respalda tanto en las experiencias, conocimiento y priorización nacional, como en el aprovechamiento de las mejores prácticas regionales y mundiales.

En el año 2014, la OCDE estableció el *Programa País* como un nuevo instrumento para apoyar a economías emergentes y dinámicas en el diseño de sus reformas y el fortalecimiento de sus políticas públicas. En diciembre de 2014, Perú suscribió con la OCDE un *Programa País*, acuerdo que fue ratificado mediante Decreto Supremo N° 004-2015-RE, publicado el 27 de febrero de 2015. Este programa se compone de un ambicioso conjunto de proyectos que se llevarían a cabo durante un plazo de dos años (2015-2016) con el objetivo de fortalecer las políticas públicas.

Se esperó que Perú adoptara, durante el plazo de duración del *Programa País*, un número creciente de instrumentos legales de la OCDE y se sumara, de esta forma, a la promoción de mejores políticas públicas, particularmente, en las áreas de emparejamiento del crecimiento económico sostenible con la inclusión social, fortalecimiento de la competitividad y la diversificación de la economía nacional, incrementando la efectividad de las instituciones públicas y alcanzando mejores resultados ambientales. Entre los instrumentos legales a ser tomados en consideración se encuentra la *Recomendación del Consejo sobre Principios para Gobernanza Pública de las APP* (OCDE, 2012). Estos principios se circunscriben en tres grandes objetivos:

- Establecer un marco institucional claro y predecible apoyado por autoridades competentes y adecuadamente financiadas.
- Aplicar un criterio de selección de la modalidad APP basado en el valor por dinero.
- Utilizar el proceso presupuestal de manera transparente, para minimizar riesgos fiscales y asegurar la integridad del proceso de licitación.

Cabe mencionar que, desde el 31 de marzo de 2016, la OCDE reconoce oficialmente a Perú como un adherente a la *Recomendación del Consejo sobre Principios para Gobernanza Pública de las APP*. Esta recomendación constitu-

ye un instrumento legal de la OCDE que proporciona una guía a los hacedores de política pública sobre cómo asegurar que las APP generen valor por dinero para el sector público.

2.4. PROMULGACIÓN DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1224

Con la finalidad de reducir la brecha de infraestructura mencionada anteriormente, aprovechar las oportunidades de mejora e incorporar las lecciones aprendidas a nivel local, así como alinear la regulación con las mejores prácticas internacionales, especialmente la *Recomendación del Consejo sobre Principios para Gobernanza Pública de las APP* de la OCDE, el Gobierno de Perú publicó en 2015 el Decreto Legislativo N° 1224, así como su Reglamento (Decreto Supremo N° 410-2015-EF), que consolidó el marco normativo existente para la promoción de la inversión privada en infraestructura pública y servicios públicos.

A grandes rasgos, el nuevo marco regulatorio de APP introdujo, entre otras cosas, las siguientes innovaciones:

- Creación del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada para el Desarrollo de APP y Proyectos en Activos, el cual es un sistema funcional con facultad, entre otras, de dictar lineamientos y directivas en materia de APP e interpretar este tipo de normas.
- Empoderamiento de los Comités de Inversiones de los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales como parte integral del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada.
- Eficiencia en la identificación, selección y formulación de proyectos a través de un caso de negocios que se plasma en el Informe de Evaluación.
- Énfasis en la planificación de potenciales proyectos APP, mediante la creación del Informe Multianual de Inversiones en APP para que las entidades públicas controlen mejor sus compromisos a largo plazo y presupuestos, puedan dar señales al mercado sobre sus prioridades futuras y constituyan la base de un plan nacional de infraestructura en el mediano plazo.
- Implementación de un proceso simplificado para el desarrollo de servicios vinculados a la infraestructura pública, servicios públicos, proyectos de in-

investigación aplicada y/o innovación tecnológica y APP que no contengan un componente de inversión.

En los siguientes módulos del curso se analizarán los diferentes componentes de esta legislación, desarrollando, de manera más concreta, las definiciones de APP, los sectores a los que se puede aplicar esta figura, los diferentes tipos de APP posibles, los actores, el ciclo de proyecto y los diferentes productos que se van alcanzando con el desarrollo de una APP.



IDEAS PRINCIPALES

- La Constitución establece como principio general un régimen de economía social de mercado, en el que el Estado orienta las inversiones relacionadas con servicios públicos, pero donde la iniciativa privada es libre a invertir y competir.
- Los principios que rigen la inversión privada en Perú son el trato igualitario, el papel subsidiario del Estado, la libre competencia, la prohibición de conductas anticompetitivas y la resolución eficiente e imparcial de controversias.
- Desde la década de 1990, el Estado ha fomentado diversas modalidades de participación de la inversión privada en el país, desde las privatizaciones a inicios de dicha década, pasando por las concesiones y luego las APP desde 2008.
- Aún se estima necesario aumentar la inversión en infraestructura y servicios públicos con el objetivo de ayudar a cerrar la brecha estimada en USD 160 000 millones para el periodo 2016-2025.
- Distintos estudios a nivel público y privado confirman que existe espacio para avanzar. El nuevo marco normativo busca simplificar y ordenar el proceso para adjudicar proyectos con énfasis en la generación de valor por dinero y de una manera más ágil.
- Los estudios realizados para valorar la pertinencia del marco legal de las APP preexistente recomiendan, en general, las siguientes mejoras para el marco normativo de las APP en Perú: mantener la responsabilidad presupuestal, fortalecer el planeamiento y formulación de los proyectos de APP, identificar y eliminar las trabas a los procesos, fomentar la competencia, entre otras.
- Para coadyuvar al cierre de la brecha en infraestructura, y tomando en cuenta las oportunidades de mejora así como las mejores prácticas a nivel internacional, el Estado peruano ha establecido un nuevo marco normativo para las modalidades de APP a través de la publicación, en el año 2015, del Decreto Legislativo N° 1224 y su Reglamento, Decreto Supremo N° 410-2015-EF.

ANEXO. RECURSOS ADICIONALES: MEJORES PRÁCTICAS INTERNACIONALES

Además de este curso, a nivel internacional existen diversas fuentes de recursos que consolidan las mejores prácticas en las distintas materias concernientes a las APP, las cuales pueden ser de utilidad en el desarrollo de las distintas fases de los procesos de APP. Algunas de estas fuentes de información son:

- **Curso MOOC⁹: Asociaciones Público Privadas: Implementando Soluciones en Latinoamérica y el Caribe**

Elaborado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y ofrecido bajo la plataforma edX, este curso analiza la concepción, selección, diseño e implementación de las APP en América Latina y el Caribe, determinando los beneficios y riesgos de este tipo de figuras contractuales para el sector público y privado y, por tanto, para la gestión de estrategias y proyectos de desarrollo de un país.

Disponible en: <https://www.edx.org/course/asociaciones-publico-privadas-idbx-idb8x-0>

- **Curso MOOC: Asociaciones Público Privadas (APP): ¿Cómo pueden proporcionar las APP mejores servicios? (en inglés)**

Elaborado por el Grupo del Banco Mundial y ofrecido bajo la plataforma Coursera, este curso provee herramientas para entender los principios clave de las APP y de su papel en la provisión de servicios de infraestructura, particularmente, en mercados emergentes. Además, enseña los retos y oportunidades de promocionar y mantener los servicios de infraestructura a través de APP efectivas.

Disponible en: <https://www.coursera.org/course/effectiveppp>

- **PPP Knowledge Lab**

El PPP *Knowledge Lab* es un recurso en línea con una amplia biblioteca virtual en materia de APP, que brinda recursos importantes sobre las distintas fases del ciclo de las APP, así como información relevante en materia de APP sobre distintos países. Este recurso ha sido desarrollado por las agencias multilaterales líderes a nivel mundial, entre ellas el BID, con el financiamiento del *Public-Private Infrastructure Advisory Facility* (PPIAF)

Disponible en: <https://pppknowledgelab.org/>

- **Guía del Centro Europeo Especializado en APP (EPEC, por sus siglas en inglés)¹⁰**

Esta guía fue diseñada como una herramienta para brindar las mejores prácticas en materia de APP, seleccionando material de las diferentes fuentes de información sobre APP. Se elaboró con la finalidad de facilitar el entendimiento de los funcionarios públicos acerca de los temas clave y pasos involucrados en la provisión de proyectos de APP.

Disponible en: <http://www.eib.org/epec/g2g/>

9. Cursos en Línea Abiertos Masivos (Massive Open Online Courses).

10. European PPP Expertise Centre.

BIBLIOGRAFÍA SUGERIDA

- OCDE (2015). Policy Framework for Investment 2015 Edition. Paris: OECD Publishing.

<http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/pfi.htm>

El Marco de Política para la Inversión (*Policy Framework for Investment*, PFI por sus siglas en inglés) es un enfoque comprensivo y sistemático para mejorar las condiciones de inversión desarrollado por la OCDE. Este documento se actualiza en el tiempo para reflejar los nuevos fundamentos de la economía global y para incorporar los comentarios de la comunidad internacional de hacedores de políticas de inversión.

- Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional (AFIN). (2015). *Un Plan para salir de la pobreza. Plan Nacional de Infraestructura 2016-2025*. Lima: AFIN. Disponible en:

http://www.afin.org.pe/images/publicaciones/estudios/plan_nacional_infraestructura_2016_2025_2.pdf

Presentado como una propuesta de plan nacional de infraestructura y de priorización de las inversiones para que sea utilizado como insumo por el Estado peruano, este informe realiza una estimación sobre la brecha de infraestructura a nivel nacional de USD 159 549 millones para el periodo 2016-2025.

- Gutiérrez Camacho, W. (2013). “Pluralismo económico y principio de subsidiariedad”. En: *La Constitución comentada* (2nda ed.). Lima: Gaceta Jurídica Editores.

Se desarrolla un análisis exegético de cada artículo de la Constitución, entre los que se encuentra el desarrollo del título correspondiente al Régimen Económico, denominado también Constitución Económica. En dicho título se abordan conceptos como la economía social de mercado, la promoción de la iniciativa privada, los derechos fundamentales de la libertad de empresa, comercio e industria, así como la regulación de los monopolios y la protección de la libre competencia.

- Kresalja, B. y Ochoa Cardich, C. (2009). *Derecho Constitucional Económico* (1era ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

La sección sobre el papel del Estado en una economía social de mercado aborda la evolución histórica de dicha economía y conceptos como la unidad de mercado, la subsidiariedad de la iniciativa privada y la regulación económica, dando a conocer cómo se concibe el régimen económico constitucional en Perú.

BIBLIOGRAFÍA ADICIONAL

- Analistas Financieros Internacionales (AFI). (2009). *Evaluación del Impacto de las Privatizaciones y Concesiones en el Perú 1990-2006*. Lima: PROINVERSIÓN.
- Banco Mundial (2013). *Implementing a Framework for Managing Fiscal Commitments from Public Private Partnerships*. [Nota operacional]. Washington DC.
- Ernst, & Young (2015). *Guía de Negocios e Inversión en el Perú 2015/2016*. Lima: Ministerio de Relaciones Exteriores y PROINVERSIÓN.
- INDECOPI (2015). *Abogacía de la Competencia: De la Licitación Pública N° 001-2012-MML-IMPL*. Lima: INDECOPI. Disponible en: http://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/4203/821_ECP_AdC_transporte_publico_pasajeros_Lima.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Marchesi, G. y Valencia, Á. (2015). "The Role of Public-Private Partnerships in Closing Infrastructure and Public Services Gaps". En: *Peru: Staying the Course of Economic Success*. Washington DC: FMI.
- Ministerio de Educación. (2013). *Mecanismos de participación Público-Privadas para la inversión en Educación*. [Presentación en PowerPoint]. Disponible en: http://www.minedu.gob.pe/p/pdf/presentacion_infraestructura.pdf
- Ministerio de Energía y Minas. (2014). *Plan Energético Nacional 2014-2025*. Lima: Ministerio de Energía y Minas.

- Ministerio del Interior (2014). *Elaboración del Plan de Inversiones para el Cierre de Brechas de Infraestructura en Comisarias PNP*. Lima: Ministerio del Interior.
- Ministerio de Transportes y Comunicaciones (2014). *Plan de Desarrollo de los Servicios Logísticos de Transporte. Plan de Mediano y Largo Plazo (PMLP)*. Lima: Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
- Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (2014). *Plan Nacional de Inversiones del Sector Saneamiento para el periodo 2014-2021*. Lima: Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento.
- Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (2002). *Estimación del efecto de los convenios de estabilidad jurídica sobre la recaudación*. Lima: SUNAT.
- World Economic Forum (2015). *The Global Competitiveness Report 2015-2016*. Ginebra: World Economic Forum.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- Analistas Financieros Internacionales (AFIN). (2009). *Evaluación del impacto de las privatizaciones y concesiones en el Perú. 1990-2016*. Lima: PROINVERSIÓN.
- AFIN. (2015). *Un plan para salir de la pobreza. Plan Nacional de Infraestructura 2016-2025*. Lima: AFIN.
- Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Banco Asiático de Desarrollo (BAsD) y el Banco Mundial (WB) (2014) Guía de Referencia para Asociaciones Público Privadas, Versión 2.0. <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2014...PDF/903840PPP0Refe0Box385311B000PUBLICO.pdf>
- Gutiérrez Camacho, W. (2013). "Pluralismo económico y principio de subsidiariedad". En: *La Constitución comentada* (2nda ed.). Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). (2015). *Abogacía de la Competencia: De la*

Licitación Pública N° 001-2012-MML-IMPL. Lima: INDECOPI. Disponible en: http://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/4203/821_ECP_AdC_transporte_publico_pasajeros_Lima.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Infrastructure UK. (2011). *Marco Institucional, Operacional, Asociativo y Político/Regulatorio del Perú: Diagnóstico, Retos y Recomendaciones*. Lima: PROINVERSIÓN.
- McKinsey & Company. (2013). *Identificando oportunidades de eficiencia en los procesos APP: Breve diagnóstico lean de 2 procesos APP*. Lima: PROINVERSIÓN.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2012). *Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships*. Disponible en: <http://www.oecd.org/governance/budgeting/PPP-Recommendation.pdf>
- OCDE. (2015a). *Multi-dimensional Review of Peru: Volume 1*. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264243279-en>
- OCDE (2015b). *Policy Framework for Investment*. París: OECD Publishing. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/pfi.htm>
- Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT (2002). *Estimación del efecto de los Convenios de Estabilidad Jurídica sobre la recaudación* Lima: SUNAT. Disponible en: <http://www.sunat.gob.pe/institucional/publicaciones/informeConvenios.pdf>



INDES





**ASOCIACIONES
PÚBLICO
PRIVADAS EN
PERÚ: ANÁLISIS
DEL NUEVO
MARCO LEGAL**

MÓDULO II

**EL MARCO ACTUAL DE
ASOCIACIONES PÚBLICO-
PRIVADAS EN PERÚ:
DEFINICIONES, TIPOLOGÍAS DE
PROYECTO Y PRINCIPIOS**

INDES



MIN
Fondo Multilateral de Inversiones
Miembro del Grupo BID

**Asociaciones Público Privadas en Perú:
Análisis del Nuevo Marco Legal**

Gerente del Sector de Conocimiento y Aprendizaje:
Federico Basañes

Jefe del Instituto Interamericano para el Desarrollo Económico y Social - INDES:
Juan Cristóbal Bonnefoy

Gerente General del Fondo Multilateral de Inversiones - FOMIN:
Brigit Signe Helms

Coordinadores Generales del Programa:
José Yitani Ríos (INDES/BID)
Rocío Medina Bolívar (BID)
Miguel Almeyda (FOMIN/BID)
Giancarlo Marchesi (MEF)

Adaptación y edición para el programa:
Alvaro Valencia (MEF) Karin Granda (MEF)
Robert Pilkington (FOMIN/BID) Germán Ferreyra (MEF)
Ana Haro (INDES/BID) Frank Taipe (MEF)

Revisión de contenidos (BID):
Reinaldo Fioravanti
Ignacio Astorga
Gerardo Reyes-Tagle
Federico Lau
Adriana S La Valley
Sylvia Larrea
Mónica Almonacid

Contenidos basados en los documentos originales:
Decreto Legislativo N. 1224 y su Reglamento

Corrección de estilo y maquetación:
Manthra Comunicación

Copyright©2016 Banco Interamericano de Desarrollo. Esta obra se encuentra sujeta a una licencia Creative Commons IGO 3.0 Reconocimiento-NoComercial-SinObrasDerivadas (CC-IGO 3.0 BY-NC-ND) (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/igo/legalcode>) y puede ser reproducida para cualquier uso no-comercial otorgando crédito al BID. No se permiten obras derivadas.

Cualquier disputa relacionada con el uso de las obras del BID que no pueda resolverse amistosamente se someterá a arbitraje de conformidad con las reglas de la CNUDMI (UNCITRAL). El uso del nombre del BID para cualquier fin distinto al reconocimiento respectivo y el uso del logotipo del BID, no están autorizados por esta licencia CC-IGO y requieren de un acuerdo de licencia adicional.

Note que el enlace URL incluye términos y condicionales adicionales de esta licencia.

Las opiniones expresadas en esta publicación son de los autores y no necesariamente reflejan el punto de vista del Banco Interamericano de Desarrollo, de su Directorio Ejecutivo ni de los países que representa. El BID ha elaborado este documento como material académico, su contenido no constituye un reconocimiento o recomendación sobre la legislación mencionada.



ÍNDICE

Objetivo del módulo	5
Objetivos de aprendizaje	5
1. Importancia de las APP y su marco legal en Perú.....	6
1.1 Política Nacional de Promoción de la Inversión Privada	7
1.2 Objetivo del Decreto Legislativo N° 1224	8
1.3 Ámbito de aplicación.....	9
2. Definiciones	10
2.1 Asociación Público-Privada	10
2.2 Tipología de proyectos de APP	12
2.3 Inversión mínima.....	13
2.4 Modalidades que no son APP.....	14
2.5 Otras definiciones a tomar en cuenta	15
2.5.1 Infraestructura pública.....	15
2.5.2 Servicios públicos.....	16
2.5.3 Servicios vinculados a infraestructura pública y servicios públicos	16
2.5.4 Proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica.....	17

3. Clasificación y origen de proyectos	18
3.1 Clasificación: cofinanciado versus autofinanciado	20
3.2 Origen: iniciativa estatal versus iniciativa privada	23
3.2.1 Iniciativa estatal	23
3.2.2 Iniciativa privada	24
4. Principios de las APP	26
4.1 Competencia	27
4.2 Transparencia	28
4.3 Enfoque de resultados	29
4.4 Planificación	30
4.5 Responsabilidad presupuestal	32
4.6 Valor por dinero	33
4.7 Adecuada distribución de riesgos	34
Anexo sobre los proyectos en activos	36
Bibliografía sugerida	39
Bibliografía general	40

OBJETIVO DEL MÓDULO

Analizar la definición de Asociación Público Privada (en adelante, APP) presentada en el Decreto Legislativo N° 1224, así como las diferentes tipologías de APP y los principios incluidos en la nueva legislación.

OBJETIVOS DE APRENDIZAJE

- Entender los componentes del Decreto Legislativo N° 1224 y su importancia como marco legal de las APP en Perú.
- Entender la definición de la modalidad de APP en el marco del Decreto Legislativo N° 1224, destacando los tipos de proyectos en los que se desarrolla dicha normativa (tamaño, sectores, etc.).
- Identificar las figuras legales que, si bien cuentan con la participación del sector privado, no pueden considerarse APP.
- Entender la clasificación de un proyecto de APP como cofinanciado o autofinanciado, identificando los conceptos que pueden considerarse como cofinanciamiento.
- Distinguir el origen de una APP como iniciativa estatal o iniciativa privada y sus procedimientos correspondientes.
- Entender a cabalidad los principios relevantes a la aplicación del Decreto Legislativo N° 1224 a lo largo de todas las fases vinculadas al desarrollo de los proyectos de APP.

A lo largo de este módulo se utilizarán los siguientes términos normativos, cuyo significado se detalla a continuación:

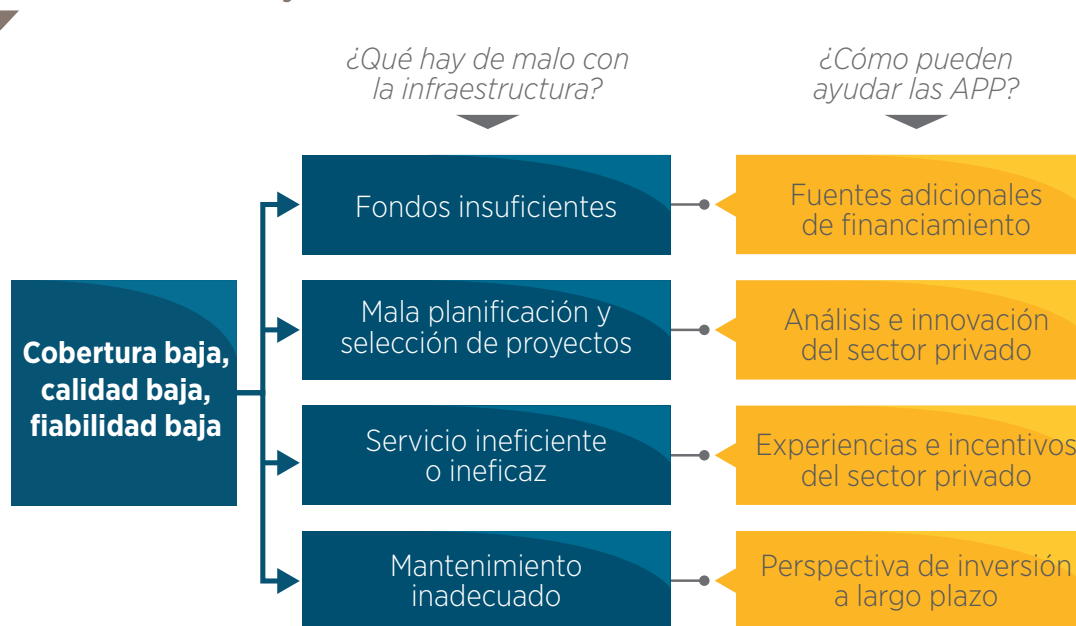
- **Decreto Legislativo N° 1224:** Se refiere al Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante APP y Proyectos en Activos.
- **Reglamento:** Se refiere al Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF.
- **Normativa de APP:** Se refiere al Decreto Legislativo N° 1224 y al Reglamento, de manera conjunta.

1. IMPORTANCIA DE LAS APP Y SU MARCO LEGAL EN PERÚ

Como se vio en el Módulo 1, en Perú, como en el mundo entero, la infraestructura inadecuada es una limitación para el crecimiento y la competitividad. Los servicios de infraestructura suelen ser inapropiados para satisfacer la demanda, lo que provoca una congestión en el suministro de los servicios; además, frecuentemente son de poca calidad y fiabilidad y, en muchas áreas, son sencillamente insuficientes (BID, 2015).

En el contexto de las limitaciones fiscales existentes en América Latina, el aumento del nivel de inversión en infraestructura solo podrá lograrse a través de una combinación de mayor eficiencia en el planeamiento y en la licitación¹ de proyectos, y el aprovechamiento de nuevas modalidades de financiamiento. En este sentido, las APP pueden servir de ayuda y ofrecen una alternativa a los gobiernos que buscan mejorar la provisión de infraestructura y servicios públicos.

Gráfico 1. ¿Cómo ayudan las APP en el desarrollo de infraestructura?



Fuente: Banco Interamericano de Desarrollo (BID), 2015.

¹ Cabe indicar que además de la licitación, existen otros procesos de contratación, tales como la subasta y el concurso de proyectos integrales, entre otros.

1.1 POLÍTICA NACIONAL DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA

En Perú, la Política Nacional de Promoción de la Inversión Privada en APP y Proyectos en Activos², aprobada mediante Decreto Supremo N° 077-2016-EF³, establece que la participación del sector privado en las modalidades de APP puede contribuir de manera eficiente al cierre de la brecha de infraestructura pública existente en el país. Esta inversión debe mejorar el alcance y la calidad de los servicios públicos, y dinamizar la economía nacional, la generación de empleo productivo y la competitividad del país.

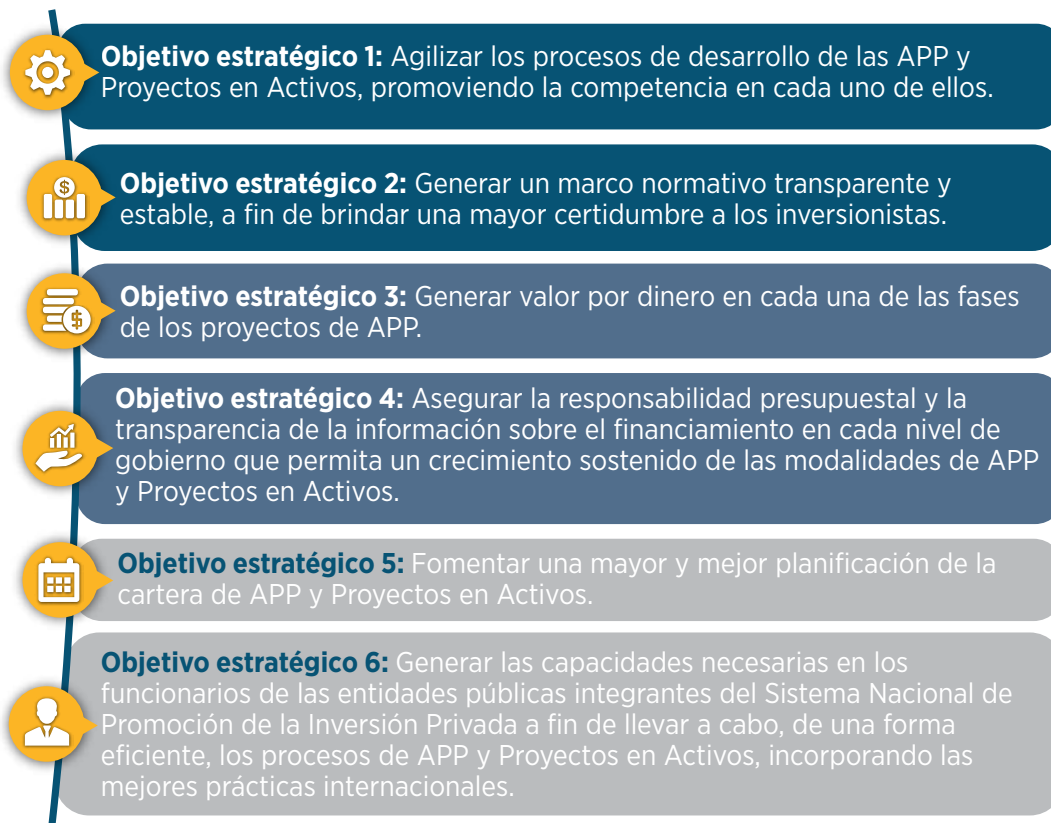
Como se vio en el Módulo 1, desde la promulgación de la primera ley de APP en el año 2008, se ha incrementado el uso de dicha modalidad para proveer infraestructura pública y servicios públicos, lo que se materializó en mayores inversiones en carreteras, vías férreas, puertos, aeropuertos, infraestructura de irrigación, de telecomunicaciones, de electricidad, e hidrocarburos, entre otras, las cuales han mejorado la cobertura y la calidad de los servicios públicos brindados a los usuarios. Estas inversiones han contribuido de forma tangible al desarrollo del país, tanto a nivel productivo como social.

La Política Nacional de Promoción de la Inversión Privada en APP y Proyectos en Activos presenta los siguientes objetivos estratégicos:

2 La explicación de los Proyectos en Activos se desarrolla en el Anexo I de este módulo.

3 La Décimo Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1224 establece que el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) formula la Política Nacional de Promoción de la Inversión Privada en APP y Proyectos en Activos.

Gráfico 2. Objetivos estratégicos ▼



Fuente: Elaboración propia.

1.2 OBJETIVO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1224

Ante las necesidades mencionadas arriba y los objetivos estratégicos de la Política Nacional de la Inversión Privada en APP y Proyectos en Activos, resultó necesario no solo integrar las diversas normas de concesiones y de APP existentes en una nueva normativa de APP (el Decreto Legislativo N° 1224 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 410-2015-EF), sino también incorporar en esta última, principios, fases, procedimientos y delimitación de funciones de las entidades públicas claramente identificados. Estos avances se lograron mediante el establecimiento de nuevas reglas para las APP, con bases sólidas en la Recomendación del Consejo sobre Principios para Gobernanza Pública de las Asociaciones Público Privadas de la OCDE y organizado bajo un Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada.

En este sentido, el Decreto Legislativo N° 1224 y su Reglamento se aprobaron con el objetivo de establecer de manera organizada los procesos, condiciones, plazos, orden y modalidades de promoción de la inversión privada para el desarrollo de APP a nivel nacional.

1.3 ÁMBITO DE APLICACIÓN

El ámbito de aplicación de la normativa de APP se encuentra en el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1224 y el Artículo 1 del Reglamento, y puede definirse respondiendo a dos preguntas: ¿a qué entidades les resulta aplicable la norma? (ámbito subjetivo) y ¿en qué parte o territorio del país se aplica? (ámbito territorial).

Respecto al ámbito subjetivo, la normativa de APP resulta aplicable a las entidades públicas pertenecientes al Sector Público No Financiero que desarrollen proyectos de APP; es decir, a las entidades públicas del Gobierno Nacional, que incluyen al Seguro Social de Salud (ESSALUD), a los gobiernos regionales y a los gobiernos locales. La definición de Sector Público No Financiero es la prevista en la Ley N° 30099, Ley de Fortalecimiento de la Responsabilidad y Transparencia Fiscal.

Respecto al ámbito territorial, la Ley Marco de APP y su Reglamento se aplican en todo el territorio nacional y en los tres niveles de gobierno, siendo de cumplimiento obligatorio para cualquier funcionario y/o servidor público.

Gráfico 3. Ámbito de aplicación de la normativa de APP ▼



Fuente: Elaboración propia.

2. DEFINICIONES

Los cursos de APP típicamente suelen presentar listas extensas de definiciones, las cuales, a veces, son inconsistentes entre documentos, autores y organizaciones. Las siguientes definiciones corresponden a la terminología formal de la normativa de APP en el contexto peruano.

2.1 ASOCIACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

De acuerdo con el Artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1224, las APP en Perú se definen como una modalidad de participación de la inversión privada, en la que se incorporan experiencia, conocimientos, equipos, tecnología y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objetivo de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública y/o proveer servicios públicos bajo los mecanismos contractuales permitidos por el marco legal vigente.

La definición actual de APP se construye sobre el marco legal precedente⁴, estableciendo los componentes principales de las APP según las mejores prácticas internacionales: asignación adecuada de riesgos a la parte (Estado o privado) que esté en mejor capacidad de administrarlos, acuerdo común recogido en contratos de largo plazo y aplicación del valor por dinero en todas las fases del proyecto. En este sentido, el Decreto Legislativo N° 1224 establece que, en los contratos de APP, debe existir una adecuada distribución de riesgos entre las partes y que en una APP participan el Estado y uno o más inversionistas privados. Asimismo, se indica que, en todas las fases de desarrollo de una APP, debe contemplarse el principio de valor por dinero, buscando una combinación óptima entre los costos y la calidad del servicio público ofrecido a los usuarios, a lo largo de la vida del proyecto.

Dentro de las APP, se incluyen los proyectos para el desarrollo de servicios vinculados a la infraestructura pública o servicios públicos que el Estado requiere brindar, los proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica, y aquellos proyectos que no contengan componente de inversión.

4 Decreto Legislativo N° 1012.

Por otro lado, y tomando en cuenta que una APP siempre se refleja en una relación contractual, el Artículo 11 del Reglamento también establece que las modalidades de las APP incluyen todos aquellos contratos en los que se propicia la participación activa del sector privado y se le transfieren riesgos, y en los que, además, la titularidad de la infraestructura pública, según sea el caso, se mantiene, revierte y transfiere al Estado al finalizar el proyecto. Estas modalidades pueden ser la concesión, el contrato de operación y mantenimiento, el contrato de gestión, así como cualquier otra modalidad contractual permitida por ley.

En virtud de lo mencionado, considerando la normativa vigente, se puede caracterizar a las APP en Perú de acuerdo con sus elementos más destacados, tal como se detalla en el Cuadro 1.

Cuadro 1. Características principales de una APP según el marco normativo de Perú ▼

ELEMENTOS	DESCRIPCIÓN
Contratos de largo plazo	Los contratos de APP tienen una duración máxima de 60 años (incluyendo ampliaciones y renovaciones) y, en el caso de iniciativas privadas cofinanciadas, una duración mínima de diez años.
Rol del privado	Participación activa del sector privado (diseño, construcción, financiamiento, operación, mantenimiento, etc.), lo que implica la transferencia al privado de una gran parte de los riesgos del proyecto, según se defina en el contrato de APP. El sector público define objetivos de interés público y/o la política de precios (tarifa) y controla el cumplimiento de los objetivos fijados.
Modo de financiamiento	Se financia total o parcialmente por el sector privado.
Modo de repago	El repago a las fuentes de financiamiento del proyecto de APP está en función de la clasificación del proyecto (cofinanciado o autofinanciado) y puede originarse de fondos públicos o directamente de los usuarios.
Distribución de riesgos	El reparto de los riesgos se realiza en función del perfil del proyecto, así como de las capacidades para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos de las partes en cuestión.

Empaquetamiento de actividades	Las actividades necesarias para el desarrollo de un proyecto (diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento) se combinan y se encuentran a cargo del inversionista. Si bien la responsabilidad sobre determinadas actividades puede variar entre un proyecto y otro, bajo una APP, la gestión de la infraestructura pública y/o servicio público queda en manos del privado.
--------------------------------	--

Fuente: Elaboración propia.

2.2 TIPOLOGÍA DE PROYECTOS DE APP

Según el Artículo 11 del Reglamento, los tipos de proyecto que pueden desarrollarse a través de APP son: infraestructura pública en general, como redes viales, redes multimodales, ferrocarriles, aeropuertos, puertos, plataformas logísticas, infraestructura urbana, de recreación y cultural, infraestructura penitenciaria, de riego, de salud y de educación; así como servicios públicos, como los de telecomunicaciones, energía y alumbrado, de agua y saneamiento y otros de interés social relacionados con la educación, la salud y el ambiente, como el tratamiento y procesamiento de residuos, entre otros.

Cuadro 2. Ejemplo de proyectos de APP ▼

TIPO DE PROYECTO	EJEMPLO DEL PROYECTO DE APP
Infraestructura pública	<p>Proyecto para el diseño, construcción, financiamiento, operación, mantenimiento y transferencia de una carretera de alcance nacional que une dos regiones de la zona sur del país.</p> <p>Proyecto para el diseño, financiamiento, construcción, operación, mantenimiento y transferencia de un Sistema de Transporte de Hidrocarburos por Ductos desde la zona oriente hasta la costa norte del país.</p>
Servicios públicos	Proyecto para el diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento de Sistemas de Redes de Distribución de Agua Potable de diez provincias del sur del país.

Fuente: Elaboración propia.

Dentro de las APP, además de la creación, desarrollo, mejora, operación y mantenimiento de infraestructura y/o provisión de servicios públicos a los que se refiere el Artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1224, también se incluyen los tipos de proyectos mencionados en el Artículo 30 de la citada norma, como, por ejemplo, los proyectos para el desarrollo de servicios vinculados a la infraestructura pública o servicios públicos que el Estado requiere brindar (como sistemas de recaudación de peajes y tarifas), los proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica, y aquellos proyectos que no contengan componente de inversión. Según señala dicho artículo, estos tipos de proyectos se realizan a través de un procedimiento simplificado, el cual se justifica en razón de que o los montos de inversión para dichos proyectos son menores o no tienen componente de inversión en infraestructura. Por tanto, la complejidad en su diseño no exige el nivel y el detalle de estudios que requiere un proyecto de gran envergadura de infraestructura pública y servicios públicos.

2.3 INVERSIÓN MÍNIMA

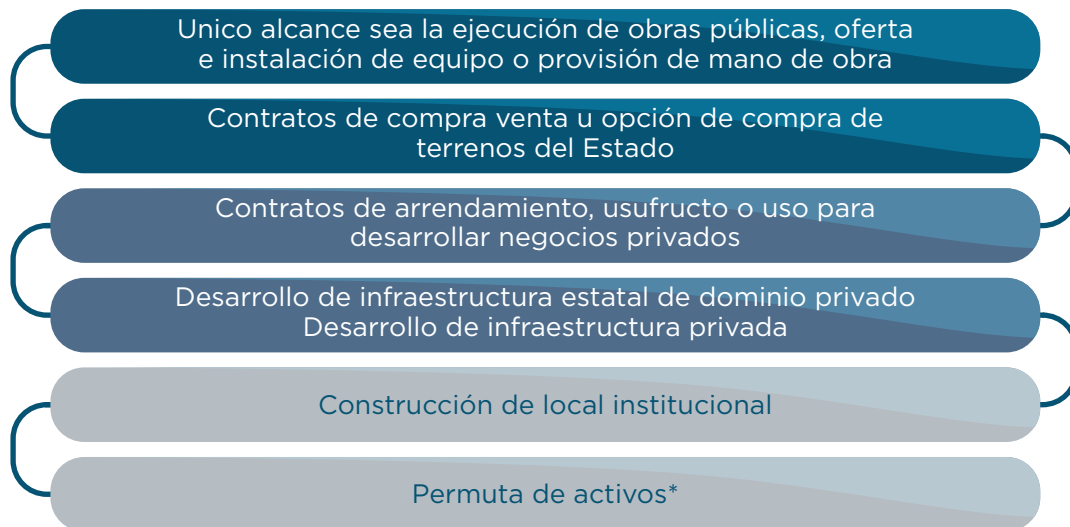
Otro tema a resaltar es el límite mínimo de inversión para promover los proyectos de APP. Al respecto, el Reglamento plantea que, para los proyectos de relevancia nacional, estos deben tener un costo total de inversión o costo total del proyecto, en los casos en que no contengan un componente de inversión, mayor a 10 000 UIT⁵. En cuanto a los proyectos de competencia de los gobiernos regionales y gobiernos locales, el costo total de la inversión o costo total del proyecto, en caso de que no contengan un componente de inversión, debe superar las 7 000 UIT para que sean promovidos bajo esta modalidad. Este límite de inversión es necesario debido a que, especialmente en el caso de los gobiernos regionales y los gobiernos locales, las entidades podrían embarcarse en proyectos con montos de inversión pequeños que no justifiquen los costos y tiempo que un proceso de promoción de una APP requiere. Al respecto, se debe tener presente, según los organismos multilaterales de desarrollo, que muchos gobiernos definen un tamaño mínimo para los proyectos de APP por los altos costos de transacción que genera esta modalidad en relación con otros mecanismos de participación de la inversión privada.

5 Unidad Impositiva Tributaria. Equivalente, en 2016, a S/. 3 950.

2.4 MODALIDADES QUE NO SON APP

Finalmente, se debe señalar que el numeral 11.6 del Artículo 11 del Reglamento establece que no son APP aquellos proyectos cuyo único alcance sea la provisión de mano de obra, de oferta e instalación de equipo o de ejecución de obras públicas, ni la explotación y/o mantenimiento de activos de dominio privado del Estado. En este sentido, el Gráfico 4 detalla algunos ejemplos a tener en cuenta.

Gráfico 4. Ejemplos de proyectos que no son APP, según el marco normativo de Perú ▼



Nota: * La permuta de activos es un esquema considerado en la modalidad de Proyectos en Activos.
Fuente: Elaboración propia.

Sobre esta base, un proyecto de un ministerio, gobierno regional o gobierno local en el que se contrata a un privado para construir o remodelar su local institucional no podrá ser considerado una APP ya que no representa infraestructura pública.

2.5 OTRAS DEFINICIONES A TOMAR EN CUENTA

En el Decreto Legislativo N° 1224, se dispone que las APP se utilicen para la provisión de infraestructura pública, servicios públicos y servicios vinculados a estos, así como para proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica. A continuación, se brinda algunos alcances conceptuales de estas definiciones.

2.5.1 INFRAESTRUCTURA PÚBLICA

De acuerdo con el Artículo 11 del Reglamento, las APP pueden comprender bajo su ámbito, la infraestructura pública en general, incluyendo las siguientes:

- Redes viales y multimodales
- Ferrocarriles
- Aeropuertos
- Puertos
- Plataformas logísticas
- Infraestructura urbana de recreación y cultural
- Infraestructura penitenciaria
- Infraestructura de riego
- Infraestructura de salud
- Infraestructura de educación.



2.5.2 SERVICIOS PÚBLICOS

Asimismo, las APP pueden comprender, los siguientes servicios públicos:

- Telecomunicaciones
- Energía y alumbrado
- Agua y saneamiento
- Otros de interés social (salud, ambiente, tratamiento y procesamiento de residuos sólidos y educación).

2.5.3 SERVICIOS VINCULADOS A INFRAESTRUCTURA PÚBLICA Y SERVICIOS PÚBLICOS

La normativa actual de APP también ha recogido dentro de su ámbito la prestación de servicios vinculados a la infraestructura pública y/o servicios públicos que requiera brindar al Estado; es decir, a todos los servicios que coadyuven de manera directa a realizar una infraestructura pública o prestar un servicio público y que resulten necesarios para el Estado.

En esta línea, el numeral 11.3 del Reglamento ayuda a identificar algunos de estos servicios vinculados, como el sistema de recaudación de peajes y tarifas. Además, el procedimiento aplicable para su desarrollo es más simple en comparación con el procedimiento ordinario seguido por una APP.

A manera de ejemplo, en la actualidad existen proyectos de servicios vinculados a la infraestructura pública y servicios públicos que se encuentran en fase de promoción y en ejecución, como:

- Servicio de bloqueadores de celulares en los penales, vinculado a la infraestructura penitenciaria.
- Servicios de mantenimiento de los equipos de alta tecnología, áreas verdes, alimentación, lavandería, gestión de residuos hospitalarios en el Instituto Nacional de Salud del Niño de San Borja, vinculados a la infraestructura hospitalaria y al servicio público de salud.

2.5.4 PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN APLICADA Y/O INNOVACIÓN TECNOLÓGICA

El Reglamento establece que las APP pueden comprender proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica.

Por investigación aplicada debe entenderse la utilización de conocimientos en la práctica en provecho de la sociedad en general (Vargas Cordero, 2009). Es decir, es la utilización práctica o en la realidad de los conocimientos adquiridos.

Por innovación debe entenderse la introducción de un nuevo, o significativamente mejorado, producto (bien o servicio), proceso, método de comercialización o método organizativo en las prácticas internas de la empresa, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores (OSLO, 2005). Es por eso que la OCDE (s.f.) señala que la innovación es un promotor importante del desempeño del crecimiento, y es probable que su contribución al crecimiento económico continúe en aumento. Sumado a esto, según la Real Academia Española, “tecnología” debe entenderse como el conjunto de teorías y de técnicas que permiten el aprovechamiento práctico del conocimiento científico.

RECUADRO 1. CONCYTEC

De acuerdo con el Decreto Supremo N° 188-2015-EF, la calificación de Investigación Aplicada e Innovación Tecnológica debe ser realizada por el Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica - CONCYTEC.

Cabe indicar que, a la fecha, en Perú aún no se han desarrollado proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica, por lo que, a través de la normativa de APP, se busca impulsar el desarrollo de estos tipos de proyecto. La explicación radica en la existencia de normas sectoriales que establecen mecanismos propios para promover la inversión en ciencia y tecnología por medio de mecanismos distintos a la APP.

3. CLASIFICACIÓN Y ORIGEN DE PROYECTOS

De acuerdo con lo establecido en la normativa de APP, la clasificación y el origen de las APP corresponden a cuatro alternativas.

Cuadro 3. Ejemplo de APP según su clasificación y origen ▼

	INICIATIVA ESTATAL	INICIATIVA PRIVADA
Autofinanciado	<p>El proyecto es el resultado de un proceso público de planeación y demuestra un flujo de ingresos suficiente para sostener la inversión necesaria.</p> <p>Ejemplo: Proyecto planificado y priorizado por un gobierno regional para la construcción, operación y mantenimiento de una carretera de peaje, en el que lo cobrado por los peajes es recaudado por el privado y permite la recuperación total de su inversión en el proyecto.</p>	<p>El proyecto es el resultado de una propuesta del sector privado al Estado, y demuestra un flujo de ingresos suficiente para sostener la inversión necesaria.¹</p> <p>Ejemplo: Proyecto presentado por un inversionista internacional, que tiene como objeto el diseño, construcción, financiamiento, operación y mantenimiento de un sistema de transporte público para las cuatro ciudades con mayor población de Perú, sin contar Lima ni Callao, mediante dos redes troncales de buses de alta capacidad. La inversión realizada será cubierta íntegramente por el cobro de las tarifas a los usuarios del servicio de transporte.</p>

Cofinanciado	<p>El proyecto es el resultado de un proceso público de planeamiento y demuestra un flujo de ingresos insuficiente para sostener la inversión necesaria sin participación por parte del Estado. Requiere algún tipo de apoyo financiero del Estado.</p> <p>Ejemplo: Proyecto de inversión que tiene como objeto el diseño, construcción, operación y mantenimiento de infraestructura ferroviaria y provisión de material rodante para prestar servicios de transporte de personas y mercancías en cinco regiones del país. El proyecto tiene cuatro etapas de obras y se concesionará por 30 años a un privado y el Estado se compromete a cubrir el costo de inversión de las dos primeras etapas y el costo de operación y mantenimiento de los cinco primeros años.</p>	<p>El proyecto es el resultado de una propuesta del sector privado al Estado, y demuestra un flujo de ingresos insuficiente para sostener la inversión necesaria sin participación por parte del Estado. Requiere algún tipo de apoyo financiero del Estado⁶.</p> <p>Ejemplo: Proyecto de inversión presentado a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN) por una empresa privada que tiene como objeto el mejoramiento, operación y mantenimiento de una Planta de Tratamiento de Aguas Residuales en una provincia del sur de Perú. La inversión en el proyecto será recuperada a través del pago de los arbitrios que cobre el municipio provincial.</p>
--------------	---	--

Fuente: Elaboración propia.

⁶ La iniciativa privada se refiere a lo que en otros contextos se denomina propuestas no solicitadas (unsolicited proposals, en inglés).

3.1 CLASIFICACIÓN: COFINANCIADO VERSUS AUTOFINANCIADO

Con el Decreto Legislativo N° 1224 se reemplazó la clasificación de APP de autosostenible⁷ a autofinanciada. Este reemplazo no solo implicó un cambio de nombre, sino también de significado, con el fin de establecer procesos distintos según el uso de recursos públicos en el proyecto y el nivel de riesgo asociado.

De acuerdo con el Decreto Legislativo N° 1224, las APP se clasifican en:

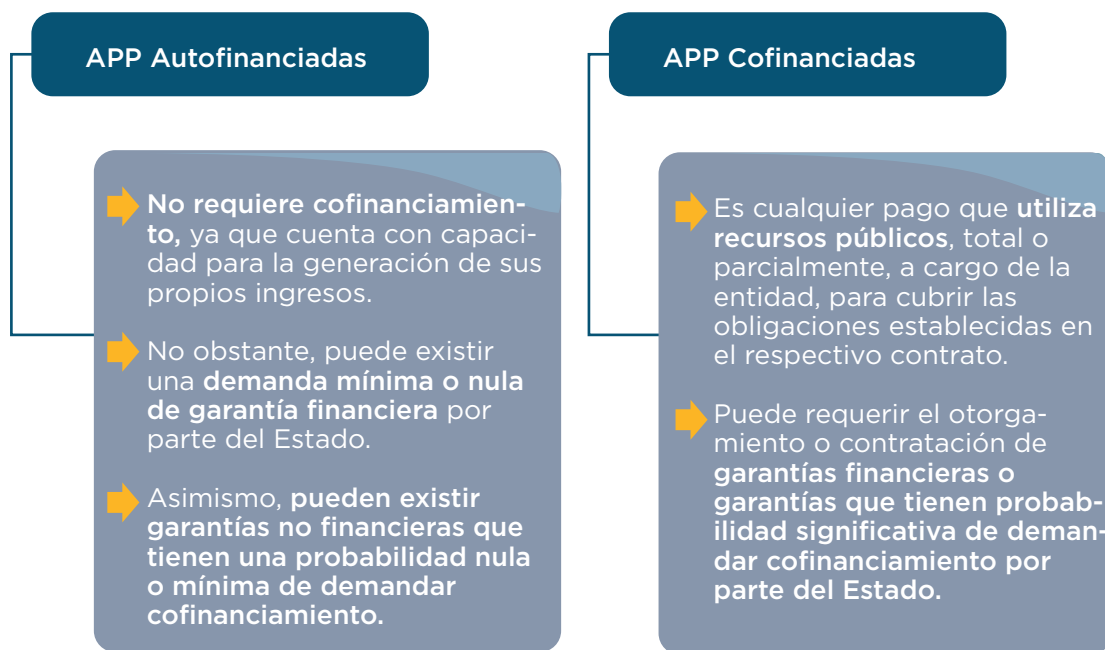
- **Autofinanciadas.** Proyectos de APP con capacidad propia de generación de ingresos, que no requieren cofinanciamiento del sector público y cumplen con las siguientes condiciones:
 - Demanda mínima o nula de garantía financiera.⁸ En este sentido, las garantías financieras son consideradas como mínimas si no superan 5% del costo total de inversión y, en caso de proyectos que no tengan componente de inversión, dichas garantías no superan 5% del costo total del proyecto.
 - Las garantías no financieras que tengan una probabilidad nula o mínima de demandar cofinanciamiento. En este sentido, las garantías no financieras tienen probabilidad mínima o nula, cuando la probabilidad de demandar cofinanciamiento no sea mayor a 10% para cada uno de los primeros cinco años de vigencia de la cobertura de la garantía prevista en el contrato.
- **Cofinanciadas.** Es aquel proyecto de APP que requiere cofinanciamiento o el otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que superen lo establecido en la sección de APP autofinanciada.

7 De acuerdo con el anterior marco normativo de APP (Decreto Legislativo N° 1012), la clasificación de APP autosostenible implicaba que el proyecto se sostuviera solo sin requerir nada del Estado. Bajo dicha definición, la solicitud de aseguramiento o garantías (implícitas y explícitas) eran sujetas a evaluación permanente y continua.

8 El Decreto Legislativo N° 1224 dispone que las garantías financieras, son aquellos aseguramientos de carácter incondicional y de ejecución inmediata, cuyo otorgamiento y contratación por el Estado tiene por objeto respaldar las obligaciones de la contraparte del ministerio, gobierno regional o gobierno local, derivadas de préstamos o bonos emitidos para financiar los proyectos de APP o para respaldar obligaciones de pago del Estado. Esto se explicará con mayor profundidad en el Módulo 5.

Asimismo, el Artículo 12 del Reglamento define “cofinanciamiento” como cualquier pago orientado a cubrir las obligaciones establecidas en el contrato que utilice recursos públicos. Establece también que, para efectos del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, serán recursos públicos los recursos del Estado o que administren las entidades comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la ley, incluyendo, pero sin limitarse, los recursos ordinarios, los recursos provenientes de operaciones oficiales de crédito, los recursos determinados, así como los recursos directamente recaudados, como arbitrios, tasas y contribuciones, entre otros. Con esto, se evitan confusiones sobre la clasificación de proyectos que utilizan recursos derivados de cobros de naturaleza tributaria, como los arbitrios municipales, o contribuciones, como los aportes a ESSALUD, lo que significa que las APP financiadas con dichos recursos siempre se clasifican como cofinanciadas.

Gráfico 5. Diferencia entre una APP autofinanciada y una cofinanciada



Fuente: Elaboración propia.

Por otro lado, el Artículo 12 del Reglamento también especifica que no se considera cofinanciamiento la cesión en uso, en usufructo o bajo cualquier figura similar, de la infraestructura o inmuebles preexistentes, siempre que no exista transferencia de propiedad y estén directamente vinculados al objeto del proyecto; los gastos y costos derivados de las adquisiciones y expropiaciones de inmuebles para la ejecución de infraestructura pública, liberación de interferencias y/o saneamiento de predios; así como, los pagos por concepto de peajes, precios, tarifas y de naturaleza no tributaria, cobrados directamente a los usuarios o indirectamente a través de empresas, incluyendo aquellas de titularidad del Estado o entidades del mismo, para su posterior entrega al inversionista, en el marco del contrato de APP.

Cuadro 4. Ejemplos de gastos y costos que no representan cofinanciamiento ▼

Ejemplo 1. Un proyecto de inversión de infraestructura de hidrocarburos tiene como fin la construcción, operación y mantenimiento de un ducto de transporte de Gas Licuado de Petróleo (GLP) y tanques de almacenamiento, que beneficiará el acceso a la energía a tres regiones del país. Para dicho fin, un gobierno regional pone a disposición del proyecto un área de terreno de su propiedad de 4 000 m² para que se instalen y operen los tanques de almacenamiento de GLP; dicho terreno se entrega mediante cesión en uso. En este caso, se aprecia que si bien el Estado –a través del gobierno regional– pone a disposición un terreno suyo con un valor económico, este preexiste al proyecto y no es transferido en propiedad al privado sino que, al contrario, se sujeta bajo un contrato de cesión en uso, por lo que no puede considerarse como cofinanciamiento.

Ejemplo 2. Los costos asociados a la expropiación de terrenos y liberación de interferencias, para el desarrollo de proyecto de Aeropuerto Internacional en una ciudad del sur del Perú, no son considerados como cofinanciamiento. Esto no implica que la entidad pública contratante no deba presupuestar dichos costos.

Cabe indicar que, si bien los gastos y costos derivados de las adquisiciones y las expropiaciones de los inmuebles para la ejecución de infraestructura pública y la liberación de interferencias y/o saneamiento de predios no son considerados como cofinanciamiento, como parte de la evaluación de alternativas incluida en el literal e) del numeral 16.2 del Artículo 16 del Reglamento, se deberá considerar estos gastos para evitar la priorización de proyectos autofinanciados que generen mayores gastos por dichos conceptos en lugar de utilizar cofinanciamiento.⁹ Adicionalmente, de acuerdo con lo establecido en el literal l) del citado numeral, se debe evaluar la capacidad de pago de la entidad pública correspondiente para asumir dichos compromisos teniendo en cuenta el principio de responsabilidad presupuestal establecido en el Decreto Legislativo N° 1224.

Finalmente, es importante diferenciar el cofinanciamiento que asume el Estado de aquellas obligaciones que asume como contraparte contractual que pueden generar el uso de recursos públicos sin caer dentro de la categoría de cofinanciamiento; por ejemplo, pago por expropiaciones de terrenos y liberación de interferencias, activación de garantías, entre otros.

3.2 ORIGEN: INICIATIVA ESTATAL VERSUS INICIATIVA PRIVADA

Las APP son originadas por iniciativa de los ministerios, gobiernos regionales o gobiernos locales, o por el sector privado mediante la presentación de iniciativas privadas.

3.2.1 INICIATIVA ESTATAL

Hace referencia a los proyectos APP que son originados por iniciativa del Sector Público a través de los ministerios, gobiernos regionales y gobiernos locales. Bajo este tipo de origen, los proyectos APP surgen del proceso de planeamiento de cada entidad, la cual identifica las necesidades en la población y los proyectos que pueden responder a estas necesidades.

⁹ Han existido proyectos autofinanciados en que los gastos por expropiaciones son casi del 50% de los costos de inversión.

Cuadro 5. Ejemplo de proyectos de iniciativa estatal ▼

El Ministerio de Energía y Minas aprueba su Informe Multianual de Inversiones en APP, documento en el que se identifica la cartera de proyectos de inversión de su sector que promoverá mediante APP, entre ellos, dos proyectos de sistemas de distribución de gas natural por red de ductos y transporte virtual de Gas Natural Comprimido para regiones del Oriente peruano financiados con cargos del sistema de hidrocarburos y tarifas de usuarios, y cuatro líneas de transmisión eléctrica de reforzamiento. Todos los proyectos incluidos en dicho informe son de iniciativa estatal pues el Ministerio, por propia iniciativa y planificación, los promoverá para que sean desarrollados por la inversión privada.

3.2.2 INICIATIVA PRIVADA

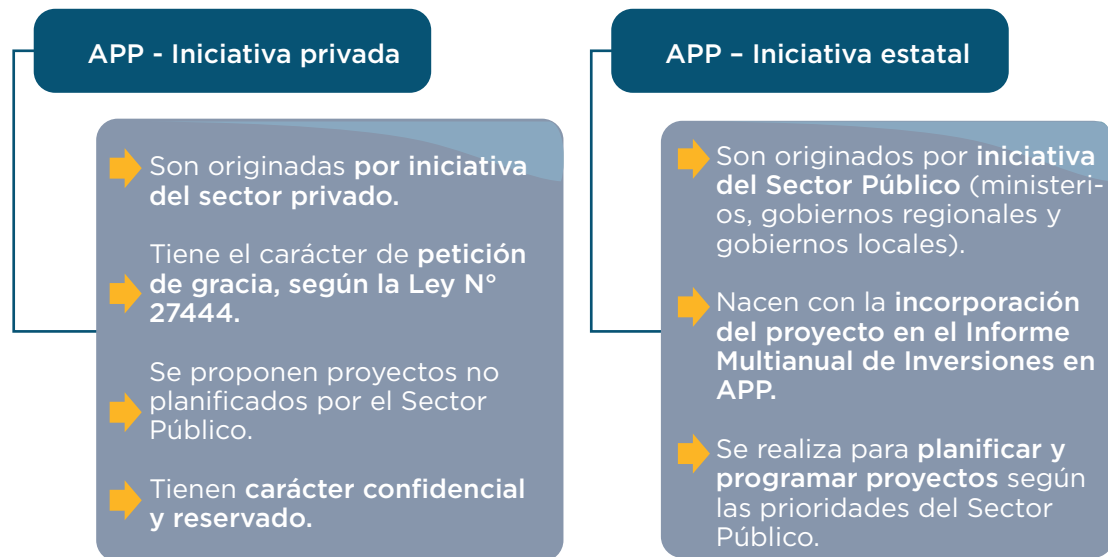
El Artículo 33 del Decreto Legislativo N° 1224 establece que las iniciativas privadas autofinanciadas de ámbito nacional,¹⁰ así como las iniciativas privadas cofinanciadas (IPC) de todos los niveles de gobierno, se presentan ante PROINVERSIÓN, quien asume la competencia de Organismo Promotor de la Inversión Privada (OPIP) de las mismas.

Por su parte, las iniciativas privadas para APP autofinanciadas de ámbito regional o local, son presentadas ante los OPIP de los gobiernos regionales o gobiernos locales, según corresponda.

Es preciso recalcar que las iniciativas privadas poseen carácter de peticiones de gracia a las que se refiere el artículo 112 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en el sentido de que el derecho del proponente se agota con la presentación de la iniciativa privada. Es por esto que no existe posibilidad de cuestionamiento o impugnación del pronunciamiento en sede administrativa o judicial; asimismo, las iniciativas privadas mantienen su carácter de petición de gracia hasta que se convoque el proceso de selección que corresponda o hasta la suscripción del contrato correspondiente en caso de que se adjudique directamente por no haber terceros interesados.

¹⁰ Esto aplica también para los proyectos regulados en el Decreto Legislativo N° 674.

Gráfico 6. APP según origen ▼



Nota: Las iniciativas privadas tienen carácter confidencial y reservado hasta el momento de la declaratoria de interés.

Fuente: Elaboración propia.



4. PRINCIPIOS DE LAS APP

De acuerdo con el Decreto Legislativo N° 1224, los principios que se aplican en todas las fases vinculadas al desarrollo de las APP son siete: (i) competencia, (ii) transparencia, (iii) enfoque de resultados, (iv) planificación, (v) responsabilidad presupuesta, (vi) valor por dinero y (vii) adecuada distribución de riesgos. Estos últimos dos principios son exclusivos para las APP.

Adicionalmente, es importante señalar que un marco normativo cuenta con pautas generales o principios para la implementación de las APP, ya que estos principios son las reglas matrices o el código de conducta a seguir para la implementación de este tipo de proyectos. En las siguientes secciones se explicará en detalle cada uno de los principios establecidos para el desarrollo de las APP.

Gráfico 7. Principios para el desarrollo de una APP ▼



Fuente: Elaboración propia.

4.1 COMPETENCIA

Como el contrato de APP tiene un carácter monopólico, ya que asigna a un privado la explotación de un bien o servicio público en un horizonte de largo plazo, la competencia del proceso de licitación es clave para lograr valor por dinero para los usuarios y el Estado.

El principio de competencia establece que los procesos de promoción de la inversión privada promueven la búsqueda de competencia, igualdad de trato entre los postores y evitan conductas anticompetitivas o colusorias.

Todos los procesos de promoción de la inversión privada promueven la búsqueda de la competencia. Así, por ejemplo, se cumpliría este objetivo si se establecen requisitos legales, técnicos, económicos y financieros a los postores de acuerdo con el objetivo del proyecto de APP, que a la vez permitan la participación del mayor número de interesados posible, a fin de que exista una verdadera competencia por el proyecto. De esta manera, el proceso de selección servirá para elegir al postor con mejor capacidad y experiencia para cumplir con el objetivo del proyecto y con la mejor propuesta económica como resultado de la mayor competencia en el proceso, lo que, en el caso específico de las APP, ayuda a generar mayor valor por dinero.

Bajo este principio, también se señala que debe existir igualdad de trato entre todos los postores, lo que implica que no se pueden establecer requisitos que den mayor oportunidad de participación o puntuación a condiciones que no respondan al objetivo principal del proyecto. Así, dar mayor puntaje a empresas nacionales por el solo hecho de tener dicha condición (el denominado componente nacional) podría no estar en línea con el principio de competencia. Es recomendable tener en cuenta los pronunciamientos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOP), entidad que ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este tema.

Aun cuando la normativa de APP no lo señale expresamente, es pertinente mencionar que el principio de competencia también se aplica y mantiene a lo largo de la ejecución del contrato; muestra de esto se encuentra en el Artículo 22 del Decreto Legislativo N° 1224, que establece que, en la etapa de

renegociación contractual, las modificaciones planteadas no solo deben mantener el equilibrio económico financiero, sino también las condiciones de competencia del proceso de promoción. Con esto se busca cautelar que las reglas a introducirse en el contrato no terminen por variar las condiciones de competencia que fueron determinantes para la selección del inversionista privado.

Asimismo, bajo este principio también se establece que los procesos de promoción de la inversión privada deben evitar conductas anticompetitivas o colusorias.

Según la OCDE (2012), la competencia, tanto en el proceso de adjudicación como en el mercado en el que se encontrará un proyecto de APP, coadyuva a asegurar una efectiva transferencia de riesgos, que la solución óptima sea desarrollada por el sector privado y que se consiga la oferta más competitiva. Para esto, la OCDE menciona que el sector privado debe conocer que existe la posibilidad de que otra entidad privada entre en los procesos de promoción. Asimismo, es beneficioso mantener un ambiente abierto y no discriminatorio para la inversión, y los pasos del proceso deben asegurar que tanto los inversionistas domésticos como los extranjeros puedan competir en igualdad de condiciones.

4.2 TRANSPARENCIA

Bajo este principio, se dispone que la información cuantitativa (análisis y proyecciones numéricas, etc.) y cualitativa (estadísticas, descripción y análisis de temas del proyecto, etc.) que se utilice para la toma de decisiones en las etapas de evaluación, desarrollo, adjudicación, implementación y rendición de cuentas de un proyecto de APP, es de acceso y conocimiento público en virtud del principio de publicidad reconocido en las normas que regulan el acceso a la información pública en Perú. La aplicación de este principio se refleja en la disponibilidad pública de la información contenida en el Registro Nacional de Contratos de Asociaciones Público Privadas.

Sin embargo, se debe tener presente que, según la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1224, el acceso y conocimiento público no aplica a la información vinculada a las evaluaciones económico-financieras que sirven para determinar las variables de competencia utilizadas

en el diseño y estructuración de los procesos de promoción de la inversión privada que forman parte del Registro Nacional de Contratos de Asociaciones Público Privadas, el cual es administrado por la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada del MEF. Dicha información, en caso de cumplir con los requisitos señalados, tiene el carácter de confidencial por lo que no puede ser material de acceso público.

Otra excepción a este principio se encuentra en el Artículo 26 del Reglamento, que dispone que el postor adjudicatario del proyecto puede solicitar al OPIP la reserva de información de su modelo económico-financiero sobre el proyecto, que entregó previamente a la suscripción del contrato de APP.

De manera general, si bien este principio permite el acceso público a la información del proyecto en cualquiera de sus fases, se debe complementar con la aplicación de otras normas, como el ya mencionado Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, y las excepciones que regula. Así, por ejemplo, el Artículo 17 de esta norma dispone que el derecho de acceso a la información pública no puede ser ejercido respecto a información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas durante el proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, hasta que dicha decisión se tome y se haga referencia expresa a los consejos y recomendaciones efectuadas. Bajo este supuesto, en la fase de estructuración y transacción de un proceso de promoción de inversión privada de una APP, se producen diversos informes y estudios sobre aspectos económicos, técnicos y legales del proyecto que establecen análisis y recomendaciones sobre los factores de competencia para el concurso. De esta manera, dicha información, en caso de que sea solicitada por un postor o un privado tercero, estaría bajo la excepción de acceso a la información pública en aplicación de las propias normas que regulan dicho derecho, hasta que se adopte la decisión; por ejemplo, la adjudicación de un proyecto.

4.3 ENFOQUE DE RESULTADOS

De acuerdo con el literal c) del Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1224, el principio de enfoque de resultados establece que las entidades públicas, en el desarrollo de sus funciones, adoptan las acciones que permiten la ejecución oportuna de la inversión privada y, además, identifican e informan sobre las trabas que afectan el desarrollo de los proyectos de APP.

La aplicación de este principio se detalla en el numeral 2.2 del Artículo 2 del Reglamento, el cual establece reglas que las entidades públicas deben seguir para su aplicación en la toma de decisiones. Estas son:

- a. Entre dos o más alternativas legalmente viables, se debe optar por aquella que permita la ejecución oportuna del proyecto, promueva la inversión, garantice la disponibilidad del servicio y/o permita alcanzar o mantener los niveles de servicio del proyecto.
- b. En todas las fases del proyecto, las entidades públicas deben dar celeridad a sus actuaciones, evitando acciones que generen retrasos basados en meros formalismos.
- c. En caso de controversias durante la ejecución del proyecto, cuando se cuente con pruebas, evaluaciones o elementos de juicio que permitan determinar que es más conveniente en términos de costo beneficio, optar por el trato directo en lugar de acudir al arbitraje. La entidad pública debe preferir resolver dichas controversias mediante trato directo.

Asimismo, el numeral 2.3 de la mencionada norma añade que para la aplicación de estas reglas, el órgano competente de la entidad pública debe sustentar técnica, financiera y legalmente sus decisiones. Establece que los órganos del Sistema Nacional de Control no pueden cuestionar su ejercicio por el solo hecho de tener una opinión distinta, de acuerdo con la normatividad vigente.

A su vez, los “meros formalismos” mencionados líneas arriba deben ser entendidos como aquellas formalidades irrelevantes para la toma de decisiones, por lo que su consideración no afecta el interés público ni contraviene normas legales (Morón Urbina, 2014).

4.4 PLANIFICACIÓN

De acuerdo con el literal d) del Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1224, el principio de planificación establece que el Estado, a través de los ministerios, gobiernos regionales y gobiernos locales, prioriza y orienta el desarrollo ordenado de las APP según las prioridades nacionales, sectoriales, regionales y locales, considerando para esto la política de descentralización del país.

La planificación de la cartera de proyectos de estas entidades debe considerar sus necesidades y el impacto socioeconómico de los proyectos, de manera que se genere una cartera referencial de proyectos por cada entidad.

Debido a la complejidad y el alcance de largo plazo, se requiere además trabajar en un compromiso con la sociedad civil para el uso exitoso de las APP, especialmente cuando las APP proveen servicios públicos que son esenciales. La consulta activa y el involucramiento con los actores de las APP deben ser elementos integrales del proceso de desarrollo del proyecto; se debe promover el involucramiento de los usuarios finales en él, de manera que el proyecto sea percibido como legítimo.

Con la finalidad de compatibilizar el principio de planificación en las IPC, el Decreto Legislativo N° 1224 establece, en el numeral 39.1, que la presentación de IPC para proyectos a ser financiados total o parcialmente por el Gobierno Nacional se realicen sobre las materias que se determinen mediante Decreto Supremo refrendado por los ministerios solicitantes y el MEF. Con esto, se busca que los sectores identifiquen sus necesidades de intervención en infraestructura sobre las cuales desean recibir propuestas del sector privado.

Por otro lado, es preciso señalar que este principio se materializa en la fase de planeamiento y programación de las APP, en el Informe Multianual de Inversiones en APP, documento sobre el que se ahondará detalladamente en el Módulo 4.



4.5 RESPONSABILIDAD PRESUPUESTAL

Las APP, independientemente de su clasificación como autofinanciadas o cofinanciadas o de su origen como iniciativa estatal o iniciativa privada, implican que el Estado asuma, por largos años, compromisos de pago firmes (obligación de pago de montos específicos o cuantificables) o contingentes (posibles pagos que se activarán solo por la ocurrencia de determinados supuestos previstos en el contrato, denominados “contingentes fiscales”) que lo obligarán a destinar recursos públicos para cumplir con sus obligaciones. Adicionalmente, se debe tener presente que el ciclo presupuestal es de periodicidad anual, por lo que existe el riesgo de que la fecha para cumplir con los compromisos de pago no calce con la disposición de los recursos públicos necesarios.

En vista de esto, la normativa de APP exige que las entidades públicas tengan en consideración su capacidad de pago; es decir, su capacidad presupuestal tanto en monto como en oportunidad, para asumir los compromisos de pago en los contratos de APP, a fin de no comprometer el equilibrio presupuestario, la sostenibilidad de las finanzas públicas y la prestación regular de los servicios públicos. Sobre el particular, no se debe confundir la exigencia de capacidad presupuestal exigida por este principio con el destino de los recursos públicos, pues los ministerios, gobiernos regionales y gobiernos locales son las autoridades competentes para decidir en qué proyectos utilizan sus recursos.

Cuadro 6. Aplicación de responsabilidad presupuestal en un proyecto de APP ▼

Ejemplo: Considérese una APP cofinanciada en la que una entidad titular de un proyecto se compromete a realizar pagos a un inversionista para cubrir determinados costos durante los primeros cinco años, sin antes evaluar la suficiencia de sus recursos públicos para cumplir con dicha obligación. El resultado sería un posible incumplimiento de pagos por falta de capacidad presupuestal de la entidad al no haber analizado desde un inicio si contaba con los recursos suficientes para responder a sus compromisos en la APP.

Como menciona la OCDE (2012), las APP son más difíciles de integrar al presupuesto anual que los gastos ordinarios, ya que las obligaciones de APP son multianuales. Esto ocasiona que las evaluaciones presupuestarias de las APP sean particularmente importantes en etapas tempranas del proyecto. A fin de lograr esto, el marco normativo vigente en Perú establece la elaboración del Informe Multianual de Inversiones en APP, el cual, en la sección de programación, contiene la información presupuestaria de los proyectos de APP de las entidades públicas.

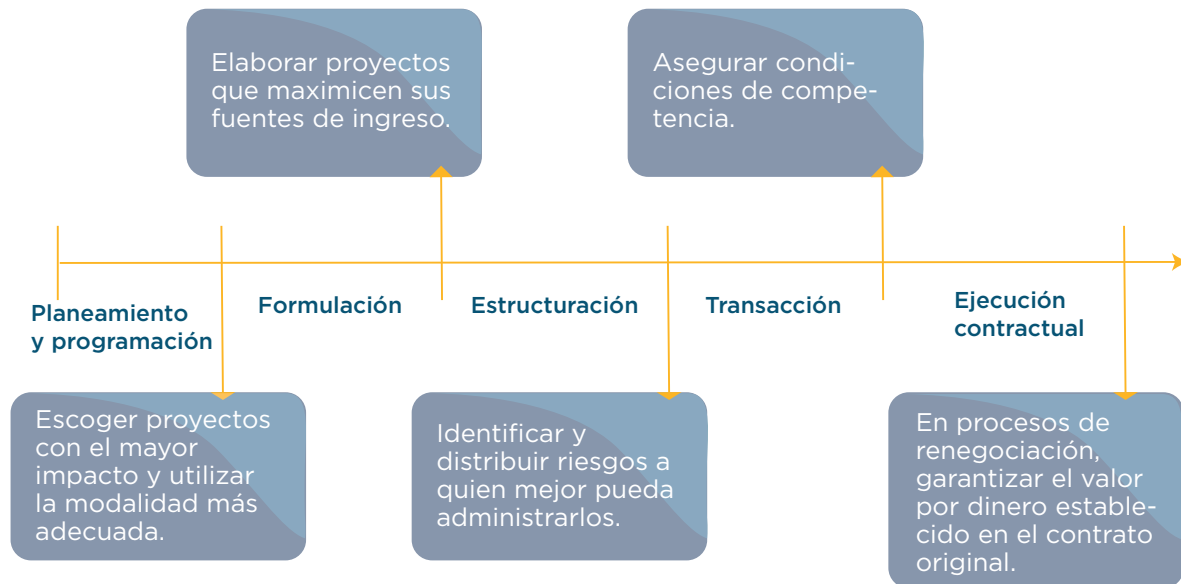
4.6 VALOR POR DINERO

De acuerdo con el Reglamento, el principio de valor por dinero tiene como objetivo la búsqueda de la combinación óptima entre los costos y la calidad del servicio público ofrecido a los usuarios, teniendo en cuenta una adecuada distribución de riesgos en todas las fases del proyecto de APP. La generación de valor por dinero en las fases de desarrollo de las APP es responsabilidad de la entidad pública y puede darse, entre otros, en el momento de:

- Priorizar los proyectos que generen un mayor valor para la sociedad en su conjunto, considerando el manejo eficiente de los recursos.
- Seleccionar la modalidad de ejecución más adecuada para llevar a cabo el proyecto, teniendo en cuenta la aplicación de los criterios de elegibilidad.
- Identificar los riesgos y distribuirlos a aquella parte con mayores capacidades para administrarlos.
- Asegurar las condiciones de competencia, a través de un proceso de promoción transparente, garantizando la igualdad de condiciones entre todos los participantes.

Asimismo, es importante notar que el valor por dinero generado durante las fases de una APP debe mantenerse durante la fase de ejecución contractual, lo que implica que, de necesitarse un proceso de renegociación contractual, este se realice de una forma transparente, basado en las condiciones del contrato original y de acuerdo con los procedimientos establecidos en la normativa vigente. Según la OCDE (2012), las entidades públicas deben estar suficientemente preparadas para la fase de ejecución contractual, ya que mantener y asegurar el valor por dinero requiere de la misma vigilancia y esfuerzo necesarios durante las fases previas de desarrollo del proyecto de APP.

Gráfico 8. Generación de valor por dinero en las distintas fases de una APP ▼



Fuente: Elaboración propia.

4.7 ADECUADA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS

Vinculado al valor por dinero, este principio establece que debe existir una adecuada distribución de riesgos entre las partes (pública y privada), de manera que estos sean asignados a aquella parte con mayores capacidades para administrarlos, considerando el perfil de riesgos del proyecto. La mayor capacidad para administrarlos puede entenderse como contar con mayor experiencia, conocimiento o herramientas para evitar su ocurrencia o, en caso de que ocurran, para mitigarlos de la mejor forma y al menor costo posible.

Si bien existen determinados riesgos que por lo general son asumidos por la parte privada, como el de diseño y construcción, su distribución final dependerá de diversos factores, como el tipo del proyecto de APP y el objetivo del mismo. Por eso, la normativa de APP señala que, para una adecuada distribución,

se debe tener en cuenta el perfil de los riesgos por cada proyecto, de manera particular. Se debe considerar que los riesgos retenidos por el Estado son un factor clave para el análisis del impacto fiscal.

Este principio se alinea con lo mencionado por la OCDE (2012) que establece además que los riesgos deben ser definidos, identificados, medidos y asignados a la parte a la que le cueste menos prevenirlo o a aquella cuyo costo, en caso de que el riesgo se materialice, sea menor. Asimismo, de acuerdo con la OCDE, es preciso tomar en cuenta que los riesgos no deben ser transferidos al sector privado solo por el hecho de traspasarlos o para alcanzar un tratamiento contable ventajoso.



ANEXO SOBRE LOS PROYECTOS EN ACTIVOS

Además de las APP, el Decreto Legislativo N° 1224 implementa una modalidad de participación de la inversión privada denominada “Proyectos en Activos”, que permite a los ministerios, gobiernos regionales y gobiernos locales promover la inversión privada sobre activos de su titularidad a través del OPIP respectivo, bajo los siguientes esquemas:

- Disposición de activos, que incluye la transferencia total o parcial, incluso mediante la permuta de bienes inmuebles.
- Contrato de cesión de uso, arrendamiento, superficie, usufructo u otras modalidades permitidas por ley.

Cuadro 7. Ejemplo de Proyecto en Activos ▼

Ejemplo: Una iniciativa privada para desarrollar un proyecto hospitalario, que consiste en la entrega del Estado peruano a un privado, mediante permuta, del terreno donde se ubica un antiguo hospital, para que construya un centro comercial. A cambio de esta entrega, el privado construirá un nuevo y mejorado hospital ubicado en otro lugar.

Asimismo, cabe indicar que los contratos de Proyectos en Activos no pueden comprometer recursos públicos ni trasladar riesgos propios de una APP a la entidad pública, salvo disposición legal expresa. Por ejemplo, en un contrato de usufructo de un terreno de la municipalidad a favor de un inversionista destinado al desarrollo de un complejo comercial, los riesgos –al ser un negocio privado– son asumidos íntegramente por el inversionista. Una excepción se encuentra en la Ley de Presupuesto del año fiscal 2014, Ley N° 30114, en la Séptima Disposición Complementaria Modificatoria, que permite el uso de recursos públicos para el desarrollo de Proyectos en Activos del sector Justicia. Cabe advertir que los Proyectos en Activos (indistintamente si usan o no recursos públicos) no son APP, por lo que no se aplica la clasificación de autofinanciada o cofinanciada.

Esta modalidad de promoción de la inversión privada tiene como antecedente el Decreto Legislativo N° 674 (ver Módulo 1) y su aplicación considera únicamente a las entidades mencionadas (Ministerio, Gobierno Regional y Gobierno Local), excluyendo la participación de las empresas públicas que siguen circunscritas al ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 674.

Principios aplicables a los Proyectos en Activos

De acuerdo con el Decreto Legislativo N° 1224 los principios de aplicación para los Proyectos en Activos son cinco: (i) competencia, (ii) transparencia, (iii) enfoque de resultados, (iv) planificación y (v) responsabilidad presupuestal. El detalle de dichos principios se puede revisar en la sección 4 de este módulo.

Ideas principales

- Las APP en Perú se definen como modalidades de participación de la inversión privada, en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos y tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objetivo de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública y/o proveer servicios públicos bajo los mecanismos contractuales permitidos por el marco legal vigente.
- Las características principales de una APP son: (i) la relación entre el sector público y el sector privado debe tener una larga duración; (ii) el sector privado debe participar de algún modo en la financiación; (iii) el sector privado debe tener un papel fundamental en el mantenimiento y explotación de la infraestructura (o provisión de servicio), y (iv) la relación contractual debe establecer una adecuada distribución de riesgos entre el sector público y el sector privado.
- Las APP se pueden desarrollar no solo sobre proyectos de infraestructura pública o servicios públicos, sino también sobre la prestación de servicios vinculados a infraestructura pública y servicios públicos y proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica. Asimismo, existen APP que no contienen componentes de inversión.
- Los proyectos de APP se clasifican en autofinanciados y cofinanciados, dependiendo de la necesidad de recursos públicos así como de la demanda de garantías financieras y no financieras. Existen tratamientos diferentes para ambos casos.

- Las APP pueden originarse mediante iniciativas estatales o iniciativas privadas. Estas últimas poseen carácter de peticiones de gracia. Existen tratamientos diferentes para ambos casos.
- El marco normativo de APP establece cinco principios generales: (i) competencia, (ii) transparencia, (iii) enfoque de resultados, (iv) planificación y (v) responsabilidad presupuestal, así como dos principios adicionales aplicables específicamente para las APP: (vi) valor por dinero y (vii) asignación adecuada de riesgos.

BIBLIOGRAFÍA SUGERIDA

OCDE (2012). *Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships*. Disponible en: <https://www.oecd.org/governance/budgeting/PPP-Recommendation.pdf>

Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Banco Asiático de Desarrollo (BAsD) y el Banco Mundial (WB) (2014) *Guía de Referencia para Asociaciones Público Privadas, Versión 2.0*. http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2014/09/08/000442464_20140908133431/Rendered/PDF/903840PPP0Refe0Box385311B000PUBLIC0.pdf

Banco Mundial (2013). *Implementing a Framework for Managing Fiscal Commitments from Public Private Partnerships*. [Nota operacional]. Washington D.C.: Banco Mundial.

Corporación Andina de Fomento (2010). *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*. Disponible en: <https://www.caf.com/media/3163/LibroinfraestructuraFINAL.pdf>

PPIAF (2014). *Unsolicited Proposals - An Exception to Public Initiation of Infrastructure PPPs. An Analysis of Global Trends and Lessons Learned*. Disponible en: http://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/publication/UnsolicitedProposals_PPIAF.pdf

Shack, N. (2016). *Reformas de gasto público y crecimiento económico. El caso de las Asociaciones Público-Privadas en el Perú y la inversión "impulsada"*. Santiago de Chile: CEPAL.

Serebrisky, T., A. Suárez-Alemán, D. Margot, M. C. Ramirez (2015). *Financing Infrastructure in Latin America and the Caribbean: How, How much and by Whom?*. Washington D.C.: BID. Disponible en: <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7315/Infraestructura%20Financing.%20Definitivo.pdf?sequence=1>

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

Banco Interamericano de Desarrollo (BID). (2015). *Asociaciones Público Privadas: Implementando Soluciones en Latinoamérica y el Caribe*. Washington DC: BID.

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y EuroStat. (2006). *Manual de Oslo: Guía para la recogida e interpretación de datos sobre innovación*. Disponible en: http://www.uis.unesco.org/Library/Documents/OECD Oslo Manual 05_spa.pdf

<http://www.oecd.org/sti/inno/oslomanualguidelinesforcollectingandinterpretinginnovationdata3rdedition.htm>

OCDE y Foro Consultivo Científico y Tecnológico. (2012). *La Estrategia de Innovación de la OCDE. Empezar hoy el mañana*. Disponible en: http://www.foroconsultivo.org.mx/libros_editados/estrategia_innovacion_ocde.pdf

OCDE. (2012). *Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships*. Disponible en: <https://www.oecd.org/governance/budgeting/PPP-Recommendation.pdf>

Morón Urbina, J. C. (2014). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica.

Vargas Cordero, Z. (2009). *La Investigación Aplicada; Una forma de conocer las realidades con evidencia científica*. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/440/44015082010.pdf>



INDES



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

FIN

Fondo Multilateral de Inversiones
Miembro del Grupo BID



ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN PERÚ: ANÁLISIS DEL NUEVO MARCO LEGAL

MÓDULO III

DISEÑO INSTITUCIONAL:
SISTEMA NACIONAL
DE PROMOCIÓN DE LA
INVERSIÓN PRIVADA

INDES



FIN
Fondo Multilateral de Inversiones
Miembro del Grupo BID

**Asociaciones Público Privadas en Perú:
Análisis del Nuevo Marco Legal**

Gerente del Sector de Conocimiento y Aprendizaje:
Federico Basañes

Jefe del Instituto Interamericano para el Desarrollo Económico y Social - INDES:
Juan Cristóbal Bonnefoy

Gerente General del Fondo Multilateral de Inversiones - FOMIN:
Brigit Signe Helms

Coordinadores Generales del Programa:
José Yitani Ríos (INDES/BID)
Rocío Medina Bolívar (BID)
Miguel Almeyda (FOMIN/BID)
Giancarlo Marchesi (MEF)

Adaptación y edición para el programa:
Alvaro Valencia (MEF) Karin Granda (MEF)
Robert Pilkington (FOMIN/BID) Germán Ferreyra (MEF)
Ana Haro (INDES/BID) Frank Taipe (MEF)

Revisión de contenidos (BID):
Reinaldo Fioravanti
Ignacio Astorga
Gerardo Reyes-Tagle
Federico Lau
Adriana S La Valley
Sylvia Larrea
Mónica Almonacid

Contenidos basados en los documentos originales:
Decreto Legislativo N. 1224 y su Reglamento

Corrección de estilo y maquetación:
Manthra Comunicación

Copyright©2016 Banco Interamericano de Desarrollo. Esta obra se encuentra sujeta a una licencia Creative Commons IGO 3.0 Reconocimiento-NoComercial-SinObrasDerivadas (CC-IGO 3.0 BY-NC-ND) (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/igo/legalcode>) y puede ser reproducida para cualquier uso no-comercial otorgando crédito al BID. No se permiten obras derivadas.

Cualquier disputa relacionada con el uso de las obras del BID que no pueda resolverse amistosamente se someterá a arbitraje de conformidad con las reglas de la CNUDMI (UNCITRAL). El uso del nombre del BID para cualquier fin distinto al reconocimiento respectivo y el uso del logotipo del BID, no están autorizados por esta licencia CC-IGO y requieren de un acuerdo de licencia adicional.

Note que el enlace URL incluye términos y condicionales adicionales de esta licencia.

Las opiniones expresadas en esta publicación son de los autores y no necesariamente reflejan el punto de vista del Banco Interamericano de Desarrollo, de su Directorio Ejecutivo ni de los países que representa. El BID ha elaborado este documento como material académico, su contenido no constituye un reconocimiento o recomendación sobre la legislación mencionada.



ÍNDICE

Objetivo del Módulo	5
Objetivos de Aprendizaje	5
1. Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada.....	6
1.1. Antecedentes del Sistema.....	6
1.2 Creación del Sistema.....	9
2. Integrantes del Sistema	10
2.1. Intervención de las entidades públicas en las fases de una APP.....	12
2.2. Ministerio de Economía y Finanzas (MEF).....	13
2.2.1 La función rectora del MEF en el marco del Sistema.....	13
2.2.2 Monitoreo de los compromisos firmes y contingentes de las APP.....	15
2.3. Ministerios, gobiernos regionales y gobiernos locales	20
2.3.1 Roles generales de los ministerios, gobiernos regionales y gobiernos locales.....	20
2.3.2. Comités de Inversiones	23

2.4. Organismos Promotores de la Inversión Privada (OPIP)	25
2.4.1. Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN)	28
2.4.2. Asignación de proyectos al OPIP correspondiente.....	31
2.5. Otras entidades del Gobierno Nacional: sectores regulados y sectores no regulados	33
2.5.1. Supervisión en sectores regulados	33
2.5.2. Supervisión en sectores no regulados.....	39
Ideas principales.....	40
Bibliografía sugerida.....	42
Bibliografía general	42

OBJETIVO DEL MÓDULO

En este módulo se analiza el nuevo Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada (o el Sistema), en el contexto del Decreto Legislativo N° 1224 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF. Asimismo, se explica las funciones de todas las entidades públicas que integran el Sistema y su interacción en las fases de desarrollo de las Asociaciones Público-Privadas (APP).

OBJETIVOS DE APRENDIZAJE

- Comprender la finalidad de la creación del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada como un sistema funcional que permite la aprobación y aplicación transversal de la política nacional en materia de APP y que promueve la coordinación entre sus integrantes.
- Distinguir los objetivos que buscan un sistema funcional, como el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, y los sistemas administrativos, como el Sistema Nacional de Inversión Pública.
- Identificar las entidades públicas que integran el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada y comprender sus funciones en el desarrollo de APP.
- Conocer las funciones, responsabilidades y competencias del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) como ente rector que aprueba y articula la política nacional de APP de manera transversal en todos los niveles del Estado peruano.
- Conocer las funciones de los ministerios, gobiernos regionales y gobiernos locales como entidades titulares de proyectos de APP y el rol que desempeña el Comité de Inversiones de cada uno.
- Conocer la finalidad y funciones de los Organismos Promotores de la Inversión Privada (OPIP), incluyendo PROINVERSIÓN y los comités de inversiones.
- Comprender el rol e importancia de otras entidades públicas que integran el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, como los organismos reguladores en el desarrollo de los proyectos de APP, en Perú.

- Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) , a los que busca dar respuesta el Decreto Legislativo N° 1224.

A lo largo de este módulo se utilizarán los siguientes términos normativos, cuyo significado se detalla a continuación:

- **Decreto Legislativo N° 1224:** Se refiere al Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas (APP) y Proyectos en Activos.
- **Reglamento:** Se refiere al Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF.
- **Normativa de APP:** Se refiere al Decreto Legislativo N° 1224 y el Reglamento.

1. SISTEMA NACIONAL DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA

Distintas entidades públicas, tanto a nivel central como regional y local, intervienen con distintas funciones y objetivos durante las etapas de desarrollo de APP, desde el planeamiento y programación hasta la ejecución contractual. En este contexto, el marco institucional y procedimental de las APP está organizado bajo el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, el cual busca asegurar la articulación y cumplimiento de la política nacional de inversión privada en APP en los tres niveles de gobierno del Estado peruano (Gobierno Nacional, Gobierno Regional y Gobierno Local).

1.1. ANTECEDENTES DEL SISTEMA

Conforme se mencionó en el Módulo 1, antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1224, el desarrollo de los proyectos de inversión mediante APP se regía por el Decreto Legislativo N° 1012 del año 2008, su Reglamento y otras normas especiales según la modalidad contractual que adoptaba la APP; por ejemplo, en el caso de las concesiones, también resultaba aplicable de manera complementaria el Texto Único Ordenado (TUO) de Concesiones

aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM y su Reglamento, aprobado, a su vez, por Decreto Supremo N° 060-96-PCM.

Si bien un marco legal definía las reglas del juego para las APP en Perú, la experiencia en el desarrollo de este tipo de proyectos en los últimos años (ver Módulo 1) evidenció que existían oportunidades de mejora en el marco institucional peruano, así como en el proceso de planificación y diseño de las APP.

Cuadro 1. Oportunidades de mejora del marco institucional previo al Decreto Legislativo N° 1224 ▼



Para aprovechar estas oportunidades de mejora e introducirlas a nivel normativo, se tuvo en cuenta que la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158 aprobada en el año 2007, permite que las actividades de la Administración Pública en las que intervienen distintas entidades estatales se organicen a través de sistemas administrativos o sistemas funcionales, descritos en el Recuadro 1.

Recuadro 1. Tipos de sistemas en la Administración Pública ▼

De acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, **Ley N° 29158**, los sistemas son los conjuntos de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos mediante los cuales se organizan las actividades de la Administración Pública que requieren ser realizadas por todas o varias entidades de los poderes del Estado, los organismos constitucionales y los niveles de gobierno. Se dividen en dos tipos: (i) sistemas funcionales y (ii) sistemas administrativos.

Sistemas funcionales

Su finalidad es asegurar el cumplimiento de las políticas públicas que requieren la participación de todas o varias entidades del Estado.

Ejemplos de estos sistemas son el Sistema Nacional de Gestión Ambiental, que busca supervisar, integrar y coordinar la aplicación de políticas destinadas a la protección del ambiente, el Sistema Nacional o el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres.

Sistemas administrativos

Su finalidad es regular la utilización de los recursos en las entidades de la administración pública, promoviendo la eficacia y eficiencia en su uso.

Ejemplos de estos sistemas son el Sistema Nacional de Inversión Pública, que busca el uso eficiente de los recursos públicos en proyectos de inversión, o el Sistema Nacional de Tesorería.

1.2 CREACIÓN DEL SISTEMA

El Decreto Legislativo N° 1224 del año 2015 creó el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada como un sistema funcional cuyo objetivo es articular y garantizar el cumplimiento de la política nacional de APP de manera intersectorial y transversal en todos los niveles de gobierno. Esta política nacional se concatena con las políticas sectoriales, regionales o locales a cargo de los ministerios, gobiernos regionales y gobiernos locales respectivamente, al establecer los mecanismos e instrumentos necesarios para que las entidades promuevan sus proyectos de inversión con potencial de APP. Un sistema funcional, a diferencia de un sistema administrativo, tiene como objetivo primordial la formulación de políticas y su aplicación mediante la coordinación permanente entre los integrantes del sistema. De esta manera, su desafío es establecer esquemas de gobernanza compartida que permitan cumplir con el objetivo esperado de implementación de la política.

La creación del Sistema guarda coherencia con la *Recomendación del Consejo sobre Principios para Gobernanza Pública de las Asociaciones Público Privadas de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos* (OCDE, 2012), la cual señala la necesidad de contar con un marco institucional claro de APP, predecible y legítimo, apoyado por autoridades competentes y adecuadamente financiadas.

Tomando como referencia las mejores prácticas institucionales en APP y lo permitido por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo del año 2007, el Sistema se estructura sobre la base de cuatro elementos básicos: La Ley y su Reglamento, la política, las resoluciones ministeriales y directivas dictadas por el MEF, autoridad técnico-normativa, y los contratos.

En este sentido, en la actualidad existen la Ley y el Reglamento (aprobados mediante Decreto Legislativo N° 1224 y Decreto Supremo N° 410-2015-EF, respectivamente), la Política Nacional de Promoción de la Inversión Privada en APP (aprobada por Decreto Supremo N° 077-2016-EF)¹, mientras que las demás normas que las complementan, tales como las directivas², se encuentran en fase de desarrollo.

1 Decreto Supremo que aprueba la Política Nacional de Promoción de la Inversión Privada en APP y Proyectos en Activos, publicado el 11 de abril de 2016.

2 Entre las directivas se encuentra la Resolución Directoral N° 002-2016-EF/68.01, publicada el 7 de abril de 2016, la cual aprueba los lineamientos para la elaboración del Informe Multianual de Inversiones en APP para el año 2016. A la fecha, el MEF está trabajando en la publicación de otras directivas, como los lineamientos para la aplicación de los criterios de elegibilidad de los proyectos de APP.

A modo de resumen, se puede señalar que el Sistema se creó con la finalidad de:

- Asegurar que las entidades públicas dirijan sus esfuerzos de una forma coordinada respecto al cumplimiento de la Política Nacional de la Inversión Privada en APP. La coordinación implica no sobrepasar las funciones de los demás integrantes del Sistema y consultar con el ente rector cualquier duda en la aplicación de la normativa.
- Fomentar la coordinación entre las distintas entidades, buscando la cooperación, el intercambio de información, la retroalimentación de procesos y la mejora de las capacidades, a fin de promover un mayor número y una mejor calidad en los proyectos de APP.
- Eliminar los compartimientos estancos entre las entidades del Estado.
- Lograr que el ente rector interprete la normativa existente, y que su opinión tenga carácter vinculante para todas las entidades estatales, y además que genere nuevas normas necesarias.

2. INTEGRANTES DEL SISTEMA

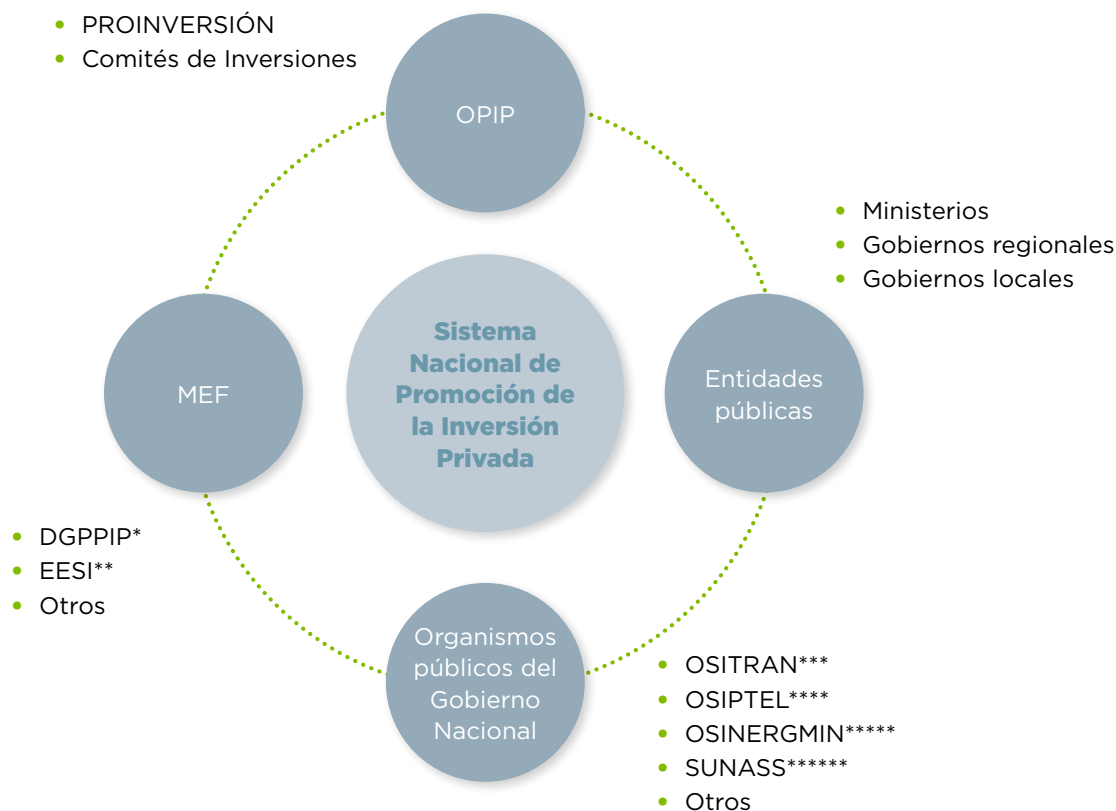
Según el Decreto Legislativo N° 1224, son integrantes del Sistema las siguientes entidades:

1. **Ministerio de Economía y Finanzas (MEF):** Es el ente rector y la máxima autoridad técnico-normativa del Sistema y tiene como función asegurar y articular el cumplimiento de la Política Nacional de Promoción de la Inversión Privada en APP.
2. **Ministerios, gobiernos regionales y gobiernos locales.** Son los titulares de los proyectos de APP y, como tales, participan en todas las fases de desarrollo del proyecto. Asimismo, en ellos se encuentran los Comités de Inversiones que actúan principalmente como órganos de coordinación y como OPIP, conforme se detalla en la sección 2.3.1 de este módulo.
3. **Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN).** Se desempeña como el OPIP del Gobierno Nacional; es decir, se encarga de conducir procesos de promoción de proyectos de relevancia nacional. Asimismo, puede desempeñarse como OPIP de los gobiernos regionales y locales,

en caso de que dichas entidades le encarguen los procesos de promoción de sus proyectos.

4. Organismos públicos del Gobierno Nacional. Agrupan un diverso grupo de entidades públicas, entre las cuales se destacan los organismos reguladores y entidades como la Autoridad Portuaria Nacional, entre otras.³

Gráfico 2. Integrantes del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada ▼



Notas: *DGPPPIP: Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada.
 **EESI: Equipo Especializado de Seguimiento de la Inversión.
 ***OSITRAN: Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público.
 ****OSIPTTEL: Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones.
 *****OSINERGMIN: Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería.
 *****SUNASS: Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento.
 Fuente: Elaboración propia.

³ Tiene bajo su competencia los procesos de promoción de inversión privada de proyectos en infraestructura portuaria de titularidad pública, para lo cual celebra convenios de cooperación con PROINVERSIÓN.

2.1. Intervención de las entidades públicas en las fases de una APP

A lo largo de las diferentes fases de una APP (planeamiento y programación, formulación, estructuración, transacción y ejecución contractual), las distintas entidades del sector público del Sistema deben intervenir a fin de asegurar el óptimo desarrollo del proyecto de inversión y que este cumpla con las expectativas de los usuarios y los objetivos del sector público, durante su periodo de implementación.

En este contexto, como se muestra en el Gráfico 3, las entidades públicas que intervienen durante las fases de un proyecto de APP son, principalmente:

- El Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), como ente rector del Sistema.
- Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local en su condición de titular de los proyectos de inversión y como OPIP.
- PROINVERSIÓN.
- Los organismos públicos del Gobierno Nacional, como los organismos reguladores.

En dicho gráfico se indica la entidad pública responsable de cada fase y que tiene a su cargo el mayor número de actividades en cada una de esas fases. Cabe señalar que, como se observa, en la fase de formulación, la entidad pública con mayor número de actividades dependerá del tipo de proyecto. Particularmente, variará si el proyecto es una iniciativa estatal o privada, cofinanciada o autofinanciada⁴, o si el ministerio, gobierno regional o gobierno local encarga la formulación del proyecto a PROINVERSIÓN. Se debe tomar en cuenta que, incluso en este caso, el ministerio, gobierno regional o gobierno local sigue siendo el titular del mismo.

En las siguientes secciones se explicará detalladamente las funciones de cada uno de los integrantes del Sistema.

⁴ Ver más detalles sobre los tipos de APP bajo el nuevo marco regulatorio en el Módulo 4 de este curso.

Gráfico 3. Fases de las APP en las que intervienen las entidades ▼

Entidad responsable	Ministerio/ GR*/GL**	<ul style="list-style-type: none"> Ministerio/GR/GL OPIP 	OPIP	OPIP	Ministerio/ GR/GL
Entidades participantes	MEF	MEF	<ul style="list-style-type: none"> Ministerio/GR/GL Regulador MEF 	<ul style="list-style-type: none"> Ministerio/GR/GL Regulador MEF 	Regulador
Fases	Planeamiento y programación	Formulación	Estructuración	Transacción	Ejecución contractual

Notas:

*GR: Gobierno Regional.

**GL: Gobierno Local.

Fuente: Elaboración propia.

2.2. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS (MEF)

2.2.1. La función rectora del MEF en el marco del Sistema

El MEF es el ente rector y máxima autoridad técnico-normativa del Sistema. En este sentido, ya que es un sistema funcional, su principal misión es asegurar el cumplimiento de la Política Nacional de Promoción de la Inversión Privada en APP, con la participación de todas las entidades del Estado, en los distintos niveles de gobierno (Gobierno Nacional, Gobierno Regional y Gobierno Local). Cabe mencionar que la rectoría de este ministerio es ejercida orgánicamente por la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada (DG-PPIP), cuyas diversas funciones se detallan en el Gráfico 4.

Gráfico 4. Funciones del MEF (DGPPIP) como ente rector del Sistema ▼

A.	Formular y proponer una política nacional para el desarrollo y promoción de las APP en los diversos sectores de la actividad económica nacional.
B.	Dictar directivas, metodologías y lineamientos técnico-normativos en las materias de su competencia, siempre que se refieran a aspectos de aplicación de la Ley y el Reglamento.
C.	Coordinar y asegurar el cumplimiento de la Política de Promoción de la Inversión Privada y desarrollo de las APP.
D.	Emitir opinión vinculante sobre el alcance e interpretación de las normas del Sistema en materia de APP, a solicitud de parte, siendo dicha opinión de carácter público.
E.	Evaluar el impacto de la implementación de la Política de Promoción de la Inversión Privada a través APP.
F.	Administrar el Registro Nacional de Contratos de APP.
G.	Establecer mecanismos para el fortalecimiento de capacidades y brindar asistencia técnica a los integrantes del Sistema.
H.	Otras que le sean asignadas por norma expresa.

Fuente: Elaboración propia basada en el Decreto Legislativo N°1224.

Como se señaló anteriormente, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo del año 2007 establece las reglas de los sistemas funcionales. Una de ellas es que los entes rectores tienen la facultad de dictar las normas y establecer los procedimientos necesarios para el correcto funcionamiento del Sistema, lo que habilita a la DGPPIP a ejercer también funciones normativas como la aprobación de directivas, lineamientos, metodologías y otros instrumentos normativos complementarios para la operación correcta del Sistema.



2.2.2. Monitoreo de los compromisos firmes y contingentes de las APP

Es importante considerar que, además de su rol como ente rector del Sistema, como ministerio, el MEF tiene a su cargo el sector Economía y Finanzas del país, por lo que, según las normas que regulan su estructura y funcionamiento, se encuentran bajo su responsabilidad más de 15 materias generales, como la económica, financiera y fiscal, las escalas remunerativas y los beneficios en el sector público de toda índole, la inversión pública e inversión privada, el presupuesto público, el previsional público y privado en el ámbito de su competencia, el endeudamiento público, tesorería, contabilidad, tributario, ingresos no tributarios, aduanero, arancelario y contrataciones públicas.

Cabe indicar que, si bien estas no le fueron encargadas por su condición de ente rector del Sistema, sino de ministerio titular de dos sectores, estas se vinculan directa e indirectamente en los proyectos de APP, siendo las siguientes las más recurrentes -pero no las únicas- en el tema de APP (Córdova Vásquez, 2016):

- Inversión pública e inversión privada.
- Endeudamiento público.
- Tesorería.
- Presupuesto público.
- Temas fiscales, financieros y tributarios.

La presencia de estas materias en los proyectos de APP justifica la participación del MEF en momentos clave de las fases de APP, como la opinión previa favorable al Informe de Evaluación o a la versión final del contrato de APP y las modificaciones contractuales en caso de que estas tengan materias de su competencia. En todas ellas, la opinión del MEF se realiza como rector del Sistema, pero sobre todo como encargado del sector Economía y Finanzas.

En este sentido, adicionalmente a las funciones como rector del Sistema, a continuación se presenta de manera general las funciones del MEF según la fase en las que se ejercen.⁵

- a. Fase de planeamiento y programación.** Puede brindar asistencia técnica al Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local, para la elaboración del Informe Multianual de Inversiones en APP⁶ al ser el instrumento de gestión que sirve para identificar los potenciales proyectos de APP, las necesidades de intervención y el presupuesto referencial de las entidades para los proyectos de APP.
- b. Fase de formulación.** Evalúa y emite opinión vinculante sobre el Informe de Evaluación⁷ del proyecto de APP, como requisito para su incorporación al proceso de promoción.
- c. Fase de estructuración.** Asiste a la convocatoria que realiza el OPIP para dar comentarios, sugerencias y apreciaciones generales sobre el diseño del contrato de APP y su correcta ejecución. Asimismo, brinda atención a todas las solicitudes de información, recomendaciones y comentarios que solicite el OPIP.
- d. Fase de transacción.** Emite opinión previa favorable y vinculante a la versión final del contrato de APP, antes de la adjudicación y suscripción del contrato. En caso de que el contrato no cuente con la opinión previa favorable, no surte efecto y es nulo de pleno derecho.

⁵ El desarrollo de las fases se explicará con más detalle en el Módulo 4.

⁶ El Informe Multianual de Inversiones en APP es un instrumento de gestión elaborado por cada ministerio, gobierno regional y gobierno local, cuya finalidad es identificar y priorizar aquellos proyectos de inversión, dentro de la cartera de inversiones de cada entidad pública, que tienen potencialidad de ser desarrollados como una APP.

⁷ De manera general, el Informe de Evaluación es un documento que contiene la información necesaria para definir si es técnica, económica y legalmente conveniente desarrollar un proyecto como APP. En el Módulo 4 esto se explicará con más detalle.

e. Fase de ejecución contractual

- Emite opinión previa favorable y vinculante a las modificaciones contractuales, siempre que estas contengan materias de su competencia. En caso de que las modificaciones no cuenten con una opinión previa favorable, no surten efectos y son nulas de pleno derecho.
- Emite opinión previa vinculante sobre la constitución de fideicomisos en contratos de APP cofinanciados.

En resumen, en su rol como encargado del sector Economía y Finanzas, el MEF tiene como objetivo principal identificar y cuantificar los compromisos firmes y contingentes que asume el Estado en proyectos de APP, así como verificar que se encuentren dentro de los límites legales, fiscales y presupuestales. El MEF, a través de la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público (DGETP), realiza dicha labor con el fin de mitigar la generación de contingentes fiscales que expongan a las finanzas públicas.

Es preciso señalar que la rectoría del Sistema, atribuida al MEF, no constituye una instancia adicional en la toma de decisiones, sino que, al contrario, se refiere a la “capacidad normativa para el Sistema”; es decir, a la capacidad de formular la política y dictar lineamientos técnicos normativos para el desarrollo de los procesos de APP.

Finalmente, vale reiterar que la rectoría ejercida por el MEF guarda coherencia con la *Recomendación del Consejo sobre Principios para Gobernanza Pública de las APP* de la OCDE, que señala que la autoridad central a cargo del presupuesto público de un país es quien debe monitorear estos proyectos durante todas sus fases para asegurarse que estén alineados con metas de estabilidad macroeconómica de corto y mediano plazo.

Recuadro 2. Importancia de la participación del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) ▼

Cabe mencionar la experiencia internacional de marcos institucionales de países con más experiencia en el desarrollo de infraestructura pública y servicios públicos con participación del sector privado.

Caso del Reino Unido. El Tesoro Británico (*HM Treasury*), equivalente al MEF en Perú, asume el rol de ente de política, mediante el área de Infraestructura (*Infrastructure and Projects Authority, antes Infrastructure UK*). Esta unidad central se encarga de establecer la política vinculada a las APP y emitir las aprobaciones necesarias durante el ciclo de desarrollo de los proyectos de inversión (*Infrastructure and Projects Authority, 2016*).

Caso de Portugal. En Portugal, el insuficiente análisis en algunos proyectos realizados bajo la modalidad de APP y el deficiente manejo de los riesgos y pasivos derivados de los mismos provocaron el crecimiento insostenible de los compromisos de pago que se preveía alcanzarían los 2 100 millones de euros para el 2015, cifra equivalente a 1,5% de su PBI.

A raíz de la grave situación fiscal en Portugal en el periodo 2008-2012, a la que contribuyó un inadecuado control del proceso de APP, el gobierno de Portugal firmó, en 2011, un Memorando de Entendimiento (*Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality*) con la Troika*, que establecía condiciones que el país debía cumplir para acceder a ayuda internacional. Estas incluían establecer un nuevo marco legal e institucional dentro del Ministerio de Finanzas para la evaluación de los riesgos fiscales antes de involucrarse en un nuevo contrato de APP, y fortalecer el reporte de los riesgos fiscales asociados a los contratos de APP y concesiones.

Las recomendaciones de la Troika motivaron, en 2012, al Gobierno de Portugal a promulgar el Decreto Ley N° 111/2012, que establece un nuevo

marco para la evaluación fiscal de las APP, y atribuye más poderes al Ministerio de Finanzas, que asume un rol protagónico en la evaluación y estructuración de los proyectos; en diversos hitos del proceso de aprobación, y con una participación mayoritaria en los comités de licitación, incluyendo su presidencia. Adicionalmente, el Decreto Ley N° 111/2012 creó la unidad de APP (Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos) (Crespo Diu, 2014).

* Troika es una triada financiera conformada por la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional (FMI).

Recuadro 3. Equipo Especializado de Seguimiento de la Inversión (EESI) ▼

Mediante Decreto Supremo N° 104-2013-EF, se creó el Equipo Especializado de Seguimiento de la Inversión (EESI), como una unidad especializada en el seguimiento de la inversión pública, público-privada y privada del país.

El EESI tiene como finalidad realizar el seguimiento de proyectos de inversión, para asegurar la ejecución de los mismos conforme a sus planes y cronogramas de inversión. Asimismo, identifica los problemas y trabas que afectan la ejecución de los proyectos de inversión pública, público-privada y privada, realizando para esto diversas acciones de seguimiento y destrabe.

2.3. MINISTERIOS, GOBIERNOS REGIONALES Y GOBIERNOS LOCALES

2.3.1. Roles generales de los ministerios, gobiernos regionales y gobiernos locales

Respecto al rol de los ministerios, gobiernos regionales y gobiernos locales, el Decreto Legislativo N° 1224 unificó, en el artículo 7, las distintas funciones que corresponden a dichas entidades como titulares de los proyectos de inversión. En este sentido, se reconocen las siguientes funciones según la fase en la que son ejercidas:

a) Fase de planeamiento y programación

- Planifica la cartera de proyectos de inversión que serán promovidos mediante APP.
- Aprueba el Informe Multianual de Inversiones en APP.

b) Fase de formulación

- Formula los proyectos que serán ejecutados bajo la modalidad de APP.
- Elabora el Informe de Evaluación.

c) Fase de estructuración

- Coordina con el OPIP el desarrollo de los procesos de promoción de la inversión privada.
- Asiste a la convocatoria que realiza el OPIP para dar comentarios, sugerencias y apreciaciones generales sobre el diseño del contrato de APP y su correcta ejecución. Asimismo, brinda atención a todas las solicitudes de información, recomendaciones y comentarios que solicite el OPIP.

d) Fase de transacción

- Coordina con el OPIP el desarrollo de los procesos de promoción de la inversión privada.
- Emite opinión previa a la versión final del contrato de APP.
- Suscribe los contratos de APP.

e) Fase de ejecución contractual

- Gestiona y administra los contratos de APP y cumple todas las obligaciones contractuales que estén a su cargo. La administración de contratos se refiere a todas las actividades que debe realizar la entidad para asegurar el cumplimiento de lo establecido en el contrato en beneficio de los intereses del Estado y para anticiparse al surgimiento de problemas que puedan retrasar el desarrollo del proyecto. Por eso, bajo la administración contractual, las entidades están llamadas a hacer un seguimiento del contrato (derechos y obligaciones), contratar al personal o asesores que coadyuven a su administración, mantener una constante coordinación con las empresas privadas a cargo de la gestión del proyecto, elaborar información que pueda ser de carácter público, y por tanto transparente, y para que se conozcan los avances del proyecto.
- Modifica los contratos de APP de común acuerdo con la parte privada, suscribiendo los documentos que contengan dicha modificación. En virtud de esto, lidera y es responsable del proceso de evaluación conjunta y de la obtención de las opiniones previas a las modificatorias.



- Hace efectivas las penalidades derivadas del incumplimiento al contrato de APP, salvo que dicha función haya sido asignada o delegada al organismo regulador respectivo.
- Efectúa el seguimiento de la ejecución física y financiera del proyecto de APP.
- Declara la suspensión o caducidad del contrato de APP cuando concurren las causales previstas en el respectivo contrato.
- Otras funciones que el marco legal vigente le asigne.

Recuadro 4. Órgano designado para el adecuado cumplimiento de la fase de ejecución contractual ▼

En vista de que la fase de ejecución contractual es la de mayor duración y que, durante ella, el privado solo tiene como contraparte estatal al ministerio, gobierno regional o gobierno local a lo largo de todo el periodo de duración del proyecto, la normativa de APP dispone que las funciones desarrolladas durante esta fase sean asignadas o delegadas a un órgano de la estructura interna de dichas entidades.

De esta manera, el privado seleccionado para el desarrollo del proyecto de APP identifica y se relaciona directamente con una sola oficina o área del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local que se encarga de la administración del contrato de APP. Esto también beneficia al Estado, pues permite centralizar la administración, seguimiento e información de la ejecución de la APP en un solo órgano administrador del contrato.

Es importante mencionar que en caso de que no se elija un órgano de la estructura interna de las entidades, se podrá designar las funciones de la fase de ejecución contractual al Comité de Inversiones (MEF, 2016).

2.3.2. Comités de Inversiones

El Comité de Inversiones es un órgano perteneciente a los ministerios, gobiernos regionales y gobiernos locales, que puede desarrollar la función de OPIP y de Órgano de Coordinación, como se verá a continuación.

El Artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1224, dispone que el ministerio, gobierno regional y gobierno local que tenga proyectos o planifique desarrollar procesos de promoción de la inversión privada bajo una APP, debe crear un Comité de Inversiones.

La conformación de los Comités se rige por reglas especiales para asegurar que sus integrantes, dependiendo del nivel de gobierno, puedan cumplir de manera ágil sus funciones y que sus decisiones sean ejecutadas dentro de cada entidad. Dichas reglas son:

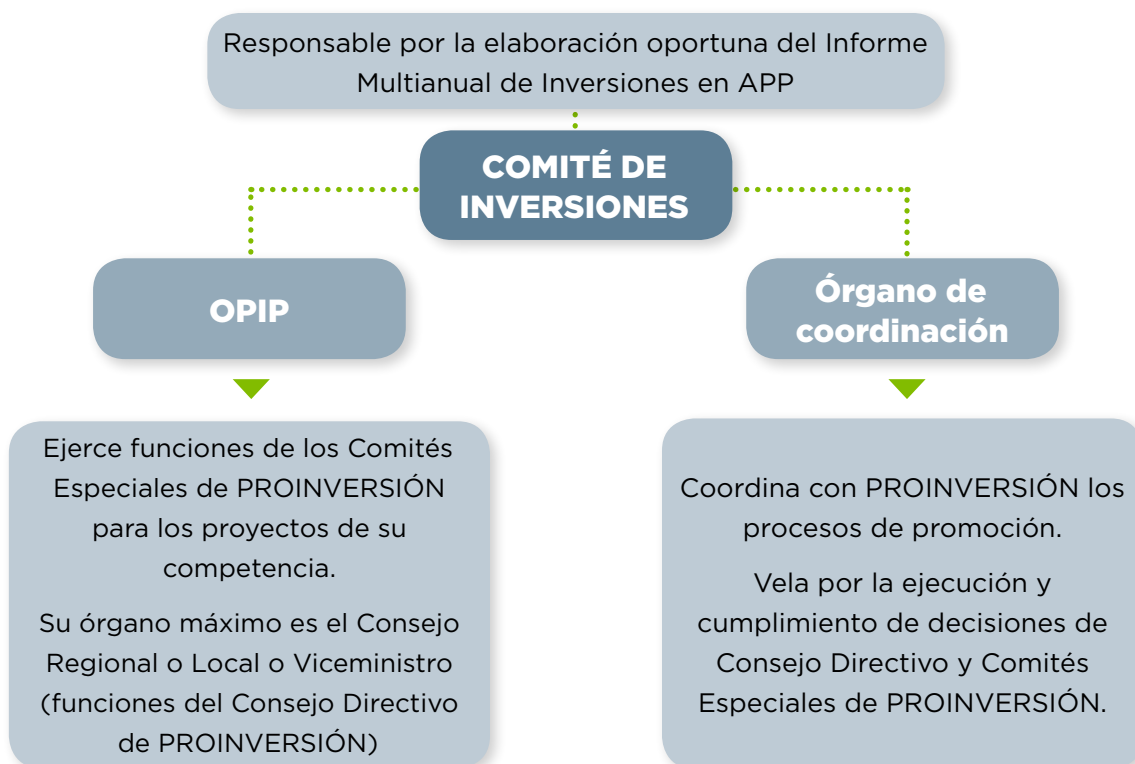
- En el caso de los ministerios, el Comité de Inversiones se conforma por tres funcionarios de la alta dirección o titulares de órganos de línea o asesoramiento de la entidad. Esto tiene la finalidad de que los integrantes sean funcionarios con poder de decisión dentro de la entidad.
- En el caso de los gobiernos regionales o gobiernos locales, la normativa no determina los integrantes del Comité de Inversiones, disponiendo que sus funciones puedan ser ejercidas por un Comité de Inversiones integrado por funcionarios de la entidad, por un órgano conformado por personas especializadas no pertenecientes a la entidad (dietarios) o por el órgano designado para tales efectos por parte de dichos niveles de gobierno, pudiendo ser uno de sus órganos de línea.
- Según el nivel de gobierno, la designación de los miembros de los Comités de Inversiones se realiza por Resolución Ministerial, Resolución del Gobernador Regional o Resolución de la Alcaldía, las cuales deben ser publicadas en el diario oficial El Peruano y comunicada al Registro Nacional de Contratos de APP, que es administrado por la DGPPIP.
- En el caso de que los ministerios tengan a su cargo dos o más sectores, se puede contar con más de un Comité de Inversiones en función al número de sectores a su cargo. Para el caso de los gobiernos regionales y gobiernos locales, se permite la designación de uno o más Comités de Inversiones considerando las materias, complejidad de los proyectos y las economías de escala dentro de su entidad.

- En el caso de PROINVERSIÓN existe un Consejo Directivo. En el caso de otros OPIP, el viceministro, Consejo Regional y Concejo Municipal, según corresponda, ejercen la función de Consejo Directivo.
- En el caso de los gobiernos regionales y gobiernos locales, el Consejo Regional y el Concejo Municipal constituyen su órgano máximo.

Cabe indicar que hasta abril de 2016, se crearon 39 Comités de Inversiones (MEF, s.a.) de ministerios, gobiernos regionales y gobiernos locales.

La normativa de APP establece que los Comités de Inversiones desempeñen tres roles: i) Órgano de Coordinación con PROINVERSIÓN para los proyectos que se le hayan encargado a dicha entidad; ii) OPIP y (iii) órgano responsable de la elaboración oportuna del Informe Multianual de Inversiones en APP por parte de la oficina de planeamiento del ministerio, gobierno regional o gobierno local. El Gráfico 5 sintetiza dichos roles.

Gráfico 5. Roles de los Comités de Inversiones ▼



Fuente: Elaboración propia.

Debido su importancia, merecen especial atención y desarrollo los roles que el Comité de Inversiones desempeña como órgano de coordinación y OPIP.

En cuanto a su rol como órgano de coordinación, este surge ante la necesidad de que PROINVERSIÓN tenga un solo interlocutor del ministerio, Gobierno Regional y Gobierno Local, cuando dichas entidades le encarguen sus proyectos y requiera información u opiniones para la estructuración y transacción adecuada de la APP. De esta manera, se agiliza la coordinación entre PROINVERSIÓN (en su función de OPIP) y la entidad titular del proyecto de APP a través de este Comité, reduciendo los costos de transacción derivados de múltiples entes coordinadores en cada entidad.

Los ministerios, gobiernos regionales y gobiernos locales son los llamados a realizar dicha función en su condición de titulares de los proyectos. Así, por ejemplo, para el diseño de un proyecto de infraestructura de transporte, PROINVERSIÓN, como OPIP, requerirá información sobre la demanda existente o histórica, los niveles de servicio necesarios, especificaciones técnicas o tecnológicas, la clasificación de la vía e interpretaciones o modificaciones normativas sectoriales, entre otros, que pueden ser de competencia de diversas direcciones de los ministerios o gerencias de los gobiernos regionales y locales. Por lo tanto, se requiere un solo órgano que concentre la atención y coordinación de la entidad para que el trabajo de PROINVERSIÓN se realice de manera ágil y el desarrollo del proyecto no sufra retrasos.

Respecto al rol del Comité de Inversiones como OPIP, atendiendo a su vinculación con PROINVERSIÓN, éste se desarrollará detenidamente en el siguiente apartado del módulo.

2.4. ORGANISMOS PROMOTORES DE LA INVERSIÓN PRIVADA (OPIP)

Los OPIP tienen diversas funciones, la mayoría se vincula a la estructuración de las APP y a la dirección del proceso de promoción de la inversión privada. Por eso, los OPIP tienen principalmente a su cargo, principalmente, las fases de estructuración y transacción de las APP.⁸

⁸ Como se verá más adelante, el OPIP también puede participar en la fase de formulación.

En el caso del Gobierno Nacional, PROINVERSIÓN (para los proyectos que se le asignen en función a su tamaño o relevancia nacional) o los Comités de Inversiones de los ministerios pueden ser OPIP, como se explica en el apartado correspondiente (ver Gráfico 7). En el caso de los gobiernos regionales y locales, el rol como OPIP en los proyectos de su competencia, son ejercidas por su Comité de Inversiones, siendo su órgano máximo el Consejo Regional o Concejo Municipal, según corresponda.

A continuación, se presentan las funciones generales de los OPIP (PROINVERSIÓN y los Comités de Inversión cuando hagan las veces de OPIP), agrupándolas según la fase de la APP en que se realizan:

a) Fase de formulación

- Revisión del Informe de Evaluación del proyecto de inversión presentado por el ministerio, gobierno regional o gobierno local, pudiendo realizar modificaciones, caso en el que debe solicitar la conformidad de dichas entidades. La opinión del OPIP es de carácter técnico y comprende la conformidad del informe y de los estudios que lo sustenten.
- Una vez emitida su conformidad al Informe de Evaluación y sus estudios, remisión de dichos documentos al MEF.
- Aprobación de la incorporación del proyecto al proceso de promoción de la inversión privada, previo cumplimiento de requisitos.

b) Fase de estructuración

- Dirección y desarrollo del proceso de promoción de la inversión privada.
- Análisis del interés de potenciales participantes y financistas en el proyecto.
- Elaboración y diseño de la primera versión del contrato de APP para su publicación junto con la convocatoria en la fase de transacción. Para esto, convoca al ministerio, gobierno regional o gobierno local, al organismo regulador que corresponda y al MEF a reuniones de coordinación para recibir comentarios, sugerencias y apreciaciones generales sobre el diseño del contrato de APP antes de publicar su primera versión.

c) Fase de transacción

- Dirección y desarrollo del proceso de promoción de la inversión privada.

- Elaboración de los documentos de licitación (conocidos como bases), los cuales deben contener, como mínimo, los componentes del factor de competencia del proceso de selección, los plazos para la presentación de consultas y comentarios al proyecto de contrato, el mecanismo de evaluación de propuestas, los requisitos técnicos y financieros solicitados a los postores y el procedimiento de impugnación a la adjudicación.
- Elaboración del proyecto de contrato de APP estableciendo, como mínimo, el diseño general y los niveles de servicio del proyecto, la identificación y asignación de riesgos, las garantías, la estructura económico-financiera del contrato y mecanismos de solución de controversias, así como el régimen de terminación y sus efectos. El proyecto de contrato es sujeto de modificación después de los comentarios y consultas recibidos por los postores durante esta fase.
- Una vez que cuenta con las bases y la primera versión del contrato de APP, realización de la convocatoria al proceso de selección del proyecto de APP y conduce conducción del proceso.
- Antes de la adjudicación del proyecto y firma del contrato, obtención de las opiniones previas sobre la versión final del contrato de APP, por parte del ministerio, gobierno regional o local titular del proyecto, el organismo regulador que corresponda, el MEF y la Contraloría General de la República.⁹
- Otorgamiento de la buena pro a la mejor oferta presentada, de acuerdo con el sistema de evaluación establecido en las bases.
- Constituir la primera instancia de resolución de recursos impugnativos respecto a las decisiones de adjudicación de buena pro de los procesos de promoción de inversión privada.
- Proponer al órgano máximo la aprobación de solicitud de garantías al MEF.
- Enviar al MEF la información necesaria para el Registro Nacional de Contratos de APP.¹⁰

⁹ La Contraloría General de la República es la entidad encargada de supervisar, vigilar y verificar la correcta aplicación de las políticas públicas y el uso de los recursos y bienes del Estado. Por ello, es considerada la máxima autoridad del Sistema Nacional de Control (ver <http://www.contraloria.gob.pe>). En el marco de las APP, la CGR emite un informe previo a la versión final del contrato de APP, el cual podrá referirse únicamente a aquellos aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado. Dicho informe previo no es vinculante, sin perjuicio del control posterior.

¹⁰ La información requerida para el Registro Nacional de Contratos de APP se explica en detalle en el Módulo 5.

2.4.1. Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN)

Dada la importancia de PROINVERSIÓN en los proyectos de APP, a continuación se detallan sus funciones. De acuerdo con el Reglamento de Organización y Funciones (ROF)¹¹, PROINVERSIÓN es un organismo público ejecutor, adscrito al MEF, con personería jurídica de derecho público, autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera.

En este sentido, como OPIP del Gobierno Nacional, PROINVERSIÓN se encarga de la estructuración y transacción de APP que son de su competencia, unificando la toma de decisiones durante el proceso. Asimismo, PROINVERSIÓN es la entidad encargada de brindar asistencia técnica a los ministerios, gobiernos regionales y locales en cualquiera de las fases de los proyectos de APP.

PROINVERSIÓN está integrado por el Consejo Directivo y los Comités Especiales. El Consejo Directivo es la más alta autoridad institucional y está integrado por cinco ministros de Estado: Ministro de Economía y Finanzas, quien lo preside; Ministro de Transportes y Comunicaciones; Ministro de Energía y Minas; Ministro de Vivienda, Construcción y Saneamiento; y Ministro de Agricultura. El Consejo Directivo tiene diversas funciones, entre las que se destacan: aprobar la incorporación de proyectos al proceso de promoción; aprobar, a propuesta del Comité Especial, la modalidad bajo la cual se adjudicará los proyectos de APP, la cual será la de Licitación Pública Especial o la de Concurso de Proyectos Integrales u otro proceso competitivo, y aprobar las bases y la versión final del contrato, entre otros.

Por su parte, los Comités Especiales son órganos colegiados que se constituyen con el objeto de conducir el proceso de promoción de inversión privada de los proyectos de APP. Siendo la máxima autoridad de PROINVERSIÓN, el Consejo Directivo puede requerir la participación de los Comités Especiales a fin de que informen acerca de casos puntuales de algunos proyectos o sobre el desarrollo de sus actividades durante un periodo de tiempo determinado. En la actualidad, existen cuatro Comités Especiales constituidos en PROINVERSIÓN; sin embargo, se puede crear Comités Especiales para la promoción de proyectos particulares a causa de su complejidad e importancia.

¹¹ Aprobado mediante Resolución Ministerial N° 083-2013-EF/10.

Los Comités Especiales constituidos actualmente son los siguientes:

- Comité Pro Integración. Proyectos de infraestructura vial, infraestructura ferroviaria e infraestructura aeroportuaria.
- Comité Pro Conectividad. Proyectos de energía e hidrocarburos.
- Comité Pro Desarrollo. Proyectos de infraestructura y servicios públicos sociales, minería, saneamiento, irrigación y asuntos agrarios.
- Comité Especial de Proyectos de Inversión Pública. Se encarga de formular o reformular los proyectos de inversión pública que se les pida.

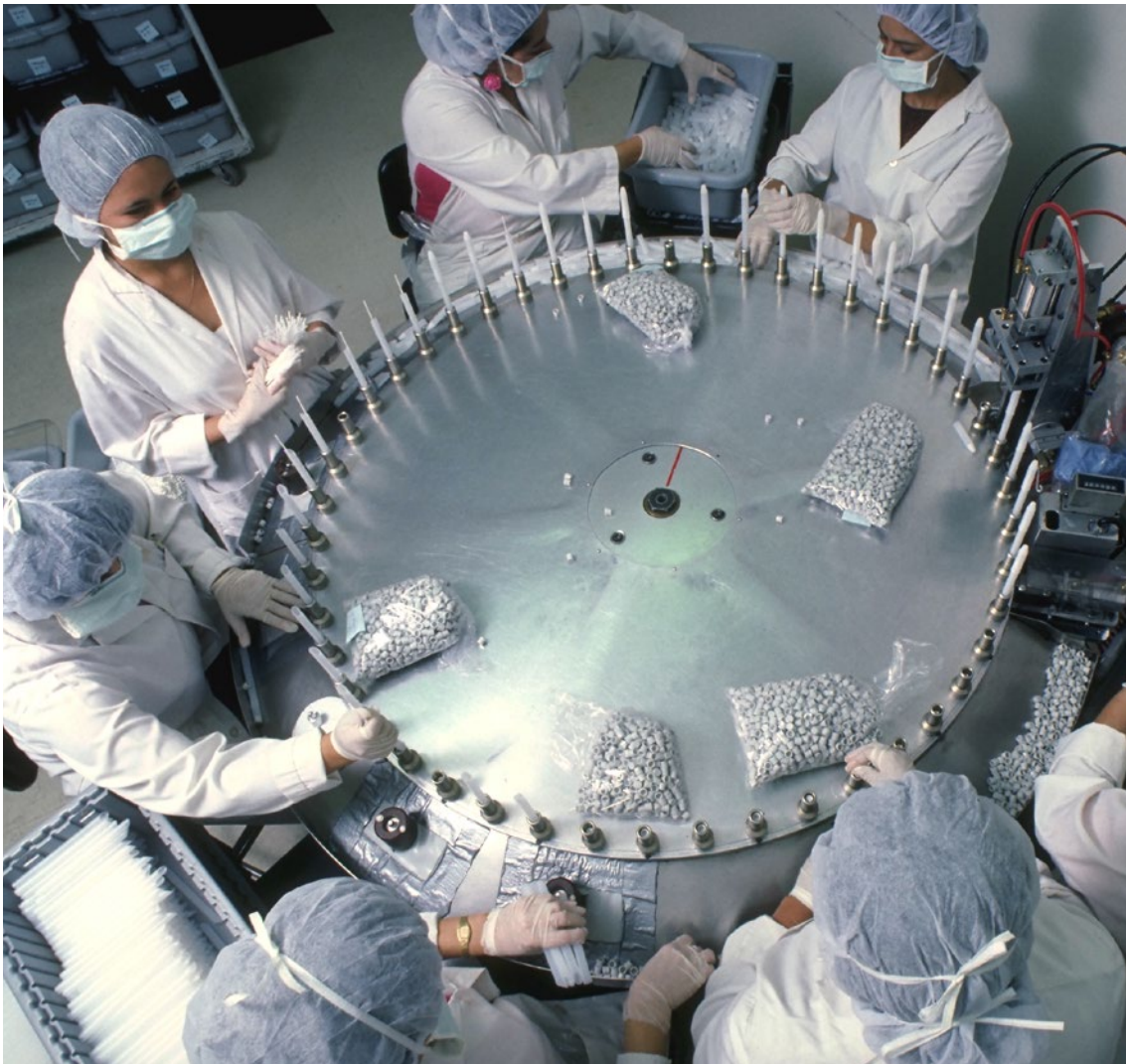
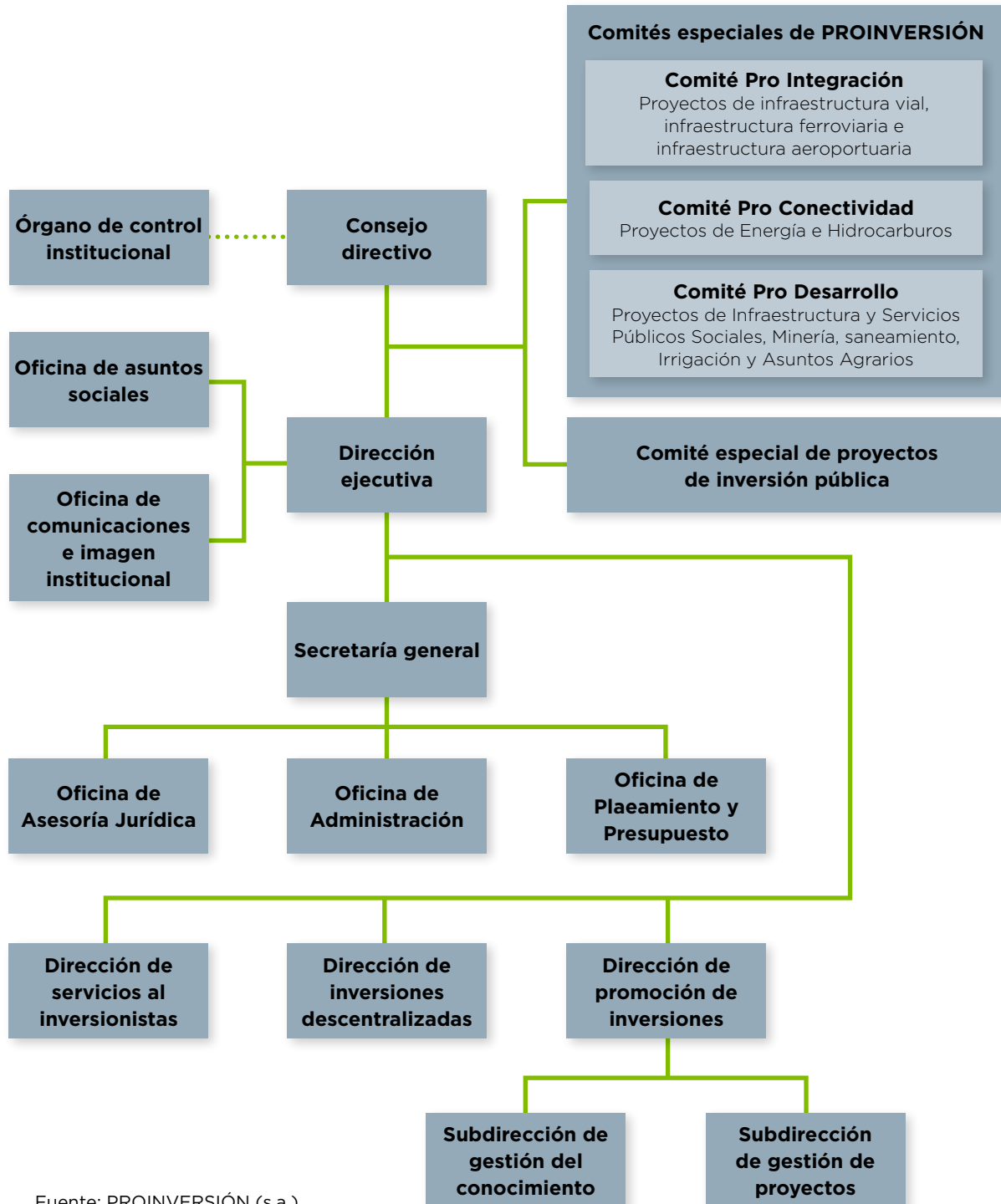


Gráfico 6. Estructura Orgánica de PROINVERSIÓN ▼



Fuente: PROINVERSIÓN (s.a.).

Adicionalmente, considerando que PROINVERSIÓN tiene experiencia en la estructuración y transacción de proyectos de APP, al haberse desempeñado desde su origen como OPIP de los proyectos de competencia nacional, los cuales se caracterizan por su complejidad, niveles de inversión e intersectorialidad, el Decreto Legislativo N° 1224 establece que los ministerios, gobiernos regionales y gobiernos locales pueden encargar el proceso de promoción de sus proyectos a PROINVERSIÓN, así como solicitar su asistencia técnica en cualquiera de las fases del proceso.

Recuadro 6. PROINVERSIÓN en la fase de formulación ▼

De acuerdo con la normativa de APP, PROINVERSIÓN puede participar en la fase de formulación dado que los ministerios, gobiernos regionales y gobiernos locales titulares de los proyectos de inversión pueden encargarle la realización y/o contratación de los estudios requeridos para la fase de formulación, así como la elaboración del Informe de Evaluación. Esta facultad, para realizar el encargo a PROINVERSIÓN, se sustenta en la experiencia y capacidad de PROINVERSIÓN como OPIP de desarrollar estudios técnicos relacionados con la formulación y estructuración de APP.

2.4.2. Asignación de proyectos al OPIP correspondiente

La normativa de APP ha establecido que determinados proyectos de inversión estarán automáticamente a cargo de PROINVERSIÓN, con base en distintos criterios como su complejidad, intersectorialidad, montos de inversión y cofinanciamiento. Estos son:

- Los proyectos de APP de competencia nacional originados por iniciativa estatal que sean multisectoriales.
- Los proyectos de APP de competencia nacional originados por iniciativa estatal que tengan un Costo Total de Inversión superior a S/. 59,25 millones (15 000 UIT); y, tratándose de proyectos de APP que no contengan componente de inversión, que tengan un Costo Total del Proyecto superior a S/. 59,25 millones.
- Los proyectos de APP de competencia nacional originados por iniciativas privadas autofinanciadas.

- Los proyectos de todos los niveles de Gobierno originados por iniciativas privadas cofinanciadas.
- Los proyectos que por disposición legal expresa son asignados a PROINVERSIÓN.

El Gráfico 7 señala los criterios según los cuales se adjudica proyectos asignados a PROINVERSIÓN, en su calidad de OPIP del Gobierno Nacional, así como a los Comités de Inversiones de los gobiernos regionales y locales, como OPIP de sus respectivas localidades.

Recordemos una vez más que los ministerios, gobiernos regionales y gobiernos locales pueden encargar el proceso de promoción a PROINVERSIÓN, así como solicitarle asistencia técnica en cualquiera de las fases del proceso.

Gráfico 7. Criterios de asignación de los proyectos al Comité de Inversiones del Ministerio, Gobierno Regional, Gobierno Local, PROINVERSIÓN ▼

CI Ministerio	CI GR	CI GL	Proinversión
Competencia	Iniciativa Estatal	Iniciativa Privada	
Nacional	Multisectoriales	IPA	IPC
	CTI o CTP > 15,000 UIT		
Ministerio	Proyectos de su competencia menores a 15000 UIT		
Regional	Proyectos APP de su competencia	Proyectos IPA de su competencia	
	APP de más de una provincia	Proyectos IPA más de una provincia	
Local	Proyectos APP de su competencia	Proyectos IPA de su competencia	

Notas: *CI: Comité de Inversiones, **GR: Gobierno Regional, ***GL: Gobierno Local, ****CTI: Costo Total de Inversión, *****CTP: Costo Total del Proyecto, *****UIT: Unidad Impositiva Tributaria, *****IPA: Iniciativa Privada Autofinanciable, *****IPC: Iniciativa Privada Cofinanciada.
Fuente: Elaboración propia.

Un ejemplo de proyecto de competencia de PROINVERSIÓN sería uno que tuviera como objeto el diseño, construcción, financiamiento, operación y mantenimiento de una carretera clasificada como vía nacional, es decir, de competencia del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), que tiene un Costo Total de Inversión mayor a USD 80 millones, pues requiere la construcción de una doble calzada. El elemento que conlleva la asignación del proyecto a PROINVERSIÓN es el monto del Costo Total de Inversión, el cual supera las 15 000 UIT.

2.5. OTRAS ENTIDADES DEL GOBIERNO NACIONAL: SECTORES REGULADOS Y SECTORES NO REGULADOS

En Perú, existen APP en sectores regulados, como energía, infraestructura de transporte de ámbito nacional, saneamiento y telecomunicaciones, y también en sectores no regulados, como los servicios de transporte público o los proyectos de inversión de alcance regional y local.

2.5.1. Supervisión en sectores regulados

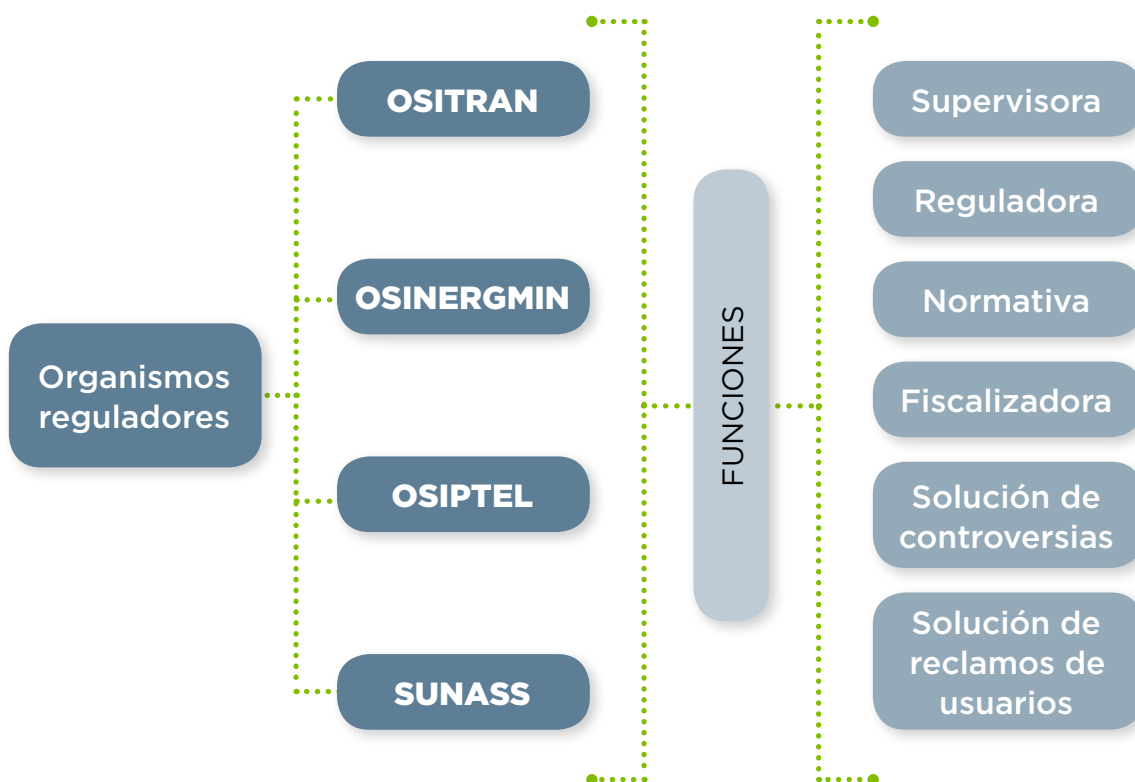
En el caso de APP en sectores regulados, tradicionalmente, los gobiernos asumen la responsabilidad de regular las actividades con presencia de fallas de mercado y buscan lograr objetivos específicos en materia social, económica y ambiental (Urrunaga y Bonifaz, 2012). Para conseguirlo, en se crearon organismos reguladores en Perú, independientes a los ministerios, con roles y responsabilidades bien definidas, a fin de que exista “una separación entre regulación y política. El rol de los reguladores debe ser definido por ley y no debe haber traslape entre regulador y las obligaciones de los ministerios. Los reguladores deben tener objetivos precisos que estén acompañados de claros indicadores de éxito o fracaso” (Urrunaga y Bonifaz, 2012).

Así, mediante la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismo Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos¹², se estableció que los organismos reguladores fueran organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional técnica, económica y financiera. Esta ley constituye el marco de organización y funcionamiento de los organismos

12 Publicada el 29 de julio del 2000.

reguladores en Perú, como el Organismo Supervisor de la Infraestructura del Transporte de Uso Público (OSITRAN), el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN), el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTTEL) y la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS), conforme al siguiente gráfico:

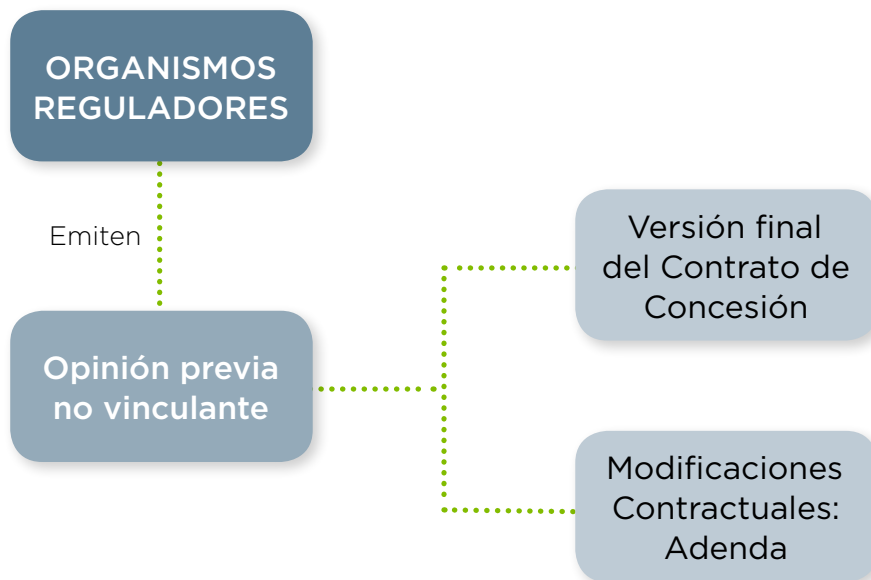
Gráfico 8. Funciones de los organismos reguladores ▼



Fuente: Elaboración propia basada en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

En ese contexto, sin interferir en la autonomía de los reguladores, el Decreto Legislativo N° 1224 y su Reglamento establecen que, tratándose de proyectos en sectores regulados, la función de supervisión de los proyectos APP se sujeta a lo dispuesto en la Ley N° 27332, es decir, a la norma que establece las competencias y atribuciones de los organismos reguladores, en consideración a su independencia y conocimiento especializado.

Gráfico 9. Materias sobre las que emiten opinión los organismos reguladores ▼



Fuente: Elaboración propia basada en el Decreto Legislativo N° 1224.

Aun cuando la opinión de los organismos reguladores no sea vinculante a la versión final del contrato de APP, el Decreto Legislativo N° 1224 dispone que el OPIP debe contar con la opinión del regulador, sobre los temas de su competencia legal antes de la adjudicación del proyecto y suscripción del contrato. Esto tiene la finalidad de que se establezcan claramente los mecanismos de supervisión que servirán para que realicen sus labores de manera eficiente.

a. OSITRAN

El OSITRAN es un organismo público, descentralizado, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera, que supervisa el cumplimiento de los contratos de concesión de infraestructura suscritos entre el Estado -a través del MTC (concedente)- y la empresa privada (concesionario).

Además, cabe señalar que el Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN¹³ dispone que este organismo regulador tiene, entre otras, las siguientes funciones:

- Administrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos, en el ámbito de su competencia.
- Fijar las tarifas, peajes y otros cobros similares y establecer reglas claras y precisas para su correcta aplicación, así como para su revisión y modificación.
- Ejercer la supervisión de los servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías concesionadas que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao.
- Velar por el cumplimiento de las cláusulas tarifarias y de reajuste tarifario que este contiene.
- Interpretar los contratos de concesión y títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación, así como la prestación de servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao - Metro de Lima y Callao.

b. OSIPTEL

El OSIPTEL es una entidad pública descentralizada, encargada de regular y supervisar el mercado de los servicios de las telecomunicaciones, independiente de las empresas operadoras (OSIPTEL, s.a.a.).

Asimismo, según sus normas aplicables, el OSIPTEL tiene entre sus funciones (OSIPTEL, s.a.b.):

- Fijar tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones.
- Imponer sanciones y medidas correctivas a las empresas operadoras y demás empresas o personas por el incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión.

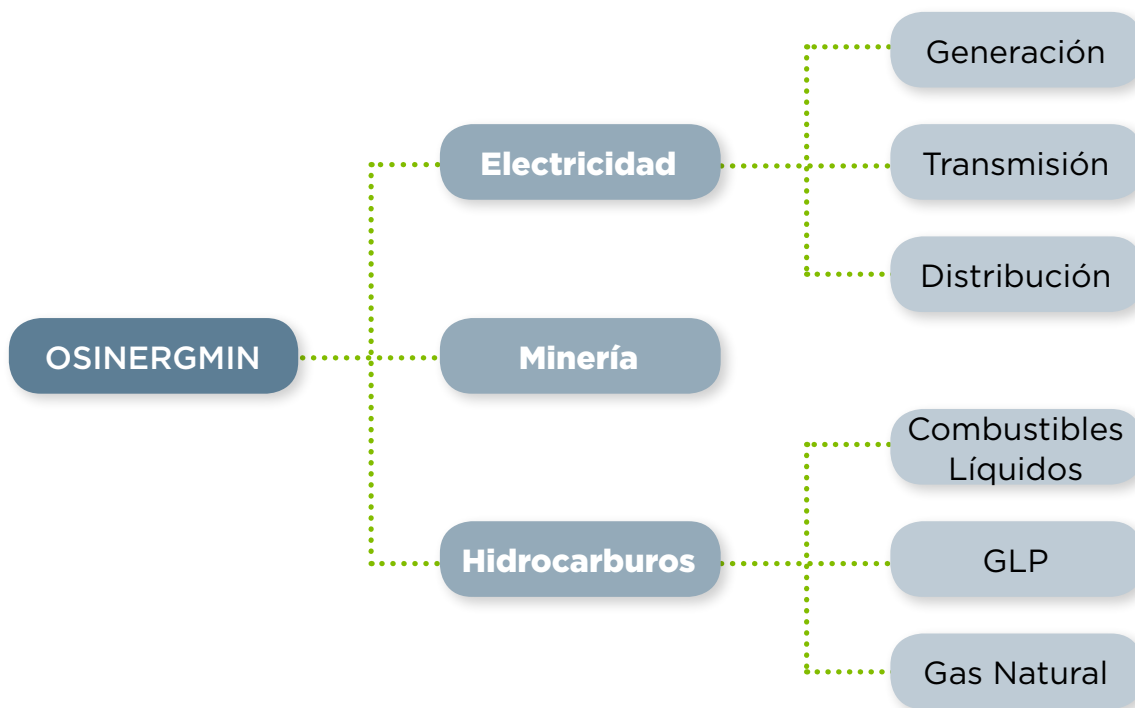
¹³ Aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM.

- Resolver los reclamos presentados por usuarios contra empresas operadoras, en segunda instancia que están relacionadas con la facturación o cobro de servicios, la instalación o activación del servicio y el traslado del servicio.
- Supervisar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las empresas operadoras así como de los reglamentos a los que deben ceñirse.

c. OSINERGMIN

El OSINERGMIN es una institución pública encargada de regular y supervisar que las empresas del sector eléctrico, hidrocarburos y minero cumplan las disposiciones legales de las actividades que desarrollan. Entre los sectores en que interviene OSINERGMIN, se encuentran los siguientes:

Gráfico 10. Sectores en los que interviene OSINERGMIN¹⁴ ▼



Fuente: Elaboración propia basada en el Decreto Supremo N° 010-2016-PCM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de OSINERGMIN.

14 En el sector Minería no existen APP. La labor que realiza OSINERGMIN en él es, principalmente, la supervisión de las obligaciones vinculadas a la normativa minera.

Este organismo regulador tiene, entre otras, las siguientes funciones (OSINERGMIN, s.a.):

- Fijar precios y tarifas en electricidad y gas natural.
- Verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas.
- Resolver reclamos en segunda instancia (apelaciones), de los usuarios del servicio público de electricidad y gas natural por ducto.
- Conciliar intereses contrapuestos entre entidades, reconociendo o desestimando derechos invocados.

d. SUNASS

De acuerdo con la Ley General de Servicios de Saneamiento, aprobada por la Ley N° 26338, la SUNASS tiene como función general garantizar a los usuarios la prestación de los servicios de saneamiento en las mejores condiciones de calidad, contribuyendo a la salud de la población y a la preservación del ambiente.

Asimismo, el Reglamento General de la SUNASS,¹⁵ establece entre sus funciones las siguientes:

- Dictar reglamentos, directivas y normas de carácter general aplicables a intereses, obligaciones o derechos de las empresas prestadoras o actividades bajo su ámbito o, de sus usuarios.
- Determinar las tarifas de los servicios y actividades bajo su ámbito.
- Verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las empresas prestadoras.
- Evaluar la gestión de las empresas prestadoras.

¹⁵ Aprobado por el Decreto Supremo N° 017-2001-PCM.

A partir del año 2015, mediante el Decreto Supremo N° 006-2015-VIVIENDA,¹⁶ se establece que la SUNASS asume la supervisión de la ejecución de los contratos de APP vinculados a la infraestructura pública y/o a la realización de una o más actividades comprendidas en los sistemas que integran los servicios de saneamiento.

Asimismo, de acuerdo con el citado Decreto Supremo, el Gobierno Nacional, en el ámbito de su competencia, podrá asignar al sector privado, bajo cualquier modalidad de APP, la ejecución y explotación de obras de infraestructura pública y/o una o más actividades comprendidas en los sistemas que conforman los servicios de saneamiento.

2.5.2. Supervisión en sectores no regulados

Recuadro 7. Supervisión en los sectores no regulados ▼

En los sectores no regulados no existen entidades como los organismos reguladores –organismos autónomos, especializados y dedicados exclusivamente a la supervisión de las actividades por parte de los privados en los contratos–, por lo que asume este rol la entidad pública contratante (ministerio, gobierno regional o gobierno local). Por eso, la normativa dispone que, si bien la entidad pública titular del proyecto es la encargada de supervisar los contratos de APP desde un punto de vista jurídico, esta debe contratar a una empresa privada especializada que será la encargada de realizar materialmente la supervisión a nombre suyo (MEF, 2016).

Por otro lado, en el caso de proyectos de inversión que pertenecen a sectores no regulados, es decir, en los cuales los organismos reguladores no tengan facultades de supervisión, el reglamento dispone lo siguiente:

- Los contratos de APP establecen la entidad pública competente que se desempeñará como supervisor, dejando claro que, jurídicamente, la función supervisora siempre es responsabilidad de una entidad pública.

¹⁶ Decreto Supremo que modifica el TUO del Reglamento de la Ley General de Servicios de Saneamiento.

- La supervisión de las obras principales y estudios definitivos establecidos en el contrato será realizada por una persona jurídica o consorcio de estas, seleccionada de conformidad a la normativa vigente. Así, se establece que independientemente de que la titularidad jurídica de la supervisión sea de una entidad pública, las obras principales y los estudios definitivos del proyecto son supervisados materialmente por una empresa privada seleccionada para dicho fin.
- Los contratos de APP deben establecer las obligaciones del inversionista privado que permitan el ejercicio de las actividades de supervisión, así como las obligaciones del supervisor privado vinculadas prioritariamente a la supervisión de los niveles de servicio.

Recuadro 8. Ejemplo de supervisor en sectores no regulados: INVERMET ▼

Un ejemplo supervisor en sectores no regulados es el Fondo Metropolitano de Inversiones (INVERMET), organismo dependiente de la Municipalidad Metropolitana de Lima, cuya función es supervisar las obligaciones de los concesionarios en diversos contratos celebrados por dicha municipalidad (INVERMET, s.a.).

IDEAS PRINCIPALES

- Una de las principales innovaciones de la Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante APP y Proyectos en Activos (Decreto Legislativo N° 1224) fue la creación del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada.
- El Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada es un sistema de naturaleza funcional y está integrado por principios, normas y procedimientos, así como lineamientos técnico-normativos, para promover, fomentar y agilizar la inversión privada. Su creación tuvo como finalidad enfrentar una serie de dificultades dentro del marco institucional peruano, como la falta de coordinación ente entidades del sector público, la falta de dueños de proyectos y la existencia de distintas interpretaciones de la normativa.

- El MEF es el ente rector y la máxima autoridad técnico-normativa del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada y tiene como función asegurar el cumplimiento de la política de promoción y desarrollo de las APP, con la participación de todas las entidades del Estado, en los distintos niveles de gobierno, en el marco de sus competencias.
- Adicionalmente a las funciones del MEF como ente rector, existen funciones que le son propias como titular del sector Economía y Finanzas, siendo las más vinculadas y recurrentes –pero no las únicas– al tema de APP: inversión pública e inversión privada, endeudamiento público, tesorería, presupuesto público, temas fiscales, financieros y tributarios.
- El OPIP es el encargado de la estructuración de las APP y de la promoción y dirección del proceso de promoción de la inversión privada, por lo que tiene a su cargo las fases de estructuración y transacción de las APP.
- En el caso del Gobierno Nacional, PROINVERSIÓN es el OPIP para los proyectos que se le asignen en función de su relevancia nacional y los ministerios, a través del Comité de Inversiones, siendo en este último caso el viceministro la máxima autoridad. Asimismo, en los gobiernos regionales y los gobiernos locales, las facultades del OPIP se ejercen de forma directa a través del Comité de Inversiones, siendo el órgano máximo de dichos OPIP el Consejo Regional o Concejo Municipal, ya sea para el gobierno regional o local, respectivamente.
- El ministerio, gobierno regional o gobierno local que cuente con proyectos o planifique el desarrollo de procesos de promoción de la inversión privada bajo las modalidades reguladas por el Decreto Legislativo N° 1224, debe crear un Comité de Inversiones para desempeñarse como OPIP o como órgano de coordinación con PROINVERSIÓN.

BIBLIOGRAFÍA SUGERIDA

Ministerio de Economía y Finanzas (MEF). (2016). *Guía Orientativa para la Aplicación del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y en Proyectos en Activos*. Disponible en https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/normas/Guia_basica_aplicacion_DL_1224.pdf

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). (2012). *Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships*. Disponible en: <http://www.oecd.org/governance/budgeting/PPP-Recommendation.pdf>

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

Crespo Diu, F. y Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos (UTAP). (2014). *Portugal case study, Institutions, reforms and way forward* [presentación]. Public Private-Partnerships Congress, Lima.

Infrastructure and Projects Authority (2016). Disponible en: <https://www.gov.uk/government/organisations/infrastructure-and-projects-authority>

Fondo Metropolitano de Inversiones (INVERMET). (s.a.). *INVERMET*. Disponible en: <http://www.invermet.gob.pe/>

Ministerio de Economía y Finanzas (MEF). (s.a.). *Designación de los miembros de los Comités de Inversiones*. Disponible en: http://www.mef.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=4297&Itemid=102242&lang=es

MEF. (2016). *Guía Orientativa para la Aplicación del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y en Proyectos en Activos*. Disponible en https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/normas/Guia_basica_aplicacion_DL_1224.pdf

Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minas (OSINERGMIN). (s.a.) *OSINERGMIN*. Disponible en: <http://www.osinerg.gob.pe/>

Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIP-TEL). (s.a.a.). *Quiénes somos*. Disponible en: <https://www.osiptel.gob.pe/categoria/quienessomos>

OSIPTTEL. (s.a.b.). *Funciones*. Disponible en: <https://www.osiptel.gob.pe/categoria/funciones>

PROINVERSIÓN. (s.a.). *PROINVERSIÓN*. Disponible en: <http://www.proinversion.gob.pe/modulos/LAN/landing.aspx?are=0&pfl=1&lan=10&tit=proinversi%C3%B3n-institucional>

Urrunaga, R. y Bonifaz, J. L. (2012). *Nuevas rutas para una mejor regulación. Fortalecimiento de los organismos reguladores de servicios públicos en el Perú*. Lima: Editorial Universidad del Pacífico.

Vásquez Córdova, J. (2016). "Alcances sobre el Rol del Ministerio de Economía y Finanzas bajo la nueva legislación en Asociaciones Público Privadas". *Derecho Administrativo: Hacia un Estado más confiable. Libro de Ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Editorial Thomson Reuters.



INDES





**ASOCIACIONES
PÚBLICO
PRIVADAS EN
PERÚ: ANÁLISIS
DEL NUEVO
MARCO LEGAL**

MÓDULO IV

**CICLO DE PROYECTO
DE LAS ASOCIACIONES
PÚBLICO PRIVADAS
UNIDAD 1: FASES PARA
EL DESARROLLO DE
PROYECTOS DE APP**

INDES



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

MIN

Fondo Multilateral de Inversiones
Miembro del Grupo BID

**Asociaciones Público Privadas en Perú:
Análisis del Nuevo Marco Legal**

Gerente del Sector de Conocimiento y Aprendizaje:
Federico Basañes

Jefe del Instituto Interamericano para el Desarrollo Económico y Social - INDES:
Juan Cristóbal Bonnefoy

Gerente General del Fondo Multilateral de Inversiones - FOMIN:
Brigit Signe Helms

Coordinadores Generales del Programa:
José Yitani Ríos (INDES/BID)
Rocío Medina Bolívar (BID)
Miguel Almeyda (FOMIN/BID)
Giancarlo Marchesi (MEF)

Adaptación y edición para el programa:
Alvaro Valencia (MEF) Karin Granda (MEF)
Robert Pilkington (FOMIN/BID) Germán Ferreyra (MEF)
Ana Haro (INDES/BID) Frank Taipe (MEF)

Revisión de contenidos (BID):
Reinaldo Fioravanti
Ignacio Astorga
Gerardo Reyes-Tagle
Federico Lau
Adriana S La Valley
Sylvia Larrea
Mónica Almonacid

Contenidos basados en los documentos originales:
Decreto Legislativo N. 1224 y su Reglamento

Corrección de estilo y maquetación:
Manthra Comunicación

Copyright©2016 Banco Interamericano de Desarrollo. Esta obra se encuentra sujeta a una licencia Creative Commons IGO 3.0 Reconocimiento-NoComercial-SinObrasDerivadas (CC-IGO 3.0 BY-NC-ND) (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/igo/legalcode>) y puede ser reproducida para cualquier uso no-comercial otorgando crédito al BID. No se permiten obras derivadas.

Cualquier disputa relacionada con el uso de las obras del BID que no pueda resolverse amistosamente se someterá a arbitraje de conformidad con las reglas de la CNUDMI (UNCITRAL). El uso del nombre del BID para cualquier fin distinto al reconocimiento respectivo y el uso del logotipo del BID, no están autorizados por esta licencia CC-IGO y requieren de un acuerdo de licencia adicional.

Note que el enlace URL incluye términos y condicionales adicionales de esta licencia.

Las opiniones expresadas en esta publicación son de los autores y no necesariamente reflejan el punto de vista del Banco Interamericano de Desarrollo, de su Directorio Ejecutivo ni de los países que representa. El BID ha elaborado este documento como material académico, su contenido no constituye un reconocimiento o recomendación sobre la legislación mencionada.



ÍNDICE

Objetivo del módulo	5
Objetivos de aprendizaje	5
1. Fases para el desarrollo de proyectos de APP.....	7
1.1. Planeamiento y programación	9
1.1.1. Informe Multianual de Inversiones en APP	12
1.1.2. Contenido del Informe Multianual de Inversiones en APP...	13
1.2. Formulación.....	19
1.2.1. Informe de Evaluación	23
1.3. Estructuración	30
1.4. Transacción.....	35
1.4.1 Versión final del contrato	37
1.5. Ejecución contractual	38
Ideas principales	42
Bibliografía sugerida.....	43
Bibliografía general.....	44

OBJETIVO DEL MÓDULO

Este módulo busca describir las cinco fases (planeamiento y programación, formulación, estructuración, transacción y ejecución contractual) del ciclo de proyecto de las Asociaciones Público Privadas (APP) en Perú, así como identificar los actores responsables y los principales documentos o instrumentos generados en cada una.

OBJETIVOS DE APRENDIZAJE

- Conocer las cinco fases de desarrollo de los proyectos de APP en el Perú, las entidades involucradas y responsables de cada una, así como las interacciones entre las mismas.
- Identificar los principales hitos en el ciclo del proceso de APP en el Perú y reconocer su importancia como filtros que aseguran la adecuada evaluación y desarrollo de un proyecto de APP.
- Comprender la importancia del Informe Multianual de Inversiones en APP, como documento que consolida la planificación en APP de las entidades públicas, así como el ejercicio de su programación presupuestal para el desarrollo de dichos proyectos.
- Comprender la trascendencia del Informe de Evaluación, como el documento que consolida los distintos estudios realizados sobre el proyecto de inversión, los cuales permiten demostrar la conveniencia técnica, económica y legal de desarrollar el proyecto de inversión mediante APP en el Perú.
- Comprender el objetivo de la versión final del contrato de APP, como documento previo a la adjudicación del proyecto que determina las condiciones (distribución de riesgos derechos y obligaciones) en las que se ejecutará el proyecto de APP.

A lo largo de este módulo se utilizarán los siguientes términos normativos, cuyo significado se detalla a continuación:

- **Decreto Legislativo N° 1224:** Se refiere al Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante APP y Proyectos en Activos.
- **Reglamento:** Se refiere al Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF.
- **Normativa de APP:** Se refiere al Decreto Legislativo N° 1224 y al Reglamento, de manera conjunta.



1. FASES PARA EL DESARROLLO DE PROYECTOS DE APP

Una de las innovaciones principales del Decreto Legislativo N° 1224 fue delimitar cinco fases para el desarrollo de proyectos bajo la modalidad de APP, a las cuales, independientemente de su clasificación (autofinanciada o cofinanciada) y origen (iniciativa estatal o privada), están sujetos obligatoriamente (Gráfico 1).

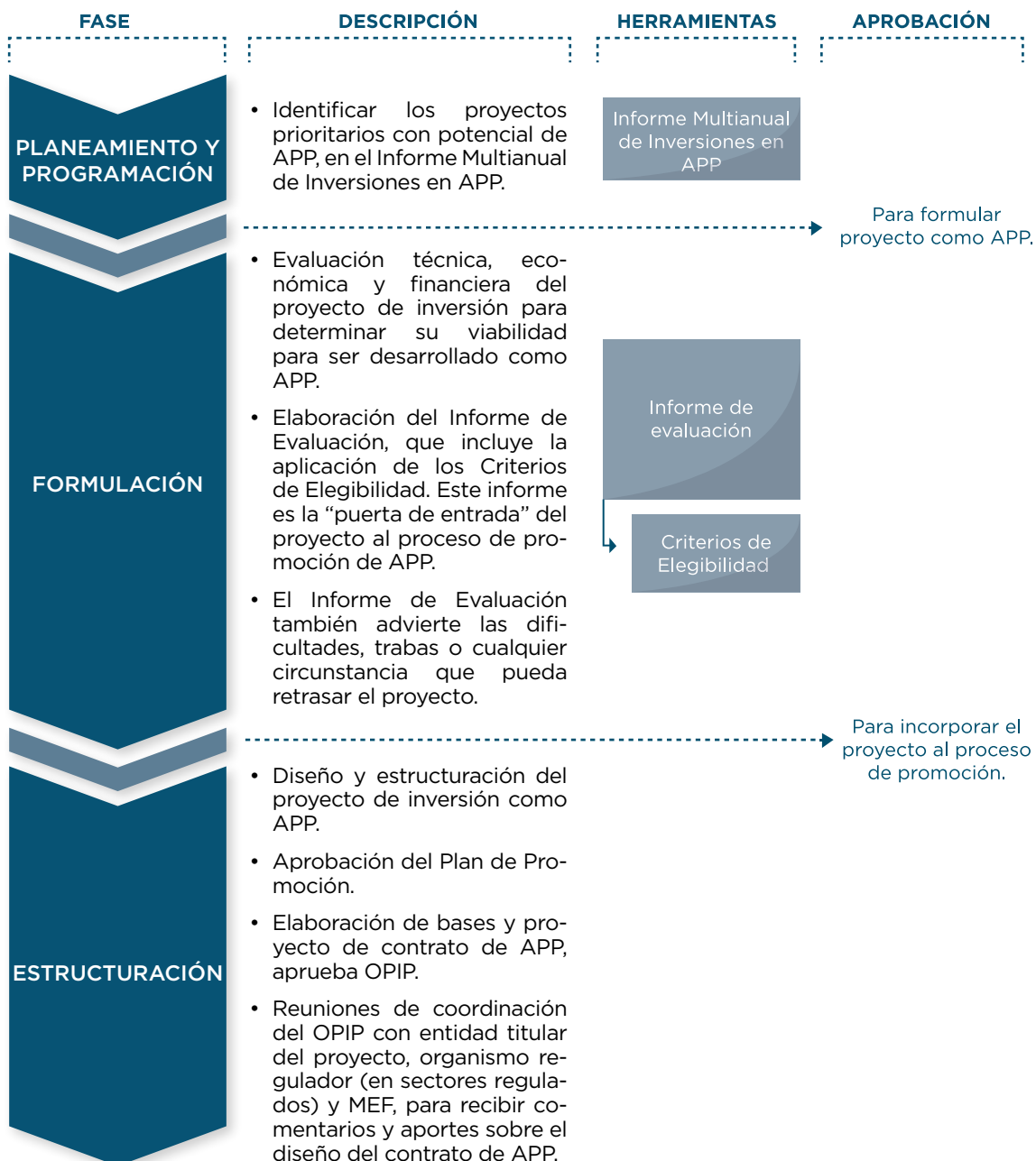
Según la *Guía de Referencia para Asociaciones Publico Privadas* (BID, BasD y BM, 2014), los gobiernos están interesados en desarrollar solo “buenos” proyectos de APP (es decir, proyectos en que se justifique su costo-beneficio, en que la APP genere mejor valor por dinero que la contratación pública tradicional y que sean fiscalmente responsables). Sin embargo, saber si un proyecto cumple con estos criterios no puede ser cabalmente evaluado hasta que el mismo haya sido totalmente diseñado y se hayan recibido todas las ofertas durante el proceso de promoción. Esto genera una paradoja: el gobierno no quiere incurrir en costos considerables para desarrollar una APP a menos que sepa que el proyecto cumple con los criterios, pero no puede saber si cumple con los criterios hasta que el proyecto haya sido desarrollado. Los programas de APP exitosos se enfrentan a este problema a través de un **enfoque iterativo**, es decir, de evaluaciones que, a lo largo de las sucesivas fases, se van haciendo cada vez más rigurosas.

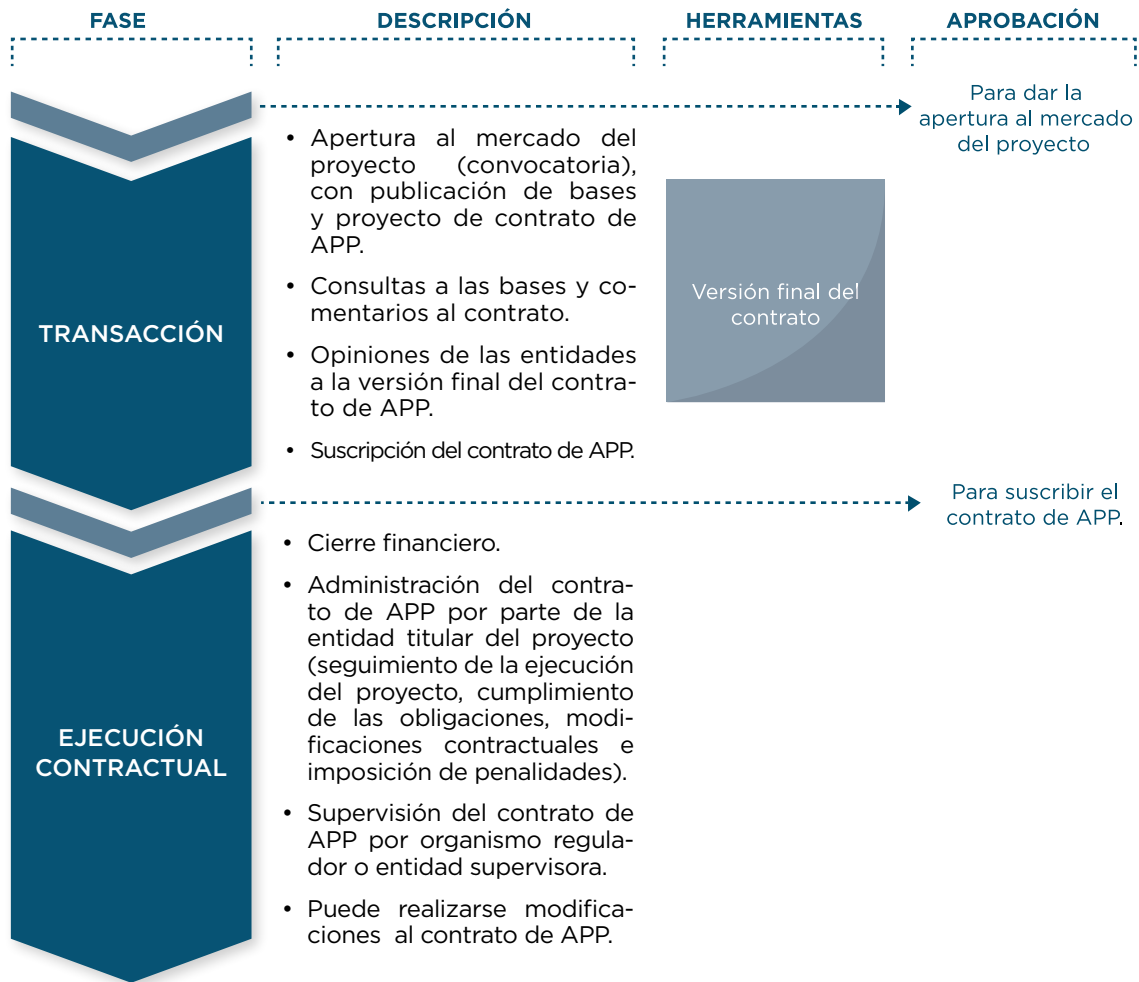
Siguiendo esta lógica, en Perú, el proceso se divide en diversas etapas diseñadas según dicho enfoque. Así, en cada una se requiere la aprobación de alguna entidad pública para continuar con el proceso. Hay dos razones para utilizar este enfoque al desarrollar un proyecto de APP: por un lado, permite la participación oportuna de los organismos evaluadores en la aprobación de proyectos, como se describe más adelante, y, por otro, evita el desarrollo de proyectos débiles que implicarían el uso ineficiente de recursos.

Para viabilizar la evaluación iterativa de los proyectos, conforme la información se vaya generando (ver Gráfico 1), se incorporan hitos o filtros, diseñados para garantizar que se realicen estudios que aseguren la factibilidad del proyecto. Estos se expresan en los siguientes instrumentos:

- Informe Multianual de Inversiones en APP.
- Informe de Evaluación.
- Versión final del contrato de APP.

Gráfico 1. Fases y descripción general de un proyecto de APP ▼





Fuente: Elaboración propia a partir de la normativa de APP en conjunto (2015)

1.1. PLANEAMIENTO Y PROGRAMACIÓN

De acuerdo con Freddy Vargas Lamas (2014), Director de Prospectiva y Estudios Estratégicos del Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN), el planeamiento es fundamental para el Estado, al tratarse de una herramienta de gestión que permite formular y plantear objetivos de carácter prioritario, definir el curso de sus acciones y asignar los recursos necesarios para alcanzar los resultados esperados en un contexto de cambios.

En Perú, en el ámbito de la infraestructura pública y servicios públicos, existen múltiples necesidades que pueden ser atendidas con intervenciones a través del mecanismo de APP, Proyectos en Activos,¹ obras por impuestos,² contratación pública tradicional o mecanismos específicos sectoriales. En todos, el planeamiento resulta importante ya que es el primer paso para definir la solución adecuada que dé atención efectiva a las necesidades de la ciudadanía.

En cuanto a las APP, se requiere un buen planeamiento y coordinación a nivel intra e intersectorial para asegurar que solo los mejores proyectos —aquellos que generan valor por dinero, que permiten un desarrollo integrado territorialmente y que proveen a los usuarios los servicios que necesitan— sean seleccionados (BM, 2011). En este sentido, sin una planificación sólida, las entidades responsables no tienen el panorama integral de los potenciales proyectos que podrían ser implementados, ni la secuencia para ejecutar los proyectos que generen el mayor valor por dinero. Además, la coordinación intersectorial también sería débil.

En este contexto, según el Decreto Legislativo N° 1224, el planeamiento y programación constituyen la primera fase del desarrollo de APP y son responsabilidad de los titulares de los proyectos de inversión (ministerio, gobierno regional o gobierno local). El objetivo principal de esta fase es identificar los proyectos de inversión que se espera incorporar al proceso de promoción de la inversión privada de APP en los próximos tres años y que se consideran prioritarios para dar atención a las necesidades de la población. Asimismo, pretende estimar los compromisos de pago de la entidad, derivados de contratos de APP suscritos, adendas y proyectos en proceso de promoción, para contar con una línea base del presupuesto comprometido de la entidad. La identificación de los potenciales proyectos de APP por iniciativa estatal representa, en la práctica, un subconjunto de la cartera de proyectos de inversión de cada entidad pública.

1 Además de las APP, el Decreto Legislativo N° 1224 implementa una modalidad de participación de la inversión privada denominada Proyectos en Activos, que permite a los ministerios, gobiernos regionales y gobiernos locales promover la inversión privada sobre activos de su titularidad a través del Organismo Promotor de la Inversión Privada (OPIP) respectivo, bajo los siguientes esquemas: i) disposición de activos, que incluye la transferencia total o parcial, incluso mediante la permuta de bienes inmuebles; ii) contrato de cesión de uso, arrendamiento, superficie, usufructo u otras modalidades permitidas por ley. Para más detalle, revisar el Anexo sobre los Proyectos en Activos del Módulo II.

2 Mecanismo de financiamiento y ejecución de Proyectos de Inversión Pública (PIP), desarrollado en la Ley N° 29230, mediante el cual, las empresas privadas adelantan el pago de su impuesto a la renta para financiar y ejecutar directamente, de forma rápida y eficiente, PIP que los gobiernos regionales y locales y las entidades del gobierno nacional priorizan.

El planeamiento se centra, por tanto, en la identificación de las necesidades de la población y la búsqueda de alternativas de provisión y su priorización, con el fin de orientar los esfuerzos de la entidad pública a la obtención de resultados. Cabe señalar que, por Ley, los ministerios, gobiernos regionales y gobiernos locales realizan un planeamiento general de todas sus necesidades y acciones a seguir a través de instrumentos de planificación como el Plan Estratégico Sectorial Multianual (PESEM), Plan de Desarrollo Regional Concertado, Plan de Desarrollo Local Concertado, Plan Estratégico Institucional, entre otros planes especiales. La fase de planeamiento de APP no busca reemplazar el planeamiento general (que incluye proyectos mediante inversión pública u otros mecanismos de promoción), sino más bien enfocarse en la planeación de aquellos proyectos con potencialidad para ser desarrollados por medio de APP, bajo un enfoque de portafolio³ (es decir, procurando maximizar el retorno y minimizar el riesgo, mediante una adecuada elección de los componentes de una cartera de valores).

Finalmente, la programación comprende el reporte del uso de los recursos públicos de la entidad en proyectos de APP y el monitoreo de los indicadores del gasto presupuestal de la entidad en APP. El objetivo de esto es reportar las necesidades de gasto sobre la base de una política fiscal sostenible de mediano plazo, coadyuvando a la eficiencia en la asignación de los recursos públicos destinados a los compromisos derivados de los proyectos de APP, de acuerdo con las prioridades de gasto que las entidades proponen ejecutar en el marco de su presupuesto anual y respetando los límites de gasto agregados establecidos en las proyecciones del Marco Macroeconómico Multianual.

³ Basado en la teoría moderna del portafolio. Para mayor referencia ver: Markowitz, H. M. (1952). *Portfolio Selection. The Journal of Finance*, 7 (1): 77-91.

Recuadro 1. Ejemplo de la importancia de la programación

Un gobierno regional ha identificado un proyecto de APP de infraestructura regional en su cartera de proyectos. Luego de realizar un análisis preliminar, determina que se requiere el uso de recursos públicos, siendo clasificados como cofinanciados; sin embargo, de acuerdo con la capacidad presupuestal evaluada en la programación, no cuenta con dichos recursos.

Ante la falta de presupuesto, el gobierno regional no puede promover dichos proyectos, pero sí suscribir convenios de financiamiento con el ministerio competente, de tal manera que este último -bajo los acuerdos tomados en el convenio - tenga a su cargo el desarrollo y financiamiento del proyecto.

1.1.1. INFORME MULTIANUAL DE INVERSIONES EN APP

El Informe Multianual de Inversiones en APP es el instrumento de gestión en que se materializa la planificación de los proyectos y los compromisos derivados de los mismos. Es realizado por el ministerio, gobierno regional o gobierno local correspondiente, durante la fase de planeamiento y programación, y es aprobado mediante Resolución Ministerial, Acuerdo de Consejo Regional o Concejo Municipal, según corresponda, a más tardar el 16 de febrero de cada año.

La finalidad de este informe es identificar potenciales necesidades de inversión, que serán desarrolladas por las entidades públicas competentes bajo el mecanismo de APP, así como fomentar que estas entidades controlen mejor los compromisos derivados de las APP.

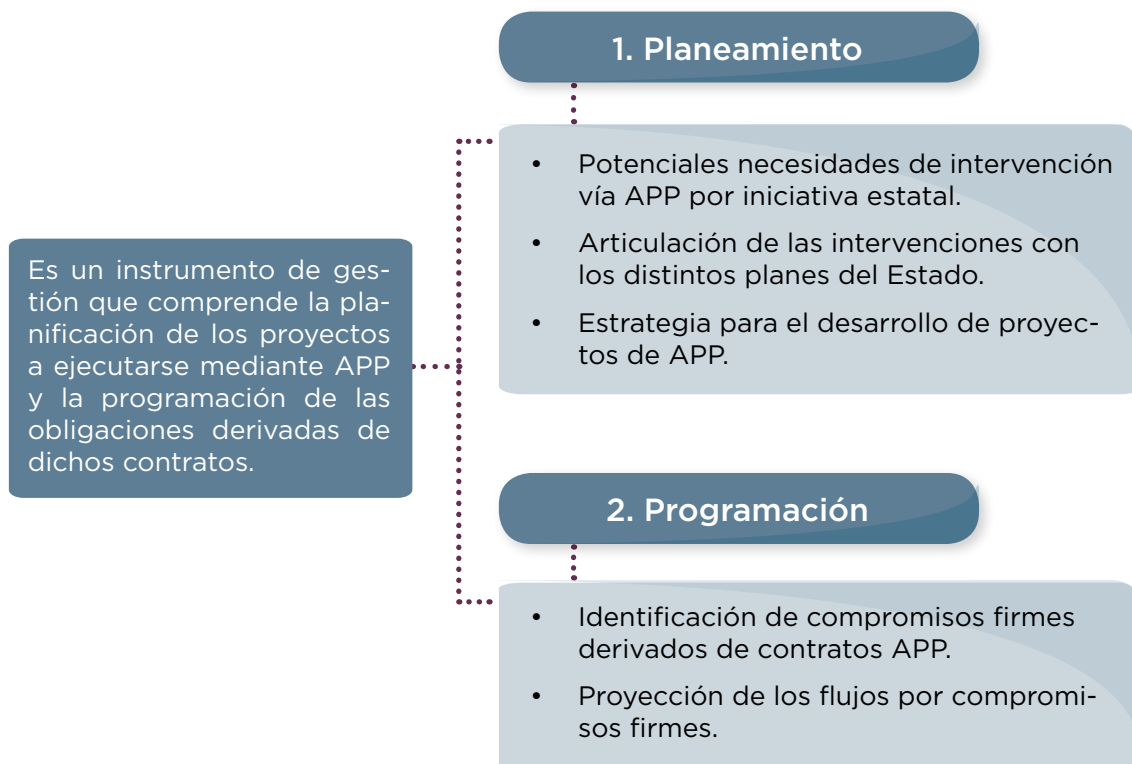
La elaboración del Informe Multianual de Inversiones en APP es realizada por el órgano de planeamiento de la entidad pública, siendo el Comité de Inversiones el responsable de velar por su oportuna elaboración; en otras palabras, la finalidad de este último es garantizar que se cumplan los plazos establecidos para su aprobación, así como el contenido mínimo del informe, sin embargo, este

instrumento es de plena competencia del ministerio, gobierno regional o gobierno local, que identifica, selecciona y prioriza las intervenciones con base en su presupuesto referencial. En esta fase, si bien no se requiere la participación de otras entidades, los ministerios, gobiernos regionales y gobiernos locales pueden solicitar asistencia técnica tanto a PROINVERSIÓN como al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF).

Finalmente, es preciso indicar que las entidades que deben aprobar el Informe Multianual de Inversiones en APP tienen la obligación de considerar que los proyectos comprendidos en el mismo respondan a las necesidades y objetivos identificados por la entidad, para brindar señales, a los potenciales inversionistas, sobre el tipo de proyecto que las entidades planean desarrollar a futuro.

1.1.2. CONTENIDO DEL INFORME MULTIANUAL DE INVERSIONES EN APP

Gráfico 2. Contenido del Informe Multianual de Inversiones en APP ▼



Fuente: MEF, (2016).

Gráfico 3. Pasos para la elaboración del Informe Multianual de Inversiones en APP ▼



Fuente: Elaboración propia a partir de la normativa de APP en conjunto y los Lineamientos para la elaboración del Informe Multianual de Inversiones en APP para el año 2016 (2016).

A fin de cumplir con lo mencionado en este apartado, los Lineamientos para la elaboración del Informe Multianual de Inversiones en APP para el año 2016⁴, aprobado por Resolución Directoral N° 002-2016-EF/68.01, presentan los requerimientos e información que dicho informe debe contener. Los puntos principales son:

a. Sección de planeamiento

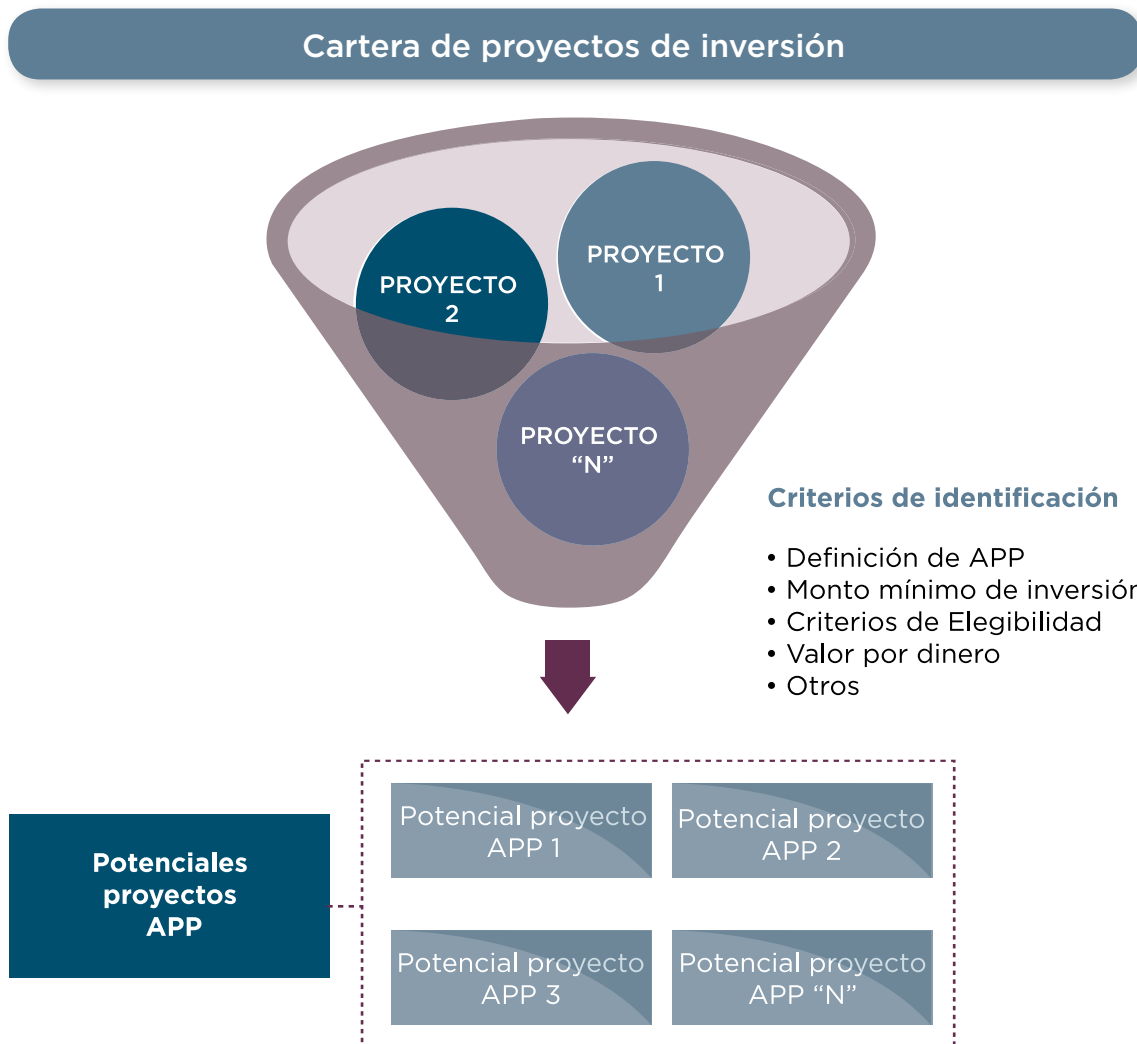
- Identificación de potenciales necesidades de intervención para ser desarrolladas bajo el mecanismo de APP, así como del monto referencial de la inversión según el nivel de estudios desarrollados hasta dicho momento.
- Articulación de dichas intervenciones con los planes sectoriales y del desarrollo regional y local.
- Estrategia del ministerio, gobierno regional o gobierno local para el desarrollo de proyectos mediante el mecanismo de APP, para la elaboración de una cartera de proyectos de inversión a ser ejecutados mediante dicho mecanismo, con especial énfasis en los próximos tres años.

Con el objetivo de que este informe tenga sentido en el marco de APP, es clave que las entidades públicas tengan clara la definición de APP, así como las restricciones legales para desarrollar este tipo de proyectos⁵ (por ejemplo, en el caso de los ministerios, solo se pueden llevar bajo esquema de APP aquellos proyectos con un Costo Total de Inversión o Costo Total del Proyecto mayor a 10 000 Unidades Impositivas Tributarias -UIT-). Una herramienta útil para identificar potenciales proyectos APP es la aplicación de los Criterios de Elegibilidad, los cuales se describirán en la Unidad 2 de este módulo.

4 Disponible en: http://www.mef.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=4411&Itemid=100263&lang=es

5 Para más detalle, revisar el Módulo II.

Gráfico 4. Identificación de potenciales proyectos APP ▼



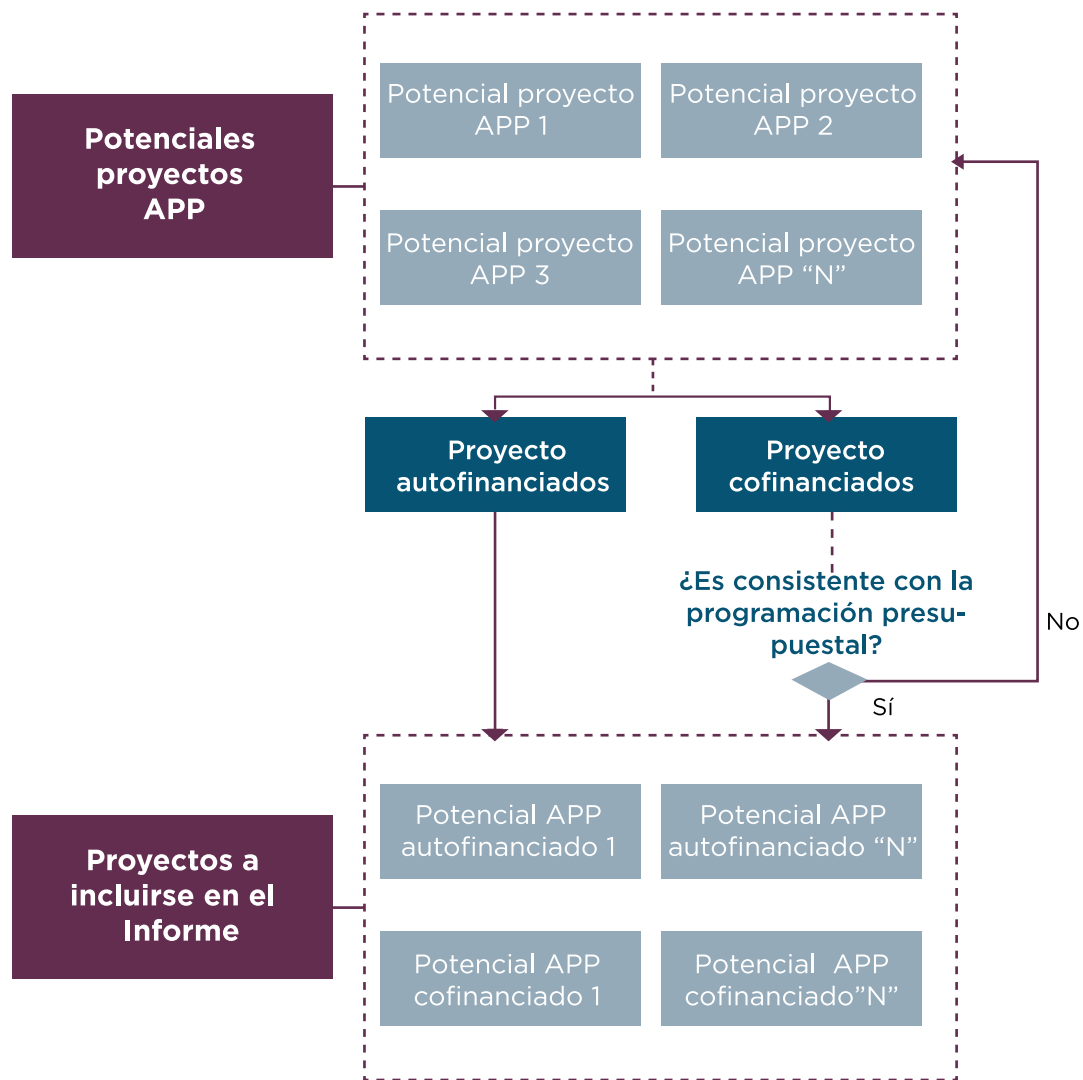
Fuente: Elaboración propia a partir de la normativa de APP en conjunto y los Lineamientos para la elaboración del Informe Multianual de Inversiones en APP para el año 2016 (2016).

Al identificar los proyectos⁶ y los recursos de la entidad comprometidos en proyectos de inversión mediante APP, el Informe Multianual de Inversiones en APP brinda señales al mercado sobre las necesidades que busca atender y los

⁶ De acuerdo con el Artículo 46 del Reglamento, luego de incorporar el proyecto contemplado en la iniciativa privada al proceso de promoción y de finalizar la fase de estructuración, el máximo órgano del OPIP aprueba la Declaratoria de Interés. Según el numeral 33.5 del Artículo 33 del Decreto Legislativo N° 1224, el carácter confidencial y reservado de las iniciativas privadas se mantiene hasta la Declaratoria de Interés.

proyectos que prioriza para eso, así como sobre la capacidad presupuestal de la entidad. Asimismo, se debe tener presente que en el informe se debe incluir solo los proyectos que sean consistentes con los resultados de la programación de gasto efectuada durante la sección de programación; es decir, aquellos que se prevé cuenten con disponibilidad presupuestal.

Gráfico 5. Inclusión de potenciales proyectos APP al Informe ▼



Fuente: Elaboración propia a partir de la normativa de APP y de los Lineamientos para la elaboración del Informe Multianual de Inversiones en APP para el año 2016 (2016).

Es importante destacar que en el Informe Multianual de Inversiones en APP se incorporan proyectos derivados de iniciativas privadas (ya sean autofinanciadas o cofinanciadas) siempre que cuenten con Declaratoria de Interés.⁷

Si bien este informe se circunscribe a las APP, es posible que las entidades incorporen Proyectos en Activos que prevean desarrollar y licitar en el mediano plazo, como un mecanismo de señalamiento al mercado.

b. Sección de programación

- Identificación de compromisos firmes derivados de los contratos de APP suscritos, incluyendo adendas y laudos.
- Proyección de los flujos por compromisos firmes derivados de proyectos de APP en proceso de promoción o que serán incorporados al proceso de promoción en los próximos tres años. En el caso de las Iniciativas Privadas Cofinanciadas, solo se considerarán aquellas declaradas de interés del OPIP correspondiente.
- Sobre el particular, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) (2012) menciona que la integración de las APP al proceso presupuestario es difícil de alcanzar, por lo que es de suma importancia la evaluación presupuestaria cuando el proyecto está aún en preparación. Además, la OCDE añade que la documentación presupuestaria debe revelar de manera transparente toda la información posible con respecto a los costos y a los pasivos contingentes de la APP.

7 En el Informe Multianual de Inversiones en APP se identifican los proyectos de inversión que son promovidos por iniciativa estatal, es decir, aquellos que son planificados desde su origen por el Estado para su desarrollo como APP. Por eso, este informe no incluye los proyectos de iniciativa privada, a menos que hayan sido declarados de interés, pues estas son ideas que el privado presenta sin necesidad de que el Estado lo solicite o planifique, a diferencia de lo que ocurre en los proyectos de iniciativa estatal.

Recuadro 2. Lineamientos para la elaboración del Informe Multianual de Inversiones en APP

El 7 de abril de 2016 se publicó, en el diario oficial El Peruano, los Lineamientos para la elaboración del Informe Multianual de Inversiones en APP para el año 2016, aprobados por Resolución Directoral N° 002-2016-EF/68.01. Estos lineamientos constituyen una herramienta metodológica de apoyo para las entidades públicas que requieren elaborar su Informe Multianual de Inversiones en APP.

Asimismo, el Reglamento ha dispuesto que la aprobación del Informe Multianual de Inversiones en APP se debe dar a más tardar el primer día hábil de junio, únicamente en el año 2016, y a más tardar el 16 de febrero en los años subsiguientes.

1.2. FORMULACIÓN

La fase de formulación, al igual que la fase de planeamiento y programación, se encuentra a cargo del ministerio, gobierno regional o gobierno local titular del proyecto de inversión que se desea promover como APP, salvo en el caso de las Iniciativas Privadas Cofinanciadas, cuya formulación es responsabilidad de la Unidad Formuladora de PROINVERSIÓN. Comprende la evaluación técnica, económica y legal del proyecto de inversión. En este sentido, se busca determinar la viabilidad técnica, legal y social, entre otras del proyecto.

Asimismo, si bien en el Informe Multianual de Inversiones en APP se identificaron los potenciales proyectos de APP, en la fase de formulación corresponde verificar, mediante los Criterios de Elegibilidad y ya que se cuenta con información más detallada, si la modalidad de APP es la más conveniente para desarrollar el proyecto o si, por el contrario, sería preferible desarrollarlo bajo otro mecanismo permitido por ley (régimen de contratación pública, por ejemplo). Los proyectos para los que otro mecanismo ofrezca una mejor implementación, no continuarían su desarrollo de acuerdo con las fases establecidas en el Decreto Legislativo N° 1224, sino otro procedimiento, según la modalidad con la que se opte desarrollar el proyecto.

Conforme a lo mostrado en el Módulo 2 sobre la base del análisis contenido en el Informe de Evaluación, en especial la aplicación de los Criterios de Elegibilidad, en esta fase se determina si el proyecto genera valor por dinero.

La fase de formulación comprende:

- Elaboración de estudios técnicos que sustenten la viabilidad del proyecto.
- Determinación si la modalidad de ejecución del proyecto se hará mediante APP.
- Evaluación preliminar como APP, la cual se plasmará en el Informe de Evaluación.

Esta fase es el punto de partida para estructurar una APP (proceso de promoción) pues se basa en el concepto del proyecto, es decir, en el esquema físico, la tecnología que se espera utilizar, los productos o servicios que ofrecerá y los costos estimados, así como en una descripción y evaluación de los aspectos relevantes en materia económica, jurídica, regulatoria, organizacional, ambiental y social.

Los estudios que se desarrollarán en la fase de formulación varían de acuerdo con la clasificación del proyecto:

a. Proyectos cofinanciados

Bajo la normatividad del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP), se exige la elaboración de estudios de preinversión para la declaratoria de viabilidad del Proyecto de Inversión Pública (PIP). Las APP cofinanciadas deben presentar dicha declaratoria como requisito previo para la incorporación al proceso de promoción.

Recuadro 3. El Sistema Nacional de Inversión Pública

Es un sistema administrativo del Estado que, mediante el establecimiento de principios, procesos, metodologías y normas técnicas, busca optimizar la eficiencia en el uso de los recursos públicos destinados a la inversión, garantizando la sostenibilidad de los proyectos y los servicios públicos de calidad para el bienestar de la población.

En Perú, un PIP se define como toda intervención limitada en el tiempo que utiliza total o parcialmente recursos públicos, con el fin de crear, ampliar, mejorar o recuperar la capacidad productora o de provisión de bienes o servicios, cuyos beneficios se generen durante la vida útil del proyecto y estos sean independientes de los de otros proyectos. No son PIP las intervenciones que constituyan solamente gastos de operación y mantenimiento.

Si bien el ciclo del proyecto contempla las fases de preinversión, inversión y post inversión, es preciso indicar que es durante la fase de preinversión es donde se formulan los proyectos de inversión que podrán ser ejecutados mediante el mecanismo de APP.

Por otro lado, existen proyectos de APP con intervenciones que no califican como PIP como, por ejemplo, la gestión de un servicio público, ya que no presenta un componente de inversión, como se señala en el Recuadro 3. Este tipo de proyectos no están incursos dentro del SNIP.

No obstante, considerando el uso de recursos públicos para el desarrollo de la APP, debe evaluarse la viabilidad técnica de la APP a fin de determinar la rentabilidad social propuesta, así como el uso eficiente de los recursos públicos (es decir, se debe realizar una formulación de la APP, aunque no involucre componente de inversión). Esta formulación se hará bajo los lineamientos que apruebe el MEF.

b. Proyectos autofinanciados

Para este tipo de proyectos, si bien no hay una regla general sobre el nivel y profundidad de estudios técnicos a realizar, dado que no necesitan obtener la declaratoria de viabilidad en el marco del SNIP, para la elaboración de los estudios se debe realizar una evaluación preliminar de los siguientes aspectos:

- Análisis de la demanda por el servicio materia del proyecto.
- Análisis socio-económico.
- Análisis técnico y evaluación de alternativas, así como de los niveles de servicio o de desempeño esperado.
- Desarrollo de la ingeniería conceptual.
- Estimación de costos de construcción y cronogramas.
- Estimación de costos de operación y mantenimiento durante el ciclo de vida del proyecto.
- Evaluación ambiental (de acuerdo con la normatividad vigente).
- Análisis técnico-legal y estado de propiedad de los inmuebles, bienes y derechos necesarios para el desarrollo del proyecto.
- Análisis de flujos de caja del proyecto APP.
- Otros.

Es preciso tener en cuenta que, independientemente del tipo de proyecto, el margen de error de la estimación de los costos disminuye conforme se profundizan los estudios técnicos.

Recuadro 4. Fase de formulación para las APP

Es importante señalar que la fase de formulación para las APP no es la misma que regulan las normas del SNIP, pues en esta (fase APP) se realizan todos los estudios necesarios que permitan evaluar si proyecto de inversión puede ser desarrollado bajo el mecanismo de APP (indistintamente de si usan o no recursos públicos o de si contienen o no un PIP).

1.2.1. INFORME DE EVALUACIÓN

Es el instrumento principal para la toma de decisiones sobre la incorporación del proyecto al proceso de promoción de la inversión privada de APP (es decir, su entrada a la fase de estructuración y transacción). Asimismo, este informe ayuda a tomar conocimiento sobre el nivel de información, discernimiento y compromiso de la entidad (ministerio, gobierno regional o gobierno local), en cuanto al proyecto de inversión que se desea promover.

En países con vasta experiencia en el desarrollo de APP, como el Reino Unido,⁸ las políticas, estrategias, programas y proyectos solo podrán alcanzar sus objetivos y ofrecer beneficios si son analizados cuidadosamente y planificados de forma realista desde el comienzo, y si se toman en cuenta los riesgos asociados. De esta manera, para una adecuada toma de decisiones sustentada en la viabilidad estratégica, económica, comercial, financiera y administrativa del proyecto, se debe proveer a los tomadores de decisiones, partes interesadas (*stakeholders*, en inglés) y público en general, una herramienta de gestión basada en la evidencia.

En este sentido, el Informe de Evaluación es el documento que el ministerio, gobierno regional o gobierno local presenta al OPIP, con la información necesaria para:

- Definir si es conveniente técnica, económica y legalmente desarrollar el proyecto bajo el mecanismo de APP.
- Estructurar preliminarmente el proyecto.
- Detectar las contingencias que puedan retrasar su desarrollo, vinculadas principalmente a aspectos legales y técnicos, delimitación de competencias y de gestión de la entidad pública.

De acuerdo con el Reglamento, este informe debe contener, como mínimo, la información presentada en el siguiente gráfico:

⁸ Revisar HM Treasury (2015). *Public sector business cases using the five case model: updated guidance.*

GRÁFICO 6. CONTENIDO MÍNIMO DEL INFORME DE EVALUACIÓN	
a.	Descripción general del proyecto, incluyendo como mínimo: nombre, entidad competente, antecedentes, área de influencia del proyecto, objetivos y clasificación del proyecto.
b.	Importancia y consistencia del proyecto con las prioridades nacionales, regionales o locales, según corresponda, y congruencia con los planes nacionales, sectoriales, planes de desarrollo concertados regionales y locales.
c.	Diagnóstico sobre la provisión actual de la infraestructura o servicio público que identifique las características de la demanda y la oferta existente en términos de cobertura y calidad.
d.	Análisis de la demanda por el servicio materia del proyecto.
e.	Análisis técnico del proyecto y evaluación de alternativas, así como niveles de servicio o de desempeño esperados.
f.	Inversiones y costos de operación y mantenimiento estimados durante el ciclo de vida del proyecto y estimación de costos de supervisión.
g.	Mecanismo de pago propuesto, vía tarifas, peajes, precios y aquellos de naturaleza no tributaria cobrados directamente a los usuarios o indirectamente a través de empresas, cofinanciamiento o combinación de estos y evaluación sobre la viabilidad legal de ejercer dichos cobros.
h.	Evaluación económica financiera preliminar del proyecto como APP.
i.	Identificación y estimación de los riesgos del proyecto, sus mecanismos de mitigación y asignación preliminar.
j.	Identificación preliminar, diagnóstico técnico legal y estado de propiedad de los inmuebles, bienes y derechos necesarios para el desarrollo del proyecto, identificando su naturaleza pública o privada, así como de las interferencias y una estimación de su valorización, según corresponda.
k.	Aplicación de los Criterios de Elegibilidad.
l.	Análisis de capacidad de pago de los compromisos a ser asumidos por la entidad pública respectiva, incluyendo los gastos de adquisición y/o expropiación de terrenos y levantamiento de interferencias y gastos por supervisión.

m.	Tratándose de proyectos cofinanciados, debe incluirse la declaración de viabilidad de acuerdo con las normas del SNIP y una proyección anual del cofinanciamiento e ingresos.
n.	Descripción y evaluación de los aspectos relevantes en materia económica, jurídica, regulatoria, organización, ambiental y social para el desarrollo del proyecto, identificando, de ser el caso, problemas eventuales que lo retrasen.
o.	Ruta crítica para el desarrollo del proceso de promoción.

Fuente: Elaboración propia a partir de la normativa de APP en conjunto (2015).

Si bien mucha de la información que hoy forma parte del Informe de Evaluación se preveía en la anterior normativa de APP, se agregaron nuevos elementos que es necesario analizar para el proyecto, como la aplicación de los Criterios de Elegibilidad para la evaluación del valor por dinero (dichos criterios reemplazan la metodología del comparador público privado), la identificación preliminar y diagnóstico técnico-legal de propiedad de los inmuebles, bienes y derechos necesarios para el desarrollo del proyecto (por ejemplo, los terrenos necesarios), que constituyen elementos críticos para el avance y ejecución de las obras.

El Informe de Evaluación consolida la información necesaria para que un proyecto de inversión sea promovido como APP. Cabe señalar que, una vez que el proyecto es incorporado al proceso de promoción,⁹ el Informe de Evaluación constituye un elemento integral de evaluación del proyecto APP, y su contenido deberá evolucionar con base en los estudios técnicos, legales y económicos adicionales que se desarrollen durante la etapa de estructuración y transacción y que se reflejan en la versión final del contrato de APP. Conforme lo señala la *Guía de Referencia para APP 2014* (BID, BasD y BM, 2014), la información del estudio de factibilidad y del análisis de viabilidad económica es una entrada clave para la estructuración de la APP, pues en este informe se identifican los riesgos técnicos clave y se proporcionan las estimaciones de demanda y de la predisposición de los usuarios a pagar por los servicios, entre otros.

⁹ Es decir, que se haya obtenido la opinión favorable al Informe de Evaluación.

El resultado esperado del Informe de Evaluación es determinar si el proyecto de inversión es técnicamente factible, económicamente viable, fiscalmente responsable y si proporciona valor por dinero. De no cumplir con estas condiciones, el proyecto requerirá un análisis más profundo y, de ser el caso, la selección de una vía de ejecución distinta a la APP.

El Informe de Evaluación forma un “caso de negocio” que, por lo general, también se desarrolla para demostrar por qué la APP es la mejor alternativa de inversión. Este informe requiere mecanismos de aprobación antes de iniciar la estructuración y transacción de la APP.

La responsabilidad sobre la elaboración del Informe de Evaluación recae en el ministerio, gobierno regional o gobierno local respectivo. El OPIP es la entidad (PROINVERSIÓN) u órgano (Comités de Inversiones) encargado de analizar y revisar el Informe de Evaluación.

Debe considerarse que el OPIP se encargará de estructurar y desarrollar la licitación del proyecto, motivo por el cual es el primer filtro de revisión del Informe de Evaluación, pues si resulta que el proyecto, por ejemplo, no es técnicamente viable, el OPIP no podrá cumplir sus funciones de manera eficiente. Por eso, no solo puede solicitar información adicional a la entidad pública sino también -de oficio-, modificar el Informe de Evaluación, en conformidad con la entidad correspondiente.

Un elemento crucial durante esta etapa es la delimitación de la ruta crítica para el desarrollo del proceso de promoción que, si bien es propuesto por la entidad pública, corresponde a la OPIP determinar si las etapas y plazos propuestos resultan razonables y congruentes con sus actividades.

Una vez aprobado por dicho organismo, y con la finalidad de incorporar el proyecto al proceso de promoción, este debe solicitar la opinión favorable del MEF, la cual comprenderá los temas señalados en el gráfico siguiente.

GRÁFICO 7. ASPECTOS SOBRE LOS QUE OPINA EL MEF AL INFORME DE EVALUACIÓN

a.	Verificación de la clasificación del proyecto: ¿autofinanciada o cofinanciada?
b.	Capacidad de pago del Estado, en el caso de ser APP cofinanciadas.
c.	Aplicación de los Criterios de Elegibilidad para determinar la modalidad de ejecución: APP u obra pública.
d.	Impacto del proyecto en el mecanismo de competencia y desempeño de los mercados; por ejemplo, ¿crea monopolios en mercados competitivos?

Fuente: Elaboración propia a partir de la normativa de APP en conjunto (2015).

Con base en la información proporcionada por la entidad pública y el OPIP, el MEF evalúa la clasificación del proyecto como autofinanciado o cofinanciado. El primer criterio de dicha evaluación es la fuente de ingresos, para lo cual se debe responder la pregunta ¿los ingresos del proyecto provienen de recursos públicos?¹⁰ Si la respuesta es positiva, se trata de un proyecto cofinanciado y, por lo tanto, se deberá evaluar la capacidad de pago del ministerio, gobierno regional o gobierno local para atender los compromisos con el inversionista.

Si, a partir de la información proporcionada, se determina que la fuente de ingresos no proviene de recursos públicos, sino de, por ejemplo, peajes, tarifas, ingresos por explotación de servicios del proyecto, entre otros, se trata de un proyecto autofinanciado. En este caso, se deberá evaluar la proyección de demanda del proyecto. Si el proyecto requiere garantías, se evaluará la probabilidad de activación; para esto, deben aplicarse los lineamientos aprobados mediante Resolución Ministerial N° 048-2015-EF/52, para determinar la probabilidad de que una garantía no financiera demande el uso de recursos públicos en el marco de una APP.

10 La definición de recursos públicos se desarrolla en el Módulo II.

Considerando que el proceso de promoción es iterativo, la información que se genera durante la fase de estructuración, permitirá evaluar posteriormente la clasificación del proyecto (en el hito de versión final del contrato).

Es importante profundizar en la aplicación de los Criterios de Elegibilidad, los cuales se utilizan con la finalidad de evaluar y determinar los beneficios de desarrollar un proyecto como APP frente al régimen general de contratación pública, considerando el nivel de transferencia de riesgos, la capacidad de medición de la disponibilidad y calidad del servicio, la minimización de costos del ciclo del proyecto, el financiamiento por usuarios, las ventajas y limitaciones de la obra pública tradicional, los costos del proceso de APP, los factores relacionados con el éxito del proyecto y la competencia por el mercado, entre otros. Es preciso recordar que uno de los momentos en que se genera valor por dinero es cuando se selecciona la modalidad de ejecución más adecuada para llevar a cabo el proyecto. En este sentido, con la correcta aplicación de los Criterios de Elegibilidad se busca la generación de valor por dinero.

De acuerdo con la Guía de Referencia para APP 2014 (BID, BasD y BM, 2014), los análisis de valor por dinero suelen contener un análisis cuantitativo, como el Comparador Público Privado. Sin embargo, el uso de herramientas cuantitativas, que comparan el costo de un proyecto bajo obra pública con el costo ajustado por los riesgos que se transfiere al privado y por otras diferencias en la ejecución a cargo de un privado, ha resultado controversial por su complejidad, al ser necesario determinar una tasa de descuento y valorizar los distintos riesgos involucrados. Es por esto que países como Reino Unido, México, Colombia, Francia, Uruguay y Canadá han desarrollado herramientas de análisis de índole cualitativa que complementen el análisis cuantitativo, para tomar una mejor decisión.

En el caso peruano, los Criterios de Elegibilidad, los cuales se basan en criterios cualitativos, reemplazan al Comparador Público Privado para elegir la modalidad de ejecución de proyectos de inversión. En la práctica, los análisis cuantitativos han presentado problemas de aplicación debido a la disposición de pocos datos para cumplir con los requisitos que demandan. Sin perjuicio de un futuro uso de esta herramienta, es necesario generar información de utilidad a fin de evaluar mejor los proyectos de APP.

Por otro lado, los Criterios de Elegibilidad sirven para determinar la idoneidad de realizar un proyecto bajo la modalidad de APP. Los criterios básicos de

elegibilidad para la elección de la modalidad de ejecución de proyectos de inversión se señalan en el siguiente gráfico:

GRÁFICO 8. CRITERIOS DE ELEGIBILIDAD	
a.	Nivel de transferencia de riesgos.
b.	Capacidad de medición de la disponibilidad y calidad del servicio.
c.	Disponibilidad de información para estimación de costos durante el ciclo de vida del proyecto.
d.	Financiamiento por usuarios.
e.	Ventajas y limitaciones del régimen general de contratación pública.
f.	Tamaño de proyecto que justifique los costos del proceso de APP.
g.	Precedente en el mercado como factor de éxito del proyecto.
h.	Competencia por el mercado.
i.	Fortaleza institucional para conducir un proyecto de APP.
j.	Tiempo de aprovechamiento del activo.

Fuente: Elaboración propia a partir de la normativa de APP en conjunto (2015).

Recuadro 5. Uso de los Criterios de Elegibilidad durante la fase de planeamiento y programación

Los Lineamientos para la elaboración del Informe Multianual de Inversiones en APP para el año 2016, aprobados por Resolución Directoral N° 002-2016-EF/68.01, señalan que tienen una vinculación directa con los Criterios de Elegibilidad, al momento de determinar si un proyecto de inversión presenta las condiciones necesarias para desarrollarse bajo la modalidad de APP.

Es por eso que el uso de los Criterios de Elegibilidad durante la fase de planeamiento y programación, complementa el Informe Multianual de Inversiones en APP y persigue un doble objetivo:

- Determinar de forma temprana si el proyecto tiene potencial para ser desarrollado bajo la modalidad de APP.
- Identificar necesidades de información o análisis adicionales, los cuales se realizarán posteriormente, durante la fase de formulación, para responder y justificar los Criterios de Elegibilidad.

Es preciso señalar que la elaboración de los estudios para la evaluación del proyecto, incluyendo el Informe de Evaluación, se puede encargar a PROINVERSIÓN, previa suscripción de un convenio entre las partes en el cual se determinen las obligaciones y responsabilidades de la entidad y PROINVERSIÓN.

1.3. ESTRUCTURACIÓN

La tercera fase se encuentra a cargo del OPIP y se inicia con la incorporación del proyecto de inversión al proceso de promoción de inversión privada.

La estructuración consiste en asignar los riesgos del proyecto y trasladarlos al diseño del contrato de APP, de acuerdo con una estructura económico-financiera que, por un lado, genere valor por dinero al Estado, y por otro, un proyecto fiscalmente responsable y comercialmente viable para el sector privado

(o sea, bancable). De esta manera, la estructuración de un proyecto usualmente involucra¹¹ una evaluación detallada de los riesgos del proyecto de APP, así como un análisis detallado de los aspectos comerciales y financieros.¹² En esta fase también se define el papel que juega el sector privado en el proyecto y se consideran los diferentes tipos de acuerdos de APP. Además, se determinan los criterios para la selección del inversionista; los estándares de servicio requeridos; la distribución de riesgos, basada en el supuesto de que estos se asignan a quien este mejor calificado para manejarlo/mitigarlo; los mecanismos de pago en detalle, y otras características de la APP.

Durante la fase de estructuración, el proyecto de inversión que recibió la viabilidad técnica, económica y financiera mediante la aprobación del Informe de Evaluación, se diseña y estructura como APP, para lo cual se establece lo siguiente:

- **Determinación de la estructuración económico-financiera del proyecto:** implica definir el esquema de pagos, el flujo de caja asociado a dicho esquema (ingresos, costos, estudios de demanda, programación de inversiones y tasas de descuento, entre otros parámetros) y el requerimiento de garantía financieras y no financieras asociado, igualmente, a dicho esquema.
- **El mecanismo de retribución:** se determina si hay o no una contraprestación del privado en beneficio del Estado (oneroso o gratuito).
- **Distribución de riesgos entre las partes:** aplicación del principio de distribución adecuada de riesgos para asignar los típicos en una APP (diseño, construcción, financiamiento, operación, mantenimiento, entre otros), al Estado y el privado, bajo el criterio que la parte que asume un determinado riesgo es aquella con mayor capacidad para administrarlo, considerando el perfil del proyecto.

En este sentido, no se trata de que el Estado asuma todos los riesgos del proyecto, ni que todos estos se trasladen al privado -que terminará por cobrar el costo de asumir todos los riesgos a través de su oferta económica-, sino de asignarlos a la parte con mejor capacidad para tomar

¹¹ Esta descripción de la fase de estructuración se basa en *The Guide to Guidance, How to Prepare, Procure and Deliver PPP Projects*, de European PPP Expertise Centre.

¹² Los riesgos asociados a proyectos de APP se detallan en el Módulo 5.

acciones y evitar su ocurrencia o, en caso de que ocurran, tener la capacidad para mitigar su impacto en el proyecto; por ejemplo, el riesgo de construcción es típicamente asignado al privado, pues la empresa privada –a diferencia del Estado– cuenta con más experiencia en la labor constructiva y en el manejo y compra de los insumos para la construcción de la infraestructura pública.

- **Diseño del proyecto de contrato:** se refiere a la elaboración del proyecto de contrato de APP, que incorpora los derechos y obligaciones de las partes que debe incluir la asignación de los riesgos identificados, a través de las cláusulas del contrato.

Asimismo, durante esta fase, el OPIP, directa o indirectamente, analiza el interés de potenciales participantes y financistas por el proyecto.

Recuadro 6. Plan de Promoción

Es el documento que presenta la información básica y general del proyecto, así como del proceso de promoción, para dar a conocer lo que busca el Estado con el proyecto de inversión y despertar el interés de potenciales empresas privadas. En este sentido, el Reglamento establece que el Plan de Promoción debe contener como mínimo:

- El esquema general de la APP (entidad concedente, alcance territorial y objetivo del proyecto, entre otros), incluyendo su clasificación como autofinanciada o cofinanciada.
- El mecanismo del proceso de selección, indicando si es licitación pública especial, concurso de proyectos integrales u otro mecanismo competitivo (por ejemplo, la subasta).
- El cronograma del proceso de promoción de acuerdo con la ruta crítica establecida en el Informe de Evaluación.

Finalmente, es importante considerar que si bien el OPIP es el responsable de la estructuración del proyecto como APP y, por tanto, debe realizar todos los estudios y evaluaciones técnicas, económicas, financieras, sociales, ambientales y legales, el Reglamento incluye diferentes medidas para fomentar que la

estructuración del proyecto capte también el interés de los actores del mercado e incorpore las recomendaciones de las entidades públicas que participarán, en el marco de sus competencias, en la ejecución del proyecto.

En este sentido, durante esta fase, el OPIP convoca al ministerio, gobierno regional o gobierno local, al organismo regulador (si corresponde) y al MEF a reuniones de coordinación para recibir comentarios, sugerencias y apreciaciones generales sobre el diseño del contrato y su correcta ejecución, según las competencias atribuidas a cada entidad. Estas reuniones de coordinación persiguen diversos objetivos:

- Promover que las entidades del Estado expresen sus opiniones sobre el proyecto y el diseño del contrato, antes de su apertura al mercado.
- Contar con un proyecto de contrato lo más cercano posible a la versión final, de manera que, en la fase de transacción, se eviten diversas modificaciones por temas que pudieron ser previstos o soluciones que pudieron incorporarse antes.
- Evitar que el sector privado se desincentive, al presentarle un contrato de APP con múltiples modificaciones en cuanto a temas sustanciales que determinan su participación como postor.

En este contexto, durante estas reuniones, el OPIP es el encargado de administrar y gestionar la información y recomendaciones indicadas por cada entidad, según su competencia. Adicionalmente, el OPIP puede solicitar por escrito comentarios preliminares y recomendaciones por parte del ministerio, gobierno regional o gobierno local, del organismo regulador (si corresponde) y del MEF, los cuales deben ser absueltos en un plazo máximo de quince días hábiles.

Dada la importancia de llegar a un acuerdo aceptable entre todos los actores, durante esta fase, se puede realizar un proceso de sondeo del mercado, a fin de entender la percepción respecto al riesgo por parte del sector privado y la banca de inversión, que retroalimente la estructuración del proyecto.

Un aspecto que cabe resaltar es la contratación de consultores especializados por parte del OPIP para que se encarguen de los estudios necesarios para la evaluación del proyecto. Esta posibilidad permite que el OPIP contrate empresas especializadas, como bancos de inversión o consultoras, que tienen

conocimiento y experiencia en la estructuración legal, económica y financiera de proyectos de APP y que, por tanto, aportan en áreas que no necesariamente son de común manejo para el Estado.

Recuadro 7. Asesoría durante el proceso de promoción

Uno de los elementos principales para el éxito del proceso de promoción, es contar con asesoría especializada en el desarrollo de APP, ya sea por parte de banca de inversión, asesores de transacción o consultores especializados, que acompañen al OPIP durante las fases de estructuración y transacción, incluyendo los procesos de expropiación, de ser necesarios para el proyecto. También pueden asesorar a la entidad desde las primeras fases (planeamiento y formulación) y mantenerse durante la etapa de ejecución contractual, a fin otorgar un tránsito ordenado desde la OPIP al órgano que administre el contrato de APP.

La asesoría comprende aspectos legales (viabilidad legal del proyecto y elaboración de los contratos, verificación de requisitos legales de los documentos presentados por los postores), técnico (revisar especificaciones del proyecto APP, soluciones técnicas, niveles de servicio), financiero (elaboración del modelo financiero y estructura financiera del proyecto, fuentes de pago, evaluación de los aspectos de bancabilidad del proyecto), etc.

La elección de los asesores debe basarse en criterios que fomenten la competencia y que no restrinjan la participación de extranjeros. Asimismo, deben crearse incentivos adecuados en la remuneración de los asesores para desarrollar una APP técnicamente factible, económica y comercialmente viable, bancable, fiscalmente responsable y que ofrezca valor por dinero.

Es preciso indicar que, en esta fase, se pueden revisar los aspectos técnicos del proyecto y profundizar el nivel de los estudios, para contar con una mayor certeza sobre los costos del proyecto y la asignación de riesgos.

Con la información generada, el OPIP elabora las bases del concurso para la adjudicación del proyecto, así como el proyecto de contrato.

1.4. TRANSACCIÓN

En la etapa de transacción, que sigue a la de estructuración y concluye con la firma del contrato, el OPIP selecciona al postor que implementará la APP. El objetivo de esta fase es doble (BID, BasD y BM, 2014). El primero es seleccionar una firma o consorcio competente y el segundo, identificar la solución más efectiva y eficiente para los objetivos propuestos en el proyecto; ambos desde una perspectiva técnica y de valor por dinero. En cuanto al segundo objetivo, el proceso normalmente establece algunos parámetros cuantitativos clave del contrato: los montos que el Gobierno pagará o las tarifas que el usuario pagará por los bienes y servicios provistos. Lograr estos objetivos generalmente requiere un proceso de contratación competitivo, eficiente y transparente.

El OPIP también se encarga de la fase de transacción, durante la que se lleva el proyecto al mercado (apertura del mercado) a partir de una convocatoria, en la que además se publican las bases y el proyecto de contrato de APP. El OPIP recibe y evalúa los comentarios de los postores en cuanto a las bases y el proyecto de contrato de APP, e incorpora aquellos que considera convenientes, que coadyuvan al cumplimiento del objetivo del proyecto y promueven la competencia. Asimismo, determina el mecanismo aplicable, que puede ser licitación pública, concurso de proyectos integrales u otros mecanismos competitivos.

Cabe notar que el Decreto Legislativo N° 1224 no restringe los mecanismos por medio de los cuales se podría adjudicar un proyecto de APP, dejando abierta la posibilidad de utilizar mecanismos competitivos de selección, como, entre otros:

- La licitación pública: mecanismo que procede cuando el OPIP determina, con base en estudios técnicos definitivos, el servicio público u obra a ejecutar y cuenta con los estudios y proyectos requeridos.
- Los proyectos integrales: mecanismo que procede cuando el OPIP no cuenta con estudios definitivos -expediente técnico- para la ejecución de la obra o la explotación del servicio.

- Las subastas o el diálogo competitivo: mecanismo utilizado en proyectos de alta complejidad técnica en su diseño y construcción, que requieren altos recursos humanos, y en que el Estado estructura el proyecto y diseña el contrato en colaboración y diálogo con los postores, examinando, eligiendo y desechando las soluciones planteadas por estos y eligiendo al postor que presente mejor propuesta en dicho objetivo.

De acuerdo con la *Guía de Referencia para APP* (BID, BasD y BM, 2012), el objetivo de la fase de transacción es seleccionar al inversionista privado más competente para llevar a cabo el proyecto de APP, velando por la transparencia y el trato igualitario a todos los postores, con el fin de promover una mayor competencia y la subsecuente generación de valor por dinero. En este sentido, el proceso de transacción debe ser:¹³

- Transparente, es decir, que toda la información esté disponible para todos los participantes en todo momento y que el proceso se realice como se estableció en las bases.
- Abierto a la competencia.
- No discriminatorio, es decir, que todos los participantes sean tratados de forma igualitaria durante todo el procedimiento.

Es importante mencionar que el OPIP puede desarrollar mecanismos de interrelación permanente con los participantes para aclarar aspectos del proyecto y del borrador del contrato y para producir propuestas que cumplan los requisitos del OPIP. Es importante mencionar que los contratos de APP no son de adhesión, sino que provienen de una etapa de evaluación y negociación estructurada entre el OPIP, las entidades evaluadoras y los participantes.

Este mínimo estándar de condiciones también ha sido reconocido por los tribunales peruanos, al señalar que la contratación estatal tiene características singulares y persigue finalidades públicas que lo diferencian de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares. Por eso, las contrataciones estatales deben realizarse de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y según los principios de transparencia en las operaciones, imparcialidad, libre competencia y el trato justo e igualitario entre postores¹⁴.

13 Visitar: <http://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/highwaystoolkit/5/5-4.html>

14 <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00020-2003-AI.html>

1.4.1 VERSIÓN FINAL DEL CONTRATO

La versión final de un contrato de APP es el documento resultante del proyecto de contrato elaborado durante la fase de estructuración y de las incorporaciones y modificaciones realizadas por el OPIP luego de los comentarios de los postores. En este sentido, la versión final del contrato contiene las reglas de juego (derechos y obligaciones de las partes, distribución de riesgos, estructura económico-financiera del proyecto, entre otros) que regirán la relación contractual durante toda la fase de ejecución y sobre las cuales los postores establecerán sus propuestas económicas a fin de adjudicarse el proyecto.

De manera previa a la adjudicación del proyecto de APP, el OPIP, sin excepción y bajo responsabilidad, debe contar con las siguientes opiniones a la versión final del contrato:

- Opinión previa favorable del ministerio, gobierno regional y gobierno local, de acuerdo con sus competencias.
- Opinión previa no vinculante del organismo regulador, en caso de que la APP pertenezca a un sector regulado, exclusivamente en cuanto a los temas materia de sus competencias legales.
- Opinión previa favorable del MEF. De no contar con esta opinión, el contrato y su adjudicación no surten efecto y son nulos de pleno derecho.

Adicionalmente a dichas opiniones, y de manera no vinculante, la versión final del contrato de APP debe contar con el Informe Previo de la Contraloría General de la República, que únicamente podrá referirse a aquellos aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado.

Cabe señalar que cada entidad pública emite informes y opiniones una sola vez, salvo por solicitud adicional del OPIP. Por su lado, habiéndose solicitado los informes y las opiniones previas, y de no emitirse éstas dentro de los plazos previstos, son entonces consideradas como favorables.

En caso de que un proyecto sea encargado a PROINVERSIÓN, su Consejo Directivo es el responsable de aprobar la versión final del contrato. Por otro lado,

si el proceso de promoción es llevado a cabo por el Comité de Inversiones del ministerio, gobierno regional o gobierno local, el responsable de aprobar la versión final del contrato es el viceministro, Consejo Regional o Concejo Municipal, respectivamente.

La fase de transacción culmina con la adjudicación del proyecto de APP y la respectiva suscripción del contrato, así como con el proceso de promoción.

Recuadro 8. Cierre financiero

Un hito relevante al inicio de la fase de ejecución contractual es el “cierre financiero”, que supone la negociación y suscripción de una serie de documentos legales y financieros entre el inversionista privado y sus financiadores para obtener los recursos necesarios para implementar el proyecto, según lo disponga el contrato de APP (ver p. 26, Unidad 1, Módulo 5).

1.5. EJECUCIÓN CONTRACTUAL

Esta fase es la más larga, pues comprende todo el periodo de vigencia del contrato de APP, desde su firma hasta su terminación, y es responsabilidad del ministerio, gobierno regional o gobierno local como titulares de los proyectos de APP. Aunque una adecuada preparación y promoción del proyecto de APP son importantes, la forma en que el contrato sea supervisado y gestionado durante su ejecución es crítica para el éxito o fracaso del proyecto, así como su capacidad efectiva lo es para generar valor por dinero, como se estimó en la fase de transacción.

De acuerdo con la *Recomendación del Consejo sobre Principios para Gobernanza Pública de Asociaciones Público Privadas* (OCDE, 2012), debe prestarse especial atención a los acuerdos contractuales y a la capacidad de vigilancia en las etapas posteriores de un proyecto, a fin de garantizar que los incentivos no se deterioren mientras que el costo por incumplimiento disminuye. En esta línea, la fase de ejecución contractual comprende el seguimiento y supervisión de las obligaciones contractuales, para obtener el bien o servicio tal cual fue planificado.

Como se expuso en el Módulo 3, la responsabilidad de esta fase recae en el titular del proyecto de inversión, quien cumple las siguientes funciones:

- Gestiona y administra los contratos de APP y cumple con todas las obligaciones contractuales que estén a su cargo. La administración de contratos se refiere a todas las actividades que debe realizar la entidad titular para asegurar el cumplimiento de lo establecido en el contrato en beneficio de los intereses del Estado y para anticiparse al surgimiento de problemas que puedan retrasar el desarrollo del proyecto. Esto implica realizar un seguimiento detallado y anticipado del contrato a través de un área específica para dicho fin (Unidad de Administración de Contratos), que deberá contar con personal y apoyo de consultores con la suficiente experiencia en la administración de proyectos de APP y tener una coordinación constante con las empresas privadas a cargo de la gestión del proyecto. Usualmente las obligaciones varían según la etapa del contrato: diseño (se incluyen las condiciones necesarias para el cierre financiero), construcción, operación y mantenimiento.
- En casos debidamente justificados, modifica los contratos de APP de común acuerdo con la parte privada, suscribiendo los documentos que contengan dicha modificación. En virtud de esto, lidera y es responsable del proceso de evaluación conjunta y de la obtención de las opiniones previas a las modificatorias, con la finalidad de proteger el valor por dinero del proyecto. Es preciso tener presente que las modificaciones contractuales son una alternativa que busca atender cambios específicos y debidamente justificados que se susciten durante el desarrollo del proyecto.
- Hacer efectivas las penalidades derivadas del incumplimiento al contrato de APP, salvo que dicha función haya sido asignada o delegada al organismo regulador respectivo.
- Declarar la suspensión o caducidad del contrato de APP cuando concurren las causales previstas en el respectivo contrato.
- Otras funciones que el marco legal vigente le asigne.

Cabe mencionar que la Normativa de APP dispone que las funciones desarrolladas en esta fase deben ser asignadas o delegadas a un órgano de la estructura interna del ministerio, gobierno regional o gobierno local, con el objetivo de que la empresa privada que gestiona el proyecto identifique y se relacione

directamente con una sola oficina o área de la entidad pública, la cual centraliza toda la información y funciones principales para el desarrollo del proyecto desde el lado estatal. Para esto, la entidad pública deberá contar con un equipo idóneo para desempeñar estas funciones conforme la recomendación 1 de los *Principios de Gobernanza de la OCDE* (2012) (ver Módulo I).

Recuadro 9. El OPIP y la Unidad de Administración de Contratos

El OPIP es la entidad u órgano encargado del proceso de promoción, el cual culmina con la suscripción del Contrato de APP. De esta manera, la fase de ejecución contractual es responsabilidad de la entidad pública (ministerio, gobierno regional o gobierno local), que debe designar una de sus unidades orgánicas con la finalidad de que administre el contrato de APP y se encargue de velar por el cumplimiento de las funciones que han sido designadas a la entidad durante esta fase.

Finalmente, también es importante mencionar que el Reglamento dispone que, en la etapa de ejecución contractual, el consultor que brindó servicios de consultoría al OPIP durante la fase de estructuración y transacción puede extender su asesoría a la etapa de ejecución contractual a fin de asistir y coadyuvar en las labores de administración del contrato a cargo del ministerio, gobierno regional o gobierno local, siempre y cuando las condiciones de contratación de consultor ante la OPIP lo hayan establecido. Por tanto, es necesario que exista una coordinación previa para esto con las entidades públicas en dicho momento.

Recuadro 10. La supervisión durante la fase de ejecución contractual

Uno de los elementos clave durante el desarrollo del proyecto es la supervisión de las obligaciones contractuales. La Ley N° 27332, Ley marco de los organismos reguladores de la inversión privada en los servicios públicos, establece como función de dichos organismos la supervisión del cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas.

En los sectores no regulados, la supervisión recae sobre la entidad pública titular del proyecto. Tratándose de la ejecución de obras, se requiere la contratación de empresas supervisoras que viabilicen una correcta verificación (ver Módulo II).



IDEAS PRINCIPALES

- Una de las innovaciones del Decreto Legislativo N° 1224 fue definir de manera clara las fases para el desarrollo de proyectos de APP, independientemente de su clasificación (autofinanciada o cofinanciada) y origen (iniciativa estatal o privada). Estas fases son cinco: planeamiento y programación, formulación, estructuración, transacción y ejecución contractual.
- A lo largo de las distintas fases de desarrollo de las APP existen diversos hitos o filtros, diseñados para garantizar que se realicen estudios que aseguren la viabilidad del proyecto en diversos aspectos, como el estratégico, técnico, económico, financiero y social, entre otros. En este sentido, el Estado peruano ha desarrollado tres hitos o filtros principales, que se materializan en tres documentos distintos: (i) Informe Multianual de Inversiones en Asociaciones Público Privadas, (ii) Informe de Evaluación, y (iii) versión final del contrato de APP.

BIBLIOGRAFÍA SUGERIDA

Banco Mundial (BM). (2011). *How to Engage with the Private Sector in Public-Private Partnerships in Emerging Markets*. Washington: Banco Mundial.

Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Banco Asiático de Desarrollo (BAsD) y Banco Mundial (BM). (2014). *Guía de Referencia para Asociaciones Público Privadas, Versión 2.0*. Disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/2014/01/20182310/public-private-partnerships-reference-guide-version-20>

Decreto Legislativo N° 1224. (2015). Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos. Publicado en: *El Peruano*. Disponible en: https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/normas/app/DL1224_2015EF.pdf

Decreto Supremo N° 410-2015-EF. (2015). Aprobación del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224. Publicado en *El Peruano*. Disponible en: https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/normas/DS410_2015EF.pdf

Resolución Directoral N° 002-2016-EF/68.01. (2016). Aprobación de los lineamientos para la elaboración del Informe Multianual de Inversiones en APP para el año 2016. Publicado en: *El Peruano*. Disponible en: http://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/normas/RD002_2016EF_6801.pdf

European PPP Expertise Centre. (2011). *The Guide to Guidance, How to Prepare, Procure and Deliver PPP Projects*. Disponible en: <http://www.eib.org/epec/resources/guide-to-guidance-en>

Markowitz, H. M. (1952). Portfolio Selection. *The Journal of Finance*, 7(1): 77-91.

HM Treasury. (2015). *Public sector business cases using the five case model: updated guidance*. Disponible en: <https://www.gov.uk/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=Z2NsN1g78aUyN0zJKSzgpw5DsLa7T3c8ZG-J46WO5WgY,&dl>

Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF) (s.f). *Toolkit for Public-Private Partnership in Roads & Highways*. Disponible en: <http://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/highwaystoolkit/5/5-4.html>

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Banco Asiático de Desarrollo (BAsD) y Banco Mundial (BM). (2014). *Guía de Referencia para Asociaciones Público Privadas, Versión 2.0*. Disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/2014/01/20182310/public-private-partnerships-reference-guide-version-20>

Banco Mundial (BM). (2011). *How to Engage with the Private Sector in Public-Private Partnerships in Emerging Markets*. Washington: Banco Mundial.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2012). *Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships*. Disponible en: <https://www.oecd.org/governance/budgeting/PPP-Recommendation.pdf>

Vargas Lama, Freddy. (2014). *Importancia del Planeamiento Estratégico Moderno* [presentación en Power Point]. Disponible en: <http://www.ceplan.gob.pe/documentos/importancia-del-planeamiento-estrategico-moderno>



INDES



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

FIN

Fondo Multilateral de Inversiones
Miembro del Grupo BID



**ASOCIACIONES
PÚBLICO
PRIVADAS EN
PERÚ: ANÁLISIS
DEL NUEVO
MARCO LEGAL**

MÓDULO IV

**CICLO DE PROYECTO DE
LAS ASOCIACIONES
PÚBLICO PRIVADAS
UNIDAD 2: PROCESOS PARA
EL DESARROLLO
DE UNA APP**

INDES



MIN
Fondo Multilateral de Inversiones
Miembro del Grupo BID

**Asociaciones Público Privadas en Perú:
Análisis del Nuevo Marco Legal**

Gerente del Sector de Conocimiento y Aprendizaje:
Federico Basañes

Jefe del Instituto Interamericano para el Desarrollo Económico y Social - INDES:
Juan Cristóbal Bonnefoy

Gerente General del Fondo Multilateral de Inversiones - FOMIN:
Brigit Signe Helms

Coordinadores Generales del Programa:
José Yitani Ríos (INDES/BID)
Rocío Medina Bolívar (BID)
Miguel Almeyda (FOMIN/BID)
Giancarlo Marchesi (MEF)

Adaptación y edición para el programa:
Alvaro Valencia (MEF) Karin Granda (MEF)
Robert Pilkington (FOMIN/BID) Germán Ferreyra (MEF)
Ana Haro (INDES/BID) Frank Taipe (MEF)

Revisión de contenidos (BID):
Reinaldo Fioravanti
Ignacio Astorga
Gerardo Reyes-Tagle
Federico Lau
Adriana S La Valley
Sylvia Larrea
Mónica Almonacid

Contenidos basados en los documentos originales:
Decreto Legislativo N. 1224 y su Reglamento

Corrección de estilo y maquetación:
Manthra Comunicación

Copyright©2016 Banco Interamericano de Desarrollo. Esta obra se encuentra sujeta a una licencia Creative Commons IGO 3.0 Reconocimiento-NoComercial-SinObrasDerivadas (CC-IGO 3.0 BY-NC-ND) (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/igo/legalcode>) y puede ser reproducida para cualquier uso no-comercial otorgando crédito al BID. No se permiten obras derivadas.

Cualquier disputa relacionada con el uso de las obras del BID que no pueda resolverse amistosamente se someterá a arbitraje de conformidad con las reglas de la CNUDMI (UNCITRAL). El uso del nombre del BID para cualquier fin distinto al reconocimiento respectivo y el uso del logotipo del BID, no están autorizados por esta licencia CC-IGO y requieren de un acuerdo de licencia adicional.

Note que el enlace URL incluye términos y condicionales adicionales de esta licencia.

Las opiniones expresadas en esta publicación son de los autores y no necesariamente reflejan el punto de vista del Banco Interamericano de Desarrollo, de su Directorio Ejecutivo ni de los países que representa. El BID ha elaborado este documento como material académico, su contenido no constituye un reconocimiento o recomendación sobre la legislación mencionada.



ÍNDICE

Objetivo del módulo	5
Objetivos de aprendizaje	5
1. Procesos para el desarrollo de una APP	6
1.1. Iniciativas estatales	6
1.1.1. Planeamiento y programación.....	6
1.1.2. Formulación	7
1.1.3. Estructuración.....	9
1.1.4. Transacción	9
1.2. Iniciativas privadas	12
1.2.1. Iniciativas Privadas Autofinanciadas	12
1.2.2. Iniciativas Privadas Cofinanciadas	18
1.2.3. Fases comunes entre IPA e IPC.....	25
1.3. Proceso simplificado	29
Sobre los Proyectos en Activos.....	30
Ideas principales.....	36
Bibliografía sugerida.....	37
Bibliografía general	38

OBJETIVO DEL MÓDULO

El presente módulo busca describir cómo las cinco fases (planeamiento y programación, formulación, estructuración, transacción y ejecución contractual), explicadas en la Unidad 1, se aplican a los cuatro tipos de Asociaciones Público Privadas (APP) en el Perú.

OBJETIVOS DE APRENDIZAJE

Entender cómo las fases de las APP varían de acuerdo con los cuatro tipos de proyecto: iniciativa estatal versus iniciativa privada, y para cada una, autofinanciado versus cofinanciado.

A lo largo de esta unidad se utilizarán los siguientes términos normativos, cuyo significado se detalla a continuación:

- **Decreto Legislativo N° 1224:** Se refiere al Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante APP y Proyectos en Activos.
- **Reglamento:** Se refiere al Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF. refiere al Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF.
- **Normativa de APP:** Se refiere al Decreto Legislativo N° 1224 y al Reglamento, de manera conjunta.

1. PROCESOS PARA EL DESARROLLO DE UNA APP

Según el tipo de APP (autofinanciada o cofinanciada) y su origen (iniciativa estatal o iniciativa privada), el proceso presenta algunas particularidades, como se describe a continuación:

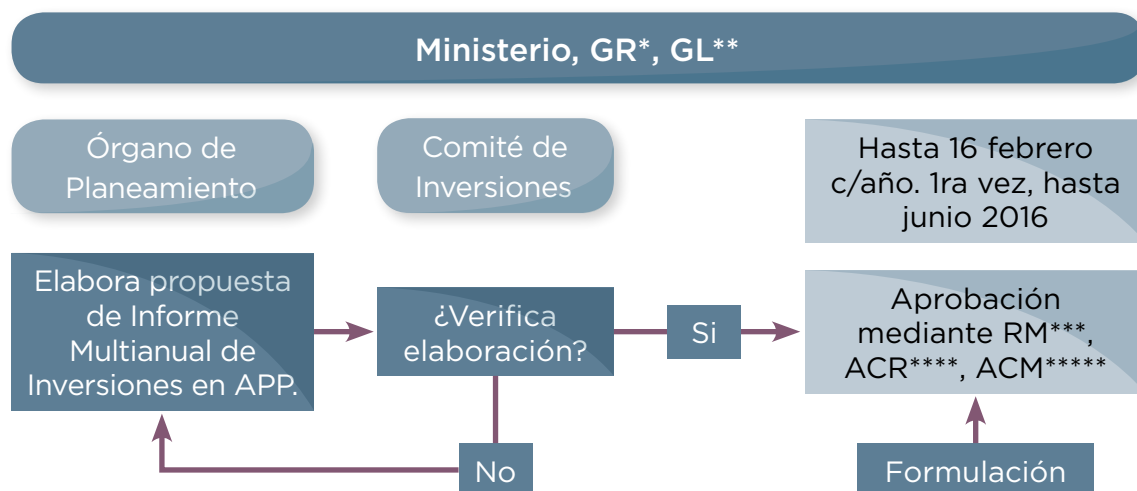
1.1. INICIATIVAS ESTATALES

En el caso de las Iniciativas Estatales (IE), los procesos para el desarrollo de un proyecto de APP son sustancialmente los mismos, tanto para proyectos autofinanciados como cofinanciados.

1.1.1. PLANEAMIENTO Y PROGRAMACIÓN

Esta fase se materializa con la elaboración del Informe Multianual de Inversiones en APP por parte del órgano de planeamiento del ministerio, gobierno regional o gobierno local, y su correspondiente verificación por el Comité de Inversiones. Luego, dicho informe es aprobado mediante Resolución Ministerial, Acuerdo de Consejo Regional o Concejo Municipal, según corresponda.

Gráfico 1. Procedimiento de IE en la fase de planeamiento y programación ▼



Notas: *GR: Gobierno Regional; **GL: Gobierno Local; ***RM: Resolución Ministerial; ****ACR: Acuerdo del Consejo Regional; *****ACM: Acuerdo del Concejo Municipal.

Fuente: MEF (2016).

Cabe indicar que, durante esta fase, el ministerio, gobierno regional o gobierno local puede solicitar asistencia técnica a PROINVERSIÓN o al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), para la elaboración del informe.

1.1.2. FORMULACIÓN

Para aquellos proyectos que forman parte del Informe Multianual de Inversiones en APP, que ha sido aprobado en la fase de planeamiento y programación, el procedimiento de esta fase se materializa con la elaboración del Informe de Evaluación, a fin de que este sea revisado y aprobado por el Organismo Promotor de la Inversión Privada (OPIP) y, posteriormente, cuente con la opinión del MEF.

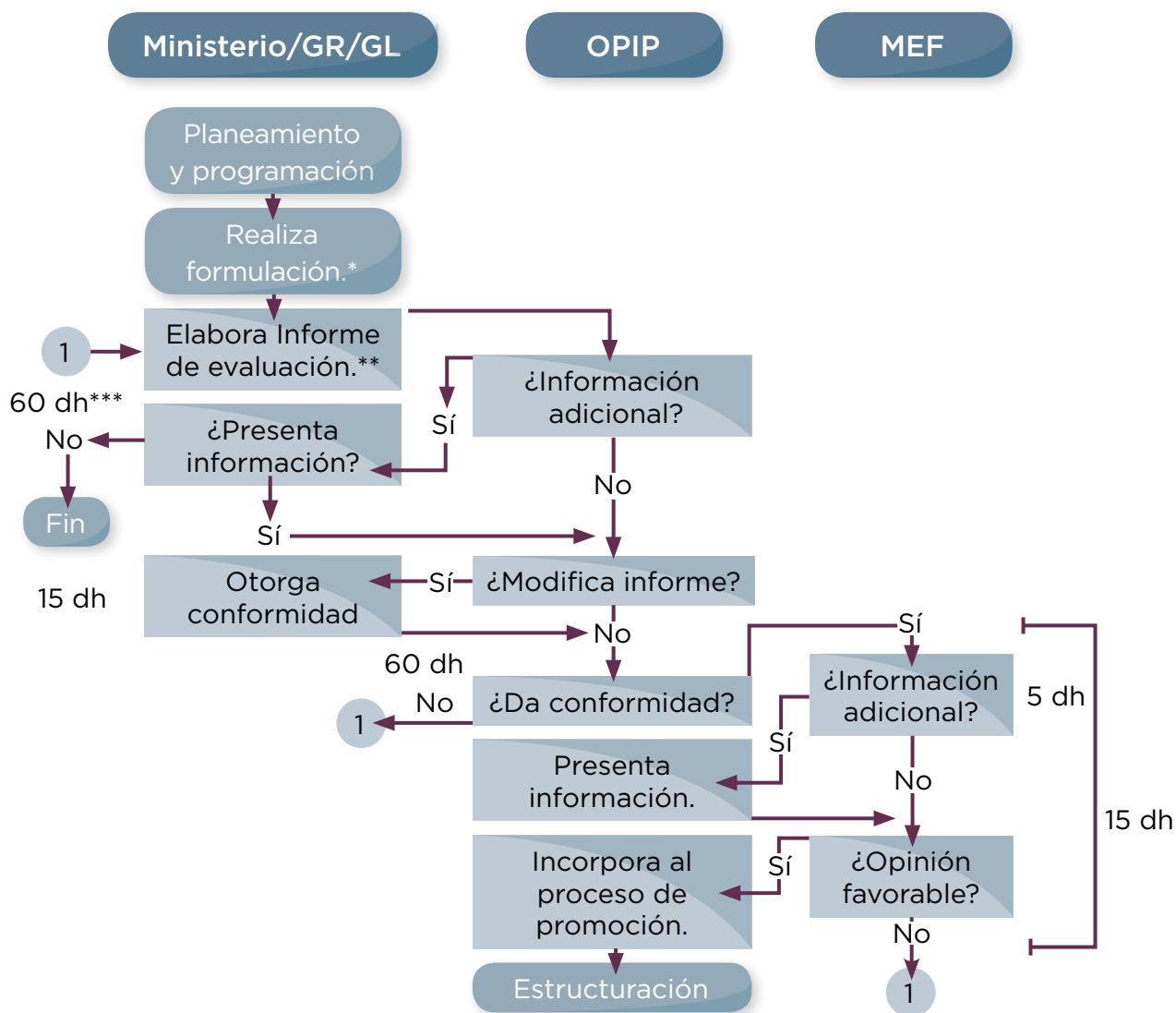
Para esta revisión, el OPIP puede solicitar información adicional al ministerio, gobierno regional y gobierno local, la cual debe ser remitida por este en un plazo máximo de 60 días hábiles contados desde la fecha de presentación de la solicitud. Caso contrario, se considerará que el Informe de Evaluación y la solicitud de incorporación al proceso de promoción no fueron presentados.

Asimismo, el OPIP puede realizar modificaciones al Informe de Evaluación, en cuyo caso debe remitir el informe modificado, de nuevo, al ministerio, gobierno regional o gobierno local para su conformidad. Si, en el plazo máximo de 15 días hábiles, la entidad no se pronuncia, se entenderá que las modificaciones fueron aceptadas. Posteriormente, el OPIP tiene un plazo máximo de 60 días hábiles para emitir opinión técnica y dar su conformidad sobre los estudios y el Informe de Evaluación. Luego de esto debe enviar toda la documentación al MEF para obtener la opinión ministerial. Con respecto a esto, se ha establecido que el MEF debe emitir su opinión en el plazo de 15 días hábiles contados desde el día siguiente de solicitada.

Durante los cinco primeros días hábiles de presentado el Informe de Evaluación, el Ministerio de Economía y Finanzas puede solicitar información adicional, en cuyo caso el plazo queda suspendido hasta la presentación de la información solicitada. Transcurrido el plazo sin emitir opinión, se entiende que esta es favorable. En caso de que la opinión ministerial sea desfavorable y que la entidad mantenga la intención de llevar a cabo el proyecto de APP, deberá reformular el Informe de Evaluación a fin de resolver las observaciones al mismo y presentarlo nuevamente a la OPIP para que vuelva a tramitar la opinión

favorable del MEF. Como se explicó anteriormente, con la opinión favorable del MEF, el proyecto puede ser incorporado al proceso de promoción de la inversión privada y entrar a las fases de estructuración y transacción, en las que será diseñado y estructurado como un proyecto de inversión de APP.

Gráfico 2. Procedimiento de IE en la fase de formulación ▼



* En caso de APP cofinanciada, se realiza en el marco del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP).

** Los estudios para la formulación y elaboración del Informe de Evaluación pueden encargarse a PROINVERSIÓN. *** dh: días hábiles.

Fuente: MEF (2016).

1.1.3. ESTRUCTURACIÓN

Durante esta fase, una vez incorporado el proyecto al proceso de promoción, el OPIP realiza los estudios, consultorías necesarias y estructura el proyecto como APP. Considerando los avances de los estudios de esta etapa, convoca a reuniones de coordinación al ministerio, gobierno regional o gobierno local, al organismo regulador (si corresponde) y al MEF, para recibir comentarios, sugerencias y apreciaciones generales sobre el diseño del proyecto de contrato de APP propuesto por el OPIP, conforme a las competencias atribuidas a cada entidad.

Cabe precisar que, durante esta fase, si bien los comentarios realizados por las entidades convocadas no son vinculantes para el OPIP, estos deben ser tomados en cuenta para estructurar el proyecto de APP de mejor manera y evitar futuras modificaciones al contrato, más aún cuando dichas entidades emitirán opinión sobre la versión final del contrato de APP en la fase de transacción, momento en el cual pueden reiterar sus comentarios o las apreciaciones que no fueron consideradas. Uno de los objetivos principales de las reuniones de evaluación es que el OPIP convoque (apertura al mercado) con una primera versión del contrato que incluya los principales elementos coordinados entre las entidades del Estado y, de ser posible, minimizar los cambios entre dicha versión y la versión final del contrato (reconociendo los cambios generados por los postores y derivados del *market sounding*), a fin de generar predictibilidad en el mercado y disminuir los costos de transacción de los postores, derivados de las continuas revisiones de “n” versiones del contrato.

Adicionalmente, el OPIP puede solicitar, por escrito, comentarios y recomendaciones a las entidades antes mencionadas, los cuales deben ser resuletos en un plazo máximo de 15 días hábiles. Esta fase finaliza con la elaboración de las bases y el proyecto de contrato de APP por parte del OPIP.

1.1.4. TRANSACCIÓN

Esta fase inicia con la convocatoria o apertura del proyecto de APP al mercado, junto con la cual se publican las bases y la primera versión del contrato, para recibir y evaluar las consultas y comentarios de los postores. Culminada la etapa de comentarios y después de haber incorporado los cambios necesarios a las bases y el contrato, el OPIP elabora la versión final del contrato de APP y

solicita las opiniones previas del ministerio, gobierno regional o gobierno local, y del organismo regulador, en caso de proyectos de APP pertenecientes a sectores regulados.

El plazo para emitir esta opinión es de 15 días hábiles, aunque durante los cinco primeros dichas entidades pueden solicitar información adicional, por única vez. En este caso, el cómputo del plazo se suspende desde el día de efectuada la notificación de información adicional, y se reanuda a partir del día hábil siguiente al que se reciba la información requerida.

Una vez que dichas entidades emitan su opinión, el OPIP solicita la opinión previa favorable del MEF, que tiene los mismos plazos señalados en el párrafo anterior. Es preciso indicar que suscribir un contrato sin la respectiva opinión favorable del MEF implica la nulidad de pleno derecho del contrato y que lo dispuesto en este surta ningún efecto para las partes. Es bueno recordar que esta opinión deberá solicitarse y obtenerse de manera previa a la adjudicación y suscripción del contrato.

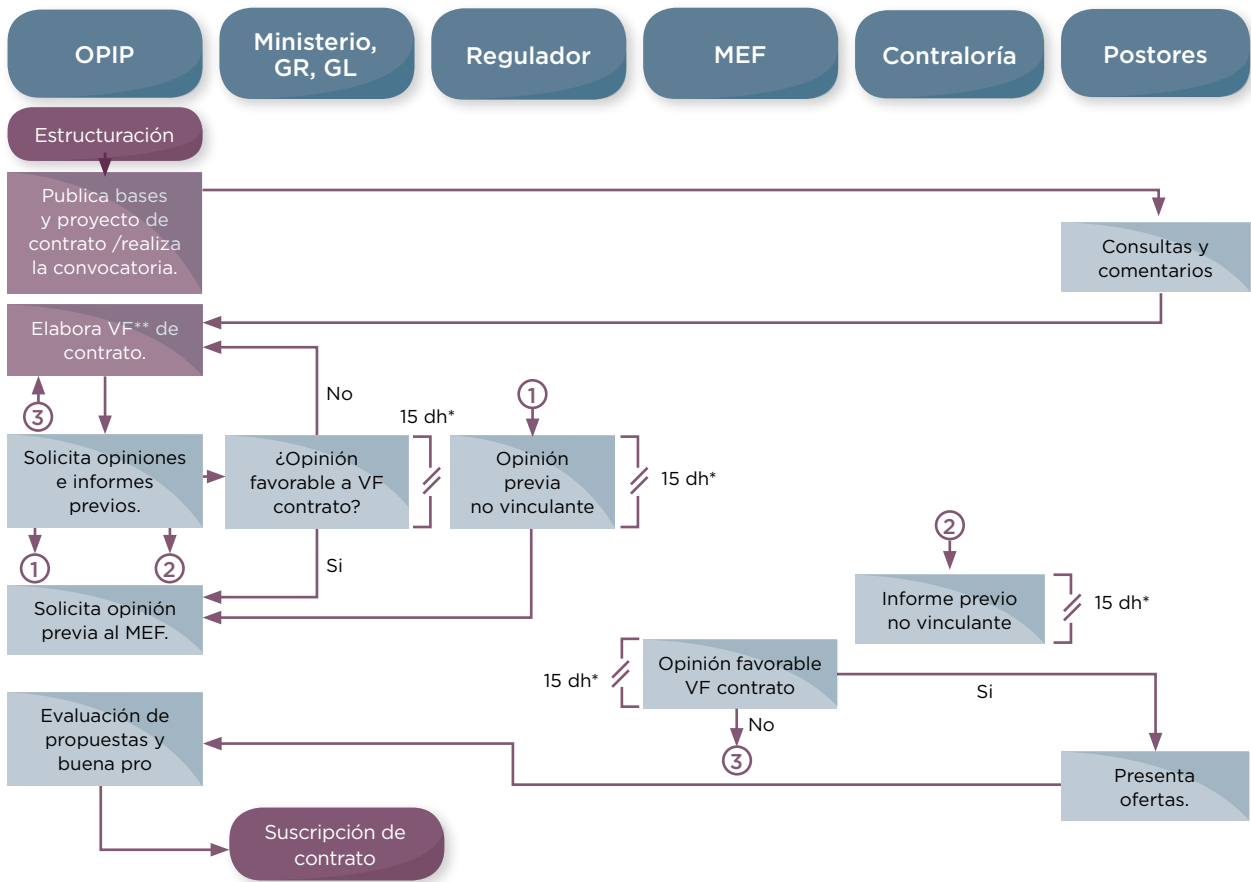
Adicionalmente, se requiere la opinión previa de la Contraloría General de la República,¹ la cual emitirá su informe previo en el plazo de 15 días hábiles. Asimismo, esta entidad cuenta con hasta diez días hábiles después de recibir la información para solicitar más información, por única vez. En este caso, el cómputo del plazo se suspende desde el día en que se notifica la necesidad de información adicional, y se reanuda a partir del día hábil siguiente de haber recibido la información requerida. La Contraloría General de la República emitirá su informe previo dentro de los cinco días hábiles siguientes, contados desde el día siguiente al que se reciba la información. Cabe resaltar que este informe previo no es vinculante y que no todos los contratos de APP lo requieren, sino únicamente aquellos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado, como los contratos cofinanciados y autofinanciados que cuenten con garantías otorgadas por el Estado.

Al contar con las opiniones y el informe previo de la Contraloría General de la República, el OPIP aprueba la versión final del contrato y los postores presentan sus propuestas técnicas y económicas considerando dicha información;

¹ Mediante Resolución de Contraloría N° 148-2016-CG publicada el 14 de mayo de 2016, se aprobó la Directiva N° 012-2016-CG/GPROD, "Emisión del Informe Previo establecido por el literal L) del artículo 22° de la Ley N° 27785".

luego, se adjudica la buena pro del proyecto a la mejor oferta presentada, de acuerdo con el factor de competencia establecido en las bases del proceso de selección.

Gráfico 3. Procedimiento de iniciativa estatal en la fase de transacción ▼



Notas: *El plazo se suspende en caso de que se requiera información adicional y hasta el envío de dicha información. *dh: días hábiles. **VF: versión final
Fuente: MEF (2016).

1.2. INICIATIVAS PRIVADAS

En el caso de las Iniciativas Privadas (IP), en las primeras fases de desarrollo existen algunas diferencias en sus procedimientos de acuerdo con su clasificación como autofinanciados o cofinanciados. El siguiente cuadro resume las fases específicas para cada tipo de IP y aquellas que son comunes para ambas.

Cuadro 1. Fases de las IP autofinanciadas y cofinanciadas ▼

	Iniciativa Privada Autofinanciada (IPA)	Iniciativa Privada Cofinanciada (IPC)
Fases	Admisión a trámite de la IPA	Planeamiento IPC
	Formulación IPA	Formulación IPC
	Estructuración	
	Transacción	
	Ejecución contractual	

1.2.1. INICIATIVAS PRIVADAS AUTOFINANCIADAS

Las Iniciativas Privadas Autofinanciadas (IPA) son propuestas que el sector privado puede presentar al Estado en cualquier momento del año, para el desarrollo de proyectos de APP² que tengan como objeto la infraestructura pública y prestación de servicios públicos, servicios vinculados a estos que requiera prestar el Estado, y proyectos de investigación aplicada e innovación tecnológica. Estas propuestas tienen la naturaleza de peticiones de gracia, es decir que el derecho de los proponentes se agota con la sola presentación de la iniciativa privada ante el OPIP, sin posibilidad de cuestionamiento o impugnación del pronunciamiento en sede administrativa o judicial.

Dada su naturaleza, las IPA no presentan una fase de planeamiento y programación dentro del sector público, pues no se puede prever con certeza el momento ni el tipo de proyecto que las entidades públicas recibirán por parte

² También existen IPA para Proyectos en Activos.

del sector privado. No obstante, las propuestas que presente el privado deben estar alineadas con los objetivos de cada entidad pública.

Así, el primer procedimiento por el que tiene que pasar una IPA es la presentación de la iniciativa y su admisión a trámite. Para esto, el sector privado debe presentar su iniciativa de proyecto al OPIP correspondiente, que, en 15 días hábiles, debe informar al proponente si su iniciativa fue admitida a trámite o si requiere una subsanación, en cuyo caso el proponente cuenta con diez días hábiles para subsanar las observaciones del OPIP. Por lo tanto, el OPIP cuenta con diez días adicionales para decidir si admite dicha iniciativa a trámite o no.

En caso de que la iniciativa privada sea admitida a trámite, se continúa el proceso en la fase de formulación. Es preciso mencionar que si el proponente no subsana las observaciones del OPIP, su propuesta se considerará como no presentada y el OPIP procederá a devolver toda la documentación al proponente.

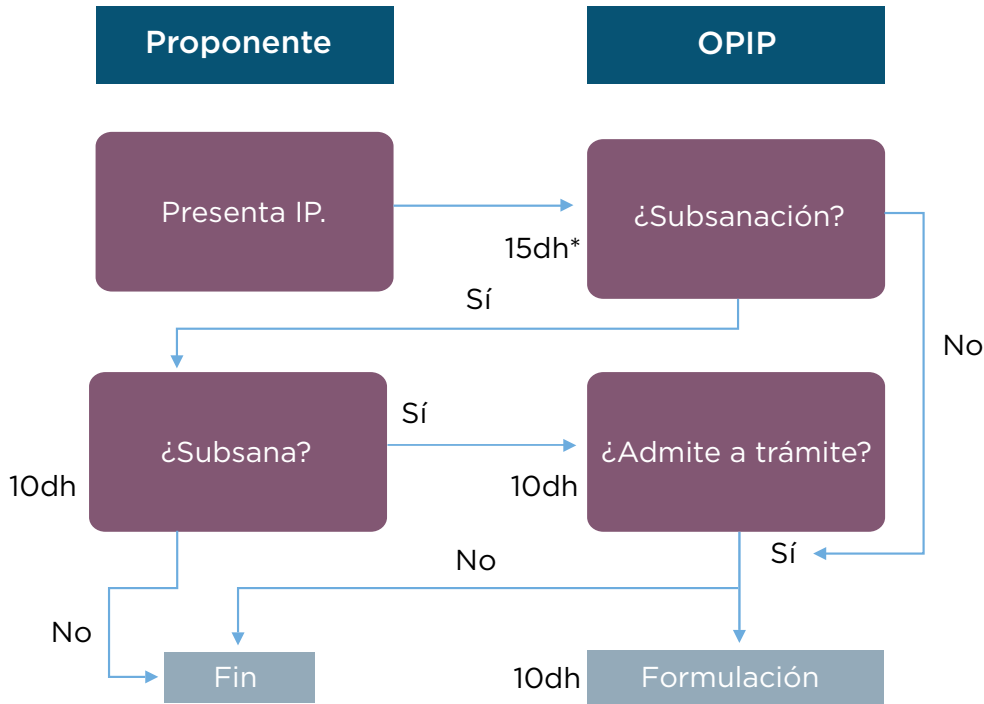
Recuadro 1. Requisitos para la presentación de IPA ▼

Para que la propuesta de APP desarrollada por el sector privado sea analizada por el sector público, el proponente debe presentar la siguiente información al OPIP correspondiente:

- a. Nombre o razón social del solicitante, con indicación de sus generales de ley, acompañando los correspondientes poderes del representante legal.
- b. Capacidad financiera y técnica del proponente de la IP, sustentada con estados financieros auditados de los últimos dos años y experiencia para el desarrollo de proyectos de similar envergadura, debidamente sustentada con certificados o constancias emitidas por terceros distintos a la persona jurídica acreditada.
- c. Declaración jurada de los gastos efectivamente incurridos en la elaboración de la iniciativa privada presentada.
- d. Propuesta de cláusulas principales del contrato.

- e.** Descripción general del proyecto, incluyendo como mínimo: nombre, entidad competente, antecedentes, área de influencia del proyecto, objetivos y clasificación del proyecto.
- f.** Importancia y consistencia del proyecto con las prioridades nacionales, regionales o locales, según corresponda, y su congruencia con los planes nacionales, sectoriales, planes de desarrollo concertados regionales y locales.
- g.** Diagnóstico sobre la provisión actual de la infraestructura o servicio público que identifique las características de la demanda y la oferta existente en términos de cobertura y calidad.
- h.** Análisis de la demanda por el servicio materia del proyecto.
- i.** Análisis técnico del proyecto y evaluación de alternativas, así como de los niveles de servicio o niveles de desempeño esperados.
- j.** Inversiones y costos de operación y mantenimiento estimados durante el ciclo de vida del proyecto y estimación de costos de supervisión.
- k.** Mecanismo de pago propuesto, vía tarifas, peajes, precios y aquellos de naturaleza no tributaria cobrados directamente a los usuarios o indirectamente a través de empresas, cofinanciamiento o una combinación de ambos, y evaluación sobre la viabilidad legal de ejercer dichos cobros.
- l.** Evaluación económico-financiera preliminar del proyecto como APP.
- m.** Identificación y estimación de los riesgos del proyecto, sus mecanismos de mitigación y asignación preliminar.
- n.** Identificación preliminar, diagnóstico técnico legal y estado de propiedad de los inmuebles, bienes y derechos necesarios para el desarrollo del proyecto, identificando su naturaleza pública o privada, así como de las interferencias y una estimación de su valorización, según corresponda.

Gráfico 4. Presentación y admisión a trámite de una IPA ▼



*dh: días hábiles.
Fuente: MEF (2016).

• **Formulación**

Una vez admitida a trámite, el OPIP cuenta con un plazo de diez días hábiles para solicitar la opinión de relevancia al ministerio, gobierno regional y gobierno local a cuyo ámbito corresponde el proyecto, el cual deberá emitir su opinión de relevancia en un plazo no mayor a 90 días hábiles. Esta opinión debe contener los siguientes aspectos:

- Consistencia de la IP con las prioridades nacionales, regionales o locales, según corresponda.
- Evaluación preliminar de la viabilidad técnica de la IP.
- Elaboración del Informe de Evaluación.
- Solicitud para dejar sin efecto el plan de promoción de la IP que se hubiera aprobado, en caso de que corresponda.
- Indicación de si la entidad cuenta con la titularidad del bien.

Para emitir su opinión, el ministerio, gobierno regional o gobierno local puede pedir, por única vez, información adicional que considere necesaria al proponente, quien deberá entregarla en un plazo de 20 días hábiles, suspendiéndose el plazo para la emisión de la opinión de relevancia hasta que este entregue la información adicional requerida. Es preciso mencionar que, de no emitirla en el plazo de 90 días hábiles mencionado anteriormente, el OPIP comunica al proponente y rechaza la propuesta.

Una vez emitida la opinión de relevancia, el OPIP, con la información proporcionada por el ministerio, gobierno regional o gobierno local y el proponente, verifica, o modifica –de ser el caso– y aprueba el Informe de Evaluación. Asimismo, a fin de dar inicio a la fase de estructuración, el OPIP debe solicitar la opinión favorable del MEF.

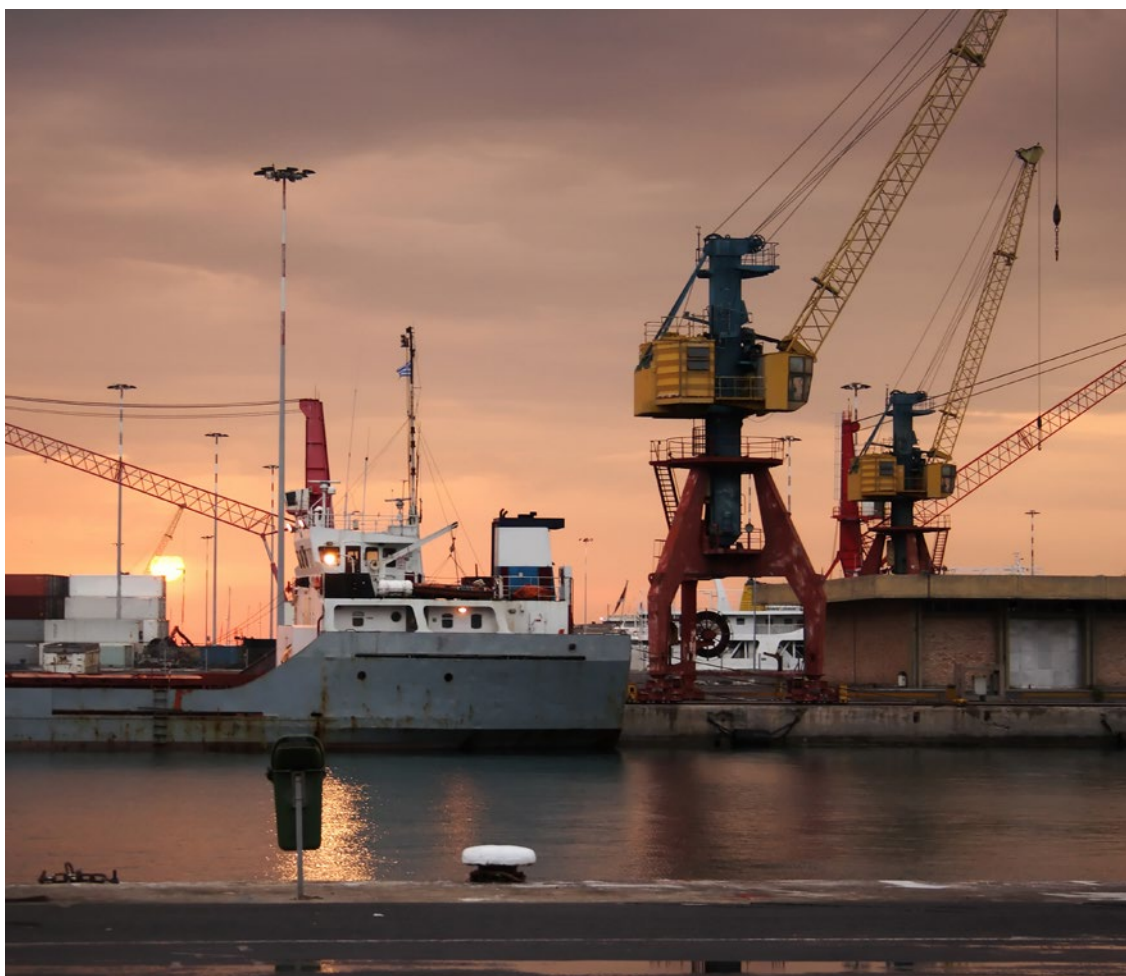
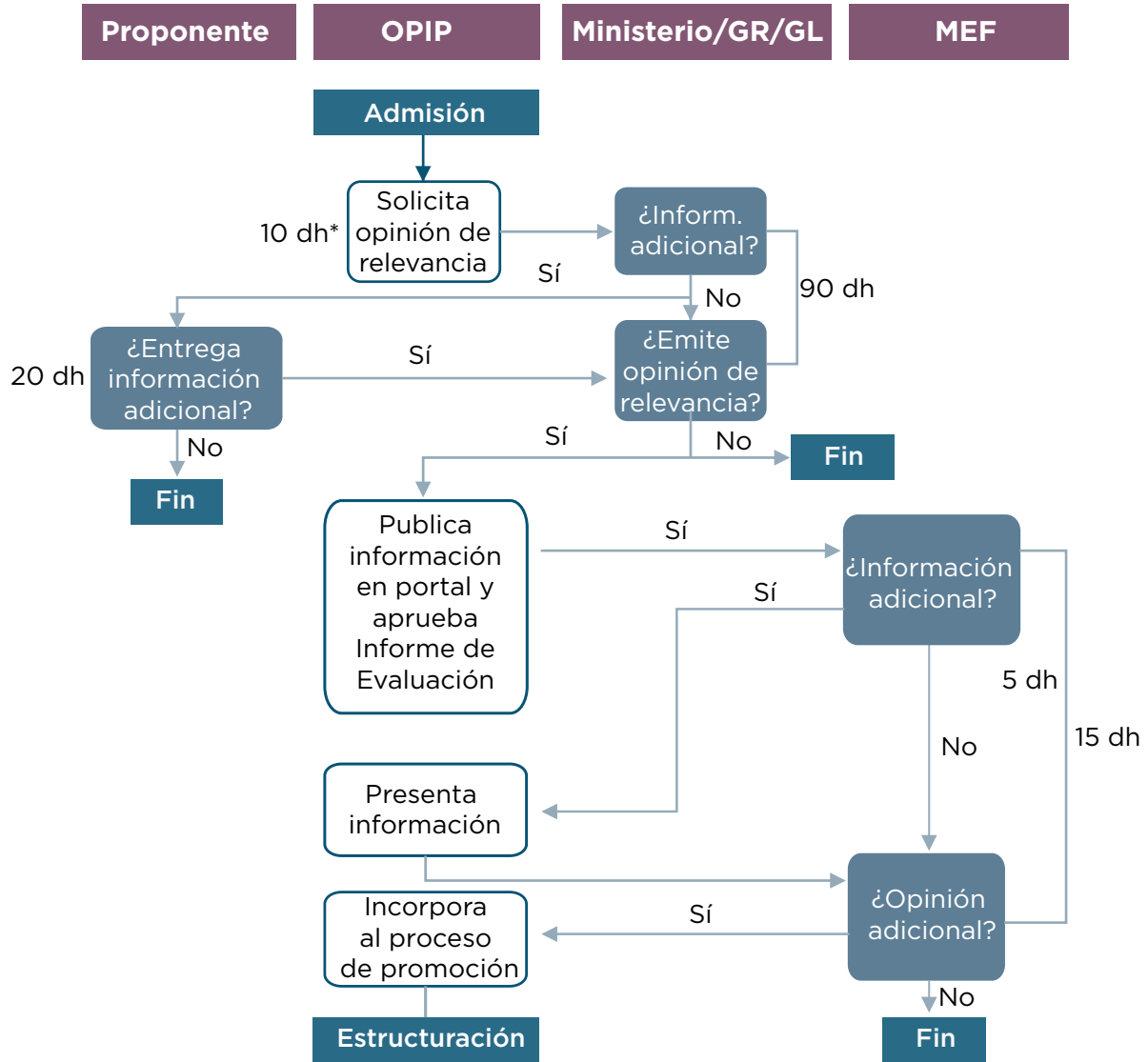


Gráfico 5. Fase de formulación de una IPA ▼



* La entidad puede solicitar modificaciones del proyecto. *dh: días hábiles. ** Opinión de relevancia incluye elaboración de Informe de Evaluación.

Fuente: MEF (2016).

A diferencia de la normativa anterior (Decreto Legislativo N° 1012), la opinión de relevancia no se circunscribe a determinar si el proyecto es consistente con los planes de la entidad. Por el contrario, con la nueva normativa se refuerza el contenido de la opinión al incluir una evaluación preliminar de la viabilidad técnica del proyecto, que, entre otros, incluye la evaluación de alternativas de

solución. Sin perjuicio de esto, durante la etapa de estructuración, es obligación del OPIP evaluar con más profundidad los aspectos técnicos del proyecto.

1.2.2. INICIATIVAS PRIVADAS COFINANCIADAS

La Iniciativa Privada Cofinanciada (IPC) es el mecanismo mediante el cual el sector privado presenta proyectos a ser financiados total o parcialmente por los ministerios, gobiernos regionales o gobiernos locales. Es preciso mencionar que las IPC admitidas a trámite antes del 28 de diciembre de 2015 se sujetan a los procedimientos establecidos en el marco normativo anterior (Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento).

- **Planeamiento y programación**

En el caso de los ministerios, durante esta fase la presentación de los proyectos a ser financiados total o parcialmente por el Gobierno Nacional se realiza durante el plazo y las materias determinadas mediante Decreto Supremo referendado por los ministerios solicitantes y el MEF.

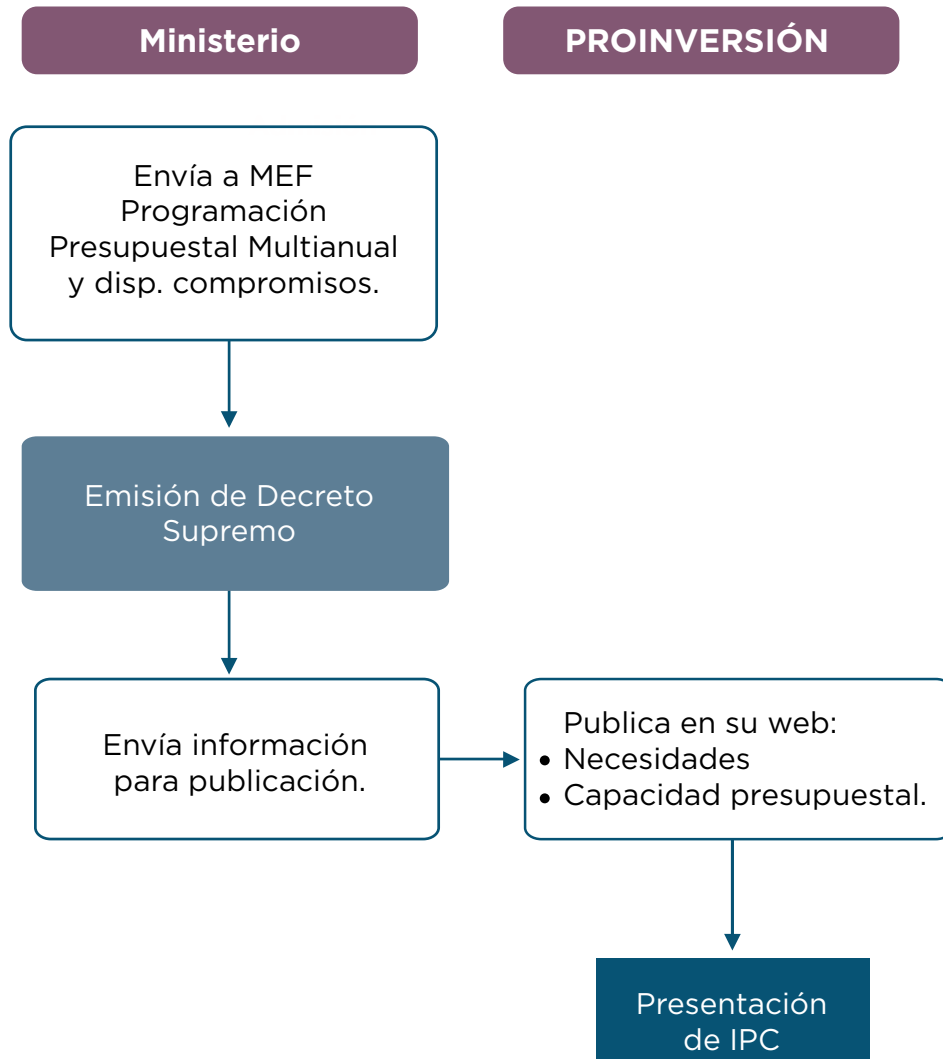
Como parte de la labor de planeamiento y programación de cada ministerio, estas entidades deben determinar las necesidades a satisfacer mediante la presentación de IPC. Para esto, solicitan la emisión del Decreto Supremo correspondiente cuando lo consideren necesario. Dicha solicitud deberá incorporar su programación presupuestal multianual para los próximos diez años y los montos que estén dispuestos a comprometer para los proyectos de APP, los cuales deben ser consistentes con la programación presupuestal referencial, establecida en los respectivos informes multianuales de inversiones en APP de cada entidad.

Posteriormente, los sectores incluidos en el Decreto Supremo publican, a través de PROINVERSIÓN, las necesidades de intervención en infraestructura pública y servicios públicos, servicios vinculados a estos que requiera brindar el Estado, investigación aplicada e innovación tecnológica, así como la capacidad presupuestal máxima con la que cuentan para asumir dichos compromisos, que es previamente informada por el MEF.

Cabe indicar que el Decreto Supremo al que se hace referencia debe indicar el plazo de presentación de las IPC en atención al alcance y complejidad de las

necesidades de intervención, el cual no podrá ser menor a seis meses desde su publicación. Este plazo es el mínimo razonable definido legalmente para que el sector privado prepare la IP.

Gráfico 6. Fase de planeamiento y programación en una IPC ▼



* El Decreto Supremo es refrendado por los ministerios solicitantes y el MEF.

Fuente: MEF (2016).

Recuadro 2. Planeamiento y programación de IPC de gobiernos regionales y gobiernos locales ▼

En el caso de los gobiernos regionales y los gobiernos locales, la presentación de IPC se realiza durante los primeros 45 días calendario de cada año.

Para esto, dichas entidades deben determinar, hasta el 15 de mayo del año anterior a la presentación de la IPC, la capacidad presupuestal máxima, previamente informada por el MEF, con la que cuenten para asumir dichos compromisos, así como la necesidad de intervención en proyectos APP bajo una IPC.

Cabe indicar que la información señalada acerca de las IPC se publica en la página web de PROINVERSIÓN (<http://www.proyectosapp.pe/>), con la finalidad de que el sector privado se encuentre informado y presente sus propuestas según los requerimientos y disponibilidad presupuestal de cada entidad.

En el caso del año 2016, la presentación de las IPC para gobiernos regionales y gobiernos locales se realiza dentro de los primeros 45 días calendario contados a partir del primer día hábil de abril. En este sentido, excepcionalmente en este año, la evaluación sobre la capacidad presupuestal máxima se realizará después de la presentación de dichas propuestas y antes de la opinión de relevancia.

- **Sobre la presentación de la IPC**

El proponente presenta la propuesta de IPC ante PROINVERSIÓN con, como mínimo, la siguiente información:

- a. La información prevista en el numeral 32.3 del Artículo 32 del Reglamento, excepto el literal e).
 - Nombre o razón social del solicitante, con indicación de sus generales de ley, acompañando los correspondientes poderes del representante legal.

- Capacidad financiera y técnica del proponente de la iniciativa privada, sustentada con estados financieros auditados de los últimos dos años y experiencia para el desarrollo de proyectos de similar envergadura, debidamente sustentada con certificados o constancias emitidas por terceros distintos a la persona jurídica acreditada.
 - Declaración jurada de los gastos efectivamente incurridos en la elaboración de la iniciativa privada presentada.
 - Propuesta de cláusulas principales del contrato.
- b.** Descripción de la iniciativa privada, que incluye lo siguiente:
- Nombre y tipo del proyecto, con indicación de la infraestructura pública, servicio público y servicios vinculados a estos que requiera brindar el Estado, o materia de investigación aplicada e innovación tecnológica que sean competencia del Estado, sobre el cual se desarrollará el proyecto, así como referencias sobre la entidad titular de los bienes sobre los que recae el proyecto o la situación legal de los mismos.
 - Ámbito de influencia del proyecto.
 - Objetivos, incluyendo las características del servicio y, de resultar aplicable, el nivel de servicio a alcanzar.
 - Beneficios sociales del proyecto.
 - Razones por las cuales se escoge el proyecto sujeto a aprobación, entre otras alternativas.
 - Costo Total de Inversión y cofinanciamiento del Estado y los ingresos; si el cofinanciamiento incluye los costos de operación y mantenimiento, se deberá presentar un monto estimado para dichos costos.
 - Cronograma de ejecución de las inversiones y cronograma del requerimiento de los recursos públicos.
- c.** Sustento de la importancia y consistencia del proyecto en relación con los objetivos estratégicos de las entidades y, en su caso, con las necesidades de intervención.
- d.** Análisis y propuesta de distribución de riesgos del proyecto.

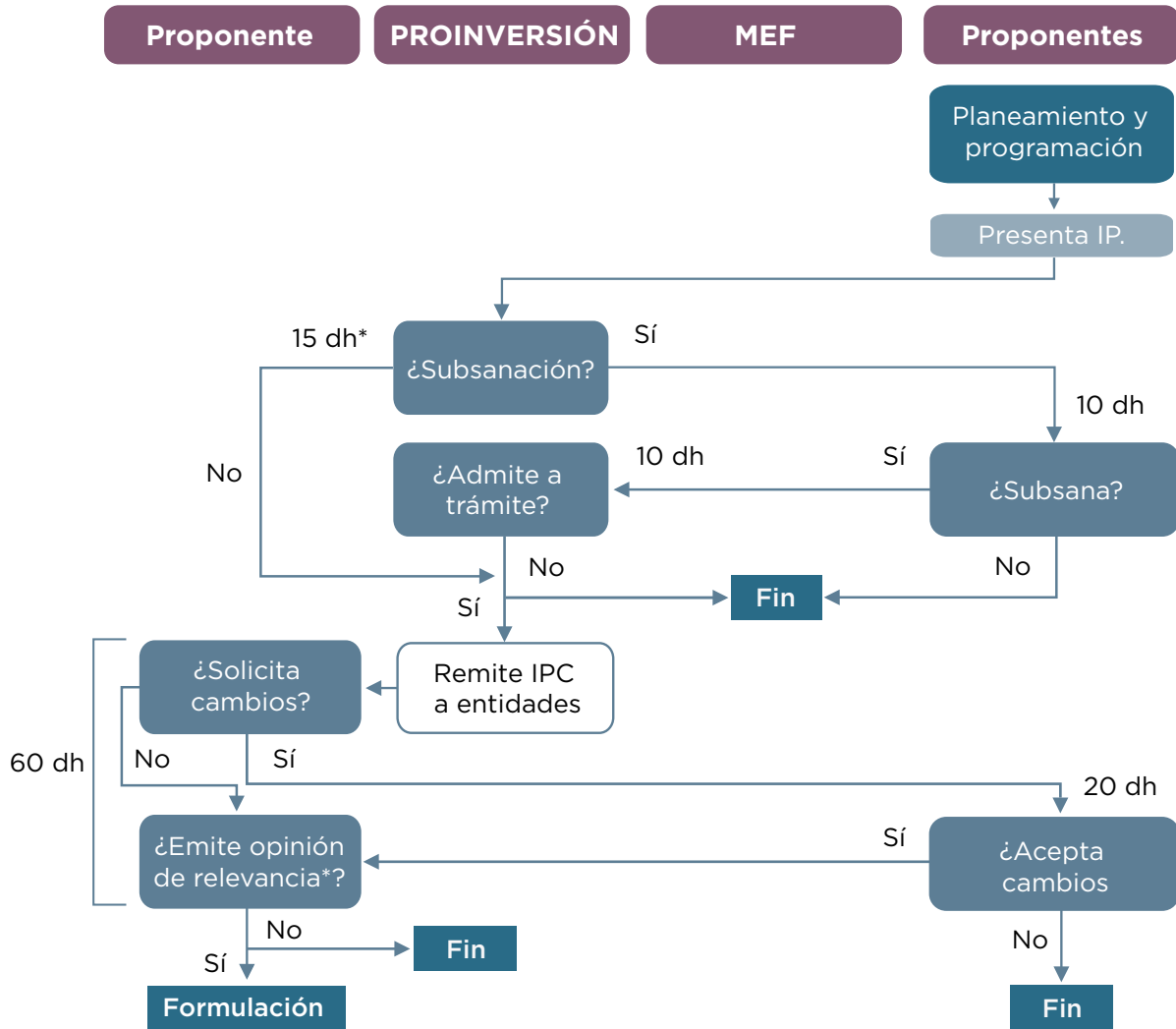
Después de que el proponente presente la IP, PROINVERSIÓN debe informarle si la IPC fue admitida a trámite o si requiere subsanación, en cuyo caso, el proponente tiene diez días hábiles para realizarla. Una vez que esta es incluida, PROINVERSIÓN tiene un plazo de diez días hábiles para admitir a trámite la iniciativa privada. Caso contrario, esta es rechazada.

Posteriormente, en el plazo de 60 días hábiles después de recibida la IPC, las entidades competentes emiten su opinión de relevancia. Para determinar las entidades competentes debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la Nonagésima Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, que establece de forma expresa que los “gobiernos regionales y locales suscribirán los contratos y adendas con el adjudicatario, según corresponda, con la intervención de los sectores intervinientes”.

En tal sentido, tratándose de IPC de alcance subnacional, las entidades competentes incluyen al gobierno regional o local, así como a los sectores (ministerios), las cuales emiten opiniones vinculantes de consistencia y de relevancia y prioridad. Esto es congruente dado que el sector será parte del contrato de APP –en los eventos que el proyecto de la IPC sea declarado de interés y finalmente adjudicado– y como tal, debe ofrecer opinión vinculante tanto en el diseño del proyecto, como en el texto contractual.

En caso de que las entidades competentes soliciten ampliaciones o modificaciones al proyecto de IPC, en el plazo de 20 días hábiles, el proponente podrá expresar su conformidad o disconformidad. Finalmente, el ministerio, gobierno regional o gobierno local emite su opinión de relevancia al proyecto de IPC, pudiendo ser negativa o positiva.

Gráfico 7. Presentación de una IPC ▼



* En caso de que se presente más de un proyecto, el ministerio, GR o GL selecciona uno. *dh: días hábiles. Fuente: MEF (2016).

• **Formulación**

Ya que se trata de proyectos cofinanciados, le corresponde a PROINVERSIÓN la formulación, que incluye la evaluación técnica del proyecto que considera su valor estimado, demanda estimada, costos estimados y evaluación preliminar del impacto social, entre otros, a fin de determinar si el proyecto de inversión es económica y socialmente rentable.

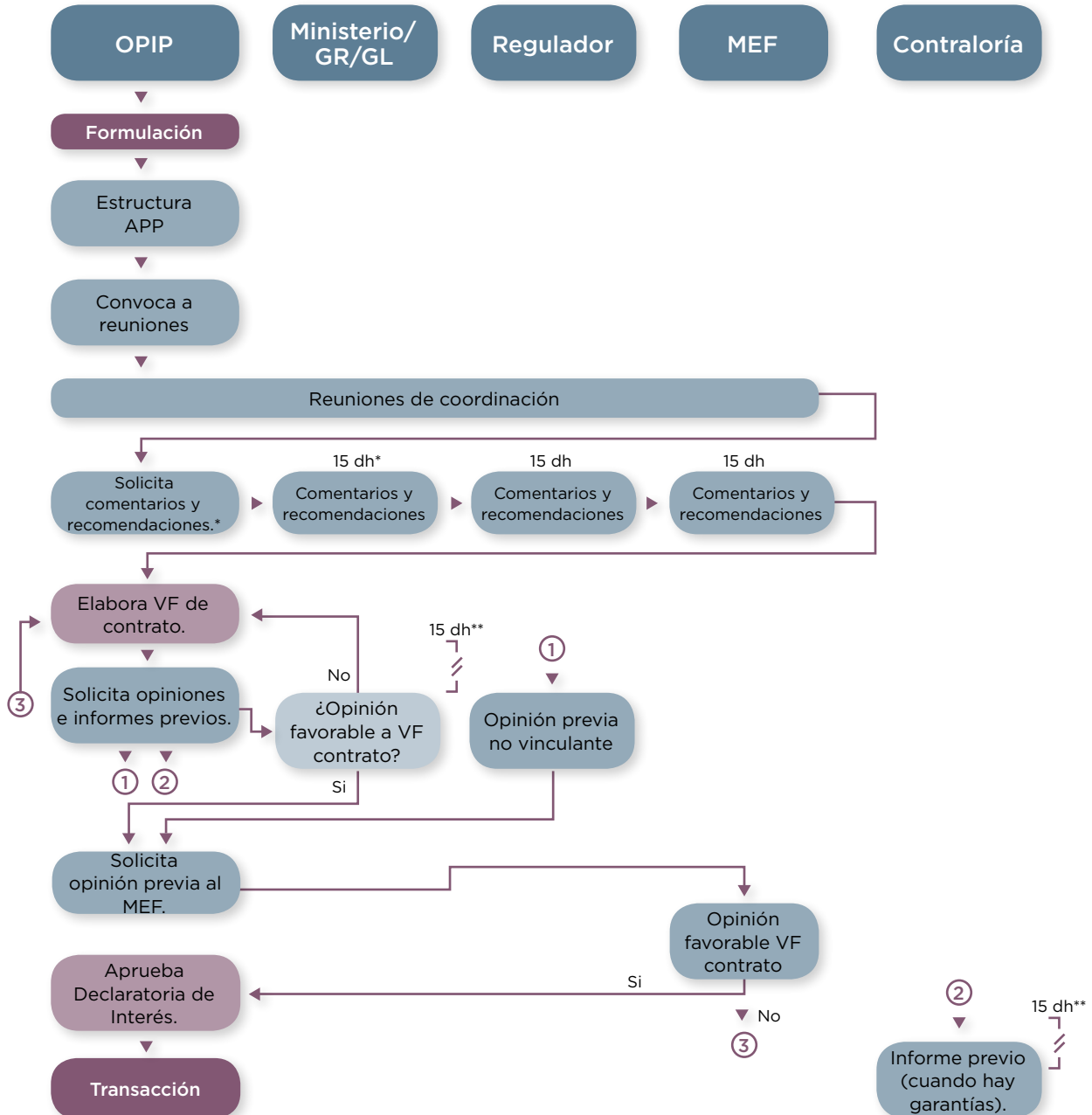
1.2.3. FASES COMUNES ENTRE IPA E IPC

- **Estructuración**

Una vez aprobado el Informe de Evaluación, se inicia la fase de estructuración a cargo del OPIP correspondiente. En este caso, dicho organismo tiene que cumplir con los mismos pasos establecidos para las iniciativas estatales, es decir, desarrollar el proyecto, convocar a reuniones y solicitar comentarios preliminares. Sin embargo, un aspecto importante es que, en la fase de estructuración de una IP, se estructura el proyecto de contrato como parte de la Declaratoria de Interés, por lo que se requiere que este documento obtenga las opiniones previas de las entidades públicas en esta fase. Una vez culminada la etapa de opiniones, el OPIP procede a declarar de interés la iniciativa privada mediante la publicación de una Declaratoria de interés, que debe contener:

- Resumen del proyecto contenido en la IP.
- Requisitos de precalificación del proceso de selección que se convoque.
- Factor de competencia del proceso de selección que se convoque.
- Modelo de carta de expresión de interés y modelo de carta fianza a ser presentada por los terceros interesados.
- Versión final del contrato de APP, la cual debe contar con las opiniones previas del ministerio, gobierno regional o gobierno local, así como del MEF, la Contraloría General de la República y el organismo regulador, si corresponde. Es importante señalar que la aprobación de la versión es una responsabilidad del OPIP y no existe exigencia legal que prevea un consentimiento previo del proponente.

Gráfico 9. Fase de estructuración en una IPA e IPC ▼



Notas: El OPIP podrá solicitar ampliaciones/modificaciones al proponente, quien tendrá 15 dh para expresar su conformidad o se rechaza la iniciativa. El ministerio, GR, GL tiene 20 dh para emitir opinión técnica. * Etapa opcional. *dh: días hábiles.** El plazo se suspende en caso de que se requiera información adicional hasta el envío de dicha información. Fuente: MEF (2016).

- **Transacción**

La fase de transacción (apertura del proyecto al mercado) comienza con la publicación de la Declaratoria de Interés, que debe ser realizada en un plazo no mayor de diez días calendarios luego de que el proponente cubra los costos de publicación de la declaratoria y entregue la carta fianza.³

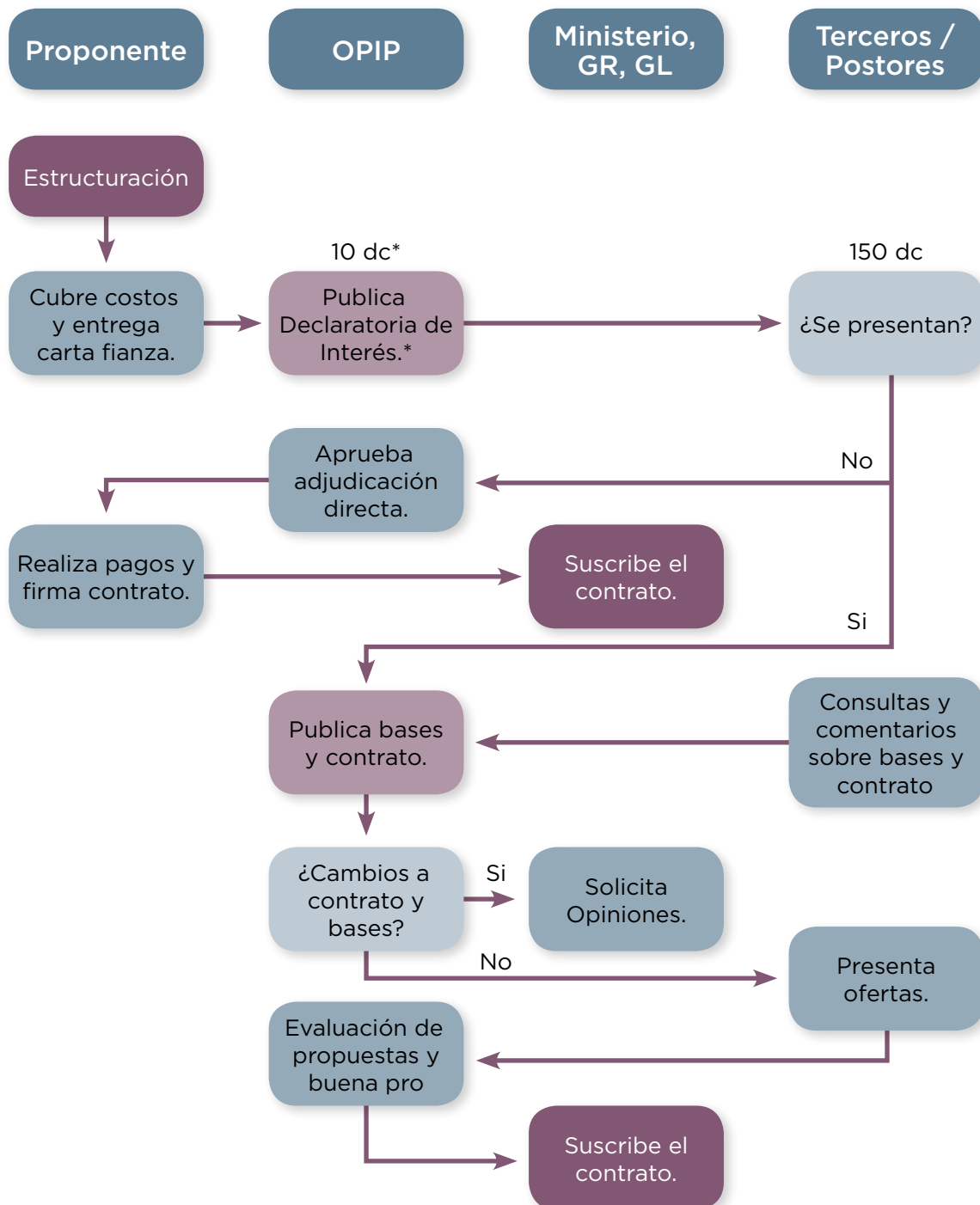
Después de publicada la Declaratoria de Interés, los terceros interesados en el proyecto tienen un plazo de 150 días calendario para presentar sus expresiones de interés para la ejecución del proyecto, debiendo acompañar su expresión de interés por la carta fianza correspondiente y cualquier otra información adicional requerida por el OPIP. En caso de que no se presenten terceros interesados, el OPIP procede a la adjudicación directa al proponente, quien debe pagar al OPIP los costos directos generados por el proceso.

De presentarse terceros interesados, el OPIP debe cumplir con el procedimiento estándar de transacción establecido para las iniciativas estatales; es decir, entre otros pasos, establecer un proceso de selección en el que se reciban los comentarios de los postores, realizar cambios en las bases y la versión final del contrato, solicitar las respectivas opiniones previas e informes, evaluar ofertas y adjudicar la buena pro.

En caso de que el proyecto sea adjudicado a uno de los terceros interesados -habiendo participado el proponente de la iniciativa en el concurso y presentado una propuesta económica válida- se reconocen a favor del proponente los gastos que efectivamente haya realizado y estén directamente vinculados a la iniciativa privada (gastos por estudios de preinversión, por información adicional solicitada por las entidades, entre otros).

³ La Declaratoria de Interés debe ser publicada en el diario oficial *El Peruano* y un diario de circulación nacional por dos días consecutivos, y se debe incluir el enlace para acceder a la versión final electrónica del contrato.

Gráfico 10. Fase de transacción en una IPA e IPC ▼



* Publicada en el portal institucional del OPIP, en *El Peruano* y un diario de circulación nacional por dos días consecutivos. Contiene el proyecto de contrato. *dc: días calendario.
Fuente: MEF (2016).

1.3. PROCESO SIMPLIFICADO

La razón de ser de este proceso especial es la existencia de proyectos de APP de iniciativa estatal cuyos montos de inversión son menores (ver Recuadro 3) o su objeto no implica un nivel de complejidad alto que justifique requerir todas las condiciones exigidas para proyectos de infraestructura pública y servicios públicos de gran envergadura.

En este sentido, el Reglamento establece las condiciones para generar una mayor celeridad en la adjudicación de los proyectos mencionados, puesto que –considerando el monto que involucran– su capacidad de generación de contingencias fiscales es menor que una APP convencional. Asimismo, es importante mencionar que, según la *Guía de Referencia para APP* (OCDE, 2012), es una práctica de los gobiernos permitir realizar proyectos de APP de menor envergadura, exonerándolos de los procesos de evaluación y aprobación a los que se someten el resto de proyectos de APP (BID, BAsD y BM, 2014).

El Reglamento desarrolla las reglas especiales que se aplican al proceso simplificado y que lo dotan de su naturaleza especial:

- **Regla especial en la fase de formulación:** la opinión del MEF al Informe de Evaluación solo puede comprender la evaluación de la capacidad de pago de la entidad pública para asumir los compromisos y la clasificación del proyecto.
- **Regla especial en la fase de estructuración:** la convocatoria al proceso de promoción requiere la publicación, solo una vez, en dos diarios de circulación nacional.
- **Regla especial en la fase de transacción:** la opinión del MEF a la versión final del contrato de APP comprende únicamente la evaluación de la capacidad de pago de la entidad pública para asumir las obligaciones, los compromisos, las garantías y contingentes fiscales significativos.
- **Regla especial en la fase de ejecución contractual:** la opinión del MEF a las modificaciones contractuales comprende únicamente la evaluación de la capacidad de pago de la entidad pública para asumir las obligaciones, los compromisos, garantías y contingentes fiscales significativos.

Como se puede advertir, el proceso simplificado no exime a los proyectos que están bajo su alcance de atravesar las cinco fases de las APP y cumplir con sus pautas y reglas de desarrollo, sino que establece cuatro reglas puntuales que tienen como objetivo acotar las materias que puedan ser evaluadas por el MEF para emitir su opinión sobre el Informe de Evaluación de este tipo de proyectos, sobre la versión final del contrato de APP y sobre las modificaciones contractuales, y reducir a una sola publicación en dos diarios de circulación nacional la convocatoria del proyecto en la fase de transacción.

Recuadro 3. Aplicación del proceso simplificado ▼

El proceso simplificado es de aplicación para:

- Proyectos de APP de iniciativa estatal cuyo costo total de inversión sea menor a 15 000 UIT.
- Proyectos APP sobre servicios vinculados a infraestructura pública y servicios públicos, proyectos de investigación aplicada e innovación tecnológica y proyectos que no contengan componentes de inversión, cuyo Costo Total de Inversión no sea superior a 50 000 UIT.

ANEXO

SOBRE LOS PROYECTOS EN ACTIVOS

El Reglamento establece que la información que debe contener el Informe de Evaluación de los Proyectos en Activos (modalidad definida en el Anexo I del Módulo 2) es menor que la exigida para un proyecto de APP, debido a que los Proyectos en Activos no son APP. Por eso, la norma exige que dichos proyectos no comprometan recursos públicos ni trasladen riesgos a las entidades públicas, salvo disposición legal expresa.

Algunos de los requisitos solicitados para los Proyectos en Activos en el Informe de Evaluación son un informe de valorización del bien, que podría servir para determinar las ofertas mínimas que el Estado esté dispuesto a recibir (con cargo a la evaluación del OPIP que realice en la fase de estructuración), así como un análisis de otros posibles usos que podría darse al activo en lugar de hacer el proyecto.

En el caso de las bases de los Proyectos en Activos, el contenido será igual al de las bases de un proyecto de APP, en lo que resulte aplicable; sin embargo, no puede incluir riesgos propios de un contrato de APP como, por ejemplo, el riesgo de demanda, los riesgos relacionados con el diseño y construcción y los riesgos asociados a los ingresos del proyecto. Cabe mencionar que es posible que el Estado retenga algunos riesgos que, por su naturaleza contractual, son propios de la modalidad escogida para este tipo de proyectos, como el saneamiento físico y legal de los activos y la responsabilidad por vicios ocultos, entre otros, los cuales están presentes en las modalidades de venta o transferencia de activos.

Recuadro 4. Ejemplo de Proyectos en Activos ▼

Un ministerio cuenta con tres inmuebles ubicados en diferentes lugares de una ciudad que son usados como oficinas principales para atención al público. Sin embargo, desde hace seis meses la atención total al público se realiza en una nueva sede ministerial recién inaugurada. Dichos inmuebles ya no son utilizados ya que su infraestructura no brinda la capacidad necesaria para el aforo de personas y documentos. Además, la nueva sede está ubicada en un lugar céntrico y al lado de otros ministerios que concentran la mayoría de trámites para proyectos de inversión. En vista de esto, el ministerio decide vender los inmuebles bajo la modalidad de “venta de activo” y, a fin de lograr un mayor provecho social, solicita a PROINVERSIÓN la exigencia en las bases para que el privado que se adjudique el proyecto destine 10% de los inmuebles a espacios deportivos gratuitos en beneficio de la población.

En dicho contexto, en caso de que los postores interesados soliciten al OPIP que el ministerio financie solo 1% de los costos de inversión de la

infraestructura deportiva, se debe tener en cuenta que el Decreto Legislativo N° 1224 establece que los Proyectos en Activos no pueden comprometer recursos públicos ni trasladar riesgos propios de una APP, salvo disposición legal expresa. De esta manera se procede a informar a los postores que lo solicitado -en caso de que no exista una ley que exprese lo contrario- constituye un cofinanciamiento, modalidad prohibida en este tipo de proyectos de inversión.

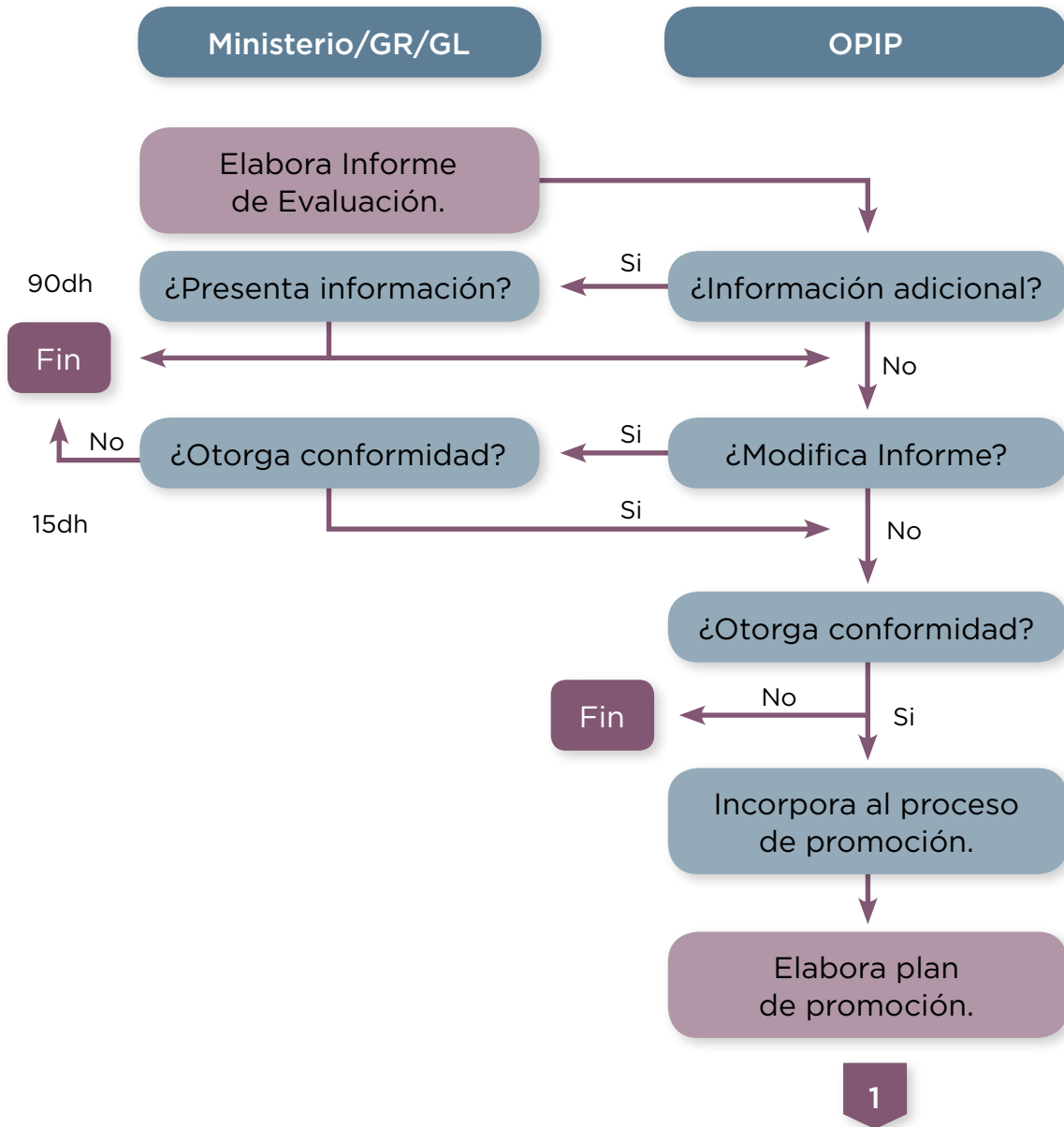
En cuanto a la aprobación del Informe de Evaluación en el procedimiento de Proyectos en Activos de una IE, esta inicia cuando el ministerio, gobierno regional o gobierno local presenta al OPIP el Informe de Evaluación, que debe contener como mínimo:

- Antecedentes del proyecto.
- Descripción de los bienes y servicios materia del proyecto.
- Descripción general del esquema de retribución al Estado, si corresponde.
- Compromisos de inversión, si corresponde.
- Informe preliminar de valorización del activo y el costo de oportunidad del activo (identificación de las mejores alternativas de uso de los activos en caso de no destinarlos a proyectos), si corresponde.
- Modalidad contractual a celebrar con el Estado.
- Declaración jurada que exprese que el Proyecto en Activos no compromete recursos públicos ni traslada riesgos propios de una APP a la entidad pública, salvo disposición legal expresa.

El OPIP puede solicitar información adicional para revisar el Informe de Evaluación; de ser así, la información solicitada debe ser remitida en el plazo de 90 días hábiles desde su solicitud. Caso contrario, se considerará que el Informe de Evaluación y la incorporación al proceso de promoción no fueron presentados. Asimismo, el OPIP puede realizar modificaciones al Informe de Evaluación elaborado y presentado por el ministerio, gobierno regional o gobierno local, en cuyo caso debe remitirlo a la entidad para su conformidad. Si en el plazo máximo de 15 días hábiles, la entidad no se pronuncia, se entenderá que ha

otorgado su conformidad. Posteriormente, para incorporar al proceso de promoción, se requiere únicamente la conformidad del OPIP en cuanto al Informe de Evaluación.

Gráfico 11. Procedimiento de los Proyectos en Activos de una IE ▼



Fuente: MEF (2016).

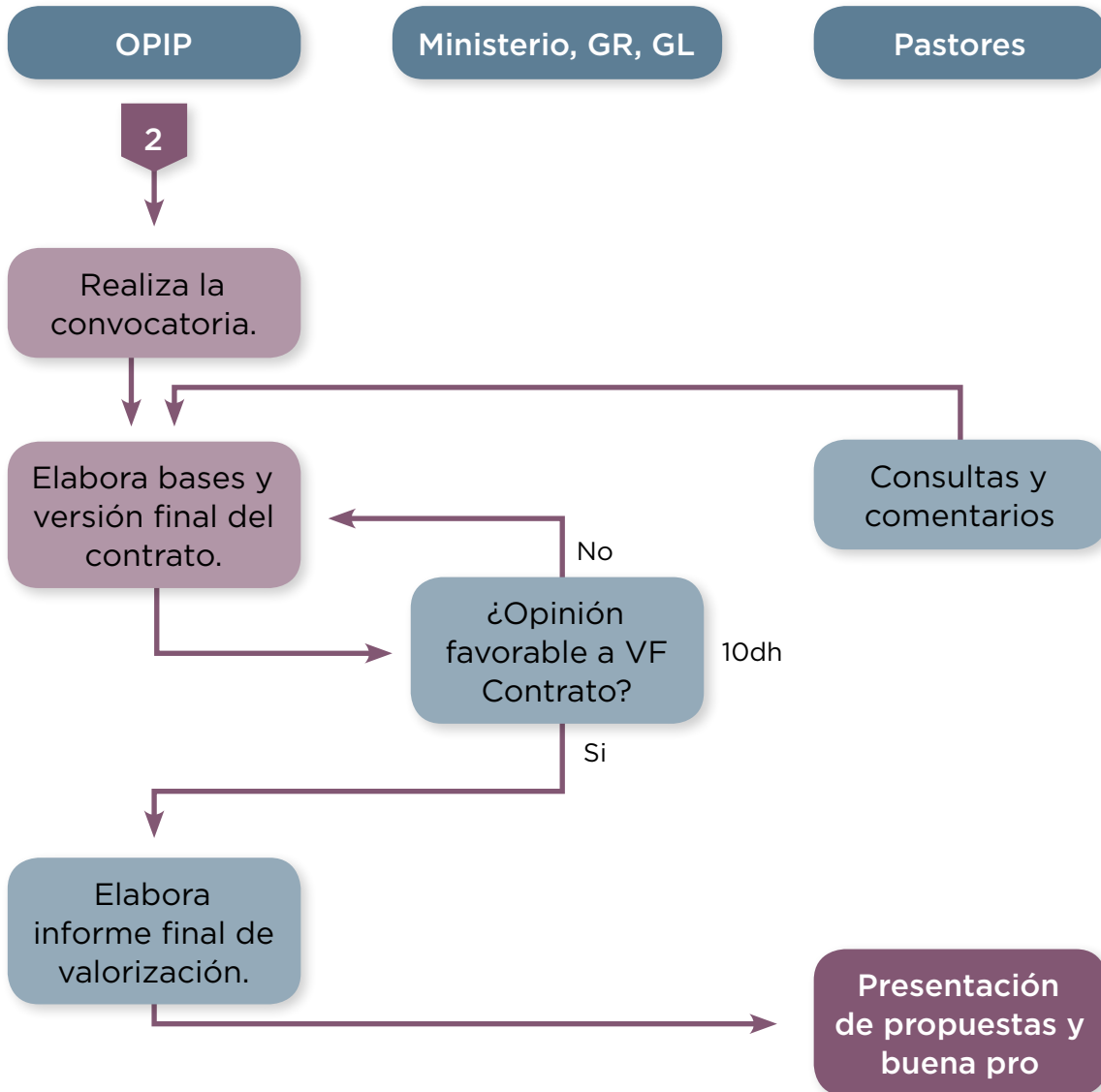
El OPIP estructura el proyecto y, posteriormente, presenta la versión final del contrato para la opinión previa favorable del ministerio, gobierno regional o gobierno local, dentro del plazo de diez días hábiles después de solicitada. De no emitirse opinión en el plazo indicado, esta se considerará favorable. Al contar con dicha opinión, el OPIP elabora el informe final de valorización del activo; puede encargar su elaboración a un consultor especializado.

El diseño de los contratos de Proyectos en Activos no puede incluir los riesgos propios de un contrato de APP.

Finalmente, el proceso de adjudicación se realiza a través de la modalidad de subasta o aquella prevista en las bases, a fin de adjudicar la buena pro a la oferta que sea más conveniente.



Gráfico 12. Procedimiento de la versión final del contrato de los Proyectos en Activos de una IE ▼



Fuente: MEF (2016).

Respecto a las iniciativas privadas para los Proyectos en Activos y de aquellos proyectos desarrollados bajo el Decreto Legislativo N° 674, es decir, proyectos de empresas estatales bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE), la presentación se realiza

en cualquier momento del año ante el OPIP, encargado de tramitarlo y evaluarlo aplicando las disposiciones procedimentales del Capítulo I del Título V del Reglamento, que se refiere a las iniciativas privadas autofinanciadas, con excepción de su calificación como tal (un Proyecto en Activos, al no ser una APP, no es autofinanciado ni cofinanciado). Cabe mencionar que la versión final de los contratos de proyectos desarrollados bajo el Decreto Legislativo N° 674 requiere una opinión previa favorable del FONAFE.

IDEAS PRINCIPALES

- Una de las innovaciones del Decreto Legislativo N° 1224 fue definir de manera clara las fases para el desarrollo de proyectos de APP, estableciendo independientemente de su clasificación (autofinanciada o cofinanciada) y origen (iniciativa estatal o privada). Estas fases son cinco: planeamiento y programación, formulación, estructuración, transacción y ejecución contractual.
- Las iniciativas privadas autofinanciadas son propuestas que el sector privado puede presentar al Estado en cualquier momento, para el desarrollo de proyectos de APP. Por su naturaleza, las IPA no presentan una fase de planeamiento y programación dentro del sector público. Así, el primer procedimiento que tienen que atravesar es la presentación de la iniciativa y su admisión a trámite.
- La IP cofinanciada es el mecanismo mediante el cual el sector privado presenta proyectos a ser financiados total o parcialmente por las entidades. En el caso de los ministerios, durante esta fase, la presentación de los proyectos a ser financiados total o parcialmente por el Gobierno Nacional se realiza en la oportunidad, durante el plazo y las materias determinadas mediante Decreto Supremo refrendado por los ministerios solicitantes y el MEF. En el caso de los gobiernos regionales o gobiernos locales, la iniciativa privada cofinanciada debe ser presentada como máximo durante los 45 primeros días calendario de cada año.
- Las IP que hayan sido admitidas a trámite hasta el 28 de diciembre de 2015, y hasta la suscripción del contrato, se sujetan al procedimiento establecido en el marco normativo anterior (Decreto Legislativo N° 1012). Asimismo, las IE que hayan sido incorporadas al proceso de promoción hasta el 28 de diciembre de 2015, y hasta su adjudicación, se sujetan al procedimiento establecido en el marco normativo anterior (Decreto Legislativo N° 1012).

BIBLIOGRAFÍA SUGERIDA

Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Banco Asiático de Desarrollo (BAsD) y Banco Mundial (BM) (2014). Guía de Referencia para Asociaciones Público Privadas, Versión 2.0. Disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/2014/01/20182310/public-private-partnerships-reference-guide-version-20>

Banco Mundial (BM). (2011). *How to Engage with the Private Sector in Public-Private Partnerships in Emerging Markets*. Washington: BM.

Decreto Legislativo N° 1224. (2015). Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos. Publicado en: El Peruano. Disponible en: https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/normas/app/DL1224_2015EF.pdf

Decreto Supremo N° 410-2015-EF. (2015). Aprobación del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224. Publicado en El Peruano. Disponible en: https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/normas/DS410_2015EF.pdf

European PPP Expertise Centre. (2011). *The Guide to Guidance, How to Prepare, Procure and Deliver PPP Projects*. Disponible en: <http://www.eib.org/epec/resources/guide-to-guidance-en>

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Banco Asiático de Desarrollo (BAsD) y Banco Mundial (BM) (2014). *Guía de Referencia para Asociaciones Público Privadas, Versión 2.0*. Disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/2014/01/20182310/public-private-partnerships-reference-guide-version-20>

Ministerio de Economía y Finanzas (MEF). (2016). *Asociaciones Público Privadas Decreto Legislativo N° 1224. Presentación preparada para los Comités de Inversiones*. Disponible en: http://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/normas/app/Presentacion_Comites_Inversiones.pdf

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2012). *Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships*. Disponible en: <https://www.oecd.org/governance/budgeting/PPP-Recommendation.pdf>



INDES



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

FIN

Fondo Multilateral de Inversiones
Miembro del Grupo BID



**ASOCIACIONES
PÚBLICO
PRIVADAS EN
PERÚ: ANÁLISIS
DEL NUEVO
MARCO LEGAL**

MÓDULO V

**EL CONTRATO DE APP,
COMPROMISOS Y GARANTÍAS
DEL ESTADO Y GESTIÓN
DE MODIFICACIONES
CONTRACTUALES**

INDES



FIN
Fondo Multilateral de Inversiones
Miembro del Grupo BID

**Asociaciones Público Privadas en Perú:
Análisis del Nuevo Marco Legal**

Gerente del Sector de Conocimiento y Aprendizaje:
Federico Basañes

Jefe del Instituto Interamericano para el Desarrollo Económico y Social - INDES:
Juan Cristóbal Bonnefoy

Gerente General del Fondo Multilateral de Inversiones - FOMIN:
Brigit Signe Helms

Coordinadores Generales del Programa:
José Yitani Ríos (INDES/BID)
Rocío Medina Bolívar (BID)
Miguel Almeyda (FOMIN/BID)
Giancarlo Marchesi (MEF)

Adaptación y edición para el programa:
Alvaro Valencia (MEF) Karin Granda (MEF)
Robert Pilkington (FOMIN/BID) Germán Ferreyra (MEF)
Ana Haro (INDES/BID) Frank Taipe (MEF)

Revisión de contenidos (BID):
Reinaldo Fioravanti
Ignacio Astorga
Gerardo Reyes-Tagle
Federico Lau
Adriana S La Valley
Sylvia Larrea
Mónica Almonacid

Contenidos basados en los documentos originales:
Decreto Legislativo N. 1224 y su Reglamento

Corrección de estilo y maquetación:
Manthra Comunicación

Copyright©2016 Banco Interamericano de Desarrollo. Esta obra se encuentra sujeta a una licencia Creative Commons IGO 3.0 Reconocimiento-NoComercial-SinObrasDerivadas (CC-IGO 3.0 BY-NC-ND) (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/igo/legalcode>) y puede ser reproducida para cualquier uso no-comercial otorgando crédito al BID. No se permiten obras derivadas.

Cualquier disputa relacionada con el uso de las obras del BID que no pueda resolverse amistosamente se someterá a arbitraje de conformidad con las reglas de la CNUDMI (UNCITRAL). El uso del nombre del BID para cualquier fin distinto al reconocimiento respectivo y el uso del logotipo del BID, no están autorizados por esta licencia CC-IGO y requieren de un acuerdo de licencia adicional.

Note que el enlace URL incluye términos y condicionales adicionales de esta licencia.

Las opiniones expresadas en esta publicación son de los autores y no necesariamente reflejan el punto de vista del Banco Interamericano de Desarrollo, de su Directorio Ejecutivo ni de los países que representa. El BID ha elaborado este documento como material académico, su contenido no constituye un reconocimiento o recomendación sobre la legislación mencionada.



ÍNDICE

Objetivo del Módulo	3
Objetivos de Aprendizaje	3
1. El contrato de APP	5
2. Elementos para el diseño del contrato de APP en Perú	8
2.1. Elementos generales de los contratos de APP	9
2.1.1. Bienes del proyecto	9
2.1.2. Constitución de fideicomisos	10
2.1.3. Restablecimiento del equilibrio económico-financiero	14
2.1.4. Optimizaciones sobre aspectos técnicos del proyecto	16
2.2. Plazo, incumplimientos, suspensión y terminación de obligaciones	17
2.2.1. Plazo de los contratos de APP	17
2.2.2. Modificaciones del plazo del contrato de APP	17
2.2.3. Incumplimientos por desempeño	18
2.2.4. Suspensión de obligaciones	18
2.2.5. Terminación del contrato	19
2.3. Otros elementos a considerar en los contratos	20
2.3.1. Garantías y derechos a favor de los acreedores permitidos	20
2.3.2. Cesión de posición contractual del Operador Técnico	23
3. Indicadores de desempeño	25
4. La distribución adecuada de riesgos en las APP	27
5. Compromisos del sector público y otorgamiento de garantías del Estado	36
5.1. Compromisos del sector público	36
5.2. Garantías del Estado a favor del inversionista y acreedores	38
6. Modificaciones contractuales	40
6.1. Generalidades	40
6.2. Procedimiento de modificaciones contractuales	42
7. Solución de controversias	48
7.1. Amigable Componedor	49
7.2. Junta de Resolución de Disputas	50
7.3. Arbitraje	51
8. Registro Nacional de Contratos de APP.....	53
Ideas principales	55
Bibliografía sugerida	57
Bibliografía adicional	57

OBJETIVO DEL MÓDULO

El objetivo de este módulo es explicar los aspectos clave a considerar para el adecuado diseño de contratos de APP, identificación y asignación de riesgos, garantías, la regulación de cambios contractuales y la utilización de mecanismos de solución de controversias para conflictos o discrepancias entre las partes.

OBJETIVOS DE APRENDIZAJE

- Comprender los aspectos centrales de un contrato de APP bajo la normativa actual en el Perú.
- Conocer los principales riesgos presentes en los proyectos de APP en Perú, así como los factores que determinan su asignación al Estado o al inversionista en el contrato.
- Comprender los tipos de garantías que puede otorgar el Estado a un proyecto de APP en el Perú.
- Entender el procedimiento para evaluar las renegociaciones contractuales.
- Distinguir entre los principales mecanismos de solución de controversias en contratos de APP en el Perú.
- Entender el procedimiento de Registro Nacional de Contratos de APP.

A lo largo de este módulo se utilizarán los siguientes términos normativos, cuyo significado se detalla a continuación:

- **Decreto Legislativo N° 1224:** Se refiere al Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas (APP) y Proyectos en Activos.
- **Reglamento:** Se refiere al Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF.
- **Normativa de APP:** Se refiere al Decreto Legislativo N° 1224 y el Reglamento, de manera conjunta.

1. EL CONTRATO DE APP

El contrato de APP es el documento que regula la ejecución del proyecto de APP entre el Estado y el inversionista,¹ al establecer los derechos y obligaciones de las partes, el régimen de los bienes del proyecto, su estructura económico-financiera, la asignación de riesgos entre las partes, las garantías para el proyecto, los incumplimientos por desempeño, las reglas de suspensión y la terminación del contrato, entre otros aspectos. Es común que el contrato de APP, además del texto principal, esté conformado por anexos en los que se detallan, principalmente, los aspectos técnicos del proyecto (por ejemplo, la ubicación de las subestaciones eléctricas en proyectos de transmisión, las condiciones del gas natural transportado en proyectos de hidrocarburos, los índices de calidad de la infraestructura de transporte), la tabla de penalidades y los lineamientos para la constitución de fideicomisos, entre otros temas.

No debe confundirse el contrato de APP con el que celebra el inversionista y sus contratistas o proveedores para cumplir con sus obligaciones contractuales como, por ejemplo, los contratos de construcción, con el contratista; de operación y mantenimiento, con el operador; de financiamiento, con entidades financieras; de suministro, con proveedores, etc. Si bien estos contratos coadyuvan al logro de las obligaciones asumidas por el inversionista, en ninguno el Estado participa o asume obligaciones, por lo que no forman parte del contrato de APP.



1. Persona jurídica que, debido a su participación como proponente postor en el proceso de promoción, resulta adjudicatario de la buena pro y suscribe el contrato de APP con el ministerio, gobierno regional o gobierno local. En el sistema peruano, el inversionista suele corresponder al denominado Special Purpose Vehicle (SPV).

Gráfico 1. Estructura contractual típica vinculada a una APP



Nota: *SPV: Special Purpose Vehicle
Fuente: Elaboración propia a partir de BID (2015).

Como se vio en el Módulo IV, el diseño del contrato de APP inicia en la fase de estructuración, a partir del Informe de Evaluación y los estudios técnicos, legales, económicos y financieros que desarrolla el Organismo Promotor de la Inversión Privada (OPIP), incluyendo los estudios de sondeo de mercado y la interacción con las entidades públicas que, en la fase de transacción, emitirán sus opiniones. Luego, una vez que se convoca el proceso de selección, en la fase de transacción se reciben comentarios de los postores, se elabora la versión final del contrato de APP y se recogen las opiniones previas de las entidades públicas competentes. Cabe resaltar que el diseño del contrato de

APP, la evaluación de comentarios de los postores y entidades públicas y la aprobación de la versión final del contrato están a cargo del OPIP.

Un contrato implica el acuerdo de voluntades entre dos o más partes, las cuales se comprometen a realizar prestaciones en busca de un objetivo común. No obstante, cuando una de las partes contractuales es el Estado, el contrato adquiere determinadas características que delimitan su alcance, su celebración, la forma de seleccionar a la otra parte contractual, entre otros aspectos, tal como ocurre en los contratos de APP. En este sentido, el contrato de APP se caracteriza por lo siguiente:

- Es un acuerdo entre el Estado, a través de algunas de sus entidades habilitadas (ministerios, gobiernos regionales y gobiernos locales), y el inversionista.
- Es un contrato bilateral y de prestaciones recíprocas, ya que establece obligaciones recíprocas tanto para el Estado (por ejemplo, expropiación de terrenos) como para el inversionista (por ejemplo, construcción y operación de infraestructura pública), en busca de un objetivo común de interés público.
- Es de larga duración, debido a que el plazo del contrato se determina en función del tiempo que el inversionista requiere para recuperar las inversiones realizadas en la construcción, operación y mantenimiento del proyecto.
- Tiene un objeto delimitado, pues la normativa vigente dispone que las APP se utilizan solo para la provisión de infraestructura pública y prestación de servicios públicos, servicios vinculados a estos que requiera prestar, y para proyectos de investigación aplicada e innovación tecnológica.
- Se rige por el derecho público (por ejemplo, toda la normativa de APP que regula las fases del proyecto) y por reglas de derecho privado (por ejemplo, el artículo 1357 del Código Civil Peruano en lo correspondiente al otorgamiento de garantías por parte del Estado).

2. ELEMENTOS PARA EL DISEÑO DEL CONTRATO DE APP EN PERÚ

El contrato de APP suele ser detallado y representa el punto de referencia para la implementación adecuada del proyecto durante la vigencia del contrato. En el siguiente recuadro se muestran ejemplos de las cláusulas típicas de un contrato de APP.

Recuadro 1. Esquema de las principales cláusulas contractuales de un contrato de APP típico ▼

- Antecedentes y definiciones.
- Naturaleza, objeto, modalidad y caracteres del contrato de APP.
- Plazo del contrato de APP.
- Condiciones para el cierre financiero.
- Régimen de bienes.
- Derechos y obligaciones de las partes.
- Caso fortuito o fuerza mayor.
- Régimen económico.
- Garantías.
- Régimen de seguros y responsabilidad del concesionario.
- Relaciones con socios, terceros y personal.
- Penalidades y sanciones.
- Solución de controversias.
- Caducidad de la concesión.
- Suspensión de las obligaciones.
- Lineamiento para la constitución de fideicomisos.
- Aspectos técnicos.
- Propuesta económica.

En el caso de Perú, el Título VII del Reglamento (“Diseño del Contrato”) contiene reglas específicas para el diseño y redacción de las principales cláusulas de los contratos de APP, que responden a la necesidad de uniformizar el tratamiento de temas contractuales centrales en todos los proyectos de APP, independientemente de los costos de inversión, clasificación, objeto o alcance

(sea de competencia nacional, regional o local), reduciendo de esta manera los espacios para controversias por interpretación y coadyuvando a que el contrato sea más completo.

A continuación, se presentan los conceptos más importantes del marco legal peruano en cuanto al diseño de los contratos de APP y los elementos que este debe contener.

2.1. ELEMENTOS GENERALES DE LOS CONTRATOS DE APP

2.1.1. Bienes del proyecto

Los proyectos de APP tienen como objeto principal la provisión de infraestructura pública y prestación de servicios públicos por parte del inversionista, o el desarrollo de servicios complementarios que requiera brindar el Estado, proyectos de investigación aplicada e innovación tecnológica, los cuales deben cumplir estándares de calidad y cobertura. Esta infraestructura o servicio público está conformado, a su vez, por bienes que permiten la operación adecuada del proyecto y que provee el inversionista (por ejemplo, construcción de infraestructura educativa o infraestructura de transporte de ámbito urbano) o el Estado, específicamente para el proyecto (por ejemplo, la entrega de una planta de tratamiento de residuos sólidos de ámbito municipal para el desarrollo de una APP cuyo objeto es la rehabilitación y operación del Sistema de Plantas de Tratamiento de Agua Residuales a nivel provincial)². Los bienes del proyecto pueden ser físicos (carreteras, ductos, colegios, líneas de transmisión, etc.) o intangibles (software que permite la operación y monitoreo de la infraestructura, espectro electromagnético, etc.); en ambos casos lo importante para ser considerados como tal es que resulten esenciales para la operación adecuada de la APP.

En este contexto, dichos bienes, al estar vinculados al proyecto de APP, tienen un régimen especial por lo que su disposición o transferencia durante el plazo del contrato se encuentra restringida al ser esenciales para la operación adecuada del proyecto. Su ausencia podría impactar negativamente en los niveles

2. Las APP cuyo objeto es la provisión de infraestructura pública o servicios públicos desde cero, es decir la construcción y operación de bienes nuevos, se conocen como greenfield; mientras que las APP cuyo objeto es la mejora y operación de bienes entregados por el Estado se conocen como brownfield.

de servicio. Por eso, la normativa actual ha dispuesto dos reglas para la disposición de bienes:

- Durante el plazo del contrato, los bienes que se devengan en partes integrantes o accesorias del proyecto de APP no pueden ser transferidos separadamente de este, hipotecados, prendados o sometidos a gravámenes de ningún tipo, salvo aprobación previa del ministerio, gobierno regional o gobierno local titular del proyecto.
- Al término del plazo del contrato, todos los bienes del proyecto pasan a dominio del Estado, es decir, son transferidos por el inversionista a la entidad titular del proyecto. Por ejemplo, al finalizar el contrato de APP para la construcción, operación y mantenimiento de una carretera regional, dicha infraestructura debe ser transferida física y jurídicamente al gobierno regional titular del proyecto, que deberá evaluar si opera directamente la infraestructura o desarrolla un nuevo proceso de selección para adjudicar el proyecto a una empresa privada.

Por otro lado, es fundamental que el contrato de APP identifique o prevea la relación de bienes del proyecto en una de sus cláusulas o anexos, así como las pautas para su clasificación y orden a través de un inventario, de manera que las partes tengan certeza sobre los bienes que están afectos al régimen especial descrito anteriormente y que serán transferidos al Estado al final del contrato, así como sobre su estado en caso de que sean entregados por el Estado en proyectos *brownfield*.

2.1.2. Constitución de fideicomisos

La recuperación de inversiones para la ejecución del proyecto de APP puede provenir de los pagos que efectúan los usuarios de la infraestructura pública y servicio público mediante las tarifas o cargos o de aquellos a los que se ha comprometido el Estado por medio de recursos públicos. En ambos casos, es común que la administración y manejo de estos recursos se encuentre bajo responsabilidad de un tercero, ajeno a las partes del contrato, bajo la figura de fideicomiso.

En Perú, el uso y constitución de un fideicomiso debe cumplir determinadas reglas, las cuales están recogidas principalmente en la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, y en el Reglamento del Fideicomiso y de las

Empresas de Servicios Fiduciarios, aprobado por Resolución SBS N° 1010-99. En ambas normas se establecen los requisitos que deben cumplir las empresas que se desempeñen como entidades fiduciarias y la formalidad de la constitución del contrato, entre otros aspectos.

Recuadro 2. El fideicomiso ▼

El fideicomiso es un contrato por medio del cual una persona (denominada fideicomitente) transfiere bienes o derechos de su propiedad (patrimonio fideicometido) a otra persona (denominada fiduciario) para que los administre y los destine al cumplimiento de un fin específico a favor del fideicomitente o de un tercero denominado fideicomisario (beneficiario).

Gráfico 2. Estructura básica de un fideicomiso ▼



Fuente: Elaboración propia.

El uso de este mecanismo ha sido ampliamente difundido ya que actúa como patrimonio autónomo y aísla el riesgo del inversionista, dando mayor seguridad y garantía a los acreedores.

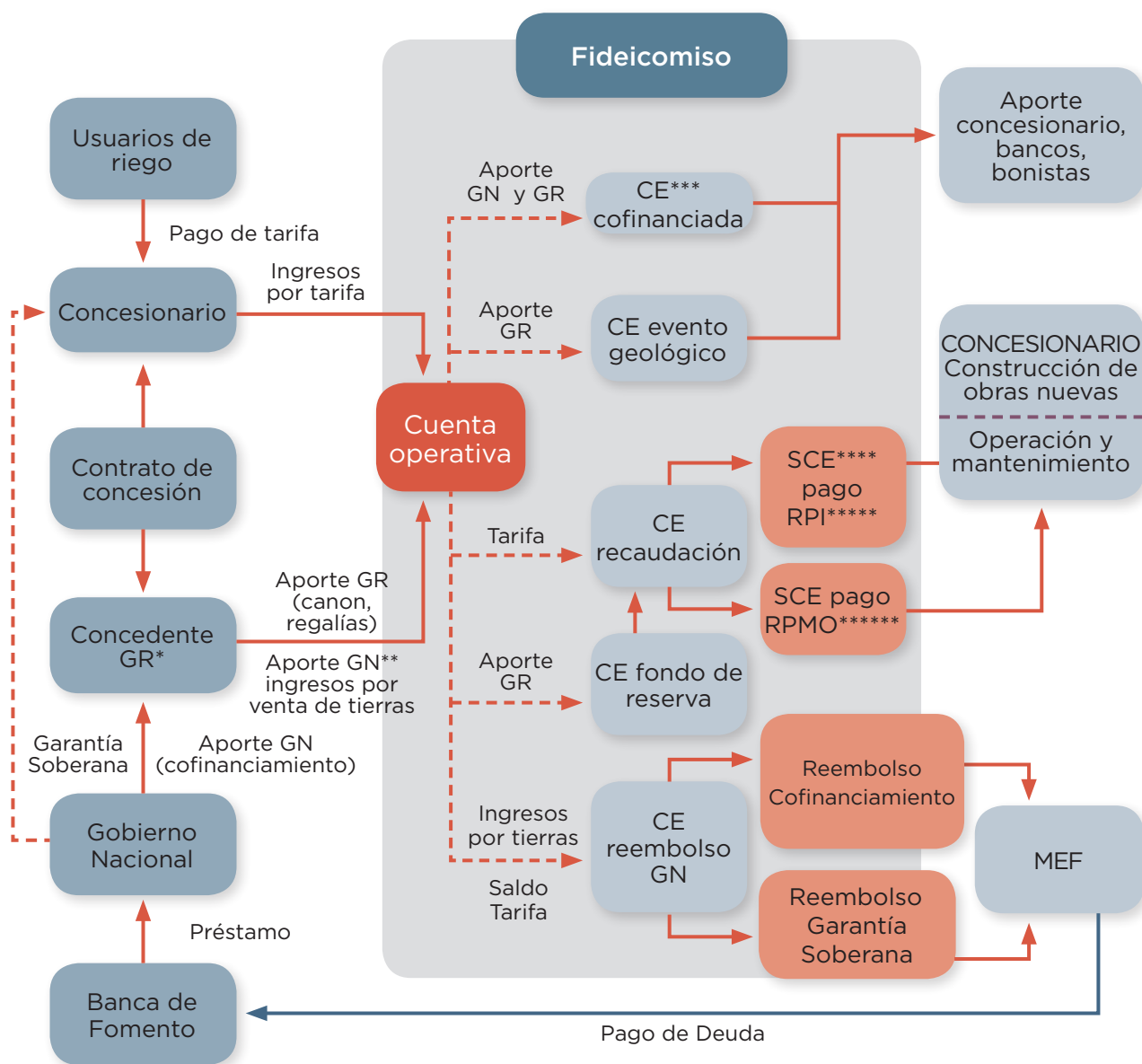
En este contexto, la normativa de APP dispone que, en el contrato de APP, se constituyan fideicomisos para la administración de los pagos e ingresos derivados de los contratos de APP. Para hacerlo, se debe cumplir con el siguiente procedimiento y requisitos dependiendo de la clasificación del contrato de APP y del nivel de gobierno al que pertenezca:

- **Fideicomiso de un contrato de APP autofinanciado.** Si la APP pertenece al Gobierno Nacional, el fideicomiso es aprobado por Resolución Ministerial del sector. En caso de que la APP sea de competencia de los gobiernos regionales y gobiernos locales, la constitución de fideicomisos es aprobada de manera previa mediante Acuerdo de Consejo Regional o Acuerdo de Concejo Municipal, según corresponda.
- **Fideicomiso de un contrato de APP cofinanciado.** Al igual que en una APP autofinanciada, el fideicomiso es aprobado por Resolución Ministerial, Acuerdo de Consejo Regional o Acuerdo de Concejo Municipal, según el nivel de gobierno al que corresponda el proyecto de APP. Sin embargo, en todos los casos se requiere la opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), que debe emitir su opinión en un plazo máximo de 15 días hábiles después de recibir la solicitud con la información completa; caso contrario, su opinión se considerará como favorable. Se debe tomar en cuenta, además, que dicho ministerio puede solicitar, a la entidad pública, información adicional o de sustento sobre el fideicomiso durante los cinco días hábiles siguientes a la solicitud de la opinión.



A manera de ejemplo, a continuación se presenta un esquema de un fideicomiso de un proyecto de irrigación cofinanciado, adjudicado por PROINVERSIÓN:

Gráfico 3. Esquema de Fideicomiso en Proyectos de Irrigación adjudicados ▼



Notas: *GR: Gobierno Regional; **GN: Gobierno Nacional; ***CE: Cuenta Especial; ****SCE: Subcuenta Especial; *****RPI: Retribución por Inversiones; *****RPMO: Retribución por Operación y Mantenimiento.
Fuente: PROINVERSIÓN (2015).

Por último, se debe tener presente que todo contrato de APP debe contener los lineamientos para la constitución del contrato de fideicomiso entre las partes, en caso de que se prevea el uso de esta herramienta jurídica. Asimismo, debido a que el fideicomiso tiene como fin la administración de los ingresos del proyecto y la operatividad de las cuentas de pago, en ningún caso las partes pueden establecer nuevas obligaciones o derechos que contravengan lo dispuesto en el contrato de APP a través de este, por ejemplo, compromisos de inversión adicionales, cambio en las características de los derechos u obligaciones de pago del inversionista o del Estado, entre otros.

2.1.3. Restablecimiento del equilibrio económico-financiero

En un contrato de APP el inversionista se compromete a realizar inversiones para construir, operar y mantener la infraestructura pública (costos o cargas del proyecto). A cambio de esto tiene derecho a percibir ingresos por la gestión o prestación del servicio público. Por su parte, el Estado puede comprometerse a la entrega o expropiación de terrenos para el proyecto, pagos por cofinanciamiento o pagos por ingresos mínimos garantizados, entre otras prestaciones. Sumado a esto, ambas partes asumen determinados riesgos del proyecto de APP como resultado de su asignación contractual.

El equilibrio económico-financiero de un contrato de APP es la proporcionalidad que existe entre las obligaciones (costos) y derechos (beneficios) de cada una de las partes, en el momento de suscribir el contrato de APP. Tomando en cuenta que el equilibrio económico del contrato de APP debe mantenerse para garantizar la sostenibilidad económica (cubrir los costos y alcanzar márgenes de utilidad) y la sostenibilidad financiera del proyecto (tener flujos suficientes para la operación normal del servicio), la normativa o los contratos suelen prever soluciones que permiten superar la ruptura del equilibrio económico como consecuencia de la dación de normas que afectan el desempeño de la concesión.

En Perú, el artículo 58 del Reglamento dispone que el reestablecimiento del equilibrio económico-financiero solo será invocado cuando este se vea significativamente afectado, cuando la causa del desequilibrio sea elementos bajo control directo del gobierno (cambios a leyes), y en la medida en que dichos cambios tengan impacto directo en aspectos económico-financieros vincu-

lados a la variación de ingresos o costos asumidos por el inversionista; entendiéndose como afectación significativa cuando se hubiesen alcanzado los porcentajes que establece el contrato de APP. Sumado a esto, a fin de tener certeza sobre el periodo que comprenderá como máximo este restablecimiento, se dispone que el equilibrio se restituya antes de la afectación significativa.

Así, por ejemplo, la ocurrencia de un desastre natural que genere mayores inversiones para el mantenimiento de la infraestructura pública por parte del privado, si bien puede romper la relación proporcional costo-beneficio que tenía el inversionista en el momento de la suscripción del contrato, se soluciona conforme la asignación de riesgos establecida en el contrato y, por ende, la ocurrencia de un desastre natural (o eventos similares) no es causal para invocar la cláusula restablecimiento del equilibrio económico-financiero. Solo en caso de que los mayores costos o menores ingresos sean producto de cambios normativos, el inversionista podrá invocar la cláusula de restablecimiento.

Recuadro 3. Modificaciones contractuales para el restablecimiento del equilibrio económico-financiero ▼

Considerando que el equilibrio económico-financiero es un aspecto sustancial para la sostenibilidad y ejecución del contrato de APP, se dispone también que en caso de que el restablecimiento requiera modificaciones contractuales, estas podrán realizarse y suscribirse en cualquier momento durante el plazo del contrato de APP (incluso durante los tres primeros años).



2.1.4. Optimizaciones sobre aspectos técnicos del proyecto

Debido a que los contratos de APP son de larga duración y según la naturaleza del proyecto, en determinados momentos de la ejecución contractual puede requerirse mejoras en la regulación de algún aspecto técnico. En estos casos, el Título VII del Reglamento establece una nueva regla para el diseño de los contratos de APP, correspondiente a las optimizaciones, que considera que los inversionistas podrían proponer al Estado diversas mejoras para la construcción de la infraestructura y provisión de los servicios públicos durante la fase de ejecución contractual.

En este escenario, el Reglamento dispone que los contratos de APP deben permitir optimizaciones que permitan eficiencias y mejoras en ingeniería y costos como, por ejemplo, ahorro de costos al Estado y mejoras en el método constructivo, entre otros, siempre y cuando no implique la disminución de los niveles de servicio, la calidad de la obra, la seguridad, vida útil, condiciones de operatividad, etc. Es importante mencionar que las optimizaciones se enmarcan dentro de las especificaciones mínimas o parámetros de condición establecidos por el Estado en los términos de referencia y bases.

No obstante, se precisa también que en caso de que los cambios en el alcance y diseño sean solicitados por el Estado y generen sobrecostos, estos siempre deberán requerir la opinión previa de capacidad presupuestal de la entidad pública. Asimismo, de manera general, se establece que la aprobación de las optimizaciones está sujeta al procedimiento previsto en cada contrato de APP.

Tratándose de optimizaciones, la normativa de APP no exige que el procedimiento se formalice mediante una modificación contractual, sino más bien según el procedimiento que establezca el respectivo contrato.

2.2. PLAZO, INCUMPLIMIENTOS, SUSPENSIÓN Y TERMINACIÓN DE OBLIGACIONES

2.2.1. Plazo de los contratos de APP

El artículo 19 del Decreto Legislativo N° 1224 establece que el plazo del contrato de APP se cuenta a partir de la fecha de suscripción y que no puede superar los sesenta años –salvo limitaciones de plazos menores establecidos en normas especiales³–, los cuales incluyen posibles ampliaciones o renovaciones de dicho plazo. De esta manera se busca evitar que los plazos de los contratos de APP inicien en función del cumplimiento de condiciones que, en algunos casos, son indeterminadas en cuanto a fechas y plazos por la falta de planificación (por ejemplo, iniciar la concesión a partir de la culminación de una etapa previa del contrato, como el diseño o construcción).

2.2.2. Modificaciones del plazo del contrato de APP

En el diseño de los contratos se debe estipular mecanismos para la obtención de valor por dinero cuando se prevea la posibilidad de ampliaciones o renovaciones de plazo, lo que no es consistente con las cláusulas que habilitan al inversionista para ampliar el plazo del contrato de manera automática y solo por pedido anticipado.

Es importante considerar que la ampliación o renovación de plazo debe formalizarse mediante una adenda al contrato de APP, la cual debe atravesar todo el procedimiento de modificación contractual previsto en la normativa de APP. Asimismo, se debe tomar en cuenta que el plazo es un parámetro considerado en la estructura económica del proyecto, por lo que la adenda debe incluir una evaluación económica de las modificaciones planteadas.

Por otro lado, la normativa actual precisa que cuando el incumplimiento de plazos se deba a la acción u omisión del Estado o a eventos de fuerza mayor, la ampliación del plazo se realizará según las condiciones y los mecanismos de

3. Por ejemplo, la Ley del Sistema Portuario Nacional, Ley N° 27943, en el numeral 10.3 del artículo 10 establece que la infraestructura portuaria puede ser entregada en concesión hasta por 30 años.

ajuste previstos en el contrato de APP (por ejemplo, ampliación de plazo que dure lo mismo que el evento de fuerza mayor). De esta manera, no resulta aplicable lo dispuesto en el numeral 61.2 del Reglamento; es decir, en estos casos no se requiere formalizar la ampliación del contrato mediante adenda.

2.2.3. Incumplimientos por desempeño

La normativa de APP dispone que el inversionista es el único responsable legal del incumplimiento de sus obligaciones contractuales, más allá de que en la práctica estas sean cumplidas por terceros a nombre suyo como, por ejemplo, las obligaciones de construcción de la infraestructura que son realizadas por una empresa contratista del inversionista. No obstante, este, como encargado de la construcción y gestión completa del proyecto durante todo el periodo que dure el contrato, es el responsable legal del cumplimiento de la construcción.

El incumplimiento de una obligación contractual, según la normativa de APP, acarrea la aplicación de penalidades, deductivos u otras medidas similares previstas en el respectivo contrato de APP. Es necesario distinguir penalidades o consecuencias por incumplimientos contractuales de la aplicación de sanciones por infracciones administrativas. Estas últimas se imponen en virtud de la inobservancia de normas sectoriales por parte del inversionista en su condición de administrador en el marco de un procedimiento administrativo sancionador en que el Estado no tiene la condición de parte contractual, sino de Administración Pública que ejerce su potestad sancionadora (por ejemplo, el Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones -OSIPTEL-).

2.2.4. Suspensión de obligaciones

Existen casos en los que, ante la ocurrencia de determinados hechos, la normativa de APP dispone que el plazo de cumplimiento de las obligaciones afectadas o el plazo del contrato se suspende y, por tanto, las partes no están obligadas a cumplir sus obligaciones contractuales en dicho periodo. Al respecto, el artículo 62 del Reglamento establece la posibilidad de estipular diversas causales de suspensión en el contrato. No obstante, hay dos que siempre deben ser incluidas:

- Ocurrencia de guerra externa, guerra civil o fuerza mayor que impida la ejecución de la infraestructura pública o la prestación del servicio.
- Cuando se produzca una destrucción parcial de la infraestructura pública o de sus elementos, de modo que resulte imposible su utilización por un periodo determinado, en los términos señalados en el contrato correspondiente.

Se puede advertir que en la suspensión de obligaciones, el hecho o causa que la genera se caracteriza por no ser responsabilidad de las partes, de lo contrario no sería un motivo de suspensión, sino un incumplimiento de obligaciones contractuales. Por dicho motivo, un grupo de causales de suspensión de obligaciones se encuentra vinculada a los denominados eventos de fuerza mayor (eventos irresistibles, imprevisibles y extraordinarios, como los desastres naturales), en los cuales las partes no tienen control sobre su ocurrencia y, por tanto, implican la suspensión de obligaciones e, incluso del plazo del contrato, en algunos casos hasta que cese su ocurrencia o sus efectos.

La suspensión del contrato extiende el plazo del contrato de APP por un periodo equivalente al de la causa que la originó, salvo disposición contraria en el contrato. Esto es un supuesto distinto a la suspensión de una o más obligaciones del contrato en los cuales no corresponde la ampliación del plazo de vigencia del contrato salvo supuesto distinto regulado en el contrato. Para todos los efectos, la normativa dispone que el contrato debe incluir mecanismos para establecer la continuidad del proyecto, más allá de la suspensión de obligaciones, pues lo que se busca es que el inversionista retome la operación del proyecto apenas desaparezca la causal que impidió su continuación.

2.2.5. Terminación del contrato

Al igual que en el caso de la suspensión del contrato, el Reglamento establece de forma expresa seis causales de terminación del contrato que deben ser incluidas en el contrato de APP, así como la posibilidad de establecer causales adicionales que tengan el mismo efecto.

Las causales previstas a nivel normativo que extinguen el contrato son las siguientes:

1. Cumplimiento de plazo del contrato (terminación natural del periodo contractual).
2. Incumplimiento grave del inversionista, según lo establecido en el contrato (por ejemplo, el incumplimiento reiterado de determinadas obligaciones contractuales).
3. Incumplimiento grave del Estado, según lo establecido en el contrato. Respecto a esta causal se debe considerar que el Decreto Legislativo 1224 dispone que los contratos pueden contener cláusulas que establezcan la indemnización respectiva por la terminación del contrato.
4. Acuerdo de las partes.
5. Resolución por parte del Estado por razones de interés público. Sobre esta causal, al igual que para la tercera, el Decreto Legislativo N° 1224 dispone que los contratos pueden contener cláusulas que estipulen la indemnización a la cual tendrá derecho el inversionista por la terminación del contrato de APP.
6. Destrucción total de la infraestructura pública a causa de fuerza mayor.

2.3. OTROS ELEMENTOS A CONSIDERAR EN LOS CONTRATOS

2.3.1. Garantías y derechos a favor de los acreedores permitidos

Existen circunstancias por las que la estructuración de un proyecto requiere el otorgamiento de garantías y/o derechos por parte del inversionista a favor de sus acreedores permitidos para que se vuelva un proyecto financiable (banca-ble). Estas son distintas a las garantías que otorga el Estado, como se explica en la sección 5 de este módulo.

Recuadro 4. Los acreedores permitidos ▼

Los acreedores permitidos son una categoría especial del grupo de empresas que otorgan el financiamiento al inversionista, que asumen riesgos al participar en el proyecto –por lo general, operativos ya que deben asumir el repago de su deuda en función de la operación efectiva del proyecto– y que reúnen determinadas características en función de cada contrato (habitualmente vinculadas a grado de inversión, ratios de liquidez o restricciones a empresas vinculadas con lavado de activos y financiamiento del terrorismo).

a. Derechos de intervención a favor de los acreedores permitidos

Usualmente conocidos por su término en inglés, los step-in rights son derechos que garantizan a los acreedores permitidos la posibilidad de intervenir en determinadas circunstancias en el proyecto de APP. En Perú, estos derechos han sido estipulados desde los primeros contratos de APP, por lo que la normativa de APP ha optado por establecer reglas en cuanto a la participación de los acreedores y sus derechos en el contrato.

En tal sentido, se ha dispuesto a nivel normativo que los contratos de APP pueden establecer derechos a favor de los acreedores permitidos, siendo los más usuales la posibilidad de dar cumplimiento a obligaciones contractuales del inversionista que no han sido cumplidas y el acceso a los ingresos para el proyecto. No obstante, cabe precisar que dichos acreedores no forman parte de la relación contractual entre el Estado y el inversionista, motivo por el cual también se ha establecido que los derechos y obligaciones del inversionista y sus acreedores permitidos se rigen al derecho privado; es decir, configuran una relación jurídica independiente, completamente privada y no oponible al Estado. Asimismo, se ha dispuesto que en principio, los derechos de cobro del inversionista reconocidos en el contrato de APP son libremente transferibles sin necesidad de autorización previa del Estado, salvo que el contrato establezca algo distinto en función de su estructura económico-financiera.

b. Hipoteca sobre el derecho de concesión

En caso de que el contrato de APP se hubiera desarrollado bajo la modalidad de una concesión y esta tenga como objeto la provisión y operación de infraestructura pública y prestación de servicios públicos, el inversionista podría dar como garantía, a través de una hipoteca,⁴ su derecho de concesión a favor de los Acreedores Permitidos. Cabe recordar que el derecho de concesión otorga al inversionista la facultad de explotar económicamente el proyecto de APP; en consecuencia, la normativa de APP ha dispuesto que la ejecución de la hipoteca debe contar con la opinión favorable del ministerio, gobierno regional o gobierno local correspondiente, a fin de que dichas entidades verifiquen que el derecho de concesión es transferido a favor de quien cumpla, como mínimo, los requisitos establecidos en las bases del proceso de promoción.

La ejecución de la hipoteca implica un cambio en el titular del derecho de la concesión, motivo por el cual el procedimiento de ejecución debe contar con algún mecanismo de participación del Estado.

c. Otras garantías

Adicionalmente, la normativa de APP establece la posibilidad de que se constituyan garantías sobre los ingresos, o sus flujos futuros, derivados de sus obligaciones y la explotación del contrato de APP. Asimismo, se permite al inversionista, mediante cláusulas contractuales, la constitución de otorgar en garantía sobre sus acciones o participaciones.

En todos los casos de constitución de garantías o derechos, resulta importante que el contrato de APP contenga las reglas para su ejecución ordenada, respetando los procedimientos especiales que existan en las normas en cuanto hipoteca, prenda u otro tipo de garantía, para, de esta manera, no impactar negativamente en la continuidad de la operación y en los niveles de servicio.

4. Esta hipoteca se constituye y surte efectos a partir de su inscripción en la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP), pudiendo ser ejecutada extrajudicialmente de la forma pactada por las partes en el contrato.

Recuadro 5. Los acreedores permitidos ▼

El contrato de concesión del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao establece, en su cláusula 10.3, que se podrá otorgar garantía a favor de los acreedores permitidos en lo referente a:

- el derecho de concesión
- los ingresos de la concesión
- las acciones o participaciones del concesionario.



2.3.2. Cesión de posición contractual del Operador Técnico

Lo que diferencia las APP de otras formas de contratación pública, o mecanismos de participación de la inversión privada, es que la empresa encargada de proveer la infraestructura pública o prestar servicios públicos es, generalmente, una sociedad privada que tiene como fin específico y único el desarrollo del proyecto de APP (SPV) y está conformada por diversas empresas que aportan con su capacidad financiera (solidez financiera), conocimiento de la industria a la que pertenece el proyecto de APP y experiencia técnica en la gestión y manejo de proyectos de inversión. La empresa que acredita la capacidad técnica se denomina comúnmente Operador Técnico u Operador Calificado y se encarga de operar técnicamente el proyecto por un periodo determinado de tiempo.

Dada la experiencia del Operador Calificado, y con el objetivo de que este transfiera su conocimiento técnico sobre el manejo del proyecto a la SPV en su conjunto, habitualmente, los contratos de APP lo obligan a ser titular de una participación mínima en el capital social del inversionista por un mínimo de años. En este sentido, se restringe la posibilidad de ceder su posición con-

tractual (por ejemplo, vender sus acciones en la SPV) durante dicho periodo; todo esto, sin perjuicio de la responsabilidad general del concesionario por el cumplimiento de cada una de las obligaciones contractuales, incluyendo las técnicas.

La normativa de APP establece que las disposiciones sobre cesión de posición contractual que se incorporen en los contratos de APP deben garantizar la suficiencia técnica, legal y financiera requerida para la adecuada operación del proyecto, teniendo en cuenta la fase de ejecución contractual en que se produzca la cesión. Con esto, se dispone que, cuando se permita la cesión de posición contractual, el contrato de APP debe establecer los requisitos y condiciones que aseguren que la empresa entrante como parte del inversionista cuente con la experiencia y capacidad suficiente necesaria para la operación del proyecto (por ejemplo, la exigencia a la persona jurídica entrante de los mismos requisitos de precalificación que tuvo que cumplir la persona jurídica que cede su posición contractual en el proceso de selección).



3. INDICADORES DE DESEMPEÑO

El contrato debe especificar claramente lo que se espera de la parte privada, en términos de la calidad y la cantidad de los bienes y servicios que se prestarán. Esto puede incluir la definición de estándares para el mantenimiento necesario de una carretera o de la calidad requerida del servicio y los objetivos de ampliación de conexiones para servicios públicos prestados directamente a los usuarios, como agua o energía. Por ejemplo, en los contratos de APP de servicios de transporte como líneas de metro o BRT, se establecen indicadores de regularidad, accidentalidad y frecuencias; por otro lado, en contratos cuyo objeto es la construcción, operación y mantenimiento de redes domiciliarias de electricidad o de gas, se establece un plan de conexiones, es decir, el número de conexiones mínimas por año.

Una característica clave de una APP es que, siempre que es posible, el desempeño se especifica en términos de productos o servicios requeridos (como la calidad de la superficie de una carretera) y no de los insumos (como materiales utilizados para la pavimentación y diseño). Esto permite que la parte privada sea innovadora a la hora de responder a los requisitos, enfocando el proyecto al logro de los objetivos finales del sector público.

Para medir la disponibilidad y calidad del servicio ofrecido a los usuarios (actuales y futuros), es necesario establecer especificaciones de desempeño y monitorearlas mediante el uso de indicadores de desempeño.⁵ Esto constituye un factor crítico para la gestión de una APP basada en el desempeño. Estos deben ser específicos, medibles, alcanzables, realistas y con un horizonte definido en el tiempo.⁶

El monitoreo de los indicadores de desempeño durante la fase de ejecución contractual involucra una función de supervisión mediante el cual se verifique el cumplimiento de dichos indicadores. Además, se deben establecer y aplicar penalidades o deductivos cuando no se cumpla con los indicadores de desempeño establecidos. No sirve contar con especificaciones e indicadores de desempeño si no se establecen consecuencias en caso de incumplimiento.

5. Conocidos en inglés como Key Performance Indicators (KPI).

6. Para establecer indicadores de desempeño, se debe seguir los criterios SMART, los cuales se utilizan para determinar objetivos, por ejemplo, en el campo del gerenciamiento de proyectos. SMART son las siglas Specific, Measurable, Achievable, Realistic, Timely (específico, medible, alcanzable, realista y con un horizonte definido en el tiempo).

Recuadro 6. Uso de indicadores de desempeño ▼

La gestión del Instituto Nacional de Salud del Niño - San Borja (conocido como el Hospital del Niño, en la ciudad de Lima) involucra la operación y mantenimiento de instalaciones, equipos y servicios generales del hospital. Se establecieron indicadores de desempeño en el contrato, distribuidos en las siguientes categorías: servicios de alimentación, lavandería, limpieza, seguridad, manejo de desperdicios, esterilización, patología clínica, infraestructura y mantenimiento de equipo.



En cuanto a los servicios de alimentación, un indicador de desempeño es que el concesionario dispondrá de una reserva de víveres secos para 15 días, para así poder prestar el servicio en caso de posibles fallos en el suministro u otros posibles incidentes. Otro indicador es que los menús tendrán una rotación mínima de 30 días. Asimismo, el porcentaje de rechazos de los menús servidos por el concesionario ha de estar por debajo de 2%. El contrato establece penalidades en caso de incumplimiento de estos indicadores.

Fuente: www.andina.com.pe

En el caso de la Línea 2 del Metro de Lima y Callao y Ramal Av. Faucett - Av. Gambetta, proyecto que involucra el diseño, construcción, equipamiento, operación y mantenimiento de 35 km de una línea de metro subterránea, se establecieron 63 indicadores de desempeño en el contrato, distribuidos en las siguientes categorías: velocidad,



comodidad, confiabilidad, seguros, seguridad pública, servicio al cliente, información y accesibilidad. Estos serán medidos cada seis meses, mediante un estudio independiente realizado por una empresa local.

Con respecto al sistema de ascensores, un indicador de desempeño es que estos deben estar en funcionamiento por lo menos 98% de sus horas programadas. Asimismo, en cuanto a las pantallas de información, estas deben tener un funcionamiento real de por lo menos 99% de sus horas programadas.

Fuente: www.andina.com.pe

MEF, basado en PROINVERSIÓN

4. LA DISTRIBUCIÓN ADECUADA DE RIESGOS EN LAS APP

Como se ha discutido a lo largo de estos módulos, la identificación, asignación y mitigación de riesgos es fundamental para la estructuración de un proyecto de APP. Las APP son consideradas modalidades de participación de la inversión privada en las que se distribuyen riesgos entre el sector público y el sector privado. La incorporación de la noción de “distribución de riesgos” es lo que diferencia a las APP de otras modalidades de desarrollo de proyectos como es, por ejemplo, la contratación pública tradicional, en la que la mayoría de riesgos se mantiene en el sector público.

Recuadro 7. Principio de una adecuada distribución de riesgos ▼

De acuerdo con el Decreto Supremo N° 077-2016-EF, como uno de los principios rectores de las APP, la adecuada distribución de riesgos: “En los contratos de APP debe existir una adecuada distribución de riesgos entre las partes, de manera que los riesgos sean asignados a aquella parte con mayores capacidades para administrarlos, considerando el perfil de riesgos del proyecto. En este sentido, los riesgos en un contrato de APP deben ser definidos, identificados, medidos y asignados a la parte que le cueste menos prevenir la realización del riesgo o a aquella parte cuyos costos sean menores, de materializarse el riesgo”.

La asignación de riesgos es un tema crucial durante la estructuración de un proyecto de APP, en la que debe evaluarse el riesgo que se transfiere al privado y el que retiene el sector público. Es importante recalcar que, en la mayoría de casos, transferir todos los riesgos al sector privado no es lo ideal, ya que este exigiría una tasa de retorno muy elevada por su inversión, lo que generaría un incremento del costo social de los proyectos, que este no sea viable financieramente o que no atraiga a suficientes inversionistas durante la fase de transacción. Asimismo, cabe señalar que no existe un modelo de asignación preestablecido o único, por lo que, dependiendo del perfil y objeto del proyecto, la distribución de los riesgos puede variar en cada contrato.

Como parte de la normativa de APP, los *Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas*, aprobados mediante Resolución Ministerial N° 167-2016-EF/15, establecen un listado de los riesgos más relevantes del proyecto, divididos en dos etapas: etapa de diseño y construcción y etapa de operación y mantenimiento. En cada una, luego de identificar el riesgo, se establece la práctica recomendada para su asignación, incluyendo los posibles mecanismos de mitigación. Estos lineamientos incorporan los riesgos principales del proyecto, pero esto no significa que sean los únicos que se debe evaluar. La identificación del riesgo dependerá del tipo de proyecto, la dificultad de ejecución y los niveles de estudios y desarrollo (ver Módulo 4).



Cuadro 2. Identificación de riesgos en los proyectos de APP bajo el sistema peruano, Resolución Ministerial N° 167-2016-EF/15 ▼

1. ETAPA DE DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN			
Riesgo	Identificación	Asignación base	Mitigación
Diseño	Errores o deficiencias que repercutan en el costo o calidad de la infraestructura, nivel de servicio y que puedan provocar retrasos en la ejecución de obra o variar las especificaciones establecidas por el concedente.	Privado	Revisión crítica de la documentación suministrada por el OPIP.
			Bases del concurso con información técnica del proyecto, plazos razonables para su evaluación y otorgamiento de la posibilidad de modificaciones al concesionario.
Construcción	Eventos que generan sobrecostos y sobreplazos durante el periodo de construcción, los cuales se pueden originar por diferentes aspectos.	Privado	Firma de un contrato de construcción a precio y plazo cerrado con un tercero constructor mediante contrato EPC (<i>Engineering, Procurement and Construction</i>).
			Contratación de paquete de seguros, con coberturas de construcción y operación.

1. ETAPA DE DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN

Riesgo	Identificación	Asignación base	Mitigación
Expropiación de Terrenos	Es el riesgo de que el encarecimiento o la no disponibilidad del predio donde construir la infraestructura provoquen retrasos en el comienzo de las obras y sobrecostos en la ejecución de las mismas.	Público. La gestión puede ser transferida al privado.	Oportuna adquisición de terrenos como requisito para una adecuada estructuración contractual.
			Certeza de disponibilidad de terrenos o predios en los plazos requeridos por medio de: un plan de adquisiciones y expropiaciones que incluya los predios a adquirir o ejecutar, costos, plazos, Plan de Compensación y Reasentamiento Involuntario (PACRI), entre otros; La adquisición o expropiación debe iniciar a más tardar, antes al inicio de la fase de estructuración.
Geológicos	Diferencias en las condiciones del medio o del proceso geológico sobre lo previsto en los estudios en la fase de formulación y estructuración que redunde en sobrecostos o ampliación de plazos.	Privado/ Público o ambos	Depende de la complejidad geológica del proyecto pero, en general ,se deben realizar estudios detallados de las condiciones geológicas durante la fase de formulación que deben perfeccionarse en la fase de estructuración.
			El privado tiene que hacer, en la fase de formulación, un análisis detallado y estimación de costos de las interferencias con las redes y los servicios afectados.
Ambientales	Incumplimiento de la normativa ambiental y de las medidas correctoras definidas en la aprobación de los estudios ambientales.	Privado	El privado debe adecuar sus procesos y métodos constructivos para que la afección ambiental sea mínima y esté dentro de los parámetros impuestos.

1. ETAPA DE DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN

Riesgo	Identificación	Asignación base	Mitigación
Arqueológicos	Hallazgos de restos arqueológicos significativos que generen la interrupción del normal desarrollo de las obras (plazo o sobre costo).	Privado/ Público o ambos	Desarrollo de un estudio arqueológico en la fase de formulación.
Obtención de permisos y licencias	Riesgo de no obtención de permisos y licencias que deben ser expedidas por las instituciones u organismos públicos distintos al concedente y que es necesario obtener antes del inicio de las obras de construcción (licencia ambiental, plan de desvíos, etc.).	Privado	La OPIP podrá solicitar a los postores en la propuesta técnica un plan de trabajo que identifique el cumplimiento de dichas diligencias.
Infraestructura existente transferida al privado	Riesgo inherente a la calidad de la infraestructura en proyectos de ampliación o mejora de infraestructura.	Privado	Elaboración de una documentación detallada de la Infraestructura en la fase de formulación. Plazo para la detección de vicios ocultos.

1. ETAPA DE DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN			
Riesgo	Identificación	Asignación base	Mitigación
Por inversiones adicionales	Cualquier adición o modificación solicitada que implique modificaciones en las inversiones u obras podrán suponer un sobre costo de obra o un plazo mayor al preestablecido.	Público	Se ejecute un análisis detallado de las necesidades del concedente en la fase de formulación.
Por terminación anticipada del contrato	Por incumplimiento o resolución unilateral del concedente.	Público	Cláusulas adecuadas en el contrato según las causales con mecanismo de cálculo del resarcimiento.
	Riesgo de terminación anticipada por incumplimiento del concesionario.	Privado	
Financiamiento	Imposibilidad de negociación y firma de un contrato de financiamiento del proyecto en el plazo previsto en el contrato de concesión.	Privado	Las bases de la propuesta deben contener los parámetros financieros de precalificación que se fijan para que los postores puedan demostrar capacidad financiera suficiente para soportar los requerimientos de capital de un proyecto.
Inflación/ variación precios de insumos	Cuando en la etapa de construcción el principal efecto de la inflación recae sobre los precios de insumos, generando un sobre costo de construcción.	Privado, aunque puede ser asumido por el sector público	Celebración de un contrato de construcción a precio y plazo cerrado con su contratista.

1. ETAPA DE DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN

Riesgo	Identificación	Asignación base	Mitigación
Tasa de interés	Posibilidad de variaciones en el tipo de interés que está enmarcado en el financiamiento.	Privado	Contratación de financiaciones a tipo fijo o de instrumentos de cobertura (swaps de tipo de interés a largo plazo).
Tipo de cambio	Potenciales pérdidas o ganancias derivadas de la exposición a variaciones en la tasa de cambio entre dos monedas.	Privado/ Público o ambos	El OPIP debe analizar la viabilidad financiera del proyecto.
Derivados de eventos de fuerza mayor	Riesgos no imputables a ninguna de las partes causados por impactos de un evento de fuerza mayor.	Ambos	El contrato debe establecer contratación obligatoria de seguros para cubrir el máximo asegurable.
Por cambios regulatorios y normativos	Posibilidad de cambios regulatorios	Ambos	Cláusulas en el contrato de restablecimiento de equilibrio económico-financiero de la concesión
Accidentes de construcción y daños a terceros	Posibilidad de producción de accidentes directamente en las actividades vinculadas a la construcción.	Privado	Contratación de seguros, plan sólido y adecuado plan de construcción.

2. ETAPA DE OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO

Riesgo	Identificación	Asignación base	Mitigación
Por ingresos	Ingresos con riesgo de demanda/tráfico.	Privado. Puede ser compartido o retenido por el público.	Configuración de mecanismos de ingresos mínimos garantizados o esquema de bandas.
	Riesgo de disponibilidad, calidad y niveles de servicio.	Privado	
De inflación	Cuando en la etapa de construcción el principal efecto de la inflación recae sobre los precios de insumos, generando un sobrecosto de operación y mantenimiento.	Público	Mecanismos para la actualización periódica de los pagos que percibe el privado de acuerdo con el índice de inflación respectivo.
De infraestimación de costos de mantenimiento extraordinario o mantenimiento mayor	Se debe a una mala evaluación de las intervenciones requeridas cuando esta infraestimación está vinculada al incremento del costo de las intervenciones de reposición y no a su dimensionamiento.	Privado	El contrato de APP debe prever condiciones de reversión y de mantenimiento en los últimos años del contrato.

2. ETAPA DE OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO			
Riesgo	Identificación	Asignación base	Mitigación
Riesgo de impago	Medidas o políticas que pueda adoptar el Estado para impedir los ingresos tarifarios o los pagos que el concedente esté obligado a realizar al concesionario en el caso de proyectos cofinanciados.	Privado	Seguros y garantías de mercado.
Derivados de eventos de fuerza mayor	Son los mismos riesgos considerados en la etapa de diseño y construcción pero que pueden generarse en la etapa de operación y mantenimiento.		
Por cambios regulatorios y normativos			
Tipo de cambio			
Por terminación anticipada del contrato			

Elaboración propia basada en Resolución Ministerial N° 167-2016-EF/15.

5. COMPROMISOS DEL SECTOR PÚBLICO Y OTORGAMIENTO DE GARANTÍAS DEL ESTADO

Debido a la naturaleza de APP, suele existir una participación activa del Estado mediante la asunción de compromisos de pago por parte de la entidad pública, así como aseguramientos del Estado en forma de garantías (financieras y no financieras). Estos compromisos y garantías nacen de la relación contractual entre el sector público y el sector privado, y por lo tanto son distintos a las garantías entre el inversionista y sus financiadores, como se explicó en la sección 2 de este módulo.

5.1. COMPROMISOS DEL SECTOR PÚBLICO

El sector público, normalmente a través de la entidad contratante, puede asumir distintos tipos de compromiso para apoyar la viabilidad de un contrato de APP:

- Compromisos firmes: obligaciones de pago de importes específicos o cuantificables a favor de su contraparte, correspondiente a una contraprestación por la realización de los actos previstos en el contrato de APP.
- Compromisos contingentes: potenciales obligaciones de pago a favor de su contraparte estipuladas en el contrato de APP que se derivan por la ocurrencia de uno o más eventos correspondientes a riesgos propios del proyecto de APP.

Recuadro 8. Ejemplos de compromisos firmes y contingentes ▼

Usualmente, los contratos incluyen compromisos firmes bajo la denominación de Retribución por Inversión (RPI), Pago por Obra (PPO) y Retribución Por Mantenimiento y Operación (RPMO) dado que son obligaciones de pago de la entidad concedente. Por otra parte, Ingreso Mínimo Anual Garantizado (IMAG) constituiría un compromiso contingente, dado que es una potencial obligación de pago de la entidad concedente al concesionario que presta el servicio.

Sin embargo, el Estado no puede asumir indefinidamente compromisos hacia la parte privada, pues esto supondría poner en riesgo la estabilidad de las finanzas públicas. Por tanto, la normativa peruana establece un límite en cuanto a la cantidad de compromisos que puede asumir el Estado, derivados de contratos de APP. Este límite nos indica que “el stock acumulado por los compromisos firmes y contingentes cuantificables, netos de ingresos, asumidos por el Sector Público No Financiero en los contratos de APP calculado a valor presente, no podrá exceder de 12% del Producto Bruto Interno” (Decreto Legislativo N° 1224). Este límite puede ser revisado cada tres años, de acuerdo con los requerimientos de infraestructura y servicios públicos y su impacto en la sostenibilidad de las finanzas públicas.

Cuadro 3. Ejemplos de compromisos que el Estado ha asumido en algunos contratos ▼

INSTRUMENTO	DESCRIPCIÓN
Pago por Obra (PPO)	Es el pago que tiene por finalidad retribuir parte de las inversiones obligatorias en obras en que incurre el concesionario hasta el reconocimiento de cada avance de obra, de acuerdo con los términos y condiciones establecidos en el contrato.
Retribución por inversión	Esta definición es variable en función del tipo de contrato. Aplica tanto a proyectos autofinanciados (ejemplo, PROVISUR) como a proyectos cofinanciados (Línea 2 del Metro de Lima). Se tratan de subvenciones al capital pagados en plazos diferidos.
Pago por Rehabilitación y Mejoramiento (PRM)	Pago equivalente al avance de las obras y a través de valorizaciones afectadas por un factor de conversión, en función de la ejecución del presupuesto contemplado en los estudios definitivos de ingeniería e impacto ambiental.
Pago por Avance de Obra (PAO)	Es la retribución que el concedente se compromete a pagar al concesionario por el avance del hito o hitos ejecutados correspondientes a las obras del proyecto.

INSTRUMENTO	DESCRIPCIÓN
Pago Anual por Mantenimiento Periódico Inicial (PAMPI)	Pago correspondiente al cofinanciamiento por el servicio de mantenimiento inicial, que será sujeto de derecho de cobro una vez se cumpla con el mantenimiento de los hitos establecidos.
Pago Por Material Rodante (PPMR)	Misma estructura del PPO, pero específicamente para material rodante.
Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO)	Para que el concesionario pueda cobrar el PAMO debe cumplir con una serie de niveles de servicio y calidad; el PAMO no será cancelado hasta que estos indicadores sean satisfechos.

5.2. GARANTÍAS DEL ESTADO A FAVOR DEL INVERSIONISTA Y ACREEDORES

En esta sección, se realiza un breve análisis sobre las garantías financieras y las garantías no financieras que otorga el Estado a favor del inversionista a través de los contratos de APP. Estas pueden generar contingentes fiscales y, por eso, es importante su evaluación antes de que el Estado se comprometa a otorgarlas a través del contrato de APP. Una de las formas bajo las cuales se puede originar pasivos contingentes para la entidad concedente y, en algunos casos, para el Gobierno Nacional es el otorgamiento de garantías a favor del inversionista, principalmente, aquellas orientadas a asegurar el flujo de ingresos bajo el contrato de APP.

Este tipo de garantías son entregadas por el Estado según las necesidades del proyecto, con el fin de reducir los riesgos para el inversionista.

De acuerdo con la normativa vigente existen dos tipos de garantías del Estado:

- Garantías financieras. Son de carácter incondicional y de ejecución inmediata, cuyo otorgamiento y contratación por parte del Estado tiene como objeto respaldar las obligaciones de la contraparte del ministerio, gobierno regional o gobierno local, derivadas de préstamos o bonos emitidos para financiar los proyectos de APP, o para respaldar obligaciones de pago del Estado.

Al respecto, la Ley N° 28563, Ley General del Sistema Nacional de Endeudamiento, ha autorizado que el MEF otorgue o contrate este tipo de garantías a fin de atender los requerimientos derivados de los procesos de promoción de la inversión privada. En caso de que se activen estas garantías, dicho ministerio atiende el pago en favor del inversionista. Asimismo, el otorgamiento o contratación de este tipo de garantías deberá sujetarse al límite o tope que anualmente se establece en la Ley Anual de Endeudamiento del Sector Público para el año fiscal correspondiente.

El marco legal mencionado es relevante porque le permite al MEF tener un control respecto a los pasivos contingentes que se pueden generar por este tipo de garantía y, de esta manera, puede tomar medidas para su adecuada gestión. Asimismo, las contragarantías que se exigen buscan respaldar el reembolso a favor del Gobierno Nacional, en caso de que este tenga que honrar su garantía. Es una manera de mitigar el riesgo de reembolso por parte de la entidad garantizada.

A manera de ejemplo, se puede mencionar que, mediante el Decreto Supremo N° 105-2006-EF, se aprobó la contratación por parte del Gobierno Nacional de una garantía parcial con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), para asegurar el Pago Anual por Obras (PAO) en el proyecto IIRSA Norte, respaldando al Ministerio de Transporte y Comunicaciones (MTC). Asimismo, mediante Decreto Supremo N° 014-2006-EF, se aprobó el otorgamiento de la Garantía Soberana a las obligaciones del Gobierno Regional de Lambayeque en el Proyecto Olmos (MEF, 2015).

- Garantías no financieras. Son aquellos aseguramientos estipulados en el contrato de APP que, potencialmente, pueden generar obligaciones de pago a cargo del Estado por la ocurrencia de uno o más eventos de riesgos propios del proyecto.

Son otorgadas por el Estado para respaldar al inversionista, permitiendo mitigar riesgos propios del proyecto. Por ejemplo, cuando el Estado asegura un nivel de ingreso mínimo al inversionista, independientemente de la cantidad de usuarios del proyecto, esto permite mitigar el riesgo de demanda de la APP mediante el pago proveniente de recursos públicos o fondos constituidos por cargos pagados por determinados agentes del sistema, como ocurre en el sector hidrocarburos.

6. MODIFICACIONES CONTRACTUALES

Las modificaciones contractuales podrían tener su origen en la necesidad real de variar determinadas condiciones originales previstas en el contrato por el acontecimiento de hechos no previstos en el momento de la adjudicación del proyecto. No obstante, también existen solicitudes de modificación contractual “oportunistas” de la parte que presentó una oferta agresiva o irreal con la expectativa de renegociar el contrato en el futuro a sabiendas de la debilidad institucional del Estado. Estas últimas generan pérdidas de eficiencia, por lo que la correcta estructuración y diseño de la APP (estudios suficientes sobre los costos del proyecto, demanda proyectada, asignación adecuada de riesgos, entre otros aspectos) y un adecuado proceso de selección limita su ocurrencia.⁷

Según Guasch (2005), en términos generales, la mayoría de las renegociaciones de contratos oportunistas podría y debería haberse evitado, así como la gran parte de errores cometidos en el proceso de ejecución contractual. Estos, además, deberían evitarse mediante diseños de contratos mejorados y una mayor atención a las estructuras de los incentivos. Ni la mejor de las regulaciones puede solucionar los problemas y los errores cometidos en el diseño del contrato, ni el mejor diseño del contrato resultará efectivo sin un control regulatorio adecuado y una ejecución efectiva de los contratos.

A continuación, se explicarán las características y el proceso relacionado con las modificaciones necesarias.

6.1. GENERALIDADES

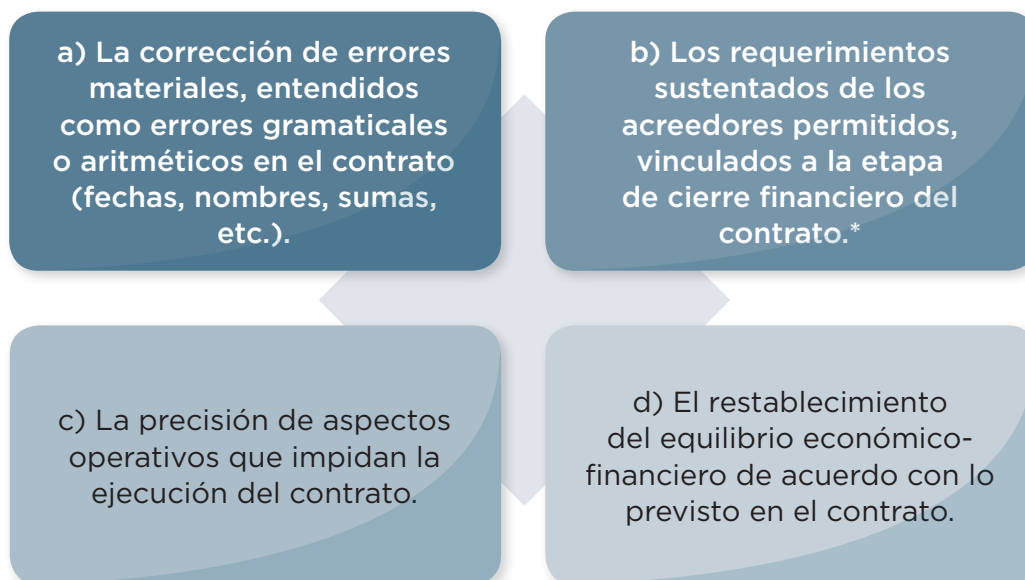
Tomando en cuenta que las APP son acuerdos de larga duración, resulta imposible que los contratos que regulan los derechos y obligaciones de las partes para la ejecución del proyecto contengan, de manera explícita, todas las situaciones o hechos futuros que puedan acontecer a durante el periodo de vigencia del contrato. Sin embargo, como estos eventos futuros impactan en el desarrollo de las APP, estos se conocen como “contratos incompletos”.

7. Cabe precisar que no deben confundirse las modificaciones con los ajustes contractuales, los cuales se encuentran previstos en el contrato de APP; es el caso de los ajustes tarifarios, las optimizaciones, entre otros.

Por lo tanto, en determinados casos, existe la necesidad de modificar los contratos de APP, siempre y cuando las partes así lo convengan; es decir, que exista una voluntad común y concertada de las partes contractuales. En este escenario, la normativa de APP reconoce la posibilidad de modificar los contratos de APP, previo acuerdo de las partes, cumpliendo con determinados requisitos y condiciones para la evaluación de modificaciones y manteniendo, en todo momento, el valor por dinero original del contrato.

Antes de detallar las condiciones y requisitos que se debe cumplir para las modificaciones contractuales en general, es necesario precisar que la normativa actual prohíbe la suscripción de modificaciones contractuales durante los tres primeros años de haberse suscrito el contrato de APP, salvo que se trate de:

Gráfico 4. Reglas que posibilitan las modificaciones contractuales dentro de los tres primeros años de suscrito el contrato ▼



*) El requerimiento de los acreedores solo puede realizarse antes del cierre financiero, lo que implica que el contrato haya previsto dicha etapa y haya incluido la figura del acreedor permitido. Fuente: Elaboración propia en base al Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224.

Es importante mencionar que debido a que estas causales constituyen una excepción a la celebración de modificaciones durante los tres primeros años de suscribir el contrato, no pueden ser objeto de analogía o interpretación extensiva para su aplicación.

6.2. PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIONES CONTRACTUALES

Con el Decreto Legislativo N° 1224 se establece un nuevo procedimiento predecible y coordinado para el trámite y evaluación de las propuestas de modificación a los contratos de APP por parte de entidades del Estado. En este sentido, el artículo 53 del Reglamento dispone que las partes pueden convenir en modificar el contrato de APP. No obstante, dicha modificación siempre debe mantener el equilibrio económico-financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, procurando no alterar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto. Esto implica que, en caso de que sea necesario modificar la asignación de riesgos, deberá buscarse la forma o el mecanismo para mantener el equilibrio económico-financiero del contrato.

Como parte de las mejoras introducidas por la nueva normativa de APP cuyo fin es agilizar el procedimiento de modificación, que el inversionista tenga una sola contraparte en la etapa de renegociación contractual, anticipar las observaciones al contenido de la adenda y reducir la asimetría de información entre las entidades del Estado para emitir una opinión sobre el texto de la adenda, la normativa de APP impone una obligación a las entidades públicas para estructurar la evaluación de las adendas. De esta manera, se prevé que el proceso de modificación contractual esté compuesto por tres etapas: proceso de evaluación conjunta, evaluación y sustento del sector y opiniones previas a las modificaciones contractuales.

Es importante anotar que estas etapas son lideradas por el ministerio, gobierno regional o gobierno local, titular del proyecto de APP. Este liderazgo se fundamenta en que dichas entidades son titulares de los proyectos y administradoras del contrato de APP que se solicita modificar, por lo que les corresponde responsabilizarse de la renegociación contractual en sus dos etapas.

El proceso de evaluación conjunta se inicia con la primera sesión de las entidades en la que opinarán sobre la propuesta de modificación al contrato de APP. Al respecto, la normativa no ha establecido un número máximo o mínimo de sesiones, pues esto dependerá de la complejidad de los temas que se solicita modificar y el análisis que se debe realizar para emitir una opinión conforme a la Ley.

Por eso, lo que la normativa de APP sí ha previsto son las siguientes pautas de trabajo para el desarrollo ordenado y ágil de las sesiones:

- En las distintas sesiones que se realicen durante el proceso, las entidades públicas convocadas deben: identificar los temas y materias de la agenda que son de su competencia (aspecto importante porque no necesariamente todas las entidades convocadas podrían tener competencia en cuanto a los temas de la agenda y, por tanto, no deberían opinar posteriormente), verificar el cumplimiento de las condiciones y requisitos a los que está sometida toda propuesta de modificación contractual, y elaborar el plan de trabajo del proceso de evaluación conjunta.
- Conforme al plan de trabajo, las entidades públicas ponen en conocimiento del ministerio, gobierno regional o gobierno local, la información que debe ser requerida al inversionista para la evaluación de las modificaciones contractuales; asimismo, comunican la necesidad de solicitar información sobre el diseño del proyecto y contrato al OPIP que estuvo a cargo del proceso de promoción del contrato (nótese que el pedido de información solo se realiza si es necesario), y emiten comentarios y consultas preliminares sobre los temas y materias de la agenda.
- El inversionista, junto con sus asesores, puede asistir a determinadas sesiones del proceso de evaluación conjunta a fin de sustentar el texto de la agenda o absolver consultas. Asimismo, también pueden asistir los financistas del proyecto de ser necesario. En ambos casos, la decisión sobre la pertinencia de que asistan el inversionista y sus financistas, corresponde al ministerio, gobierno regional o gobierno local.
- En caso de que el inversionista presente cambios a la propuesta de agenda una vez iniciado el proceso de evaluación conjunta, estos se incorporan a la evaluación sin que esto implique reiniciar el proceso y reevaluar todo el texto de la agenda.
- Las entidades públicas pueden suscribir actas y realizar las sesiones de manera presencial o virtual.
- El proceso de evaluación conjunta finaliza cuando el ministerio, gobierno regional o gobierno local así lo determine. Debe informarse a las entidades públicas y al inversionista.

- Estas pautas de orden también son aplicables cuando la adenda es solicitada por el ministerio, gobierno regional o gobierno local, en lo que corresponda.

Recuadro 9. Proceso de evaluación conjunta ▼

Principales aspectos a tener en cuenta:

- Convocatoria del ministerio, gobierno regional o gobierno local a las entidades públicas que deben emitir opinión a la adenda, para el inicio de la evaluación conjunta.
- Elaboración del plan de trabajo, e identificación de temas y materias de la adenda según la competencia de cada entidad.
- Invitación y concurrencia del inversionista y sus financistas a las reuniones con las entidades, solo si el ministerio, gobierno regional o gobierno local lo considera necesario.
- Comentarios y consultas preliminares por parte de las entidades convocadas.
- Finalización del proceso de evaluación conjunta cuando el ministerio, gobierno regional o gobierno local así lo determine.
- Las disposiciones relacionadas con el proceso de evaluación conjunta también son aplicables en lo que corresponda, cuando la adenda sea solicitada por el Estado.

Es importante señalar que el proceso de evaluación conjunta es una obligación establecida a la entidad pública titular del proyecto, a fin de que la evaluación que realice de la adenda –en su calidad de parte contractual– cuente previamente con la participación de las demás entidades públicas competentes. La etapa de evaluación conjunta no implica una obligación al privado, motivo por el cual no está obligado a participar durante dicha etapa.

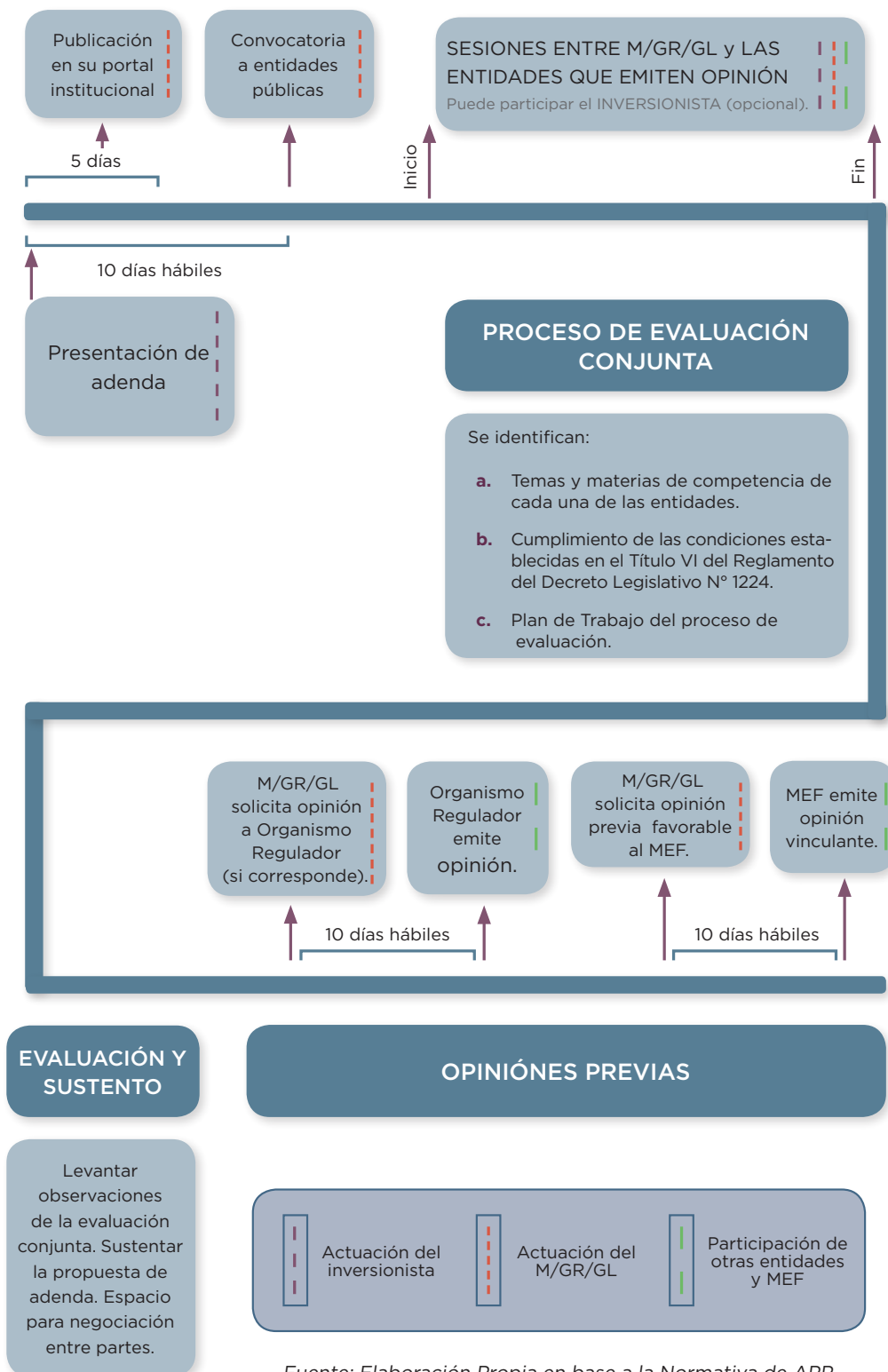
Culminado el proceso de evaluación conjunta, se inicia la segunda etapa de evaluación y sustento de la entidad, en la que con base en el análisis realizado

durante la evaluación conjunta, la entidad evalúa y sustenta las modificaciones contractuales. Es importante mencionar que, en esta etapa, las partes podrán efectuar modificaciones a la propuesta de adenda con la finalidad de levantar los comentarios y observaciones recibidos durante la evaluación conjunta. Esta etapa también incluye la negociación o retroalimentación entre las partes. Luego de esto, en la etapa de opiniones previas, el ministerio, gobierno regional o gobierno local remite las modificaciones contractuales con su debido sustento (informe de sustento de las modificaciones contractuales, estudios y evaluaciones que sostienen las modificaciones planteadas, entre otros documentos) a las siguientes entidades públicas:

- Opinión no vinculante del Organismo Regulator, en los proyectos bajo su competencia.
- Opinión vinculante del MEF, en caso de que las modificaciones alteren el cofinanciamiento, alteren las garantías, cambien parámetros económicos y financieros del contrato, generen cambios en el equilibrio económico-financiero del contrato de APP o generen contingencias fiscales al Estado. Basta con que las modificaciones contractuales incidan sobre una de las cinco materias señaladas, para que la opinión del MEF sea necesaria y obligatoria. Al respecto, es necesario tener en cuenta que la normativa de APP dispone que cualquier acuerdo que adopten las partes (indistintamente a su denominación) y que contenga modificaciones al contrato de APP que incidan sobre una de las cinco materias que son de competencia del MEF y que no cuenten con su opinión previa favorable, no surten efecto y son nulos de pleno derecho.



Gráfico 5. Diagrama del proceso de modificación contractual ▼



Fuente: Elaboración Propia en base a la Normativa de APP.

La opinión del MEF es aplicable solo cuando la modificación contractual recaiga en las materias identificadas en el párrafo anterior. Asimismo, es importante mencionar que, al igual que en el caso de la versión final del contrato de APP, en esta oportunidad el MEF evalúa todas las materias que son de su competencia de acuerdo con la Ley (Decreto Legislativo N° 183 y su Reglamento de Organización y Funciones -ROF-), no limitándose a las cinco materias señaladas anteriormente, pues estos solamente constituyen causales que lo habilitan a emitir opinión sobre modificaciones contractuales.

Finalmente, la normativa de APP ha dispuesto que las opiniones del Organismo Regulador y del MEF deben emitirse en un plazo máximo de diez días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción de la solicitud de opinión; caso contrario, se entenderá que la opinión es favorable. Sin embargo, en caso de que dichas entidades requieran mayor información para emitir su opinión, pueden solicitarla una sola vez y durante los tres días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud de opinión. En este caso, el cómputo del plazo se suspende y se reinicia una vez recibida la información requerida.

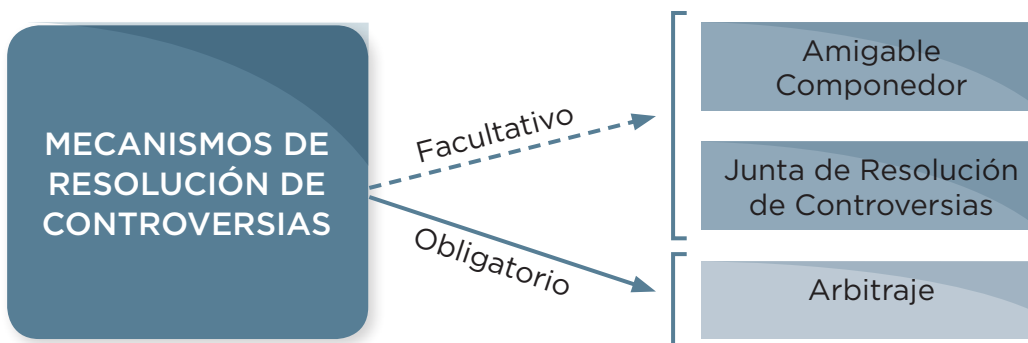


7. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Debido a la complejidad y el largo plazo de los contratos APP, estos tienden a ser incompletos, lo que genera un espacio para diferencias de interpretación y entendimiento sobre las cláusulas del pacto contractual entre el Estado y el inversionista. Por eso, resulta necesario que todos los contratos de APP cuenten con mecanismos de resolución de conflictos o de solución de controversias que ayuden a asegurar que las discrepancias o conflictos entre las partes se resuelvan rápida y eficientemente, con el objetivo de evitar la interrupción de los servicios públicos y la provisión continua de la infraestructura pública (BID, BM y BAsD, 2014).

En este contexto, el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 1224 desarrolla tres mecanismos de resolución de controversias para los contratos de APP, como se puede apreciar en el Gráfico 6. Dos son facultativos, pues su uso se sujeta a que haya sido previsto en el contrato de APP (Amigable Compondedor y Junta de Resolución de Disputas) y uno es obligatorio (arbitraje nacional o internacional).⁸ En cada contrato se puede incluir uno o varios mecanismos.

Gráfico 6. Mecanismos de resolución de controversias ▼



Elaboración propia basada en el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224.

8. Cabe indicar que las controversias internacionales de inversión se rigen por lo dispuesto en la Ley N° 28933, Ley que establece el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversia Internacional de Inversión.

7.1. AMIGABLE COMPONEDOR

En este contexto, el Amigable Componedor se caracteriza por ser un tercero neutral que interviene como mediador ante un conflicto, proponiendo una fórmula de solución de controversias que, de ser parcial o totalmente aceptada por las partes, tiene los efectos legales de una transacción, es decir, adquiere la calidad de cosa juzgada y exigible. Debe notarse que el Amigable Componedor, al ser un mediador de las partes, solamente propone soluciones a los conflictos que se presentan durante la ejecución del contrato, por lo que las partes pueden aceptar o rechazar dichas propuestas. Cabe señalar que las controversias sometidas al mecanismo del Amigable Componedor pueden ser materia de arbitraje, después de culminar dicho procedimiento.

El Reglamento establece los requisitos para ser Amigable Componedor, así como sus impedimentos, tal como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Cuadro 4. Requisitos e impedimentos del Amigable Componedor ▼

REQUISITOS	IMPEDIMENTOS
<ul style="list-style-type: none"> a. Ser profesional con no menos de diez años de ejercicio. b. Contar con reconocida solvencia e idoneidad profesional. Este requisito se acreditará demostrando cinco años de experiencia profesional o docente en materias relacionadas con las controversias sometidas al procedimiento del Amigable Componedor. c. Acreditar por lo menos estudios completos a nivel de maestría en una universidad peruana o extranjera. 	<ul style="list-style-type: none"> a. Ser pariente de cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de los representantes de las partes, los administradores de sus empresas o los prestadores de servicios. b. Tener, o que el cónyuge o algún pariente de cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad tenga interés en el asunto tratado o en otro semejante, cuya resolución pueda influir en su situación. c. Tener amistad íntima, enemistad manifiesta o conflicto de intereses objetivo con cualquiera de las partes, que se hagan patentes mediante actitudes o hechos evidentes. d. Tener o haber tenido en los últimos dos años, relación de servicio o de subordinación con cualquiera de las partes o terceros directamente interesados en el asunto, o tener como proyecto una concertación de negocios con alguna de las partes, aun cuando no se concrete posteriormente.

7.2. JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Es también conocida en otras legislaciones como Panel de Expertos. Encuentra su referente en la figura anglosajona de los Dispute Boards como mecanismo de solución de conflictos utilizado en el sector construcción. La literatura (Hernández García, comp., 2014) reconoce las siguientes características especiales de la Junta de Resolución de Disputas, basadas en su uso en diversos proyectos de infraestructura:

- Sus integrantes tienen un conocimiento especial del proyecto de construcción durante su ejecución.
- La Junta de Resolución de Disputas se utiliza en proyectos de gran envergadura o complejidad técnica.
- La actuación de la Junta se realiza a solicitud de parte y en los términos señalados en el contrato, sea emitiendo decisiones de ejecución inmediata que resuelvan los conflictos de las partes evitando que el proyecto de paralice, o absolviendo consultas que requieran un conocimiento especial o técnico sobre el proyecto, lo cual coadyuva a evitar futuros conflictos de las partes ya que conocen de manera previa la opinión del Panel de Expertos sobre determinados aspectos del contrato, entre otros.

En este sentido, el Reglamento dispone que la Junta de Resolución de Disputas solo puede establecerse como mecanismo de solución de controversias de aquellos contratos de APP de un costo total de inversión mayor a 80 000 UIT. Asimismo, se establece que –a diferencia de las propuestas de solución del Amigable Componedor– la Junta emite decisiones de carácter vinculante y ejecutable para las partes (es decir, de cumplimiento obligatorio), sin que esto limite su facultad para recurrir al arbitraje posteriormente, salvo pacto distinto. Esto permitirá que el Estado y el inversionista acuerden que la decisión de la Junta, además de vinculante y ejecutable, sea definitiva para ambas partes, no pudiendo acudir luego al arbitraje.

Adicionalmente, atendiendo a una de las características de los Dispute Boards en la experiencia internacional, se permite que la Junta se conforme desde el inicio de la ejecución contractual a fin de atender consultas o brindar recomendaciones a las partes respecto a temas derivados del contrato de APP.

Cabe señalar que el Reglamento también estipula que los mecanismos de Amigable Componedor y de Junta de Resolución de Disputas no son aplicables cuando se trata de controversias internacionales de inversión, conforme con la Ley N° 28933, o aquellos previstos en los tratados internacionales que obligan al Estado peruano.

7.3. ARBITRAJE

Con respecto al arbitraje como mecanismo obligatorio de solución de controversias para toda APP, la norma dispone diversas reglas a ser consideradas en las cláusulas arbitrales de los contratos, como someter a arbitraje las controversias sobre materia de libre disposición de las partes, conforme al artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071, y que los contratos contemplen el arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

Finalmente, debe considerarse que el segundo párrafo del numeral 23.1 del artículo 23 del Decreto Legislativo N° 1224 establece que las entidades públicas deben garantizar la participación oportuna de los organismos reguladores en los procesos arbitrales para coadyuvar con el debido patrocinio del Estado. Esta regla también es de cumplimiento obligatorio para el árbitro o Tribunal Arbitral. Sobre esta base, con el objetivo de definir el alcance de esta regla, el Reglamento dispone que la obligación de los árbitros no es aplicable a cualquier proceso arbitral, sino que se circunscribe a los procesos arbitrales en los que se discutan decisiones y materias vinculadas a la competencia del organismo regulador respectivo. Cabe señalar que la participación de los organismos reguladores en todos los casos debe realizarse bajo el principio de autonomía previsto en la Ley N° 27332 y sus leyes de creación.⁹

9. **Ley N° 27332, Artículo 2.- Naturaleza de los Organismos Reguladores.** Los Organismos Reguladores a que se refiere el artículo precedente son organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional técnica, económica y financiera.

Recuadro 10. Decisiones sujetas a la vía administrativa ▼

El Reglamento establece la regla de limitación de temas que pueden ser sometidos a los mecanismos de solución de controversias, al señalar que las decisiones de los organismos reguladores o de otras entidades, que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por normas expresa y cuya vía de reclamo se la vía administrativa, no pueden ser sometidos al Amigable Componentor, la Junta de Resolución de Disputas o al arbitraje.



8. REGISTRO NACIONAL DE CONTRATOS DE APP

Según el artículo 41 del Decreto Legislativo N° 1224, corresponde al MEF administrar el Registro Nacional de Contratos de APP.

Recuadro 11. Entidades obligadas a remitir información ▼

El artículo 82 del Reglamento establece que las entidades públicas comprendidas en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1224, los OPIP, Organismos Reguladores y el Comité de Inversiones, tienen el deber de remitir la información requerida por el MEF para ser incorporada al Registro.

Cabe indicar que este registro se caracteriza por ser declarativo (su objetivo es compilar o archivar información remitida o declarada por las entidades) y no constitutivo¹⁰ (su objetivo es calificar y otorgar una validez o calidad jurídica a la información), ya que tiene como fin noticiar o dar publicidad sobre la información que se registra, y no dar validez jurídica a los documentos que lo conforman.

La principal información requerida es:

- Contrato suscrito y sus adendas.
- Opiniones favorables de los organismos correspondientes, sobre la versión final del contrato y sus adendas.
- Bases del proceso de promoción.
- Modelo económico-financiero de la APP del OPIP e informe técnico que lo sustente.
- Modelo económico-financiero presentado por el adjudicatario.

10. Los registros constitutivos son, por ejemplo, los registros de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP).

- Informe de identificación y asignación de riesgos.
- Acta de apertura de sobres y adjudicación de la buena pro del concurso.
- Declaratoria de Interés, en el caso de iniciativas privadas.
- Resolución Suprema, Acuerdo de Consejo Regional y Acuerdo de Consejo Municipal que disponga la incorporación del proyecto al proceso de promoción.
- Designación de los miembros del Comité de Inversiones, de acuerdo con el numeral 8.2 del artículo 8 de la Ley.
- Laudos arbitrales.
- Documentos que sustenten el cierre financiero del proyecto de inversión e informes de sustento, incluyendo los contratos de fideicomiso.

Es preciso indicar que la información requerida por el MEF se sustenta en la publicidad de las entidades públicas, ya que esto “sirve, con carácter general, para alcanzar la transparencia que permite que los ciudadanos puedan visibilizar el funcionamiento de la Administración y, en general, el ejercicio del poder público” (Moretón Toquero, 2014). No obstante, “lo expuesto no significa que no existan espacios de la actividad estatal que puedan ser materia de reserva. En efecto, si bien es cierto que el principio de publicidad es sumamente importante para la organización estatal –sin el cual se dudaría de la constitucionalidad del sistema– también es cierto que no es el único principio fundamental. Existen una serie de derechos fundamentales y bienes jurídicos que ostentan el mismo nivel de importancia, por lo que no se puede plantear el análisis del principio de publicidad al margen de ellos” (Expediente N° 02814-2008-PHD/TC).

En este sentido, con el Registro Nacional de Contratos de Asociaciones Público Privadas se pretende poner en conocimiento de todos los interesados la información relevante sobre los planes y políticas de promoción de la inversión privada que ejercen las entidades públicas, en sus tres niveles de gobierno, protegiendo, a su vez, aquella información que deba ser reservada por Ley. Asimismo, es necesario indicar que el numeral 81.5 del artículo 81 del Reglamento indica que la información contenida en el Registro Nacional es de carácter público, excepto la información de evaluación económico-financiera, como lo establece la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1224, como por ejemplo el modelo económico-financiero.

IDEAS PRINCIPALES

- Un contrato bien diseñado reduce vacíos que posibilitan diversas interpretaciones y genera certidumbre para las partes contratantes. El diseño de un contrato debe considerar aspectos importantes para el desarrollo de la APP en la fase de ejecución contractual, como la determinación de los bienes del proyecto, uso y constitución de fideicomisos, restablecimiento del equilibrio económico-financiero, optimizaciones sobre aspectos técnicos del proyecto, garantías y derechos a favor de los acreedores permitidos, terminación contractual y mecanismos de solución de controversias, entre otros.
- Los artículos del Título VII del Reglamento establecen las reglas para la redacción y aplicación estándar de determinadas cláusulas de los contratos de APP. Esta previsión de pautas sirve para uniformizar el tratamiento de aspectos contractuales en todos los proyectos de APP, reduciendo así los espacios para controversias por interpretación y coadyuvando a que el contrato sea más completo.
- Existen distintos tipos de riesgos, los cuales se pueden materializar en las distintas etapas de desarrollo de una APP. Los Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas establecen un listado de los más relevantes, agrupados en dos etapas: etapa de diseño y construcción y etapa de operación y mantenimiento. Entre los riesgos de la primera etapa figuran el diseño, construcción, expropiación de terrenos, geológico/geotécnico, arqueológico, ambiental, interferencias/servicios afectados, obtención de permisos y licencias, entre otros. Entre los riesgos de la segunda etapa figuran el de ingresos, sobrecostos de explotación, inflación, infraestimación de costos de mantenimiento extraordinario o mantenimiento mayor, fuerza mayor, cambios regulatorios y normativos, entre otros.
- Según la normativa vigente, los contratos de APP pueden contener garantías otorgadas por el Estado a favor del inversionista, las cuales se clasifican en financieras y no financieras. Una vez otorgada alguna garantía del Estado, estas suelen convertirse en un compromiso de pago por parte del Estado que, dependiendo de su naturaleza, se clasifican en compromisos firmes y contingentes. Sin embargo, el Estado no puede asumir indefinidamente compromisos hacia la parte privada, pues supondría poner en riesgo la estabilidad de las finanzas públicas.

- Sobre las modificaciones contractuales, la normativa de APP establece un procedimiento predecible y coordinado para el trámite y evaluación de propuestas de modificación a los contratos de APP por parte de las entidades del Estado. Este procedimiento se compone de tres etapas: proceso de evaluación conjunta, evaluación y sustento del sector, y opiniones previas a las modificaciones contractuales.
- Existen tres mecanismos de resolución de controversias: Amigable Componentor, Junta de Resolución de Controversias y arbitraje (tanto nacional como internacional).
- El Registro Nacional de Contratos de APP, administrado por el MEF, pretende poner en conocimiento la información relevante sobre los planes y políticas de promoción de la inversión privada que ejercen las entidades públicas.

BIBLIOGRAFÍA SUGERIDA

- Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Banco Asiático de Desarrollo (BAsD) y Banco Mundial (BM). (2014). *Guía de Referencia para Asociaciones Público Privadas, Versión 2.0*. Disponible en: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2014...PDF/903840PPP0Refe0Box385311B000PUBLICO.pdf>
- Contraloría General de la República (2015). *Causas y efectos de las renegociaciones contractuales de las Asociaciones Público-Privadas en el Perú*. Lima: Departamento de Estudios, Contraloría General de la República. Disponible en: http://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/2015/Estudio_renegociaciones_contractuales_APP_.pdf
- Guasch, J. L. (2005). *Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien*. Barcelona: Antonio Bosch.
- Irwin, T. (2007). *Government Guarantees. Allocating and Valuing Risk in Privately Financed Infrastructure Projects*. Washington D.C.: Banco Mundial. Disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/6638>
- Ministerio de Economía y Finanzas (MEF). (2015). *Informe de Contingencias Explícitas del Sector Público No Financiero*. Disponible en: https://www.mef.gob.pe/contenidos/pol_econ/informes/Informe_Contingencias_Explicitas_2015.pdf

BIBLIOGRAFÍA ADICIONAL

- BID. (2015). *Asociaciones Público Privadas: Implementando Soluciones en Latinoamérica y el Caribe*. [Curso abierto]. Disponible en: <https://www.edx.org/course/asociaciones-publico-privadas-idbx-idb8x-1>
- BID, BAsD y BM. (2014). *Guía de Referencia para Asociaciones Público Privadas, Versión 2.0*. Disponible en: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2014...PDF/903840PPP0Refe0Box385311B000PUBLICO.pdf>

- Decreto Supremo N° 077-2016-EF. (2016). Aprobación de la Política Nacional de Promoción de la Inversión Privada en Asociaciones Público privadas y Proyectos en Activos. Falta nombre de la publicación oficial en la que aparece.
- Guasch, J. L. (2005). *Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien*. Barcelona: Antonio Bosch.
- Hernández García, R. (comp.). (2014). *Dispute Boards en Latinoamérica: experiencias y retos*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre.
- Ministerio de Economía y Finanzas (MEF). (2015). *Informe de Contingencias Explícitas del Sector Público No Financiero*. Disponible en: https://www.mef.gob.pe/contenidos/pol_econ/informes/Informe_Contingencias_Explicitas_2015.pdf
- Moretón Toquero, A. (2014). *Los límites del derecho de acceso a la información pública*. En: Revista Jurídica de Castilla y León, 33.
- PROINVERSIÓN (2015). *Desarrollo de las APP en Irrigación en el Perú*. [Presentación Power Point]. Disponible en: www.agua.gob.ar/dgi/sites/default/files/pita.pptx
- Resolución Ministerial N° 167-2016-EF/15. (2016). *Aprobación de los Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas*. Publicada en *El Peruano*.



INDES

