



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



OVIN
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 Basaños

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 condiciones 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
Decreto Legislativo N° 662 (publicado el 02 de septiembre de 1991)	Ley del Régimen de Estabilidad Jurídica a la Inversión Extranjera mediante el reconocimiento de ciertas garantías	<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>
Decreto Legislativo N° 674 (publicado el 27 de septiembre de 1991)	Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado	<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
Decreto Legislativo N° 757 (publicado el 13 de noviembre de 1991)	Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada	<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>
Decreto Legislativo N° 758 (publicado el 13 de noviembre de 1991)	Normas para la promoción de las inversiones privadas en la infraestructura de servicios públicos	<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.

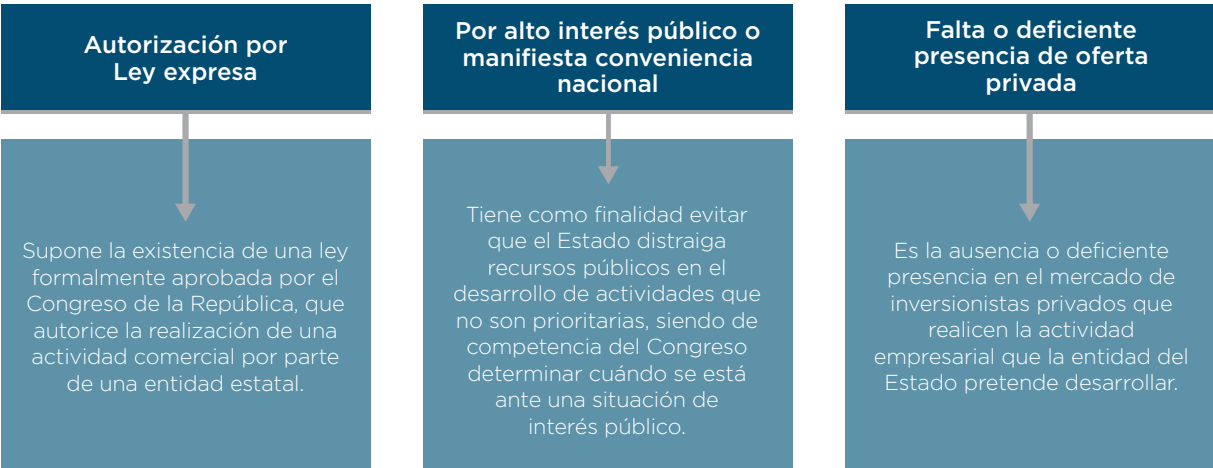
En tal sentido, el artículo 60 de la Constitución establece que, solo por ley expresa autoritativa, el Estado puede realizar actividad empresarial subsidiariamente, de manera directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. Es decir, el Estado posee la obligación 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 defección 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 proscribió 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.

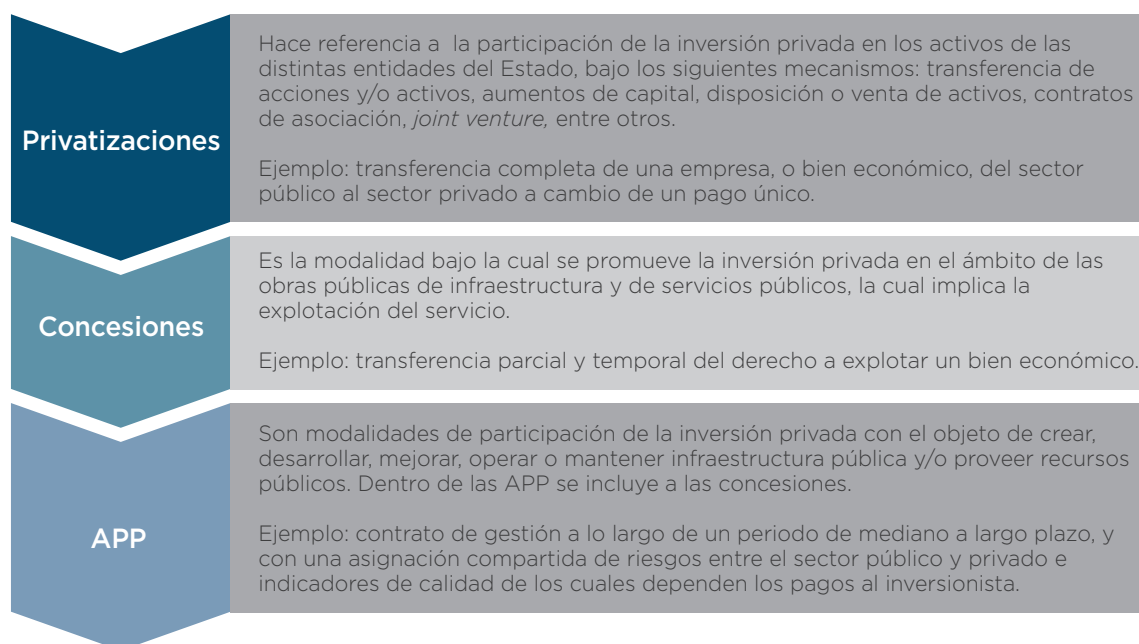
En el caso peruano, el artículo 63 de la Constitución establece que las entidades públicas pueden someter las controversias derivadas de la relación contractual ante los tribunales correspondientes. Asimismo, dichas controversias pueden ser sometidas a arbitraje nacional o internacional, en la forma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

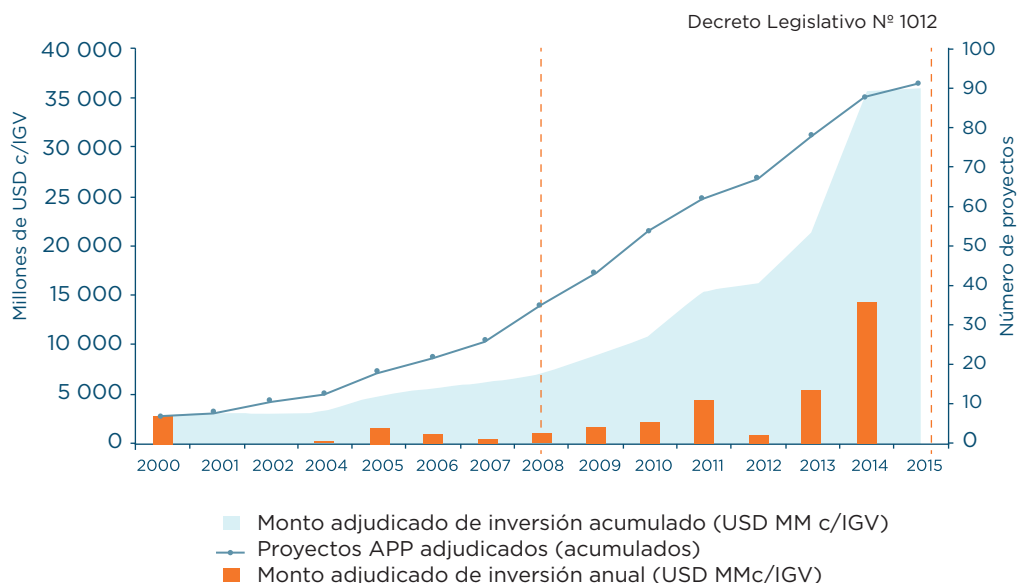
Las APP constituyen un conjunto de acuerdos entre entidades públicas y privadas, en los que las primeras delegan a las segundas la realización de una serie de actividades tradicionalmente ejecutadas y/o financiadas por el Estado. En estos acuerdos debe existir una adecuada distribución de riesgos entre 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).

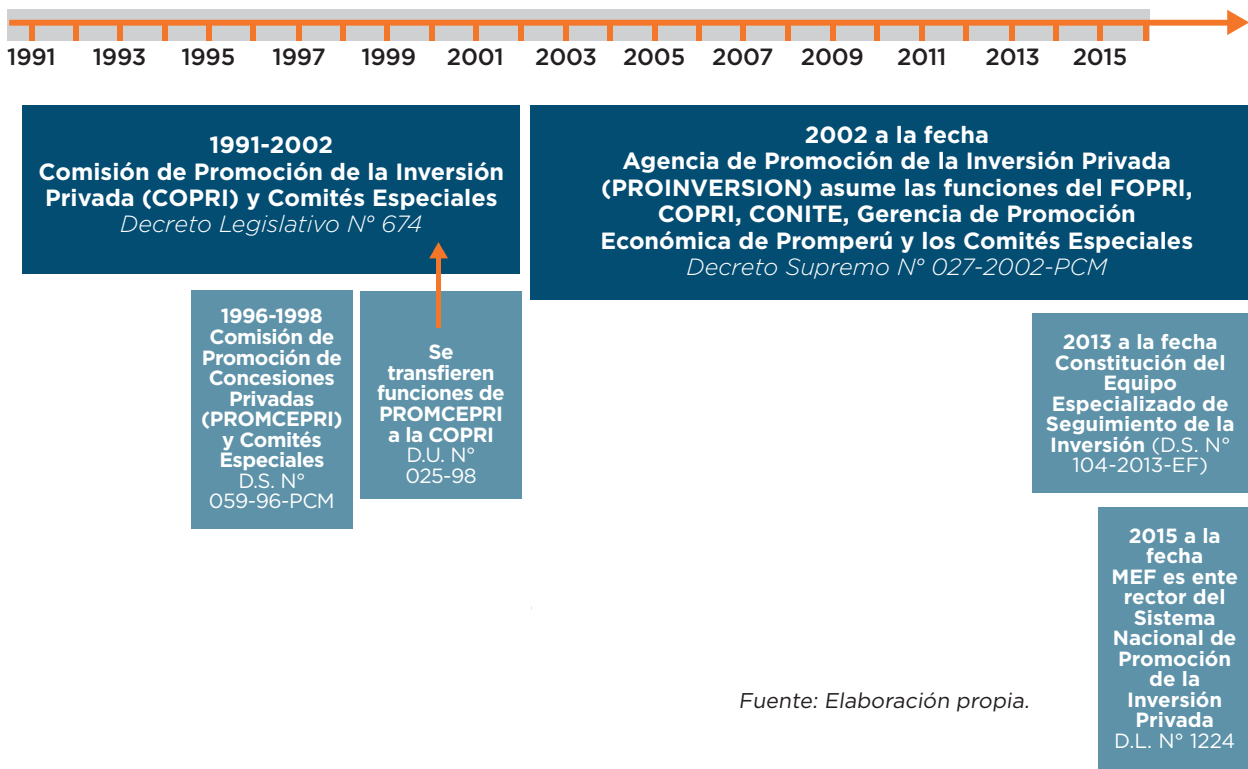
Posteriormente, en el año 2002, a través del Decreto Supremo N° 027-2002-PCM, se unificaron las funciones del COPRI, FOPRI, los Comités Especiales, la Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras (CONITE) y la Gerencia de Promoción Económica de la Comisión de Promoción del Perú (PROMPERU), 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 ▼

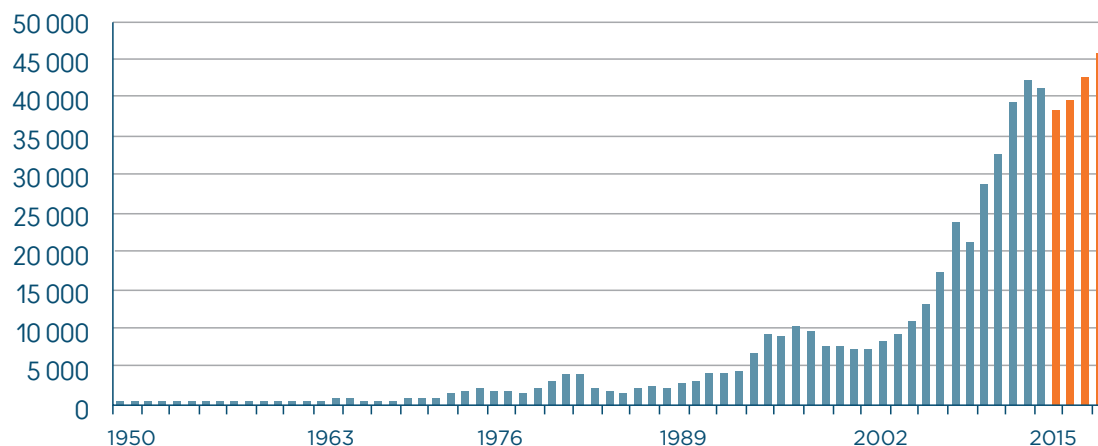


1.4. PRINCIPALES INDICADORES

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) ▼

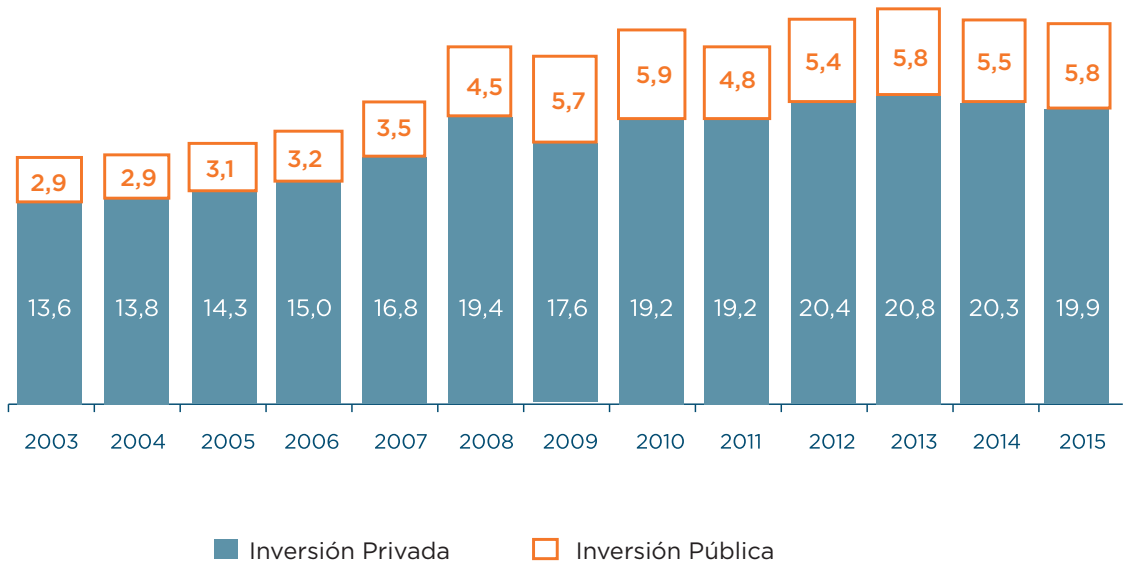


Nota: Los datos para el periodo 2015-2018 son proyecciones del MEF (Marco Macroeconómico Multianual 2016-2018 revisado).

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) ▼

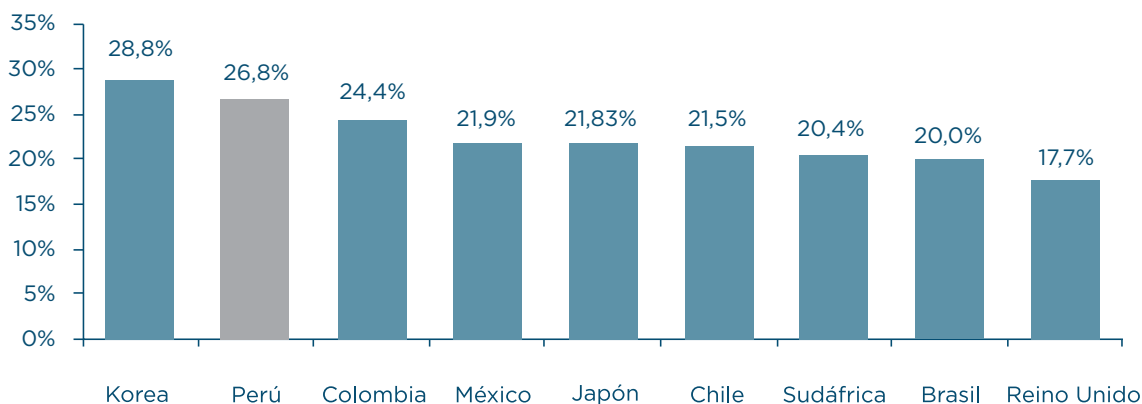


Nota: Los datos para el año 2015 son proyecciones del MEF (Marco Macroeconómico Multianual 2016-2018 revisado).

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.

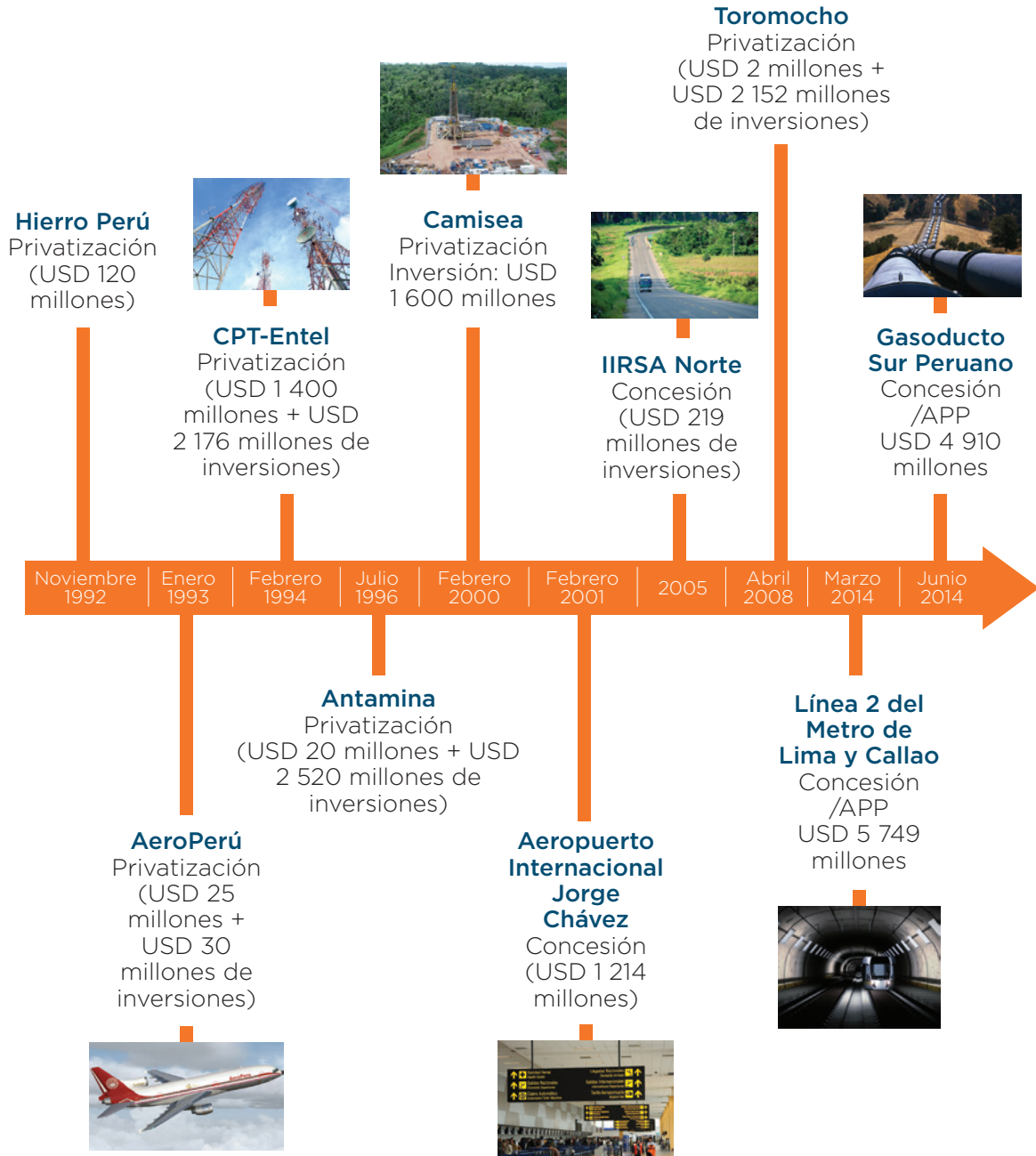
Fuente: FMI (WEO Database 2015)

1.4.2. Proyectos realizados

Como consecuencia del clima de negocio generado por el 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

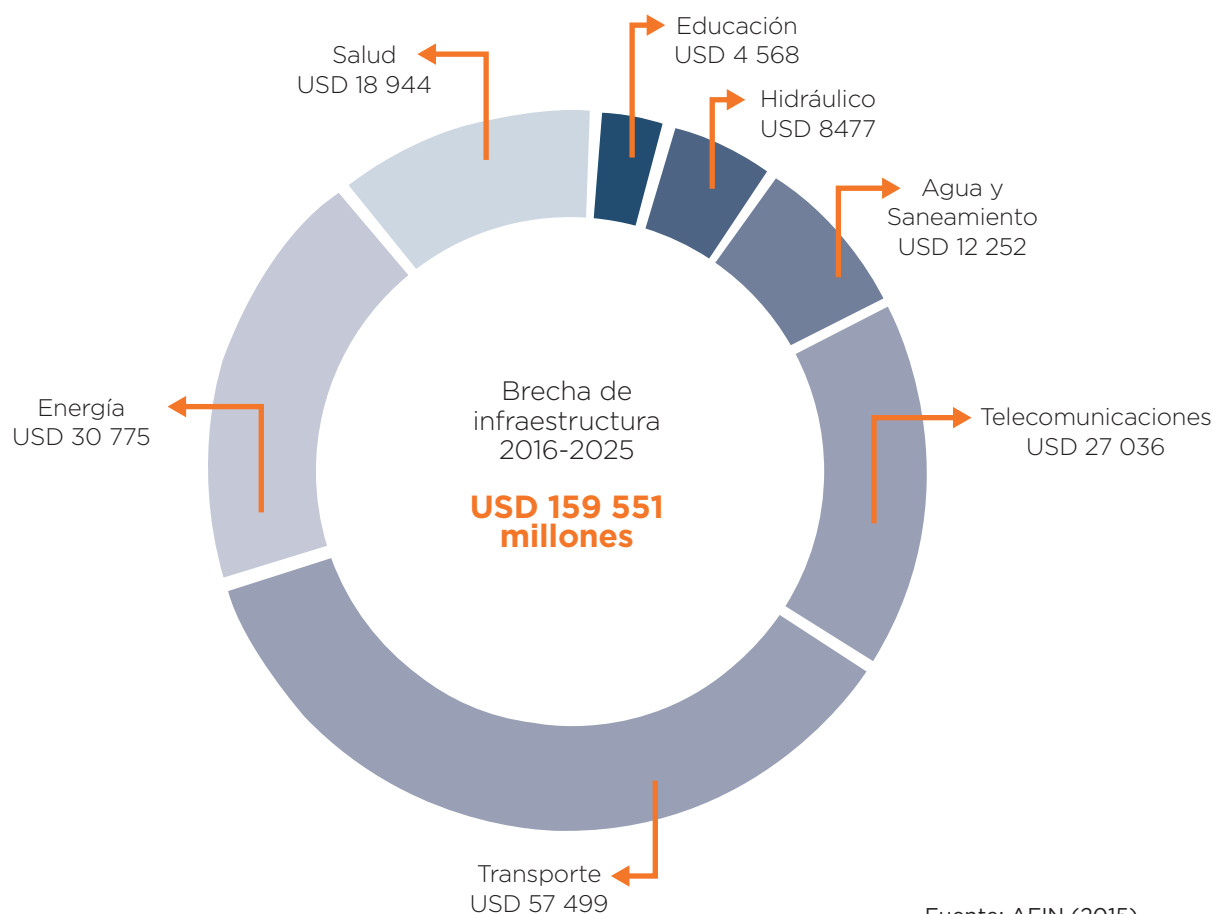
INDICADOR	RANKING ENTRE 140 ECONOMÍAS
Calidad general de la infraestructura	112
Calidad de las carreteras	111
Calidad de la infraestructura ferroviaria	94
Calidad de la infraestructura portuaria	86
Calidad de la infraestructura aeroportuaria	82
Asientos disponibles de aerolíneas	42
Infraestructura eléctrica 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) ▼



Fuente: AFIN (2015).

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-

vestigación 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/WDSPContentServer/WDSP/IB/2014...PDF/903840PPP0Ref0Box385311B000PUBLIC0.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

