



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



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 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

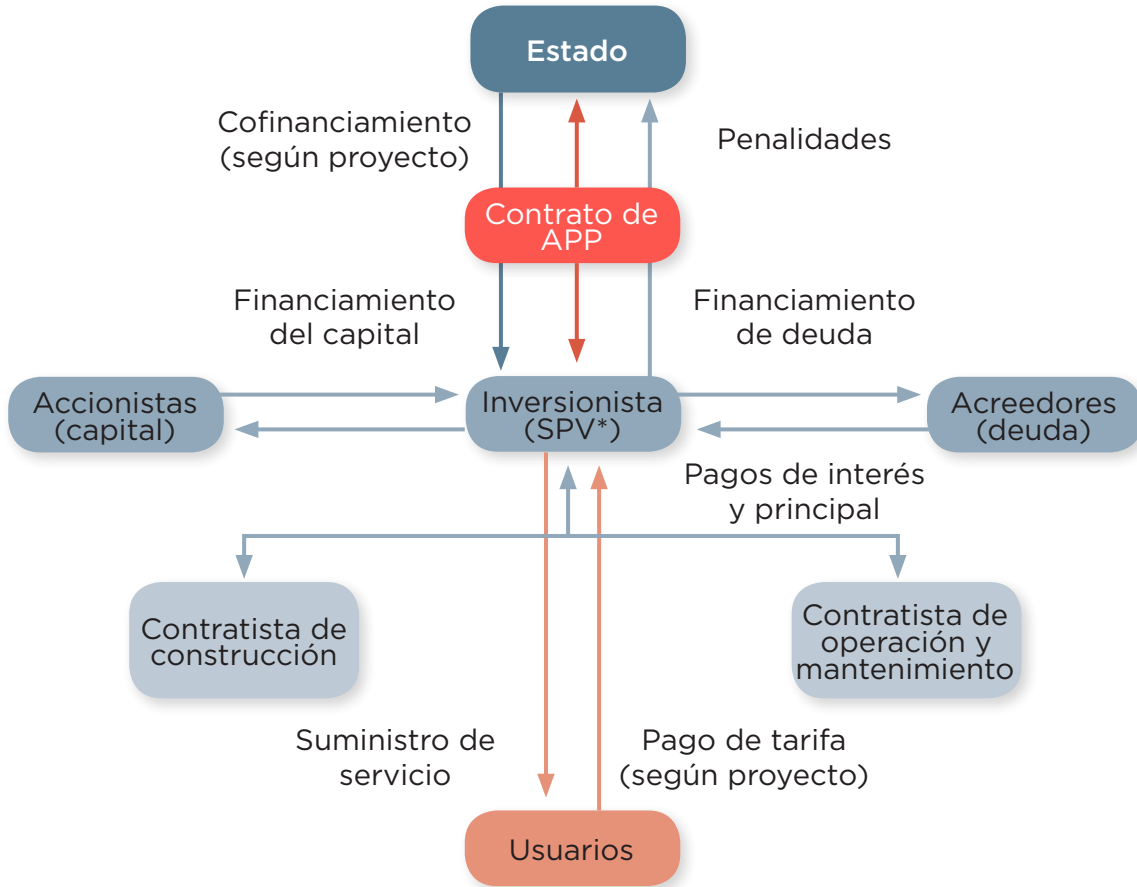
El contrato de APP es el documento que regula la ejecución del proyecto de APP entre el Estado y el inversionista,¹ al establecer los derechos y obligaciones de las partes, el régimen de los bienes del proyecto, su estructura económico-financiera, la asignación de riesgos entre las partes, las garantías 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.

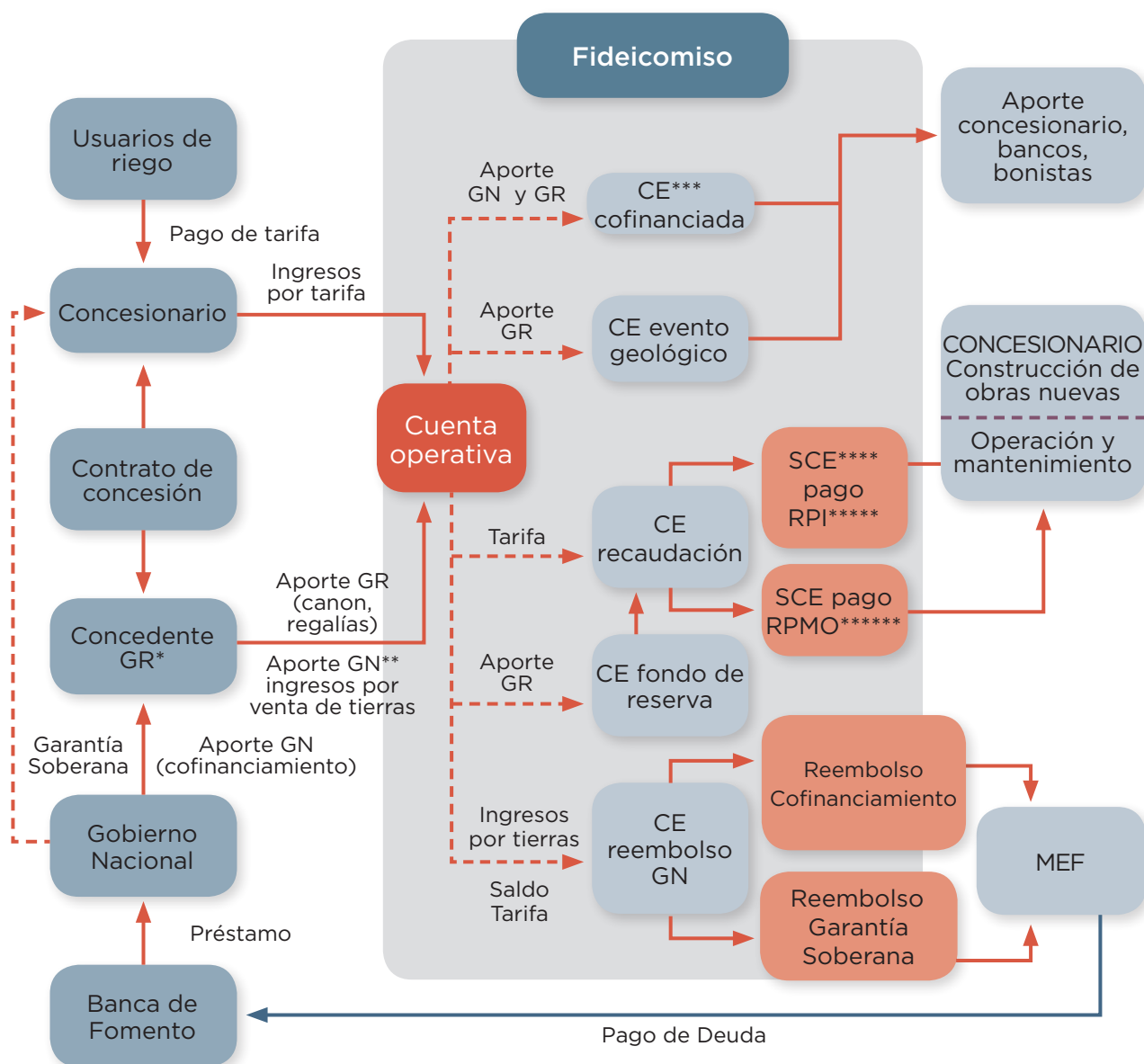
En este contexto, la normativa de APP dispone que, en el contrato de APP, se constituyan fideicomisos para la administración de los pagos e ingresos derivados de los contratos de APP. Para hacerlo, se debe cumplir con el siguiente procedimiento y requisitos dependiendo de la clasificación del contrato 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 sobrecosto 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 sobrecosto 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 la 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

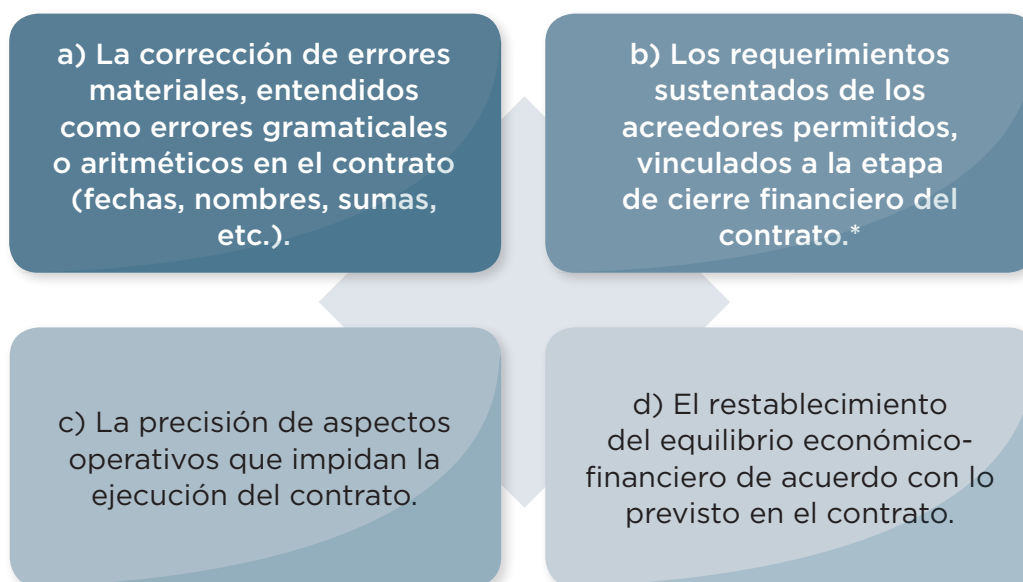
Tomando en cuenta que las APP son acuerdos de larga duración, resulta imposible que los contratos que regulan los derechos y obligaciones de las partes para la ejecución del proyecto contengan, de manera explícita, todas las situaciones o hechos futuros que puedan acontecer a durante el periodo de vigencia 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 adenda que son de su competencia (aspecto importante porque no necesariamente todas las entidades convocadas podrían tener competencia en cuanto a los temas de la adenda 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 adenda.
- El inversionista, junto con sus asesores, puede asistir a determinadas sesiones del proceso de evaluación conjunta a fin de sustentar el texto de la adenda 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 adenda 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 adenda.
- 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.

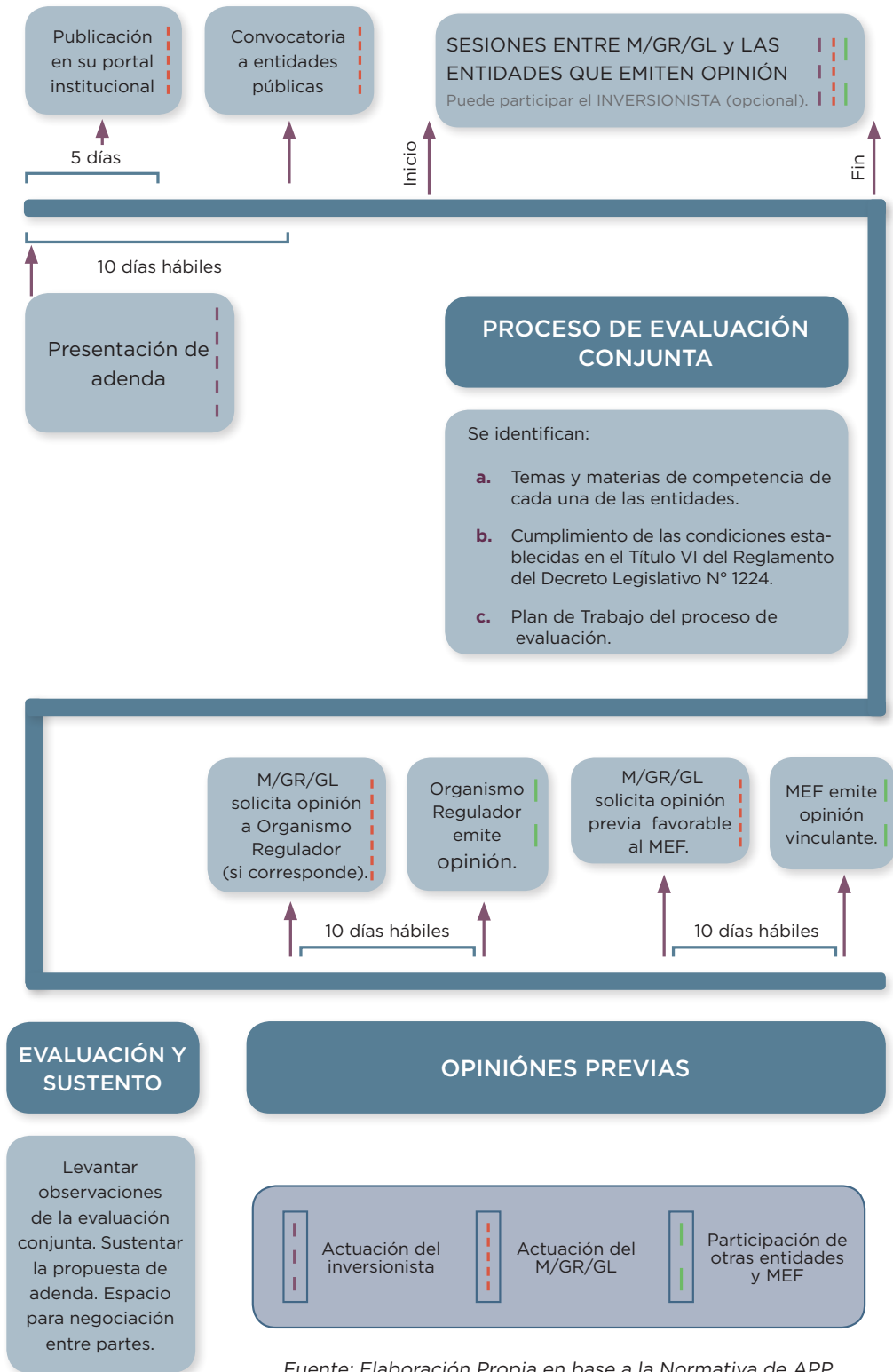
Culminado el proceso de evaluación conjunta, se inicia la segunda etapa de evaluación y sustento de la entidad, en la que con base en el análisis realizado

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 Regulador, 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.

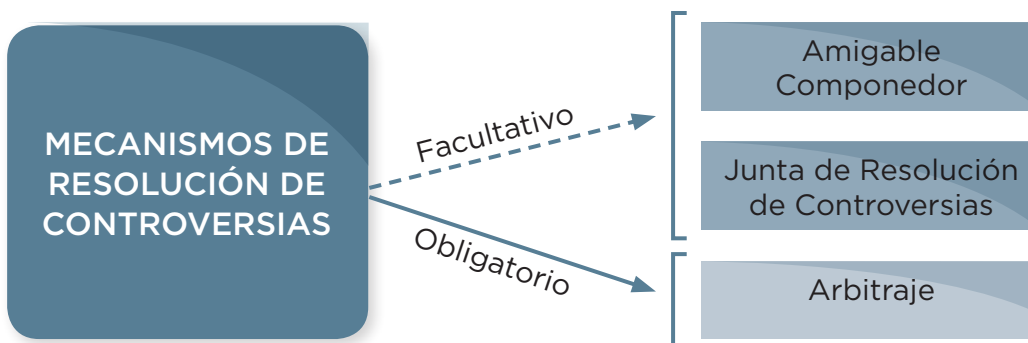


7. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

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 Composedor 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 dictan 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 Compone-dor, 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 Concejo 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 Compondor, 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/WDSPContentServer/WDSP/IB/2014...PDF/903840PPP0Refe0Box385311B000PUBLICO.pdf>
- Contraloría General de la República (2015). *Causas y efectos de las renegotiaciones 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/WDSPContentServer/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

