

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY MARCO DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA MEDIANTE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS Y PROYECTOS EN ACTIVOS

1. ANTECEDENTES

El desarrollo de la infraestructura es un elemento fundamental para facilitar la interacción económica y social y repercute significativamente en las posibilidades de crecimiento y bienestar del país. La inversión en infraestructura genera importantes beneficios. Por un lado, se genera un efecto dinamizador de la economía en la creación de empleos directos e indirectos y, asimismo, representa un factor de estímulo directo de la demanda. Culminada la ejecución de los proyectos, estos contribuyen a mejorar la productividad de la economía de mediano y largo plazo, mejorando la calidad de vida de la población mediante el acceso a servicios básicos y contribuyendo al crecimiento económico.

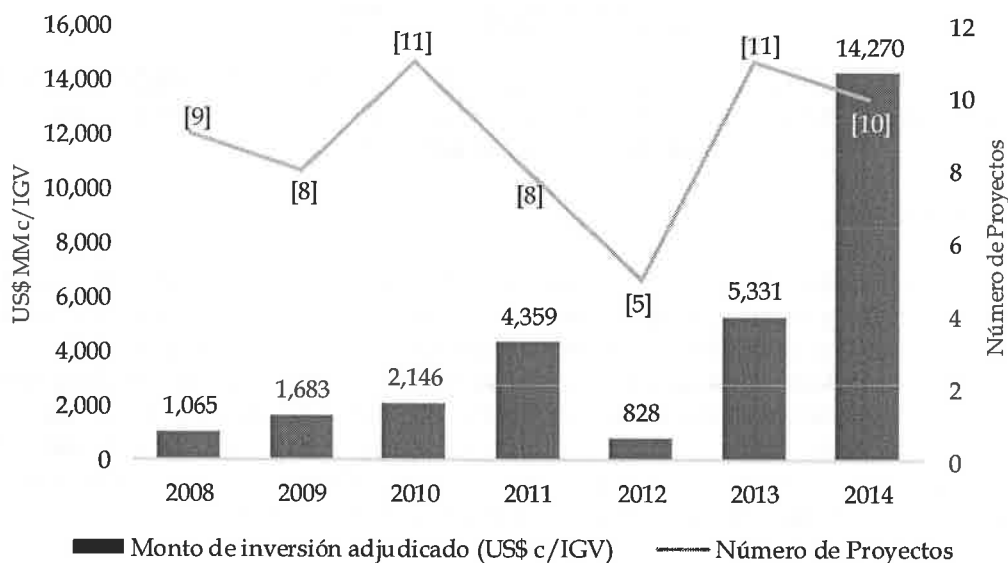
Como resalta la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)¹, para enfrentar las crecientes necesidades de inversión en infraestructura es necesario que los gobiernos complementen la inversión pública con la movilización de recursos privados lo cual trae consigo beneficios que van más allá de la provisión de financiamiento, pues permite aprovechar los conocimientos y capacidades del sector privado en beneficio de los usuarios.

En este contexto, es importante mencionar que desde la década de 1990 hasta la actualidad, el Perú ha utilizado como una importante herramienta para el cierre de la brecha de infraestructura a las Asociaciones Público Privadas, especialmente a través de concesiones, conforme al marco legal vigente de las décadas pasadas. Cabe señalar, que en los últimos años se ha incrementado el número de proyectos de Asociaciones Público Privadas adjudicados, así como la envergadura (medido por el monto de inversión) de los mismos. Por ejemplo, tal como se aprecia en el Gráfico 1, en el año 2014 el Gobierno del Perú logró adjudicar proyectos por un equivalente a US\$ 14,270 millones (incluyendo IGV) en estimados de inversión, cifra que representó un record histórico para el país.



¹ OECD Principles for Private Sector Participation in Infrastructure, OECD 2007.

Gráfico 1. Evolución de Proyectos Asociación Público Privada Adjudicados, 2008-2014 (US\$ millones, incluye IGV (1))



*Nota: Número de proyectos de Asociación Público Privada adjudicados entre corchetes.
 (1): Se agregó el IGV asumiendo que todos los conceptos del monto de inversión están afectos al mismo. La inversión total incluye todos los montos que se gatillan por factores de demanda.
 Fuente: Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión)*

Este desarrollo de las Asociaciones Público Privadas se ha realizado sobre un marco normativo compuesto por diversas normas de rango legal y reglamentario emitidas desde el año 1991, las cuales han sido modificadas en diversas oportunidades con el fin mejorar el entorno para la promoción de la inversión privada en infraestructura y servicios públicos.



Como parte de dicha legislación, en primer lugar, cabe destacar el Decreto Legislativo N° 758², norma para la promoción de las inversiones privadas en infraestructura de servicios públicos, publicada el 13 de noviembre de 1991, y modificada mediante Decreto Legislativo N° 839, publicado el 20 de agosto de 1996. Ambas normas, en la actualidad, conforman el Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM (TUO de Concesiones), publicado el 27 de diciembre de 1996³. Esta última norma declaró de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, estableciendo a la concesión como la modalidad bajo la cual se promueve la inversión privada en dichas obras y servicios.

Debido a que el Decreto Legislativo también regula el desarrollo de Proyectos en Activos de las entidades públicas en general –con excepción de las empresas estatales–, es importante mencionar al Decreto Legislativo N° 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado, publicado el 27 de febrero de 1991, que declaró de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las empresas que

² Dicha norma contó con un Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 189-92-EF, publicado el 13 de noviembre de 1991.

³ Mediante el Decreto Supremo N° 060-96-PCM, se aprobó el Reglamento del TUO de Concesiones, publicado el 28 de diciembre de 1996.

conforman la actividad empresarial del Estado⁴. Dicha norma, si bien en un principio solo resultaba aplicable a las empresas del Estado, mediante Ley N° 26440, publicada el 21 de enero de 1995, se amplió su alcance a todos los organismos, proyectos especiales y otros proyectos que están bajo responsabilidad de órganos estatales, habilitando con ello a los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales a desarrollar Proyectos en Activos con participación de la inversión privada bajo los mecanismos previstos en dicha norma.

Asimismo, mediante la Ley N° 26885, Ley de Incentivos a las Concesiones de Obras de Infraestructura y de Servicios Públicos, publicada el 04 de diciembre de 1997, se introdujeron nuevas reglas para la promoción de la inversión privada mediante concesiones, entre las que destaca la referida al derecho del concesionario para establecer una hipoteca sobre el derecho de concesión de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, previa autorización del sector u organismo correspondiente del Estado.

Otra norma a destacar es la Ley N° 28059, Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, publicada el 13 de agosto de 2003, que establece el marco normativo para la promoción de la inversión de manera descentralizada en los tres niveles de gobierno del Estado peruano como herramienta para lograr el desarrollo integral, armónico y sostenible de cada región.

Posteriormente, mediante el Decreto de Urgencia N° 008-2005, publicado el 18 de marzo de 2005, se establecieron disposiciones para facilitar el financiamiento de las concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, autorizándose a las entidades y organismos del Gobierno Nacional, de los Gobiernos Regionales y de los Gobiernos Locales, a constituir fideicomisos con los recursos que aporten los concesionarios o que se originen de las concesiones ya otorgadas, que se destinen a la adquisición de bienes, contratación de servicios, constitución de garantías o a otros permitidos por Ley, y que resulten necesarios para el financiamiento, desarrollo y ejecución de los distintos proyectos de concesión. Así también, es de destacar el Decreto de Urgencia N° 011-2005, publicado el 22 de abril de 2005, a través del cual se dictaron reglas para facilitar el inicio de obras en las concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, referidas al otorgamiento de garantías en las concesiones.

Cabe mencionar también la Ley N° 29096, Ley que establece la entidad encargada de efectuar registros contables derivados de los procesos de promoción de la inversión privada, publicada el 05 de octubre de 2007, mediante la cual se designa a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada - Proinversión como la entidad encargada del registro contable de los saldos de las acreencias, así como de las cuentas por cobrar que se generen por la venta de acciones y activos, cesión de derechos y demás conceptos asociados a los procesos de promoción de la inversión privada de competencia del Gobierno Nacional, realizados al amparo del Decreto Legislativo N° 674.

Finalmente, debemos destacar el Decreto Legislativo N° 1012, publicado el 13 de mayo del 2008, mediante el cual se aprobó la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada, norma que establece el marco legal que regula las Asociaciones Público Privadas en el Perú. Desde su vigencia hasta la actualidad, dicha ley marco ha sido modificada en cuatro oportunidades mediante la Ley N° 29771, el Decreto Legislativo N° 1016, la Ley N° 30114 y la Ley N° 30167. Asimismo, es preciso mencionar el

⁴ Mediante el Decreto Supremo N° 070-92-PCM, se aprobó el Reglamento del Decreto Legislativo N° 674.

Decreto Supremo N° 127-2014-EF, publicado el 31 de mayo del 2014, el cual aprobó el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, y que fue modificado por el Decreto Supremo N° 376-2014-EF.

2. PROPUESTA

En este contexto, mediante la Ley N° 30335, Ley que delega al Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia administrativa, económica y financiera, se delegó al Poder Ejecutivo la facultad de legislar por el término de noventa días calendario en materia administrativa, económica y financiera, contados a partir de la vigencia de dicha Ley, en los términos a que hace referencia el artículo 104 de la Constitución Política del Perú.

Al respecto, considerando que el literal a) del artículo 2 de la Ley N° 30335 establece –entre otros- la facultad de legislar a fin de promover, fomentar y agilizar la inversión privada y las Asociaciones Público Privadas, resulta necesario aprobar la “Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos”, norma que unifica las reglas para la promoción de la inversión privada en el país mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, sobre la base de la normativa expuesta anteriormente; estableciendo además principios rectores para el desarrollo de los proyectos de inversión, la aplicación transversal del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, la identificación de roles y funciones de las entidades públicas intervinientes, y los procedimientos especiales para el desarrollo de los proyectos de inversión según su complejidad y naturaleza. Todo ello, con la finalidad de contribuir a la dinamización de la economía nacional, la generación de empleo productivo y la competitividad del país.

El principal argumento que propicia el cambio normativo está vinculado a la predictibilidad y estabilidad jurídica en materia de inversiones. Hoy no solo existe diversidad de normas, sino que entre éstas se contraponen criterios y generan distintas interpretaciones en los operadores de la norma. Uno de los factores esenciales que demuestran la madurez de un marco regulatorio en Asociaciones Público Privadas está vinculado a la claridad y centralización del marco normativo, lo cual mejora el clima de inversión en el país mitigando los riesgos regulatorios derivados de la diversidad y complejidad del marco normativo actual.



Adicionalmente, debe tenerse presente que en la actualidad el Gobierno del Perú se encuentra realizando acciones con el objetivo de cumplir con el Programa País suscrito con la OCDE en diciembre del año 2014. Dicho programa tiene una vigencia de dos años y ha sido establecido por la OCDE como un nuevo instrumento para apoyar a economías dinámicas, como la de nuestro país, en el diseño de sus reformas y en el fortalecimiento de sus políticas públicas. Entre los compromisos que el Perú debe cumplir con la OCDE se encuentra la adhesión a la Recomendación del Consejo sobre Principios para Gobernanza Pública de las Asociaciones Público Privadas⁵. También es importante mencionar que el Perú es parte del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC)⁶, desde el año 1998, el cual sugiere tomar en cuenta una lista de condiciones y factores para promover la participación del sector privado en el desarrollo de infraestructura.

⁵ Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships. OECD, 2012. <http://www.oecd.org/governance/budgeting/PPP-Recommendation.pdf>.

⁶ ABAC Enablers of Infrastructure Investment Checklist.

En este sentido, el Decreto Legislativo busca unificar el marco legal aplicable a los procesos de promoción de la inversión privada en Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos del Estado, considerando para ello distintas recomendaciones de la OCDE para el desarrollo de las Asociaciones Público Privadas, ampliando incluso su alcance a Proyectos en Activos, lo cual coadyuva a la labor del Estado por cumplir con el Programa País suscrito con dicha organización; además de contribuir a la mejora de un clima propicio para la participación de la inversión privada en infraestructura conforme a las recomendaciones de APEC.

Por lo dicho, es necesario la expedición de una norma que regule de manera integral la promoción de la inversión privada mediante las modalidades de Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, estableciendo las directrices para el desarrollo de los proyectos de inversión y las reglas para el diseño y aplicación de la política de promoción de la inversión privada en el Perú en los tres niveles de gobierno, a fin de lograr predictibilidad en la toma de decisiones del Estado en materia de inversión privada y rapidez en el desarrollo de los procesos e implementación de los proyectos.

En relación con el contenido del Decreto Legislativo debemos señalar que éste se compone de siete Títulos, cuarenta y un artículos, quince disposiciones complementarias finales, tres disposiciones complementarias transitorias, una disposición complementaria modificatoria y una disposición complementaria derogatoria. A continuación se expone el contenido de la norma:

2.1 Sobre el objeto, alcance y principios

El Decreto Legislativo contiene un Título Preliminar en el que se definen su objeto, ámbito de aplicación y principios, y se realiza una declaratoria de interés nacional sobre la promoción de la inversión privada. Al respecto, debido a que esta norma integra los regímenes existentes para la promoción de la inversión privada en el Perú, se ha preceptuado claramente que tiene como objeto establecer los procesos y modalidades de promoción de la inversión privada en el desarrollo de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a éstos y la ejecución de Proyectos en Activos; no obstante ello, en razón a la naturaleza y complejidad de los proyectos de inversión, el Decreto Legislativo desarrolla una tipología especial para cada modalidad de promoción de la inversión privada.

Respecto a su ámbito de aplicación, tomando como base lo que disponía el Decreto Legislativo N° 1012, se ha preceptuado que las reglas contenidas en el Decreto Legislativo son de aplicación a las entidades públicas pertenecientes al Sector Público No Financiero conforme lo dispuesto en la Ley N° 30099, Ley de Fortalecimiento de la Responsabilidad y Transparencia Fiscal.

Por otro lado, además de una declaratoria de interés nacional sobre la promoción de la inversión privada, se ha enunciado como directriz de política que el rol del Estado comprende las labores de seguimiento y acciones para facilitar la ejecución oportuna de los proyectos, a fin que las entidades públicas intervinientes adopten las decisiones bajo sus competencias, considerando la necesidad que los proyectos se realicen de acuerdo a los plazos programados.

Finalmente, el Título Preliminar del Decreto Legislativo también establece los principios de Competencia, Transparencia, Enfoque de resultados, Planificación y de Responsabilidad

presupuestal, los cuales son aplicables en todas las etapas vinculadas al desarrollo de los proyectos de inversión regulados en la norma; sumado a ello, es importante mencionar que para el caso específico de Asociaciones Público Privadas, a través del artículo 11, se ha reconocido adicionalmente la aplicación de los principios de valor por dinero y asignación adecuada de riesgos.

Cabe señalar, que el Banco Mundial⁷ reconoce la importancia de contar con pautas generales para la implementación de las Asociaciones Público Privadas, al señalar que los principios rectores de las políticas de Asociaciones Público Privadas son las reglas matriz o el código de conducta a seguir para la implementación de este tipo de proyectos; en ese sentido, el Decreto Legislativo establece principios tanto para las Asociaciones Público Privadas como para los Proyectos en Activos; con esto se busca garantizar la aplicación de principios rectores para cualquier modalidad de promoción de la inversión privada en el Perú.

2.2 Del Marco Institucional

A fin de dotar de orden y sistematicidad a la promoción de la inversión privada en el Perú, el Decreto Legislativo contiene en su Título II el marco institucional⁸ para el desarrollo de Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

Al respecto, la superposición normativa, la falta de reconocimiento normativo de una rectoría en la política de promoción de la inversión privada, así como espacios para mejorar la coordinación en la ejecución de ésta en los tres niveles de gobierno, ha generado dificultades en el desarrollo adecuado de los proyectos de inversión; en ese sentido, podemos señalar, entre otros problemas existentes, la diversa aplicación e interpretación de las normas de promoción de la inversión privada por parte de los operadores públicos – especialmente de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales- y operadores privados, la distinta asignación de determinados riesgos en proyectos de similar naturaleza y objeto, la clasificación de Asociación Público Privadas (en autofinanciadas o cofinanciadas) de manera contraria a lo dispuesto en la normativa y la existencia de controversias por una deficiente ejecución contractual.



Sobre el particular, es importante tener en cuenta que en una consultoría externa realizada por McKinsey & Company⁹ en el año 2013 para Proinversión, se detectó que existe una dispersión en el tiempo del ciclo promedio de los proyectos de 1.7 años para Asociaciones Públicos Privadas autosostenibles y 4.1 años para cofinanciadas. Esto se explica por retrasos por problemas de diseño y observaciones sustanciales de las entidades. En un

⁷ *Public-Private Partnerships Reference Guide, Version 2.0*. Banco Mundial, 2014.

⁸ Al respecto, Infrastructure UK define el marco institucional para el desarrollo de las Asociaciones Público Privadas como la capacidad del Estado y sus distintas entidades para planificar, identificar, seleccionar, desarrollar, licitar o concursar, adjudicar y monitorear proyectos de infraestructura y servicios; en ese sentido, un marco institucional modelo debería incluir aspectos tales como a) una política de Estado dentro de un sistema nacional que regule la actuación de diversos actores y que ofrezca lineamientos a los mismos, b) existencia de una unidad central de asociaciones público privadas, c) un proceso de calidad para la preparación, licitación, adjudicación y monitoreo de proyectos y d) capacidad técnica del sector público y de sus asesores que permitan al gobierno definir sus prioridades y necesidades de infraestructura y ser un cliente sofisticado para el sector privado.

Véase, "Marco institucional, operacional, asociativo y político/regulatorio del Perú: diagnóstico, retos y recomendaciones", presentado por Infrastructure UK en marzo del 2011.

⁹ 'Identificando oportunidades de eficiencia en los procesos APP: Breve diagnóstico lean de 2 procesos APP', preparado por McKinsey & Company para Proinversión, 2013.

estudio de caso, se identificó que solamente 15% del tiempo de ciclo del proyecto agregó valor debido a re-trabajos y problemas de planificación. El informe indicó además la falta de planeación y estructuración rigurosa de proyectos, la cual genera cambios en el diseño sobre la marcha, continuos re-procesos y demoras extendidas. Por otro lado, no se cuenta con mecanismos bien definidos de seguimiento y monitoreo durante las fases de formulación y promoción. Sobre este último aspecto, la falta de coordinación y gestión temprana de posibles aspectos críticos genera tiempos muertos, re-trabajos, nuevas y más dilatadas interacciones con las entidades. En este sentido, para lograr un mejor desempeño en las Asociaciones Público Privadas, el informe recomienda un proceso renovado de punta a punta, así como la construcción de capacidades y gestión de actores de las Asociaciones Público Privadas.

Asimismo, en otro consultoría externa realizada por Infrastructure UK¹⁰ a pedido de Proinversión en el año 2011, acerca del marco institucional para la promoción de la inversión privada, se concluyó que dicho marco debería contener, entre otros, (i) procesos estandarizados, (ii) existencia de guías y metodologías claras y (iii) contratos y documentación administrativa y de licitación estándares, (iv) políticas públicas claras, (v) programas de inversión en infraestructura y (vi) leyes, reglamentos y contratos claros y bien estructurados. En la misma línea, según *Infrastructure UK*¹¹, el desarrollo de un programa de Asociaciones Público Privadas exitoso debe considerar la existencia de ocho bloques o módulos; los mismos que deben involucrar a uno o varios actores integrantes del marco institucional.

El Decreto Legislativo propone la creación de un Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada a fin de articular la política de inversiones que favorezca el crecimiento de la economía.

Cabe mencionar que la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, en su artículo 43 define a los Sistemas como los conjuntos de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos mediante los cuales se organizan las actividades de la Administración Pública que requieren ser realizadas por todas o varias entidades de los Poderes del Estado, los Organismos Constitucionales y los niveles de Gobierno. Asimismo, esta norma señala que los sistemas pueden ser de dos tipos: i) Sistemas Funcionales y ii) Sistemas Administrativos; en ambos la creación del sistema requiere la opinión favorable de la Presidencia del Consejo de Ministros. En el caso del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada creado mediante el Decreto Legislativo, es importante mencionar que la Presidencia del Consejo de Ministros, a través del Informe N° 027-2015-PCM/SGP.CMV elaborado por la Secretaría de Gestión Pública, emitió opinión favorable sobre la creación de dicho sistema, habiéndose cumplido así con la exigencia dispuesta por la normativa vigente.

En tal sentido, el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo señala entre las funciones del Poder Ejecutivo la de diseñar y supervisar políticas nacionales y sectoriales, las cuales son de cumplimiento obligatorio por todas las entidades del Estado en todos los niveles de gobierno. Asimismo, establece que las políticas nacionales definen los objetivos prioritarios, los lineamientos, los contenidos principales de las políticas públicas, los estándares nacionales de cumplimiento y la provisión de servicios que deben ser alcanzados y

¹⁰ 'Marco Institucional, Operacional, Asociativo y Político/Regulatorio del Perú: Diagnóstico, Retos y Recomendaciones'. Infrastructure UK. 2011.

¹¹ 'A Holistic approach to PPP Law, Policy and Regulation', Ballingall, James. Infrastructure UK. 2015.

supervisados para asegurar el normal desarrollo de las actividades públicas y privadas. Las políticas nacionales conforman la política general de gobierno.

El marco institucional planteado por el Decreto Legislativo guarda coherencia con la Recomendación del Consejo sobre Principios para Gobernanza Pública de las Asociaciones Público-Privadas de la OCDE, que señala el establecimiento de un marco institucional que sea claro, predecible y legítimo, apoyado por autoridades competentes y adecuadamente financiadas.

Así, a través del Sistema Funcional se articula un marco regulatorio para las Asociaciones Público Privadas considerando cuatro elementos básicos: ley y reglamento de Asociaciones Público Privadas, política de Asociaciones Público Privadas, lineamientos para Asociaciones Público Privadas y contratos de Asociaciones Público Privadas. En la actualidad, si bien el marco legal de las Asociaciones Público Privadas en el país dispone de ley y reglamento, es necesario incluir un mayor detalle en la política y los lineamientos para darle mayor predictibilidad al sistema y plasmarlos en los contratos.

En ese sentido, mediante el artículo 5 del Decreto Legislativo se establece el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada como un sistema funcional para el desarrollo de las Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, integrado por principios, normas, procedimientos y lineamientos técnico normativos, con el fin de promover, fomentar y agilizar la inversión privada para contribuir a la dinamización de la economía nacional, la generación de empleo productivo y la competitividad del país

Cabe señalar, que la creación del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada responde principalmente a la necesidad de establecer claramente un orden y rectoría sobre la política de promoción de la inversión privada y coordinación en su ejecución, e identificar a las entidades públicas y sus roles en el desarrollo de los procesos de promoción.

Son integrantes del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada las siguientes entidades:

- 1) Ministerio de Economía y Finanzas, como ente rector.
- 2) Los Ministerios.
- 3) Los organismos públicos del Gobierno Nacional.
- 4) La Agencia de Promoción de la inversión Privada.
- 5) Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales



Respecto al Ministerio de Economía y Finanzas, el artículo 5 preceptúa que dicha entidad es el ente rector y máxima autoridad técnico normativa del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, tiene como función asegurar el cumplimiento de la política de promoción y desarrollo de las Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, con la participación de todas las entidades del Estado, en los distintos niveles de gobierno, en el marco de sus competencias. Es importante resaltar que —en concordancia con lo dispuesto por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo— la rectoría ejercida por el Ministerio de Economía y Finanzas conlleva a que dicho Ministerio sea el encargado de asegurar el cumplimiento de la política de promoción de la inversión privada en el Perú mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos. Con esto, se cumple lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo que establece que los Sistemas están a cargo de un ente rector que se constituye en su autoridad técnico-normativa a nivel

nacional, el cual dicta las normas y establece los procedimientos relacionados con su ámbito, coordina su operación técnica y es responsable de su correcto funcionamiento.

Lo señalado, guarda coherencia con la Recomendación del Consejo sobre Principios para Gobernanza Pública de las Asociaciones Público Privadas de la OCDE, la cual señala que la autoridad central a cargo del presupuesto público de un país es quien debe monitorear estos proyectos durante todas sus fases para asegurarse que estén alineados con las metas de estabilidad macroeconómica de corto y mediano plazo¹².

Esta función reconocida expresamente al Ministerio de Economía y Finanzas también tiene un desarrollo reglamentario a través del literal r) del artículo 3 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Economía y Finanzas, aprobado por Decreto Supremo N° 117-2014-EF, el cual prescribe como una de sus funciones el formular, proponer, ejecutar y evaluar políticas, normas y lineamientos técnicos sobre materia de inversión privada. En este punto, debe tenerse presente que organizacionalmente corresponde a la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada de dicho Ministerio ejercer –entre otras- las funciones de rectoría del sistema, considerando lo dispuesto en los artículos 144 y 145 del mencionado Reglamento de Organización y Funciones, y supletoriamente el artículo 62 de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, norma que señala que cuando una norma atribuye una competencia o facultad a una entidad, sin especificar qué órgano a su interior debe ejercerla, debe entenderse que corresponde al órgano de inferior jerarquía de función más similar vinculada a ella en razón de la materia y de territorio.

De esta manera, la creación del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada en Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos tiene como objetivo crear el marco para la articulación de la inversión privada en los tres niveles de gobierno; asimismo, su creación no genera duplicidad de funciones de los actores que integran el sistema ni ocasiona el uso de recursos adicionales al erario del Estado.

Por otro lado, al ser parte del marco institucional e integrante del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, el Decreto Legislativo señala que el papel de Organismo Promotor de la Inversión Privada para los proyectos del Gobierno Nacional es desarrollado por Proinversión, en el caso de proyectos que se le asignen en función a la relevancia nacional, y por los Comités de Inversiones de cada Ministerio. Sobre el particular, debemos mencionar que los criterios para la asignación de los proyectos –sea a Proinversión o a los Comités de Inversiones- se establecerán a nivel reglamentario tomando en cuenta para ello los montos de inversión de los proyectos, recogiendo así la regla que fue instituida por el Decreto Legislativo N° 1012.

Es importante resaltar que, a diferencia del Decreto Legislativo N° 1012, el Decreto Legislativo establece la posibilidad que el Comité de Inversiones desempeñe el rol de órgano de coordinación del Ministerio ante Proinversión en los procesos de promoción bajo competencia o que tenga éste último a su cargo, teniendo como función –entre otros- el

¹² Cabe mencionar, la experiencia internacional de marcos institucionales de países con mayor experiencia en el desarrollo de infraestructura pública y provisión de servicios públicos mediante la participación del sector privado, como el del Reino Unido, en donde el Tesoro Británico (*HM Treasury*), que es el equivalente del Ministerio de Economía y Finanzas en el Perú, asume el rol de ente de política mediante el área de Infraestructura (*Infrastructure UK*). Esta unidad central se encarga de establecer la política vinculada a las Asociaciones Público Privadas y emitir las aprobaciones necesarias durante el ciclo de desarrollo de los proyectos de inversión.

realizar coordinaciones con los órganos de cada Ministerio, Gobierno Regional y Gobierno Local a fin de agilizar los trámites y procedimientos de dichos procesos, y velar por la ejecución de las decisiones tomadas por el Consejo Directivo y los Comités Especiales, con lo cual dicho comité se constituye como responsable de la entidad pública frente a Proinversión. Es de resaltar que esta nueva función del Comité de Inversiones coadyuvará al desarrollo oportuno y ejecución de las decisiones que se adopten dentro de los procesos de promoción a cargo de Proinversión.

En el caso de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales y los proyectos bajo su competencia -en consonancia con la Ley de Bases de Descentralización, Ley N° 27783, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N° 27867, y Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972- el Decreto Legislativo reconoce que el rol de sus Organismos Promotores de la Inversión Privada es ejercida por el órgano respectivo designado por dichos gobiernos. No obstante ello, para todos los casos es el Consejo Regional o el Concejo Municipal quien se desempeña como órgano máximo de los Organismos Promotores de la Inversión Privada.

Por otro lado, considerando que Proinversión cuenta con experiencia como Organismo Promotor de la Inversión Privada de proyectos de competencia nacional, los cuales se caracterizan por su complejidad, niveles de inversión e intersectorialidad, el Decreto Legislativo establece que los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales pueden encargar el proceso de promoción de sus proyectos a Proinversión, así como solicitar su asistencia técnica en cualquiera de las fases del proceso.

Respecto al rol de los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, el Decreto Legislativo ha unificado en el artículo 7, las distintas funciones que corresponden a dichas entidades en su condición de titulares de los proyectos de inversión, todo ello, sobre la base de las funciones que fueron reconocidas en diversos artículos del TUO de Concesiones y el Decreto Legislativo N° 1012. En ese sentido, se reconocen expresamente funciones tales como i) la planificación de la cartera de proyectos de inversión, ii) la identificación, priorización y formulación de los proyectos de inversión bajo su competencia, estableciendo que la elaboración de los estudios respectivos puede ser encargado a Proinversión, iii) la elaboración del Informe de Evaluación, el cual puede ser encargado a Proinversión, iv) la gestión y administración de los contratos y el cumplimiento de las obligaciones contractuales a su cargo, v) el sustento de la capacidad presupuestal para asumir los compromisos de los contratos de Asociación Público Privada y sus modificaciones, ello en cumplimiento del principio de responsabilidad presupuestal, vi) la modificación de los contratos conforme a las condiciones que establezca el Decreto Legislativo y su reglamento, así como declarar la suspensión o caducidad cuando concurren las causales previstas en el respectivo contrato, entre otras.

Por otro lado, considerando las acciones y labor reconocida legalmente al Equipo Especializado de Seguimiento de la Inversión (EESI), el Decreto Legislativo señala que dicho equipo como parte del Sistema Funcional, tiene como función el acompañamiento efectivo y seguimiento proactivo, en todas sus etapas, de los proyectos de inversión que se desarrollen bajo los mecanismos regulados en el Decreto Legislativo.

Cabe mencionar, que dicha función es concordante con la Nonagésima Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30114; Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2014, mediante la cual se declararon de interés nacional las actividades de evaluación, seguimiento, facilitación, y simplificación administrativa que permitan una



efectiva promoción, y ejecución de la inversión privada y público privada. Para lograr este objetivo, se ordenó que el EESI asuma competencias para efectuar el diagnóstico preventivo de trabas en la ejecución de la inversión, tanto de proyectos públicos, privados, y público privados, con especial énfasis en los orientados a la provisión de servicios públicos o para la ejecución de infraestructura pública. Asimismo, mediante el citado dispositivo legal, se facultó al EESI a adoptar los mecanismos para efectuar y sistematizar las acciones de seguimiento de los planes de ejecución de inversiones de proyectos de inversión público privada, o privada vinculada a sus competencias.

Asimismo, cabe resaltar que mediante el artículo 38 de la Ley N° 30327, Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible, se ordenó al EESI que asuma competencias para efectuar el acompañamiento efectivo y seguimiento proactivo, en todas sus etapas, de los proyectos de inversión, que aseguren su adjudicación y ejecución conforme a los cronogramas establecidos. En base al rol asignado al Equipo Especializado de Seguimiento de la Inversión, se articulará la labor de acompañamiento y seguimiento del Estado y de la oportuna ejecución de las inversiones.

Por último, en lo concerniente al marco institucional, un elemento importante de éste son las entidades supervisoras de los contratos de Asociación Público Privada. Al respecto, debe tenerse en consideración que, acerca del rol de los supervisores, la Recomendación del Consejo sobre Principios para Gobernanza Pública de las Asociaciones Público Privadas de la OCDE sugiere establecer una adecuada política reguladora que promueva el funcionamiento eficiente de agencias reguladoras, garantizando que funcionen de acuerdo a un mandato adecuado y claro, con la independencia necesaria de la influencia política y personas reguladas, que cuenten con recursos y equipos apropiados, y que su toma de decisiones sea totalmente transparente y responsable; en ese sentido cuando se utilizan las Asociaciones Público Privadas en la provisión de infraestructuras con características de monopolio natural, la función, diseño y organización de los reguladores es importante para garantizar el valor por dinero para el sector público y proteger a los usuarios y consumidores.



Bajo este contexto, el Decreto Legislativo establece que tratándose de proyectos en sectores regulados (infraestructura de transporte, telecomunicaciones, energía y saneamiento), la supervisión se sujeta a lo dispuesto en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y la normativa vigente, las cuales prevén la existencia de organismos reguladores especializados para dichos sectores, entre ellos, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN), el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN) y la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS). Cabe destacar en este extremo, que de acuerdo al marco legal de los organismos reguladores en el Perú, dichas entidades cuentan con autonomía administrativa, funcional técnica, económica y financiera, y ejercen función supervisora, reguladora, función normativa, función fiscalizadora y sancionadora, función de solución de controversias y función de solución de reclamos, en los temas de su competencia y bajo los términos previstos por la ley y las normas reglamentarias.

Sin perjuicio de lo expuesto, debido a que los organismos reguladores no tienen competencia en determinadas materias (infraestructura penitenciaria, infraestructura de irrigación, etc.) y proyectos de inversión (en la mayoría de casos de alcance regional o local), el Decreto Legislativo dispone de manera general que los contratos de Asociación

Público Privada contienen las disposiciones necesarias para asegurar una supervisión oportuna y eficiente durante la fase de ejecución contractual, con la finalidad de salvaguardar primordialmente el cumplimiento de los niveles de servicio; entendiéndose ello que los contratos prevén los agentes que se encargarán de la supervisión de las obligaciones contractuales.

Cabe señalar que los actores conformantes del sistema funcional ejercen sus funciones de acuerdo con sus competencias asignadas por la normatividad vigente.

2.3 De las Asociaciones Público Privadas

De acuerdo con la OCDE¹³ y el Banco Mundial¹⁴, no existe una definición de Asociaciones Público Privadas ampliamente reconocida; sin embargo, se les puede tipificar como acuerdos de largo plazo entre el sector público y el sector privado, con el objetivo de proveer infraestructura pública y/o servicios públicos.

De la revisión de diferentes definiciones de Asociación Público Privada utilizadas por organismos multilaterales, países e investigadores¹⁵, se pueden encontrar las siguientes características comunes en dicha modalidad de participación de la inversión privada: participación del sector público y sector privado; objetivo de brindar un servicio público y/o infraestructura pública; contratos de larga duración; y, distribución adecuada de riesgos entre el sector público y privado.

En este contexto, el artículo 11 del Decreto Legislativo perfecciona la definición de Asociación Público Privada establecida en el Decreto Legislativo N° 1012, en la medida que agrega tres componentes principales de las Asociaciones Público Privadas según las mejores prácticas internacionales: asignación adecuada de riesgos a aquél que esté en mejor capacidad de administrarlos, contratos de largo plazo y valor por dinero. En este sentido, se enfatiza que las Asociaciones Público Privadas se dan con el objeto de crear, mejorar, operar o mantener infraestructura pública y/o proveer servicios públicos. Asimismo, se establece que en los contratos de Asociaciones Público Privadas debe existir una adecuada distribución de riesgos entre las partes, y que en una Asociación Público Privada participan el Estado y uno o más inversionistas privados, siendo que en todas las fases del desarrollo de esta modalidad debe contemplarse el principio de valor por dinero, buscando la combinación óptima entre los costos y la calidad del servicio público ofrecido a los usuarios, a lo largo de la vida del proyecto.

De esta forma, la definición de Asociación Público Privada establecida recoge las principales características del concepto de Asociación Público Privada que son comunes en las definiciones establecidas a nivel internacional.



¹³ Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships. OECD, 2012.

¹⁴ <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/overview/what-are-public-private-partnerships>

¹⁵ Las definiciones revisadas se encuentran en los siguientes textos:

- *Public-Private Partnerships Reference Guide, Version 2.0*. Banco Mundial, 2014.
- *Public-Private Partnerships: Principles of Policy and Finance*. Yescombe, 2013.
- *How to Engage with the Private Sector in Public-Private Partnerships in Emerging Markets*. Farquharson, Edward, Clemencia Torres de Mastle, E.R. Yescombe & Javier Encinas, 2011.
- *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*. CAF, 2010.
- *Best Practices in Public-Private Partnerships Financing in Latin America: the role of subsidy mechanisms*. Banco Mundial, 2012.

Dentro de las Asociaciones Público Privadas -junto con la creación, desarrollo, mejora, operación y mantenimiento de infraestructura y/o provisión de servicios públicos a que se refiere el artículo 11, también están incluidos los tipos de proyectos mencionados en el artículo 30 del Decreto Legislativo, entre ellos, los proyectos para el desarrollo de servicios vinculados a la infraestructura pública o servicios públicos que requiere brindar el Estado, los proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica, así como aquellos proyectos que no contengan componente de inversión, manteniendo la tipología de Asociación Público Privada en el Decreto Legislativo N° 1012, pero a través de un procedimiento simplificado conforme lo señala el referido artículo 30 del Decreto Legislativo. Este procedimiento simplificado se justifica en razón a que los montos de inversión en estos proyectos son menores o no tienen componente de inversión en infraestructura, por tanto la complejidad en su diseño no exigen el nivel y el detalle de estudios que requiere un proyecto de gran envergadura de infraestructura pública y servicios públicos.

Por su parte el artículo 12, extiende a las Asociaciones Público Privadas en general, una característica que estaba prevista en el artículo 13 del TUO de Concesiones sólo para las concesiones de infraestructura pública y servicios públicos, al disponer que el contrato de Asociación Público Privada constituye título suficiente para que el inversionista haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones, así como los beneficios adicionales expresamente convenidos en el contrato, pudiendo incluir servicios complementarios.

Asimismo, el inversionista puede explotar el o los bienes objeto de la Asociación Público Privada por cuenta propia o por medio de terceros, quedando siempre como único responsable frente al Estado. Sin perjuicio de lo anterior, el Decreto Legislativo señala que la modalidad de entrega en concesión al inversionista que recaiga sobre bienes públicos no otorga un derecho real sobre los mismos.

A su vez, el artículo 12 indica que el inversionista no puede establecer unilateralmente exenciones en favor de usuario alguno, salvo que una ley expresa establezca lo contrario.

Por otro lado, respecto a la clasificación de las Asociaciones Público Privadas, mediante el artículo 13 del Decreto Legislativo se establece que en el Informe de Evaluación a cargo del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local se indica la clasificación de la Asociación Público Privada: (i) Cofinanciada, es aquel proyecto de Asociación Público Privada que requiere cofinanciamiento o del otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que tienen probabilidad significativa de demandar cofinanciamiento. En este caso, es preciso indicar que el Decreto Legislativo, a diferencia del Decreto Legislativo N° 1012, opta por el término cofinanciamiento en lugar de recursos públicos, dado que un proyecto de Asociación Público Privada puede generar obligaciones al Estado que generan gastos por expropiaciones y supervisiones principalmente que no son parte del pago realizado al inversionista por concepto de cofinanciamiento, (ii) Autofinanciada, es aquel proyecto de Asociación Público Privada con capacidad propia de generación de ingresos, que no requiere cofinanciamiento y cumple con las siguientes condiciones: a) demanda mínima o nula de garantía financiera por parte del Estado y b) que las garantías no financieras tengan una probabilidad nula o mínima de demandar cofinanciamiento; para ambos casos se establecerán las condiciones en el Reglamento del Decreto Legislativo. En este caso, el Decreto Legislativo precisa con claridad y de forma



expresa que las Asociaciones Público Privadas autofinanciadas no requieren cofinanciamiento, situación que no estaba prevista en el Decreto Legislativo N° 1012.

Una mejora introducida por el Decreto Legislativo es la referida a la identificación de las fases de las Asociaciones Público Privadas¹⁶, independientemente de su clasificación y origen, con el objetivo de estandarizar el desarrollo de dicha modalidad de participación de la inversión privada y facilitar la coordinación entre las entidades involucradas.

En ese sentido, el artículo 14 de del Decreto Legislativo establece cinco fases para las Asociaciones Público Privadas:

- a) Planeamiento y programación.
- b) Formulación.
- c) Estructuración.
- d) Transacción.
- e) Ejecución contractual.

La fase de **planeamiento y programación** comprende la planificación de proyectos y compromisos, pudiendo incluir las necesidades de intervención mediante la modalidad de Asociaciones Público Privadas bajo responsabilidad del Ministerio, Gobierno Regional y Gobierno Local, los cuales se materializan en el Informe Multianual de Inversiones en Asociación Público Privada, a más tardar el 16 de febrero de cada año. La presentación de las iniciativas privadas no se limita al contenido del referido informe.

Es importante señalar que los informes de los Ministerios constituirán la base sobre la cual se podrá desarrollar el Plan de Infraestructuras para el Perú en el futuro.

Sobre el particular, el Banco Mundial indica¹⁷ que se requiere un buen planeamiento y coordinación a nivel intra- e intersectorial para asegurar que los ‘mejores’ proyectos — aquellos que generan valor por dinero, que permiten un desarrollo integrado territorialmente y que proveen a los usuarios los servicios que desean— sean seleccionados consistentemente. En ese sentido, dicho organismo también señala que sin una planificación sólida, las agencias responsables no tendrán el panorama integral de los proyectos potenciales que podrían ser implementados y tampoco conocerán la secuencia para implementar los proyectos para generar el mayor valor por dinero, y la coordinación intersectorial también será débil.

Cabe mencionar también que un beneficio adicional de una correcta planificación de las Asociaciones Público Privadas, como señala APEC, es que la publicación de la cartera de proyectos que el Estado planea sacar al mercado -con un cronograma creíble de ejecución- fomenta el interés y participación de los inversionistas privados. Por ejemplo, países como México y Chile publican información sobre su cartera de proyectos: México tiene un Programa Nacional de Infraestructura, que incluye información de proyectos y programas de inversión a desarrollarse en distintos sectores, así como la inversión total estimada; en el caso de Chile, la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas publica en su portal web información sobre los proyectos que tiene en agenda para los próximos años.

¹⁶ Al respecto véase, "Public-Private Partnerships Reference Guide, Version 2.0". Banco Mundial, 2014.

¹⁷ *How to Engage with the Private Sector in Public-Private Partnerships in Emerging Markets*, Banco Mundial, 2011.

Respecto a la **fase de formulación** el Decreto Legislativo señala que ésta comprende el diseño del proyecto y/o evaluación a cargo del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local, o Proinversión en el marco de sus competencias.

Asimismo, el Decreto Legislativo dispone que todos los estudios requeridos para la formulación de los proyectos pueden ser elaborados por una entidad privada, conforme a la normatividad vigente o el proponente de una iniciativa privada, de corresponder.

Debe considerarse que el artículo 15 del Decreto Legislativo dispone que el Reglamento establece los requisitos, oportunidad y criterios de elegibilidad de los proyectos a ser incorporados a los procesos de promoción¹⁸.

Debe considerarse también que el Decreto Legislativo dispone que la incorporación de proyectos a cargo del Gobierno Nacional es ratificado mediante Resolución Suprema refrendada por el Ministerio respectivo y el Ministerio de Economía y Finanzas, salvo para los supuestos previstos en el artículo 30. En los proyectos de alcance regional o local, la incorporación es realizada mediante Acuerdo del Consejo Regional o Acuerdo de Concejo Municipal.

Sobre la **fase de estructuración**, de acuerdo con el Decreto Legislativo, ésta comprende el diseño del proyecto como Asociación Público Privada, incluida su estructuración económica financiera, mecanismo de retribución en caso corresponda, asignación de riesgos y el diseño del contrato a cargo del Organismo Promotor de la Inversión Privada, quien debe coordinar con el Ministerio, organismo regulador –en caso corresponda-, y el Ministerio de Economía y Finanzas.

Es importante mencionar que la estructuración de un proyecto usualmente involucra¹⁹ una evaluación detallada de los riesgos del proyecto de asociación público privada, así como un análisis detallado de los aspectos comerciales y financieros. En esta fase también se define el papel que juega el sector privado en el proyecto de asociación público privada y se consideran los diferentes tipos de acuerdos de Asociaciones Público Privadas; además, la estructuración involucra la determinación de los criterios para la selección del inversionista, los estándares de servicio requeridos, la asignación de riesgos, los mecanismos de pago en detalle y otras características de la Asociación Público Privada.

En la **fase de transacción**, se realiza la apertura al mercado del proyecto. En esta fase el Organismo Promotor de la Inversión Privada recibe y evalúa los comentarios de los postores, y determina el mecanismo aplicable, el cual podrá ser la licitación pública, concurso de proyectos integrales u otros mecanismos competitivos. Es de notarse que, el Decreto Legislativo no restringe los mecanismos por medio de los cuales se podría adjudicar un proyecto de Asociación Público Privada, dejando abierta la posibilidad de utilizar otros mecanismos competitivos de selección como las subastas, teniendo en cuenta la naturaleza y complejidad de los proyectos. En el caso de Iniciativas Privadas, esta fase se inicia con la publicación de la Declaratoria de Interés.



¹⁸ Cabe señalar que el numeral 15.1 del artículo 15 preceptúa que el proceso de promoción está conformado por las fases de Estructuración y Transacción.

¹⁹ Esta descripción de la fase de estructuración se basa en 'The Guide to Guidance, How to Prepare, Procure and Deliver PPP Projects', European PPP Expertise Centre.

Como menciona el Banco Mundial²⁰ el objetivo de esta fase es seleccionar al inversionista privado más competente para llevar a cabo el proyecto de Asociación Público Privada, velando por la transparencia y el trato igualitario a todos los postores, con el fin de promover una mayor competencia y la subsecuente generación de valor por dinero. En ese sentido, el *Public Private Infrastructure Advisory Facility* del Banco Mundial²¹ señala que el proceso de transacción debe ser (i) transparente, es decir que toda la información esté disponible para todos los participantes en todo momento y que el proceso se realice tal cual lo establecido en las bases; (ii) abierto a competencia; y (iii) justo, es decir que todos los participantes sean tratados de forma igualitaria durante todo el procedimiento.

La **fase de ejecución contractual**, comprende el periodo de vigencia del contrato de Asociación Público Privada, bajo responsabilidad del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local. Asimismo, comprende el seguimiento y supervisión de las obligaciones contractuales. La existencia de esta fase está en línea con la Recomendación del Consejo sobre Principios para Gobernanza Pública de Asociaciones Público Privadas de OCDE, que indica que debe prestarse especial atención a los acuerdos contractuales y a la capacidad de vigilancia en etapas posteriores de un proyecto, a fin de garantizar que los incentivos no se deterioren mientras que el costo por incumplimiento disminuye.

En lo concerniente a las opiniones previas a la versión final de los contratos de Asociación Público Privada, el artículo 16 del Decreto Legislativo establece las opiniones con las que debe contar el Organismo Promotor de la Inversión Privada sin excepción y de manera previa a la adjudicación del proyecto de Asociación Público Privada. En ese sentido, las entidades que deben emitir opinión son las siguientes: i) el Ministerio, Gobierno Regional y/o Gobierno Local, titular del proyecto, de acuerdo a sus competencias, ii) el organismo regulador, según corresponda, exclusivamente sobre los temas materias materia de sus competencias legales, iii) el Ministerio de Economía y Finanzas y iv) la Contraloría General de la República, únicamente sobre aquellos aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado de conformidad con el inciso l) del Artículo 22 de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República; de estos, las opiniones del organismo regulador y de la Contraloría General de la República no son vinculantes.



Cabe destacar que de no contarse con la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas a la versión final del contrato de Asociación Público Privada, el contrato y la adjudicación del proyecto no surten efectos y son nulos de pleno derecho.

Es importante el ordenamiento del procedimiento sobre opiniones previas, ante la diversidad de interpretaciones discrecionales que se han generado sobre el Decreto Legislativo N° 1012 en este aspecto; así por ejemplo, diversos Gobiernos Locales y Regionales solicitaron la opinión previa del Ministerio de Economía y Finanzas luego de la adjudicación del contrato de Asociación Público Privada e incluso luego de suscrito éste.

Asimismo, el numeral 16.3 del artículo 16 establece que los informes y opiniones se emiten una sola vez por cada entidad, salvo solicitud adicional del Organismo Promotor de la Inversión Privada. Por su lado, el numeral 16.4 dispone que, habiéndose solicitado los informes y opiniones previas, y de no emitirse éstas dentro de los plazos previstos, son consideradas como favorables.

²⁰ *Public-Private Partnerships Reference Guide, Version 2.0*. Banco Mundial, 2014.

²¹ Véase: <http://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/highwaystoolkit/5/5-4.html>

Finalmente el numeral 16.5 establece que el Ministerio de Economía y Finanzas publica los informes que emita a la versión final del contrato a fin de brindar una mayor transparencia a los procesos, en línea con los principios establecidos en la propuesta de Decreto Legislativo y las recomendaciones de la OCDE. Ello con el fin de advertir al sector privado sobre el cumplimiento del requisito, disminuir la asimetría de información y reducir significativamente eventos de nulidades por incumplimiento a la normativa.

El artículo 17 establece que tanto el organismo regulador como el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local correspondiente, velan por el cumplimiento de los términos y condiciones propuestos en la oferta del adjudicatario del respectivo proceso de promoción, los cuales son incorporados en el contrato de Asociación Público Privada; vale mencionar que esta regla tiene su antecedente normativo en el artículo 25 del TUO de Concesiones. Con esto se busca que las entidades del Estado más cercanas a la ejecución del contrato supervisen el cumplimiento de la oferta realizada por el proponente que se adjudique el proyecto, en concordancia con el contrato de Asociación Pública Privada al cual se incorporan los términos y condiciones de la oferta.

En lo relacionado a los impedimentos, el artículo 18 del Decreto Legislativo establece la imposibilidad de participar como postores o inversionistas, directa ni indirectamente, a las siguientes personas:

- Las personas a las se refiere el Artículo 1366 del Código Civil.
- Las personas con impedimento para contratar con el Estado de acuerdo con el Decreto Legislativo N° 1017.
- Las personas con impedimentos establecidos por normas con rango de Ley
- Las personas que habiendo sido inversionistas en contratos de Asociación Público Privada, hubieren dejado de serlo por su incumplimiento del contrato. Este último impedimento se extiende a los socios estratégicos y/o aquellos que hayan ejercido control del inversionista al momento de la resolución y/o caducidad del respectivo contrato.



Esta regulación tiene como antecedente el artículo 27 del TUO de Concesiones, que regulaba los impedimentos aplicables a los inversionistas.

2.4 Sobre el desarrollo de las Asociaciones Público Privadas

Una de las características esenciales de las Asociaciones Público Privadas es que involucran contratos de largo plazo. Para ello, la duración de los contratos depende de muchos factores como la vida útil del proyecto, el plazo que requerirá el inversionista para recuperar su inversión u otras características particulares de cada Asociación Público Privada. Por ejemplo, *Infrastructure UK*²² recomienda considerar factores como la capacidad de la entidad pública para predecir los costos y la calidad del servicio a futuro, la capacidad de mantener los incentivos a un desempeño apropiado del privado, la capacidad del privado de proyectar sus costos, entre otros.

En tal sentido, el artículo 19 del Decreto Legislativo establece que los proyectos bajo la modalidad de Asociación Público Privada se otorgan por el plazo de vigencia indicado en el contrato, el que en ningún caso excede de sesenta años, salvo plazos menores

²² *Standardisation of PF2 Contracts*. HM Treasury, 2012.

establecidos en norma especial; asimismo, se dispone que plazo de vigencia se inicia en la fecha de suscripción del contrato. Este artículo extiende a todos los contratos de Asociación Público Privada, la regla del plazo máximo de sesenta años para los contratos de concesión que fue establecida por el artículo 16 del TUO de Concesiones.

Esta regulación de plazos máximos de contratos, también puede encontrarse en la legislación de países de América Latina, como Chile y Costa Rica, los cuales prescriben que en ningún caso el contrato puede superar un plazo de 50 años, o como en México donde un plazo mayor a 40 años solo puede ser autorizado por ley.

Respecto al régimen de bienes, el artículo 20 preceptúa que los bienes que devengan en partes integrantes o accesorias del proyecto de Asociación Público Privada, no pueden ser transferidos separadamente de ésta, hipotecados, prendados o sometidos a gravámenes de ningún tipo, durante el plazo del contrato, sin la aprobación del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local; siendo que al término del contrato, pasan al dominio del Estado.

Asimismo, se ha estipulado que el inversionista puede transferir el derecho sobre el contrato de Asociación Público Privada a otra persona jurídica con la previa aprobación del Ministerio, Gobierno Regional y Gobierno Local y conforme las limitaciones que establezcan los respectivos contratos de Asociación Público Privada.

Respecto a los Fideicomisos, con el fin de administrar y resguardar los recursos dinerarios provenientes de la ejecución de los contratos de Asociación Público Privada, el artículo 21 del Decreto Legislativo establece la posibilidad de constituir fideicomisos para la administración de los pagos e ingresos derivados de los contratos de Asociación Público Privada, por parte del Ministerio, el Gobierno Regional y el Gobierno Local.



Para ello, la constitución de los fideicomisos es aprobada de manera previa mediante Resolución Ministerial del Sector; y, en caso se trate de Asociaciones Público Privadas de competencia de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, la constitución de fideicomisos es aprobada de manera previa por Acuerdo de Consejo Regional o Acuerdo de Concejo Municipal, según corresponda. Asimismo se requiere la opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas si se trata de Asociaciones Público Privadas cofinanciadas.

El artículo 21 tiene como antecedente el Decreto de Urgencia N° 008-2005, publicado el 18 de marzo de 2005, que establece normas para facilitar el financiamiento de las concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, regulando la constitución de fideicomisos por parte de las entidades del Estado para lo cual se autoriza a las entidades y organismos del Gobierno Nacional, de los Gobiernos Regionales y de los Gobiernos Locales, a constituir fideicomisos con los recursos que aporten los concesionarios o que se originen de las concesiones ya otorgadas, que se destinen a la adquisición de bienes, contratación de servicios, constitución de garantías o a otros permitidos por Ley, y que resulten necesarios para el financiamiento, desarrolla y ejecución, de los distintos proyectos de concesión.

En relación con las modificaciones contractuales, mediante el artículo 22 del Decreto Legislativo se dispone que el Estado, de común acuerdo con el inversionista, podrá modificar el contrato de Asociación Público Privada, manteniendo en todos los casos su equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, de acuerdo a las condiciones y requisitos que disponga el reglamento.

Asimismo, el mencionado artículo contiene un nuevo procedimiento ágil y coordinado para el trámite y evaluación de propuestas de modificación a los contratos de Asociaciones Público Privadas por parte de entidades del Estado. El Decreto Legislativo señala que una vez recibida la solicitud de adenda, el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local convoca a las entidades públicas que deben emitir opinión a la adenda propuesta, las cuales asisten al proceso de evaluación conjunta. Cabe señalar, que en este proceso también puede ser convocado el inversionista, y que asimismo se puede solicitar información sobre el diseño del proyecto y contrato al Organismo Promotor de la Inversión Privada respectivo. Con ello se unifica la solicitud de información al inversionista, se anticipan las observaciones de las entidades que emitirán opinión sobre la propuesta adenda, se intercambia información entre las entidades, se posibilita el recibir la exposición y sustento del inversionista, se elimina intermediarios en el procedimiento y las asimetrías de información. De esta manera se evita el trámite actual mediante el cual el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local adopte un acuerdo con el inversionista, el cual es sometido a opinión de los organismos competentes, siendo muchas veces observado por dichas entidades. Con la propuesta normativa se evita el constante proceso iterativo del levantamiento de observaciones de entidades públicas que alargue innecesariamente el proceso de suscripción de una adenda.

Por otro lado, se establece que culminado el proceso de evaluación conjunta, el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local evalúa y sustenta las modificaciones contractuales, y solicita la opinión no vinculante del organismo regulador respectivo en los proyectos bajo su competencia, y que tratándose de materias de competencia del Ministerio de Economía y Finanzas, deberá requerirse la opinión previa favorable de dicho Ministerio. Sobre esta base, se preceptúa como consecuencia la ineficacia y nulidad de pleno derecho de los acuerdos que contengan modificaciones al contrato de Asociación Público Privada que no cuenten con opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas.



Otra regla establecida por el Decreto Legislativo en lo concerniente a modificaciones contractuales es la referida a la no emisión de opiniones por partes de las entidades, dentro de los plazos previstos, caso en el cual se consideran dichas opiniones como favorables.

Por otra parte, en lo referido a las reglas para la solución de controversias, debe tenerse presente que, debido a que los proyectos de Asociaciones Público Privadas son de largo plazo y complejos, los contratos tienden a ser incompletos, lo que genera espacio para diferencias en interpretación y controversias entre las partes²³. Por dicha razón, se requiere establecer a nivel de ley mecanismos de solución de controversias²⁴ para solucionar diferencias de interpretación o sobre el cumplimiento de obligaciones, de una manera rápida y eficiente, reduciendo el riesgo de interrupción del servicio debido a disputas entre las partes contractuales; todo ello, resulta concordante con la Recomendación del Consejo sobre Principios para Gobernanza Pública de las Asociaciones Público Privadas de OCDE, la cual indica que se deben establecer reglas claras, predecibles y transparentes para solución de controversias con el fin de resolver desacuerdos entre las partes pública y privada.

²³ *Public-Private Partnerships Reference Guide, Version 2.0*. Banco Mundial, 2014.

²⁴ Internacionalmente, entre los mecanismos de solución de controversias se incluyen la mediación (trato directo), uso del regulador del sector, sistema judicial, panel de expertos y el arbitraje internacional.

En este contexto, el artículo 23 del Decreto Legislativo establece, entre otras reglas, que los contratos de Asociaciones Público Privadas deberán incluir la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias. Además del arbitraje, se permite a las partes acordar la intervención de un tercero neutral denominado el Amigable Compondedor quien propone una fórmula de solución, durante la etapa de trato directo, que de ser aceptada de manera parcial o total por las partes, produce efectos legales de una transacción. Adicionalmente, también dentro de la etapa de trato directo, las partes podrán someter sus controversias a una Junta de Resolución de Disputas conforme a lo dispuesto en los contratos, la cual emitiría una decisión vinculante para las partes, no limitando el derecho de recurrir al arbitraje.

Asimismo, el mencionado artículo establece que la entidad pública deberá garantizar la participación oportuna de los organismos reguladores en los procesos arbitrales para coadyuvar con el debido patrocinio del Estado, extendiendo esta obligación al árbitro o Tribunal arbitral respectivo, ello con el fin que los reguladores puedan expresar su opinión institucional en dichas controversias, sin que ello conlleve a que formen parte del proceso arbitral. La obligación de los árbitros de permitir la participación del organismo regulador se debe al hecho que la práctica arbitral ha limitado su participación incluso en discusiones sobre temas relevantes vinculados con su competencia.

2.5 Sobre las seguridades y garantías del Estado en las Asociaciones Público Privadas

El Capítulo III de la propuesta de Decreto Legislativo establece el marco para el otorgamiento de seguridades y garantías en las Asociaciones Público Privadas.

En ese sentido, a través del artículo 24 se dispone que los contratos de asociación público privada deben contener cláusulas que estipulen la indemnización a la cual tendrá derecho el inversionista en caso que el Estado suspenda o deje sin efecto el contrato de manera unilateral o por incumplimiento de éste, las cuales son garantizadas mediante contrato celebrado entre el Estado y el inversionista, a solicitud de este último.

Asimismo, el citado artículo dispone que de acuerdo con lo señalado en el artículo 1357 del Código Civil, el Estado queda autorizado para otorgar mediante contrato, a las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, que realicen inversiones al amparo del Decreto Legislativo, las seguridades y garantías que mediante Decreto Supremo, en cada caso, se consideren necesarias para proteger sus inversiones, de acuerdo a la legislación vigente. En esa línea, se establece también que para contratos de asociación público privada resulta aplicable lo previsto en el artículo 19° del TUO de Concesiones.

Por su parte, el artículo 25 de del Decreto Legislativo establece que tratándose solo de concesiones, el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local puede autorizar al inversionista el establecimiento de una hipoteca sobre el derecho de concesión de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, surtiendo efectos desde su inscripción en la Superintendencia Nacional de Registros Públicos. Esta hipoteca puede ser ejecutada extrajudicialmente en la forma pactada por las partes al constituirse la obligación con la participación del Estado y los acreedores, para lo cual es necesaria la opinión favorable del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local correspondiente, de manera tal que el derecho de concesión sólo pueda ser transferido a favor de quien cumpla, como mínimo, con los requisitos establecidos en las bases del proceso de promoción.



Por otro lado, el numeral 25.3 del artículo 25 estipula de manera general que en los contratos de asociación público privada puede constituirse, entre otros, garantía sobre los ingresos respecto a obligaciones derivadas de dicho contrato y de su explotación y garantía mobiliaria sobre las acciones del inversionista.

El Artículo 26 del Decreto Legislativo establece la siguiente clasificación de las garantías del Estado en las Asociaciones Público Privadas:

a. Garantías Financieras, son aquellos aseguramientos de carácter incondicional y de ejecución inmediata, cuyo otorgamiento y contratación por el Estado tiene por objeto respaldar las obligaciones de la contraparte del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local, derivadas de préstamos o bonos emitidos para financiar los proyectos de asociación público privada, o para respaldar obligaciones de pago del Estado; y,

b. Garantías No Financieras, son aquellos aseguramientos estipulados en el contrato de asociación público privada que potencialmente pueden generar obligaciones de pago a cargo del Estado por la ocurrencia de uno o más eventos de riesgos propios del proyecto de asociación público privada.

Asimismo, se ha preceptuado que Proinversión, mediante su Consejo Directivo está facultado de solicitar al Ministerio de Economía y Finanzas, por encargo del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local, el otorgamiento o contratación de garantías financieras por parte del Gobierno Nacional a favor de la contraparte del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local.

2.6 Sobre los compromisos firmes y contingentes en las Asociaciones Público Privadas

El artículo 27, sobre la base de la clasificación que estableció el Decreto Legislativo N° 1012, distingue entre compromisos firmes y contingentes.

En tal sentido, la norma define los compromisos firmes como obligaciones de pago de importes específicos o cuantificables a favor de la contraparte de la entidad pública, correspondiente a una contraprestación por la realización de los actos previstos en el contrato de Asociación Público Privada. Esta definición refleja la forma en que las Normas Internacionales de Contabilidad para el Sector Público-NICSP 32 (Acuerdos de Concesión de Servicios: La Concedente) define una obligación incondicional de pagar efectivo u otro activo financiero al inversionista.

Por otro lado, define los compromisos contingentes como las potenciales obligaciones de pago a favor de la contraparte de la entidad pública estipuladas en el contrato de Asociación Público Privada que se derivan por la ocurrencia de uno o más eventos correspondientes a riesgos propios del proyecto de Asociación Público Privada. Esta definición es compatible con las definiciones de pasivos contingentes utilizadas en el Informe de Contingencias Explícitas del Sector Público No Financiero y en las NICSP 19 (Provisiones, Pasivos y Activos Contingentes), que reflejan la dependencia de las obligaciones a hechos fuera del control del Estado.

2.7 Sobre el registro de compromisos

El artículo 28 del Decreto Legislativo establece que el Ministerio de Economía y Finanzas queda autorizado a emitir las disposiciones correspondientes para el adecuado registro de



los compromisos firmes y contingentes cuantificables, las garantías, pasivos y demás instrumentos conexos y colaterales, así como de los ingresos derivados de los proyectos ejecutados bajo la modalidad de Asociación Público Privada. Para este efecto, la entidad pública correspondiente que posea la información, suministra, bajo responsabilidad, al Ministerio de Economía y Finanzas la información correspondiente en los términos y condiciones que dicho Ministerio establezca.

2.8 Sobre los límites

Por otro lado, el artículo 29 del Decreto Legislativo señala 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 Asociaciones Público Privadas calculado a valor presente, no podrá exceder de 12% del Producto Bruto Interno.

Asimismo, se ha dispuesto que el límite antes señalado podrá ser revisado cada tres años, pudiendo ser modificado mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, teniendo en cuenta los requerimientos de infraestructura y servicios públicos en el país y el impacto de los compromisos sobre la sostenibilidad de las finanzas públicas.

Finalmente, se dispone que a través de Resolución Ministerial del Ministerio de Economía y Finanzas se establecen los indicadores, parámetros y metodologías de cálculo para los compromisos firmes y contingentes cuantificables, gasto disponible y los pasivos a ser asumidos por las entidades públicas en los contratos de Asociación Público Privada.

Es importante resaltar que el establecimiento de límites al uso del mecanismo de Asociaciones Público Privadas se encuentra alineado con las recomendaciones²⁵ de la OCDE para minimizar los riesgos fiscales generados por el mismo. La OCDE señala que si bien, no son un sustituto para un planeamiento adecuado, el establecimiento de límites a los stocks y flujos de compromisos de largo plazo derivados de dichos contratos pueden ayudar a contenerlos en niveles consistentes con un adecuado manejo fiscal.

2.9 Sobre el Proceso Simplificado



El artículo 30 del Decreto Legislativo, establece que los proyectos de Asociación Público Privada destinados al desarrollo de servicios vinculados a la provisión de infraestructura pública o servicios públicos, proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica, así como aquellas Asociaciones Público Privadas que no contengan componente de inversión, se tramitan en un procedimiento simplificado cuyas fases y plazos serán establecidos en el Reglamento. Con esto, se busca brindar una mayor celeridad en la adjudicación de estos proyectos, que por sus características y complejidad, no requieren pasar por el análisis complejo de una Asociación Público Privada convencional. El proceso simplificado encuentra sustento porque es menos complejo, genera menos riesgos al Estado, y menores costos totales del proyecto.

Asimismo, el numeral 30.2 del mencionado artículo establece que el Ministerio, Gobierno Regional, Gobierno Local o Proinversión, actúan como Organismo Promotor de la Inversión Privada para la adjudicación de los proyectos antes mencionados, de acuerdo a los criterios

²⁵ Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships. OECD, 2012.

de relevancia y magnitud. Asimismo se establece que el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local pueden encargar el desarrollo del proceso a Proinversión.

2.10 De los Proyectos en Activos

A través del artículo 31 del Decreto Legislativo se establece que la promoción de la inversión privada sobre activos de titularidad de los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales se realiza mediante los siguientes esquemas: a) disposición de activos, que incluye la transferencia total o parcial, incluso mediante la permuta de bienes inmuebles, b) contrato de cesión de uso, arrendamiento, superficie, usufructo u otras modalidades permitidas por ley. En este sentido, se toma como referencia las modalidades establecidas en los literales a) y c) del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado, pero en este caso para ser aplicables a los proyectos sobre activos de los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales.

Asimismo, se establece que los contratos en este tipo de proyectos no pueden comprometer recursos públicos ni trasladar riesgos a la entidad pública, salvo disposición legal expresa.

2.11 Sobre las iniciativas privadas

El artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1012, de manera similar a la Ley N° 28059²⁶, dispone que las iniciativas privadas se realizan sobre proyectos de inversión en activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. En este contexto, el Decreto Legislativo en su artículo 33 mantiene la orientación de permitir la participación del sector privado a través de iniciativas privadas para proyectos que tengan como objeto: (i) el desarrollo de Asociaciones Público Privadas, (ii) Proyectos en Activos y (iii) los proyectos regulados en el Decreto Legislativo N° 674 vinculados a empresas del Estado. Las modalidades de Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos forman parte de la regulación e integración normativa propuesta en el Decreto Legislativo, cuya aplicación ha sido ampliamente desarrollada.



Respecto a las iniciativas privadas para los proyectos regulados en el Decreto Legislativo N° 674, su tramitación y procedimiento se realizarán a través de un procedimiento simplificado.

El artículo 33 del Decreto Legislativo se establece que las iniciativas privadas de ámbito nacional que recaen sobre proyectos de Asociaciones Público Privadas autofinanciadas, Proyectos en Activos y los proyectos regulados en el Decreto Legislativo N° 674, así como las iniciativas privadas para Asociaciones Público Privadas cofinanciadas de todos los niveles de gobierno, se presentan ante Proinversión, quien asume la competencia de Organismo Promotor de la Inversión Privada de las mismas; y, en el caso de iniciativas privadas para Asociaciones Público Privadas autofinanciadas y Proyectos en Activos de

²⁶ La iniciativa privada como mecanismo de participación y promoción de la inversión privada con base en ideas provenientes del sector privado, fue considerado en la Ley N° 28059, Ley Marco Promoción de la Inversión Descentralizada, la misma que estableció en su artículo 7 la aplicación de este mecanismo para proyectos de inversión sobre recursos estatales, permitiendo que todos los niveles de gobierno promuevan la inversión privada en (i) activos, (ii) empresas, (ii) proyectos, (iii) servicios, (iv) obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

ámbito regional o local, son presentadas ante los Organismos Promotores de la Inversión Privada de los Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales, según corresponda.

Para el caso de la formulación de las iniciativas privadas cofinanciadas, ésta se desarrolla bajo el ámbito de las normas del Sistema Nacional de Inversión Pública, siendo Proinversión la entidad facultada para la formulación de intervenciones y para reformular Proyectos de Inversión Pública, que no se encuentren en etapa de ejecución, cuyo objeto sea la provisión de infraestructura pública y la prestación de servicios públicos prioritarios, con la finalidad de desarrollar Asociaciones Público Privadas, estando el Comité Especial como responsable de dirigir las acciones necesarias para el cumplimiento de las funciones antes descritas, entre otras disposiciones, conforme a lo previsto en la Nonagésima Sexta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951. Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2013.

Respecto al carácter de peticiones de gracia a que se refiere el artículo 112 de la Ley N° 27444, se recoge la regulación que estuvo vigente en el artículo 15 del Reglamento de la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, aprobado por Decreto Supremo N° 015-2004-PCM y el artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1012, en el sentido que el derecho del proponente se agota con la presentación de la iniciativa privada. En ese sentido, el Decreto Legislativo también establece que el derecho del proponente se agota con la presentación de la iniciativa privada ante el Organismo Promotor de la Inversión Privada, dado que es el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local competente, la autoridad competente para estimar de acuerdo a sus planes y presupuestos, cuando corresponda, lo que resulte conveniente para el cumplimiento de sus objetivos estratégicos.

En tal sentido, se establece que no hay posibilidad de cuestionamiento o impugnación del pronunciamiento en sede administrativa o judicial y que las iniciativas privadas mantienen su carácter de petición de gracia hasta que se convoque el proceso de selección que corresponda o hasta la suscripción del contrato correspondiente en caso se adjudique directamente por no haber terceros interesados.

Finalmente, se señala que los Organismos Promotores de la Inversión Privada deben mantener el carácter confidencial y reservado de las iniciativas privadas que se presenten, bajo responsabilidad, hasta la Declaratoria de Interés.



2.12 Sobre la presentación de iniciativas privadas cofinanciadas

El marco normativo que ha venido regulando el trámite y evaluación de las iniciativas privadas cofinanciadas prevé como requisito de presentación, que el proponente sustente la importancia y consistencia del proyecto con los objetivos estratégicos de las entidades; y, luego de admitida a trámite la iniciativa privada cofinanciada por parte de Proinversión, el conjunto de las iniciativas privadas de competencia de las entidades, son enviadas a éstas para que emitan opinión sobre la consistencia de aquellas con sus objetivos estratégicos.

Sin embargo, a fin que las iniciativas presentadas por el sector privado sean consistentes con los objetivos estratégicos de las entidades, el artículo 34 del Decreto Legislativo establece que éstas se realizan en la oportunidad y sobre las materias que sean determinadas mediante Decreto Supremo refrendado por los Ministerios solicitantes y el Ministerio de Economía y Finanzas. Para ello, se dispone que los Ministerios incluidos en el Decreto Supremo deben publicar las necesidades de intervención en infraestructura

pública y servicios públicos, servicios vinculados a estos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica, así como la capacidad presupuestal máxima con la que cuentan para asumir dichos compromisos, previamente informada por el Ministerio de Economía y Finanzas.

Proinversión ha recibido, desde el 2013 a la fecha, 236 iniciativas privadas cofinanciadas, de las cuales 180 fueron admitidas a trámite. Este volumen de iniciativas genera una carga excesiva a una entidad que ha venido adjudicando un promedio de cerca de 9 proyectos por año. Es por esto que esta regla permite a los Ministerios dar a conocer cuáles son sus prioridades, definidas en función al interés público, así como su capacidad presupuestal máxima, otorgando una mayor predictibilidad al proceso y se reduzcan costos de transacción y gastos en la elaboración de iniciativas privadas cofinanciadas cuyos proyectos no sean de interés por los Ministerios o excedan su capacidad presupuestal.

En esta misma línea de planificación y comunicación sobre prioridades y capacidad de asumir compromisos por parte de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, se establece que la presentación de las Iniciativas Privadas cofinanciadas para proyectos a ser financiados por ellos se presentan anualmente ante Proinversión durante el plazo que determine el Reglamento, y se realizan sobre la base de lo publicado respecto a sus necesidades de intervención en infraestructura pública y servicios públicos, servicios vinculados a estos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica, así como la capacidad presupuestal máxima con la que cuentan para asumir dichos compromisos, previamente informada por el Ministerio de Economía y Finanzas.

2.13 Sobre el procedimiento para las iniciativas privadas

En relación con el procedimiento de las iniciativas privadas, el artículo 35 del Decreto Legislativo dispone que el periodo y los procedimientos de presentación, priorización, formulación y estructuración de dichas iniciativas son establecidos en el Reglamento.

No obstante ello, se ha estipulado una regla, referida a que si transcurrido el plazo de 150 días calendario desde la publicación de la Declaratoria de Interés, sin que ningún tercero manifieste su interés en la ejecución del proyecto, se procede a la adjudicación directa a favor del proponente de la Iniciativa Privada. Es de resaltar que se incrementa el plazo de 90 a 150 para promover la mayor participación de terceros interesados.

Finalmente, a efectos de un orden procedimental, se dispone que las iniciativas privadas para proyectos regulados en el Decreto Legislativo N° 674 son tramitadas conforme el procedimiento simplificado que establezca el Reglamento.

2.14 Sobre el reembolso de gastos a favor del proponente

Según el Banco Mundial²⁷, ofrecer un reembolso de los gastos realizados por el proponente trae consigo varias ventajas como mantener el interés del sector privado, incentivar la innovación en proponentes de distinto tamaño, entre otros. Sin embargo, también se advierte de la posibilidad de que se incremente la presentación de propuestas que tienen como objetivo el pago de los estudios realizados y no la adjudicación de los proyectos, por

²⁷ *Unsolicited Infrastructure Proposals, How Some Countries Introduce Competition and Transparency*. PPIAF, 2007.

lo que el Decreto Legislativo establece restricciones para fomentar que los proponentes presenten proyectos que les interesa desarrollar.

En este contexto, desde el Reglamento de la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, aprobado por Decreto Supremo N° 015-2004-PCM, se estableció que se reconocerán a favor de aquel que presentó la iniciativa privada, los gastos incurridos en la elaboración de su iniciativa, que a criterio del Organismo Promotor de la Inversión Privada sean razonables y se encuentren debidamente sustentados, siempre que éste no hubiese sido favorecido con la adjudicación correspondiente. El reembolso de gastos al proponente de la iniciativa privada también fue recogido en el Decreto Legislativo N° 1012.

En ese mismo sentido, el artículo 36 del Decreto Legislativo establece que se le reconocerá al proponente de la iniciativa privada, en caso participe en el proceso de promoción que se convoque y presente una propuesta económica declarada válida, los gastos efectivamente realizados, precisando que el reconocimiento es sobre aquellos gastos que estén directamente vinculados en la elaboración de la iniciativa privada, incluyendo los gastos correspondientes a los estudios de preinversión de ser el caso, así como los mayores gastos originados por la preparación de la información adicional solicitada por el Organismo Promotor de la Inversión Privada, que a criterio de éste sean razonables y hayan sido debidamente sustentados.

2.15 Sobre Proinversión

Respecto a Proinversión, tomando como base las funciones que han sido reconocidas en el TUE de Concesiones, Decreto Legislativo N° 674 y el Decreto Legislativo N° 1012, a través del artículo 37 del Decreto Legislativo se establece que dicho organismo se encarga de diseñar y concluir el proceso de promoción de la inversión privada mediante la modalidad de Asociaciones Público Privadas y proyectos de activos bajo el ámbito de su competencia, unificando la toma de decisiones dentro del proceso.

Asimismo, Proinversión mantiene las funciones asignadas en la noagésima sexta disposición complementaria final de la Ley N° 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2013.



Asimismo, se reconocen las distintas funciones de Proinversión y los órganos que la componen tales como su Consejo Directivo y los Comités Especiales. En el caso del Consejo Directivo, se indica que es la más alta autoridad de Proinversión y está integrado por cinco ministros de Estado. En el caso de los Comités Especiales, se precisa que las disposiciones previstas en el numeral 38.1 del artículo 38 del Decreto Legislativo no aplican al Comité Especial creado mediante la noagésima sexta disposición complementaria final de la Ley N° 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2013.

A su vez se señala que Proinversión es la entidad encargada de brindar asistencia técnica a las entidades públicas en el planeamiento, programación y formulación de proyectos de Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

2.16 Sobre el Registro Nacional de Contratos de Asociaciones Público Privadas

Sobre la base de lo que estableció el Decreto Legislativo N° 1012, el artículo 41 del Decreto Legislativo dispone que el Registro Nacional de Contratos de Asociaciones Público Privadas -registro administrativo de carácter declarativo- es administrado por el Ministerio

de Economía y Finanzas. En dicho registro se incorporan la Resolución Suprema, Acuerdo de Consejo Regional o Concejo Municipal que disponga la incorporación del proyecto al proceso de promoción, los contratos de Asociación Público Privada suscritos y sus adendas, entre otros documentos.


Asimismo, se ha dispuesto que las entidades públicas comprendidas en el artículo 2 del Decreto Legislativo y el Comité de Inversiones, tienen la obligación de remitir la información indicada en el párrafo anterior.

Por otro lado, también se ha estipulado que los Organismos Promotores de la Inversión Privada de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales deben solicitar su inscripción en el Registro, dentro de los diez días hábiles de publicado el Reglamento, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad; dicha solicitud es de aprobación automática, sujeto a fiscalización posterior.

El desarrollo del Registro Nacional de Contratos de Asociaciones Público Privadas, cuya información será de carácter público, salvo por lo señalado en la Segunda Disposición Complementaria del Decreto Legislativo, está alineado con el principio de transparencia del artículo 4 de la norma, así como con la Recomendación del Consejo sobre Principios para Gobernanza Pública de las Asociaciones Público Privadas de OCDE sobre la importancia de contar con un marco regulatorio claro y transparente en el que el acceso a la información y el proceso de toma de decisiones sea abierto y equitativo; y la recomendación de mantener la transparencia en los procesos de renegociación de contratos.

2.17 Sobre las Disposiciones Complementarias

El Decreto Legislativo contiene quince disposiciones complementarias finales, tres disposiciones complementarias transitorias, una disposición complementaria modificatoria y una disposición complementaria derogatoria.



Una de las disposiciones a destacar es la Cuarta Disposición Complementaria Final a través de la cual se dispone que las entidades públicas señaladas en el artículo 2 del Decreto Legislativo dan prioridad a los proyectos a desarrollarse mediante Asociaciones Público Privadas, en la valoración y permisos respecto del cumplimiento de los requisitos para la obtención de licencias, trámites y autorizaciones requeridas para el inicio y continuación de obras, en ese sentido, el solicitante de cada una de las autorizaciones, licencias y permisos debe señalar expresamente que el proyecto se refiere a una Asociación Público Privada. Esto viene en línea con la política del gobierno de simplificar y agilizar los procedimientos administrativos y que sin perjuicio de lo previsto en las normas aplicables, tengan como resultado la dinamización de la economía y la competitividad del país.

Otra disposición a destacar es la Décima Disposición Complementaria Final, la cual establece que la aplicación del principio de valor por dinero dispuesto en el artículo 11 del Decreto Legislativo, se evalúa conforme los criterios de elegibilidad que determine el Reglamento, siendo aplicable esta disposición incluso a los procesos que se encuentren en trámite. Sobre el particular, cabe señalar, que mediante los criterios de elegibilidad se sustituye el análisis comparativo previsto en el Decreto Legislativo N° 1012; de esta manera, la aplicación del principio de valor por dinero se plasma con el análisis derivado de los criterios de elegibilidad conforme lo determine el reglamento. Con ello, se agiliza el proceso de evaluación a fin que se disminuya el tiempo para la adjudicación de los proyectos.

Es importante mencionar, con relación a lo dispuesto en la Décima Disposición Complementaria Final, que uno de los principios de gobernanza pública de las Asociaciones Público Privadas propuesto por la OCDE²⁸, señala que la elección de la modalidad de Asociación Público Privada debe basarse en la generación de valor por dinero. En función a ello, la OCDE recomienda evaluar previamente los factores de riesgo y las características de cada proyecto. En ese sentido, como parte de esta evaluación, sugieren considerar factores como los costos del proyecto (de financiamiento, construcción y operación), los riesgos involucrados y la capacidad de transferirlos al privado cuando corresponda, las condiciones del mercado de posibles postores, la experiencia con la que se cuenta utilizando el mecanismo de Asociación Público Privada en proyectos similares, los potenciales beneficios de combinar la construcción del activo con la provisión de servicios, la escala del proyecto, la capacidad de alinear los incentivos del privado con el logro de resultados, entre otros. En esta línea, países como México, Colombia y Canadá han desarrollado cuestionarios para hacer una evaluación cualitativa de los proyectos que están considerando desarrollar bajo la modalidad de Asociación Público Privada.

En la Segunda Disposición Complementaria Final se establece que la información vinculada a las evaluaciones económico financieras que sirvan para determinar las variables de competencia utilizadas en el diseño y estructuración de los procesos de promoción de la inversión privada que forme parte del Registro Nacional de Contratos de Asociaciones Público Privadas, se encuentra sujeto a la excepción al ejercicio del derecho de acceso a la información, por calificar como información confidencial. Lo dispuesto en el Decreto Legislativo, mantiene el carácter de confidencialidad en línea con la Décima Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1012, introducida por la Ley N° 30167. La excepción al derecho de acceso a la información tiene sustento además en lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 17 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM, que establece que, no se puede ejercer el derecho de acceso sobre información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, tal y como es el caso de la actuación de las entidades en el diseño final de los contratos de Asociación Público Privada, que utilizan como fuente la estructuración del proyecto a las evaluaciones económico financieras y la información vinculada a éstas, que sirvieron para determinar las variables de competencia.



En el caso de la Décimo Cuarta Disposición Complementaria Final, se indica que el Ministerio de Economía y Finanzas formula la política nacional de promoción de la inversión privada en Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, la misma que será aprobada mediante Decreto Supremo en un plazo no mayor a 90 días calendario posteriores a la publicación de la presente norma. Lo dispuesto va de la mano y en cumplimiento de lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo que establece que las políticas nacionales se aprueban por decreto supremo.

Finalmente, la Décimo Quinta Disposición Complementaria Final establece el Ministerio de Economía y Finanzas en el marco del Sistema Nacional de Inversión Pública evaluará y emitirá, conforme corresponda, las herramientas metodológicas para optimizar los proyectos de inversión pública contenidos en las Asociaciones Público Privadas Cofinanciadas, ello en la medida en que el diseño de una Asociaciones Público Privadas

²⁸ *Standardisation of PF2 Contracts. HM Treasury, 2012*

no responde típicamente a las características propias de las normas que regulan el desarrollo de obras públicas.

3. ANÁLISIS DE IMPACTO DE LA VIGENCIA DEL DECRETO LEGISLATIVO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El Decreto Legislativo deroga las siguientes normas:

- Ley N° 26440, en razón a que dicha ley amplió el alcance del Decreto Legislativo N° 674 a todas las entidades que se encontraban bajo responsabilidad de los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, con el fin que puedan desarrollar proyectos de transferencia de activos y celebrar contratos de cesión de uso, usufructo u otras modalidades permitidas por ley; en ese sentido, el Decreto Legislativo regula la modalidad de Proyectos en Activos mediante la cual los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, pueden desarrollar los proyectos de inversión antes mencionados, por lo que no resulta necesario mantener la vigencia de la Ley N° 26440.
- Ley N° 27701, debido a que el Decreto Legislativo contiene reglas sobre la participación de los Organismos Reguladores en las distintas fases de las Asociaciones Públicos Privadas, entre ellas, la oportunidad para emitir opinión sobre la versión final del contrato y las propuestas de adenda.
- Decreto Supremo N° 059-96-PCM excepto el primer y segundo párrafo del artículo 19 y el artículo 22. Cabe señalar que la derogación del TUO de Concesiones se justifica debido a que el Decreto Legislativo ha incorporado las reglas contenidas en los artículos de dicha norma, ampliando en la mayoría de casos su aplicación a las Asociaciones Público Privadas en general –no solo a concesiones-, considerando para ello el objeto y naturaleza de lo regulado en dichos artículos. Asimismo, no se derogan el primer y segundo párrafo del artículo 19 y el artículo 22, debido a que dichos artículos contienen temas tributarios, los cuales no han sido materia de la delegación de facultades dispuesta por la Ley N° 30335.
- Ley N° 28059, debido a que el Decreto Legislativo contiene los principios y reglas aplicables para la promoción de la inversión privada en Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos en los tres niveles de gobierno (Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales), en virtud de la política de descentralización del país.
- Decreto de Urgencia N° 008-2005, en razón a que el Decreto Legislativo contiene un artículo específico que regula la constitución de fideicomisos para la administración de los pagos e ingresos derivados de los contratos de Asociación Público Privada, por parte de los Ministerios, Gobiernos Regionales y el Gobiernos Locales. Asimismo, se regula la forma de aprobación de dichos fideicomisos.
- Decreto de Urgencia N° 011-2005, debido a que el Decreto Legislativo establece las reglas para el otorgamiento de garantías por parte del Estado en las Asociaciones Público Privadas.
- Ley N° 26885, debido a que el Decreto Legislativo contiene disposiciones referidas al derecho para establecer una hipoteca sobre la concesión, previa autorización del Estado, y constituir garantía sobre los ingresos respecto a obligaciones derivadas de los contratos de Asociación Público Privada.
- Ley N° 29096, en razón a que el Decreto Legislativo establece la regla referida a que el registro contable de los saldos de las acreencias, así como de las cuentas por cobrar y gestión de acreencias que se generen en el marco de los procesos de promoción de la inversión privada de competencia del Gobierno Nacional a que se refiere el presente Decreto Legislativo y el Decreto Legislativo N° 674, se encuentra a cargo de Proinversión.



- Decreto Legislativo N° 1012, debido a que dicha norma contenía el marco regulatorio de las Asociaciones Público Privadas en el Perú, el cual se ha integrado y mejorado en el Decreto Legislativo.

Asimismo, se modifica el literal c) del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 674, retirando a la concesión como una modalidad regulada en dicha norma, debido a que el Decreto Legislativo es el texto legal que contiene la regulación de las Asociaciones Público Privadas, lo cual incluye a la concesión.

4. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO DEL DECRETO LEGISLATIVO

La aprobación del Decreto Legislativo coadyuva al desarrollo de las Asociaciones Público Privadas y los Proyectos en Activos en los tres niveles de gobierno, brindando un marco legal claro, consistente, unificado y acorde con las mejores prácticas a nivel internacional, en especial las Recomendaciones del Consejo sobre Principios para Gobernanza Pública de las Asociaciones Público Privadas de OCDE.

La promulgación del presente Decreto Legislativo no implica costo adicional al erario nacional ni irrogará costos sustanciales a los agentes involucrados. Por el contrario, la aplicación del Decreto Legislativo reducirá los costos de transacción a las partes involucradas, mejorará la calidad de las Asociaciones Público Privadas, asegurará la transparencia y correcta aplicación de las distintas modalidades de participación de la inversión privada; finalmente, generará un mayor incentivo a la participación de la inversión privada en las modalidades contempladas en el Decreto Legislativo.

