

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



Título

**“IMPLEMENTACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS INTERNACIONALES PARA
EVITAR RENEGOCIACIONES CONTRACTUALES OPORTUNISTAS EN
ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN EL PERÚ”**

**TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN
REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

AUTOR

MANUEL EDUARDO ALVA MALPARTIDA

ASESORA

SILVANA PARTRICIA ELÍAS NARANJO

Noviembre, 2018

RESUMEN

Las renegociaciones contractuales en Asociaciones Público Privadas (en adelante, APP) es un tema actual que tiene la atención del Gobierno de turno, el sector privado y los académicos. A pesar de ello, son un instrumento que presenta varios problemas y que no se ha estudiado con detenimiento en el Perú.

Se han realizado estudios criticando las adendas, otros señalando que bien ejecutadas estas no son “malas” per se, sin embargo, aún quedan interrogantes, como por ejemplo ¿cuál es la regulación ideal y cuáles son las buenas prácticas internacionales que tienen que ser usadas para limitar los comportamientos oportunistas de los inversionistas y del Estado en la celebración de renegociaciones contractuales en contratos realizados bajo la modalidad de APP en Perú?

Así, el problema que origina la presente investigación es que, dada la experiencia en diversos proyectos realizados bajo la modalidad de APP, existe un marco regulatorio insuficiente que no utiliza buenas prácticas que permitan limitar correctamente el comportamiento oportunista de los inversionistas y del Estado en relación a las modificaciones contractuales en APP.

Por tanto, la justificación y motivación para realizar la presente tesis, se basa en que las renegociaciones contractuales en APP son un instrumento que presenta varios problemas y que no existen estudios en el Perú sobre cuál es su regulación ideal y cuáles son las buenas prácticas internacionales que tienen que ser usadas para limitar los comportamientos oportunistas de estos actores en la celebración de mencionadas renegociaciones contractuales.

ABSTRACT

Contractual renegotiations in Public Private Partnerships (hereinafter, PPP) is a current issue that has the attention of the Government of the moment, the private sector and academics. Despite this, they are an instrument that presents several problems and that has not been studied carefully in Peru.

Studies have been carried out criticizing the addenda, others indicating that well executed these are not "bad" per se, nevertheless, there are still questions, such as what is the ideal regulation and what are the good international practices that have to be used to limit the opportunistic behavior of investors in the conclusion of contractual renegotiations in contracts made under the PPP modality in Peru?

Thus, the problem that originates the present investigation is that, given the experience in various projects carried out under the PPP modality, there is no suitable regulatory framework that uses international good practices that allow to correctly limit the opportunistic behavior of investors and the State in relation to the contractual modifications in APP.

Therefore, the justification and motivation to carry out this thesis, is based on the fact that contractual renegotiations in PPP are an instrument that presents several problems and that there are no studies in Peru about what is their ideal regulation and what are the international good practices that they must be used to limit the opportunistic behavior of these actors in the celebration of said contractual renegotiations.

DEDICATORIA

A mi padre Manuel y a mi madre Mónica.

Por su amor y apoyo incondicional, por darme mi carrera y por demostrarme que con sacrificio y siendo buenas personas, se llega muy lejos. Los amo.

A mi esposa Milagros.

Por su amor, apoyo, paciencia y comprensión. Por ser mi compañera de vida incondicional. Te amo.

A mis hermanos Alejandra y Leonardo.

Por darme tantas alegrías y permitirme conocer el verdadero amor fraternal. Siempre estaré para ustedes. Los amo.



Tabla de contenido

Tabla de contenido.....	4
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO 1: MARCO TEÓRICO.....	10
1. EVOLUCIÓN DEL PROCESO	10
2. ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS	14
3. MODIFICACIÓN CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS DE APP.	16
a. TEORÍA DE LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ORIGINADOS BAJO LA MODALIDAD DE APP.	16
b. MARCO LEGAL DEL PROCESO DE RENEGOCIACIONES CONTRACTUALES EN LOS CONTRATOS DE APP.	18
c. MARCO INSTITUCIONAL EN DONDE SE DESARROLLAN RENEGOCIACIONES CONTRACTUALES EN LOS CONTRATOS DE APP.	18
CAPÍTULO 2: BUENAS PRÁCTICAS INTERNACIONALES EN LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES EN APP	20
1. LECCIONES APRENDIDAS Y BUENAS PRÁCTICAS	20
2. LAS BUENAS PRÁCTICAS IDENTIFICADAS POR LOS ORGANISMOS E INSTITUCIONES INTERNACIONALES EN RELACIÓN A LAS RENEGOCIACIONES CONTRACTUALES EN APP.	22
a. Planificación y divulgación completa de información.	22
b. Buena estructuración y diseño del Contrato.....	23
c. Provisión de ajustes.	24
d. Sólido marco normativo y capacitación de funcionarios	24
3. LAS BUENAS PRÁCTICAS EN LA DOCTRINA INTERNACIONAL EN RELACIÓN A LAS RENEGOCIACIONES CONTRACTUALES EN APP.	24
a. Existencia de un buen marco regulatorio: valor por dinero, distribución de riesgos, provisión continua de los servicios con la calidad requerida.	25
b. Competencia y buena asignación de riesgos.....	25
c. Correcta estructuración de bases y contratos, buen diseño regulatorio e institucional .	26
4. BUENAS PRÁCTICAS IDENTIFICADAS BAJO LOS CRITERIOS DE EVALUACIÓN.	27
CAPÍTULO 3: APLICACIÓN DE LAS BUENAS PRÁCTICAS INTERNACIONALES SOBRE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL AL MARCO NORMATIVO PERUANO	28
1. MARCO NORMATIVO PERUANO VIGENTE SOBRE APP Y SUS BUENAS PRÁCTICAS EN RENEGOCIACIONES CONTRACTUALES.	28

a.	Buenas Prácticas Nacionales Bien Implementadas	31
i.	Equilibrio económico financiero y competencia.....	31
ii.	Valor por dinero	33
iii.	Cambio del objeto y monto de inversión.	34
iv.	Inversiones adicionales al proyecto.....	34
b.	Buenas Prácticas Nacionales Mal Implementadas.....	34
i.	Evaluación conjunta	34
1.	Participación no vinculante de los actores competentes para dar opinión en las adendas. 34	
2.	Evaluación Conjunta a cargo de PROINVERSIÓN	36
ii.	Opinión no vinculante de la CGR.....	37
iii.	Límite temporal	38
iv.	Cláusula anticorrupción	39
c.	Relación de las Buenas Prácticas Nacionales con las Internacionales	42
2.	PROBLEMAS EXISTENTES EN LAS RENEGOCIACIONES CONTRACTUALES EN EL PERÚ, BUENAS PRÁCTICAS INTERNACIONALES QUE PUEDEN DAR SOLUCIÓN A ESTOS Y PROPUESTA DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL.....	42
a.	Adendas por regularización y/o suscripción de actas.	43
i.	Problema.	43
ii.	Buena práctica a utilizarse.	44
iii.	Propuesta de modificación.....	44
b.	Persecución a los funcionarios por sus decisiones de gestión.	45
i.	Problema.	45
ii.	Buena práctica a utilizarse.	46
iii.	Propuesta de modificación.....	46
c.	Inexistencia de un mecanismo de participación de los usuarios en el proceso de evaluación de adendas.....	47
i.	Problema	47
ii.	Buena práctica a utilizarse.	48
iii.	Propuesta de modificación.....	49
d.	Alta rotación laboral en los Ministerios, Gobiernos Locales y Gobiernos Regionales. ..	50
i.	Problema.	50
ii.	Buena práctica a utilizarse.	51

iii.	Propuesta de modificación.....	52
e.	Motivación no adecuada en el sustento de las solicitudes de adendas y cumplimiento de procedimiento de renegociaciones.....	52
i.	Problema.	52
ii.	Buena práctica a utilizarse.....	53
iii.	Propuesta de modificación.....	53
f.	El proceso de deliberación en la evaluación de las renegociaciones contractuales no es público y debería serlo.....	54
i.	Problema.	54
ii.	Buena práctica a utilizarse.....	55
iii.	Propuesta de modificación.....	55
g.	Falta de Institucionalidad	56
i.	Problema.	56
ii.	Buena práctica a utilizarse.....	57
h.	Evaluación conjunta	58
i.	Problema	58
ii.	Buena práctica a utilizarse.....	58
iii.	Propuesta de modificación.....	59
i.	Ofertas Temerarias	60
i.	Problema.	60
ii.	Buena práctica a utilizarse.....	60
iii.	Propuesta de modificación.....	60
j.	Publicación de las opiniones de los actores competentes en modificaciones contractuales.	61
i.	Problema	61
ii.	Buena práctica a utilizarse.....	62
iii.	Propuesta de modificación.....	62
	CONCLUSIONES	64
	RECOMENDACIONES.....	66
	TRABAJOS CITADOS	67
	BIBLIOGRAFÍA.....	72
	ANEXOS.....	80

INTRODUCCIÓN

En menos de 3 años el marco normativo referido a las APP ha sido modificado 3 veces. El primer gran cambio se dio a través del Decreto Legislativo N° 1224, que aprobó la Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante APP y Proyectos en Activos y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF¹ (en adelante el Reglamento del D.L N° 1224). Este marco normativo derogó el Decreto Legislativo N° 1012 y su reglamento.

La segunda, a través del Decreto Legislativo N° 1251, modificado por el Decreto Legislativo N° 1333, que modificó el Decreto Legislativo N° 1224, y el Decreto Supremo 068-2017-EF, que modificó el Reglamento². Todas estas normas se consolidaron en un Texto Único Ordenado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 254-2017-EF.

La tercera, a través del Decreto Legislativo N° 1362 (en adelante, Ley), que derogó el Decreto Legislativo N° 1224 y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 240-2018-EF (en adelante el Reglamento)

Estos cambios a través del tiempo fueron justificados, de acuerdo al Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, MEF) (MEF, 2015), por diversas razones, siendo una de estas la alta variabilidad en los contratos (adendas oportunistas), lo que ha sido considerado como un punto débil en los procesos de promoción. Por otro lado y relacionado con lo anterior, otra razón fue el inadecuado nivel de transparencia en los procesos de promoción de la inversión privada (MEF, 2018).

Así, sobre este tema (adendas oportunistas), se han dado un sin número de declaraciones.

El MEF, por ejemplo, señaló que la nueva Ley de APP “*pondrá fin a la celebración indiscriminada de adendas*” (Diario Perú 21, 2017).

¹ Ambas normas entraron en vigencia el 28 de diciembre del año 2015.

² Ambas normas entraron en vigencia el 29 de marzo del año 2017.

Asimismo, el Diario Gestión señaló que *“entre los cambios destaca que los contratos de APP ya no admitirán la posibilidad de celebrar adendas de “bancabilidad”, tal como sucedió en el caso del proyecto para la construcción del aeropuerto internacional de Chinchero”* (Diario Gestión, 2017).

Refiriéndose también al caso de Chinchero, Édgar Alarcón, el entonces Contralor General de la República, señaló que *“la adenda del proyecto aeropuerto Internacional Chinchero (Cusco) registra varios riesgos que pudieron ser revisados por la Contraloría antes de firmarse la modificación”* (Diario Gestión, 2017)

Por otro lado, el Diario El Comercio señaló que *“la suscripción de las adendas vinculadas a los distintos tramos de la Interoceánica también despiertan suspicacias”* Asimismo añadió que *“si bien las adendas a contratos de concesión no son perjudiciales per se, la forma en la que fueran aprobadas resulta inusual en la práctica comercial. Así, por ejemplo, las terceras adendas de cada uno de los tramos 2, 3 y 4 de la IIRSA Sur se firmaron menos de dos meses después de las segundas”* (Diario El Comercio, 2017)

Como podemos apreciar, la realización de renegociaciones contractuales en APP es un tema actual que tiene la atención del Gobierno de turno, el sector privado y los académicos.

A pesar de ello, son un instrumento que presenta varios problemas y que no se ha estudiado con detenimiento en el Perú. Se han realizado estudios criticando las adendas, otros señalando que bien ejecutadas estas no son “malas” per se, sin embargo, aún quedan interrogantes, como por ejemplo ¿cuál es la regulación ideal y cuáles son las buenas prácticas internacionales que tienen que ser usadas para limitar los comportamientos oportunistas de los inversionistas y del Estado en la celebración de renegociaciones contractuales en contratos realizados bajo la modalidad de APP en Perú?

Así, el problema que origina la presente investigación es que, dada la experiencia en diversos proyectos realizados bajo la modalidad de APP, existe un marco regulatorio insuficiente que no utiliza buenas prácticas que permitan limitar correctamente el comportamiento oportunista de los inversionistas y del Estado en relación a las modificaciones contractuales en APP.

Por tanto, la justificación para realizar la presente tesis, se basa en que renegociar contratos en APP es un instrumento que presenta varios problemas, no habiéndose estudiado extensamente

en el Perú, cuál es la regulación ideal y cuáles son las buenas prácticas que tienen que ser usadas para limitar los comportamientos oportunistas de estos actores en la celebración de mencionadas renegociaciones contractuales.

Pretendemos proponer, entonces, una modificación al marco normativo vigente de APP que limite las renegociaciones contractuales oportunistas.

Para ello, se identificará y analizará las buenas prácticas internacionales de regulación en modificaciones contractuales en APP y, en base a ello, se hará una evaluación de la aplicación de estas al ordenamiento peruano, con el objeto de proponer una modificación del marco normativo actual sobre APP.



CAPÍTULO 1: MARCO TEÓRICO

En el presente capítulo se desarrollará la evolución normativa del proceso de promoción de la inversión privada en el Perú (en adelante, Proceso), como un marco teórico general que nos permitirá describir a detalle a las APP, poniendo énfasis en su proceso de renegociación contractual.

1. EVOLUCIÓN DEL PROCESO

El Estado, en los noventa, realizaba actividad empresarial en diversos sectores, por tanto, era el encargado de suministrar los servicios básicos que necesita toda sociedad, como el agua y saneamiento, la energía, entre otros (servicios públicos).

En esta época, además, el país se encontraba en un estado crítico, existía hiperinflación, déficit fiscal, deuda externa, entre otros problemas.

Debido a ello, se inició un proceso que tenía como finalidad promocionar la inversión privada, y para lograrlo, se tenía como objetivo transferir a los privados, sectores de la economía peruana que estuvieron a manos del Estado, hasta ese momento. De esa manera, se buscaba revertir los problemas por los cuales atravesaba el país.

Las dos modalidades esenciales con las que se realizó este proceso, fueron las privatizaciones de empresas estatales y, mediante concesiones, la prestación de servicios y la construcción de obras de infraestructura pública.

Así, en el año 1991 se promulgaron las siguientes normas que originaron el Proceso:

- Decreto Legislativo N° 662, “Ley del Régimen de Estabilidad Jurídica a la Inversión Extranjera mediante el reconocimiento de ciertas garantías” del 02 de setiembre de 1991, mediante el cual se creó un clima favorable para las inversiones extranjeras.

- Decreto Legislativo N° 674, “Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado” del 27 de setiembre de 1991, la cual otorgó a los inversionistas herramientas eficaces para la obtención de las Empresas del Estado, con la finalidad de brindarles seguridad jurídica.

Este Decreto Legislativo también creó un organismo rector denominado COPRI (Comisión De la Promoción de la Inversión Privada), que fue la encargada de desarrollar el Proceso, teniendo como ámbito de competencia, a los proyectos de las empresas estatales.

Una de las primeras privatizaciones de mayor envergadura, fue la que involucraba a las empresas de telefonía en el Perú, las cuales fueron adjudicadas en un proceso competitivo, por aproximadamente doscientos millones de dólares, a la empresa Telefónica de España, constituyendo uno de los mayores triunfos en esta etapa del Proceso.

- Decreto Legislativo N° 757, “Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada” de fecha 13 de noviembre de 1991, el cual establece reformas en la estructura de la economía peruana a favor del incremento de la inversión privada.
- Decreto Legislativo N° 758, “Normas para la Promoción de la Inversión Privada en la Infraestructura de Servicios Públicos”, el cual creó el sistema mediante el cual el Estado podía entregar al sector privado, la elaboración, explotación y rehabilitación de obras de infraestructura de carácter público.

Seguidamente, en el año 1993, este proceso que brindó facilidades para el crecimiento de la inversión privada en el país, se consolidó constitucionalmente con la emisión de la Constitución Política del Perú de 1993, la cual, en su rubro económico, tiene las siguientes características:

- Se incentiva la inversión privada de manera libre, dentro de un escenario competitivo, en todos los sectores económicos.
- La igualdad entre inversionistas extranjeros y nacionales.

- El Estado asume un rol promotor en el desarrollo de proyectos a manos de inversionistas privados, y solo a falta de estos, ejercerá actividad empresarial (rol subsidiario).
- Se garantizan los derechos reales, la libertad contractual, el derecho al trabajo, entre otros.
- La posibilidad de que los Inversionistas y el Estado puedan recurrir, para solucionar sus controversias, al arbitraje internacional o internacional.

Señalado esto, podemos describir a las etapas por las cuales se ha desarrollado el Proceso.

En una primera etapa (1991-1998), se desarrollaron procesos de privatización, los cuales tuvieron como objeto vender las acciones y los principales activos tangibles e intangibles de las Empresas del Estado a personas jurídicas privadas, con el fin de solucionar los problemas de deuda externa, difícil fiscal, hiperinflación, entre otros. En esta etapa, el mecanismo menos utilizado fue la concesión. (Martín Tirado, 2013: 61).

En una segunda etapa (1998-2008), una vez que disminuyeron los activos improductivos del Estado y las acciones que este podría transferir, y debido a que el Estado aún estaba obligado a velar por las necesidades sociales y económicas del país, la figura de la concesión empezó a ser utilizada. (Martín Tirado, 2013: 61).

En esta etapa, una de las principales concesiones que se llevó a cabo es la correspondiente al proyecto “Carretera Arequipa – Matarani”, siendo la primera que se desarrolló teniendo como base legal al Decreto Legislativo N° 758. Este proyecto que tuvo como objetivo explotar, rehabilitar y mantener tramos viales, fue un importante hito en el Proceso, debido a que inició la tradición de utilizar la herramienta de la concesión en el Perú.

Posteriormente, con la finalidad de ordenar y recopilar la diversa normativa sobre concesiones en el país, se emitió, en diciembre de 1996, el Decreto Supremo N° 059-96-PCM, que aprobó el “Texto Único Ordenado de la normas con rango de Ley que regulan la entrega en Concesión al sector privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos”, y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM.

Bajo este marco normativo, se han desarrollado diversos proyectos de obras públicas de infraestructura como carreteras, aeropuertos y puertos, entre otros, con la finalidad de disminuir el desfase de infraestructura del Perú, así como también la provisión de servicios públicos, en sectores como la telefonía, el saneamiento, entre otros.

Sin embargo, esta norma, tenía como limitación que no permitía otro modelo contractual que no sea la concesión, lo que fue superado en una tercera etapa.

En esta etapa (2008 en adelante), se publicó el Decreto Legislativo N° 1012, que aprueba la “*Ley Marco de Asociaciones Públicos – Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada*”³.

En esta etapa se comenzaron a utilizar APP, entendidas como las “*modalidades de participación de la inversión privada, en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública y/o proveer servicios públicos bajo los mecanismos contractuales permitidos por el marco legal vigente*”. (MEF, 2015)

Las APP como herramienta para desarrollar inversión privada, fueron introducidas en el marco normativo peruano, como un mecanismo de asignación de riesgos más alineados a las necesidades del Proceso y a la realidad del país, en función de lo que la sociedad necesitaba.

En la misma línea, de acuerdo con Richard Martín, “*la justificación de su incorporación normativa en el modelo contractual peruano es aquella que la vincula al agotamiento del modelo clásico del Estado Intervencionista y a la propia constatación de los límites de la actuación estatal para afrontar las necesidades crecientes de la sociedad en materia de infraestructura y de provisión de servicios públicos*” (Martín Tirado, 2013: 61).

En esta etapa el Estado se encontró con problemas organizativos y de gestión, así como con problemas de financiamiento, lo que originó que se realicen acuerdos con el sector privado, para recibir de estos, la tecnología, la gerencia, el financiamiento, entre otros, necesarios para poder

³ Esta norma entra en vigencia el 13 de mayo del 2008.

brindar adecuadamente a la sociedad servicios y obras básicas a través de proyectos bajo esta modalidad.

Mediante Decreto Legislativo N° 1224, se aprobó el “Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante APP y Proyectos en Activos” y su Reglamento.

Dentro las principales novedades de esta norma, se encuentran la creación de un sistema unificado que concentra a los actores competentes del Proceso (Sistema Nacional de Inversión Privada), la organización de las APP en diferentes etapas, entre otras.

Estas normas fueron modificadas por el Decreto Legislativo N° 1251 y el Decreto Supremo N° 068-2017-EF, respectivamente.

Posteriormente, mediante Decreto Supremo N° 254-2017-EF, publicado el 31 de agosto de 2017, se aprobó el “Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 1224” (en adelante “TUO”).

Finalmente, mediante Decreto Legislativo N° 1362 y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 240-2018-EF (vigentes desde el 31 de octubre de 2018, que derogan al Decreto Legislativo 1224 y su Reglamento, y que crean un nuevo ordenamiento jurídico para el desarrollo de la inversión privada en el país.

2. ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS

De acuerdo al artículo 29 del Reglamento, las APP son:

“Las APP constituyen una de las modalidades de participación de la inversión privada, en la que se distribuyen de manera adecuada los riesgos del proyecto y se destinan recursos preferentemente del sector privado, para la implementación de proyectos en los que se garanticen Niveles de Servicios óptimos para los usuarios. Esta modalidad se implementa mediante Contratos de largo plazo, en los que la titularidad de las inversiones desarrolladas pueden mantenerse, revertirse o ser transferidas al Estado, según la naturaleza y alcances del proyecto y a lo dispuesto en el respectivo Contrato”. (MEF , 2018)

Es decir, son alianzas entre una entidad del sector público (Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local) (en adelante, Titular del Proyecto), con el sector privado, que puede estar conformado por empresas nacionales o extranjeras, que tienen como objeto dividirse riesgos para realizar proyecto que tienen como fin desarrollar obras de infraestructura pública o prestar servicios públicos.

Estos proyectos se materializarán mediante contratos de mantenimiento, operación, gerencia, la clásica concesión, entre otros.

Por otro lado, de acuerdo al artículo 29.8 del Reglamento, *“No son APP los proyectos cuyo único alcance sea la provisión de mano de obra, de oferta e instalación de equipos, construcción o ejecución de obras públicas, ni la explotación y/o mantenimiento de activos de dominio privado del Estado”*. (MEF, 2018)

Estos proyectos mencionados que no califican como APP, son los que se desarrollan en el marco de la Ley N° 30225, “Ley de Contrataciones del Estado”. Así, por ejemplo, proyectos que tengan como objeto la edificación de las oficinas administrativas de SUNAT o la compra de 100 computadoras para el Ministerio de Educación, no son considerados APP.

De acuerdo al Artículo 22 de la Ley, las APP se clasifican en autofinanciadas y cofinanciadas. Las APP autofinanciadas son las que no necesitan de recursos del estado para ser autosuficientes económicamente. Este tipo de proyectos generan ingresos por sí mismos, por ejemplo, con los peajes, en el caso de Proyectos Viales, o con tarifas a los usuarios, en el caso de los proyectos de Energía. De acuerdo al mencionado artículo 22 de la Ley, son también APP autofinanciadas, aquellas que poca o ninguna posibilidad de requerir garantías no financieras o financieras por parte del Estado. (MEF, 2018)

En referencia a las garantías financieras, estas son aseguramientos que da el Estado para asegurar el financiamiento de los proyectos, como por ejemplo mediante la emisión de bonos o mediante préstamos. Por otro lado, las garantías no financieras, son aquellos aseguramientos que da el Estado para mitigar los riesgos en un proyecto de APP, como por ejemplo garantizar un ingreso mínimo anual al privado, sin importar la cantidad real de la demanda.

Finalmente, de acuerdo al ya citado Artículo 22 de la Ley, las APP cofinanciadas, son aquellas cuyo financiamiento no es autosuficiente, necesitando financiamiento público o el otorgamiento de garantías no financieras o financieras por parte del Estado, para su desarrollo. (MEF, 2018)

3. MODIFICACIÓN CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS DE APP.

a. TEORÍA DE LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ORIGINADOS BAJO LA MODALIDAD DE APP.

No obstante que su perfeccionamiento vuelva al contrato de concesión obligatorio para las partes, estas mediante su autonomía de voluntad pueden renegociar y modificar los términos del mismo, si así lo acuerdan.

La principal causa de la renegociación contractual de los contratos originados bajo la modalidad de APP es su naturaleza incompleta, debido a que las partes están imposibilitadas de conocer todas las circunstancias que se darán en el futuro y que tengan injerencia directa con el contrato, pudiéndose renegociar los términos cuando existan eventos que dificulten el desarrollo normal del proyecto (Guasch, 2005: 95-103).

Sobre el tema, Dromi señala:

“Evidentemente, al contratar era posible prever que determinadas circunstancias podrían llegar a producirse. En este sentido, muchas de las disposiciones contractuales, en un esfuerzo de prospectiva, pretendieron anticiparse a los acontecimientos, de ahí la minuciosidad de estos contratos. (...) Pero, la realidad ha demostrado nuevamente ser capaz de superar cualquier previsión, que por los demás no podría anticipar la forma o magnitud de las contingencias, ante el dinamismo de un proceso de cambio estructural. Estos contratos de transformación se hallan sujetos por su dinamismo a causas exógenas: políticas, económicas y sociales, y la realidad nos demuestra que están sufriendo o debatiéndose, por la transformación de las condiciones oportunamente pactadas, frente a la imposibilidad de su cumplimiento en la forma en la que fueron convenidos” (DROMI, 1988: 60-61)

De acuerdo a lo anterior podemos observar que, la realidad y el cambio de circunstancias a lo largo del tiempo, supera a lo previsto en este tipo de contratos. De esta manera, la renegociación con objeto de modificar los contratos de concesión es válida y no tiene relación con el problema de diseño del contrato, siempre y cuando esté justificada por eventos posteriores a la firma de contrato, que tengan carácter extraordinario y que no se hayan podido prever, y que podrán estar relacionados con la etapa operativa del proyecto, o con cambios económicos, sociales, entre otros (Suto , Azana, Chamorro, Leon, & Menchola, 2013: 40).

Es importante recalcar que, las dificultades en la estructuración de los contratos de APP, no se pueden identificar como causas de modificación contractual que hayan sido originadas por eventos o circunstancias prestablecidas en el contrato como supuestos de renegociación. Esto, debido a que dichos supuestos no reúnen las características de ser eventos posteriores a la firma de contrato, que tengan carácter extraordinario y que no se hayan podido prever; por el contrario, son situaciones que han sido acordadas por las partes y que tendrán que cumplir durante la ejecución contractual (Suto , Azana, Chamorro, Leon, & Menchola, 2013: 40).

Por otro lado, hay que tener en cuenta que las modificaciones contractuales en las APP no deben cambiar los beneficios obtenidos por un concesionario en un concurso competitivo, ya que el objeto de este es otorgarle el proyecto y consecuentemente todos sus derechos inherentes, por ser el postor que presentó la propuesta más eficiente. (Dromi, 1988: 97). Así, los contratos de APP se renegocian por la existencia de eventos que las partes no pudieron prever debido a que, por naturaleza, estos contratos de larga duración son incompletos, y debido a que el desarrollo de la ejecución contractual de las APP demostró la insuficiencia de previsiones contractuales acordadas entre las partes (Dromi, 1988: 97).

En conclusión, existe una imposibilidad para que las partes puedan prever circunstancias futuras que afecten al proyecto de APP, por lo que, en el momento de la suscripción del contrato, no se contaba con la información suficiente para estipular sus efectos en el desarrollo del contrato. (Dromi, 1988: 70)

b. MARCO LEGAL DEL PROCESO DE RENEGOCIACIONES CONTRACTUALES EN LOS CONTRATOS DE APP.

El marco legal vigente que regula el proceso de modificación contractual en los contratos de APP, está compuesto por la Ley y su Reglamento.

Además, el mencionado proceso está regulado por el Contrato de APP, respectivo.

c. MARCO INSTITUCIONAL EN DONDE SE DESARROLLAN RENEGOCIACIONES CONTRACTUALES EN LOS CONTRATOS DE APP.

De acuerdo al artículo 5 de la Ley, para ordenar y delimitar las funciones y competencias de los actores en el Proceso, se creó el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, que es considerado un sistema funcional para el desarrollo de proyectos de inversión privada, y, de acuerdo al artículo 7 del Reglamento, está conformado por su ente rector, la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada (MEF), los Titulares del Proyecto, los Organismos Promotores de la Inversión Privada (en adelante, OPIP), la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (en adelante PROINVERSIÓN) en su calidad de Organismo Promotores, los Organismos Reguladores y la Contraloría General de la República. (MEF, 2018)

En ese sentido, el marco institucional en donde se desarrollan modificaciones contractuales de APP, es el siguiente:

- La Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada (MEF), que de acuerdo al inciso 5.2. al 5.6 de la Ley, actúa como ente rector y tiene la potestad de interpretar la Ley, su Reglamento y demás normas conexas como autoridad máxima del sistema, teniendo como funciones principales desarrollar APP, además de promover el cumplimiento de las políticas de promoción que dicte. (MEF, 2018)

- Los OPIP, de acuerdo al artículo 12 del Reglamento, son los encargados de promover que las empresas privadas inviertan en el país y, además, conducen el Proceso. Los OPIP para el Gobierno Nacional son PROINVERSIÓN, para los proyectos dentro del alcance de su competencia y para los Ministerios, los Comités de Promoción de la Inversión Privada. Por otro lado, los OPIP para los Gobiernos Subnacionales son sus respectivos Comités de Promoción de la Inversión Privada. (MEF, 2018)
- Los Titulares del Proyecto, de acuerdo al artículo 6.1 de la Ley, son las entidades encargadas de otorgar el proyecto a desarrollarse mediante la modalidad de APP. (MEF, 2018)
- PROINVERSIÓN, de acuerdo al artículo 12.1 de la Ley, es el organismo técnico especializado⁴, adscrito al MEF, que tiene como función estructurar proyectos dentro del Proceso, desde su inicio hasta la adjudicación de la buena pro. (MEF, 2018)
- Los Organismos Reguladores: De acuerdo al artículo 2 de la Ley N° 27332, “*Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos*”, son organismos públicos descentralizados, adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, que tienen como objetivo supervisar el desarrollo de la economía del mercado peruano, que se consideran de especial relevancia, al desarrollarse en condiciones de monopolio o poca competencia, y al ser sensibles por el gran impacto que tienen para la sociedad. (Congreso, 2000)

En el Perú, la creación de los organismos reguladores fue consecuencia del cambio de rol del Estado en la economía, que pasó de ser un Estado empresario y gestor a un Estado regulador.

⁴ El Decreto Legislativo N° 1251, cambio la naturaleza de PROINVERSIÓN convirtiéndolo en un Organismo Técnico Especializado.

CAPÍTULO 2: BUENAS PRÁCTICAS INTERNACIONALES EN LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES EN APP

En el presente capítulo, se definirá que se considera como una buena práctica, se identificarán cuáles son las buenas prácticas de regulación en renegociaciones contractuales en APP a nivel internacional y cuáles de estas buenas prácticas, pueden ser aplicadas para el caso peruano, con el objetivo de evitar renegociaciones contractuales oportunistas. Por otro lado, se analizará si la regulación establecida en la Ley y su Reglamento, está acorde con las buenas prácticas internacionales que buscan limitar los comportamientos oportunistas de los inversionistas y del Estado, en la celebración de renegociaciones contractuales en contratos de APP.

1. LECCIONES APRENDIDAS Y BUENAS PRÁCTICAS

Una lección aprendida, puede entenderse como “(...) *el conocimiento o entendimiento ganado por medio del análisis y la reflexión sobre una experiencia o proceso, o un conjunto de ellos. Surgen de un proceso sistemático de análisis y reflexión colectiva con participación de los involucrados*” (BID, 2017)

De esta manera, una lección aprendida analiza todos los aspectos relacionados en un proceso, en una experiencia o en un proyecto, con el fin de poder identificar los aciertos y errores que se tuvieron en su desarrollo.

Así, las lecciones aprendidas comprenden prácticas que han sido probadas exitosas en el desarrollo de un proyecto específico, y, por tanto, le han generado beneficios. La importancia de identificar estas lecciones en proyectos específicos, es que a partir de ellas se pueden generar buenas prácticas, que puedan ser replicadas en otros procesos idénticos o similares.

Una buena práctica puede definirse como aquella que en su desarrollo ha demostrado éxito de manera correcta, ofreciendo resultados considerados favorables dentro de los proyectos, por tanto, se recomienda replicable en otros proyectos de las mismas condiciones. Así, una buena práctica se considera un conjunto de acciones que han tenido éxito, que en los proyectos en donde se desarrollaron tuvieron resultados beneficiosos que fueron probados y validados, y que,

por sus excelentes repercusiones en los proyectos, debe ser repetida el mayor número de veces (FAO, 2013)

Para determinar la existencia o no de una buena práctica y poder identificarla como tal, se deben evaluar diversos criterios, los cuales dependerán del evento, proyecto o proceso que se esté analizando. No existe un consenso sobre cuáles son los criterios usados para identificar buenas prácticas, sin embargo, para efectos de la presente tesis, nos guiaremos de los criterios señalados por la FAO (2013), adecuándolos a las APP, de acuerdo al siguiente detalle:

CRITERIO DE EVALUACIÓN	CONTENIDO
Funcional (debe dar resultados)	La buena práctica deberá demostrar su funcionalidad, es decir, su capacidad para dar resultados favorables para el proyecto APP, habiendo en el desarrollo de la APP.
Técnicamente posible	La buena práctica debe ser técnicamente posible.
Es el resultado de un proceso participativo	La buena práctica deberá tener enfoques participativos para todos los actores de las APP, incluyendo el inversionista. Estos enfoques participativos son esenciales, ya que generan una aceptación común de las decisiones que se tomen en el proyecto.
Utilizable y moldeable	La Buena práctica debe poder ser utilizable en cualquier proyecto de APP, independiente del sector, y por tanto, debe poder moldearse a las diversas situaciones que enfrenten los proyectos de APP.
Reduce los riesgos	La buena práctica deberá contribuir a la reducción de los riesgos de las APP.

2. LAS BUENAS PRÁCTICAS IDENTIFICADAS POR LOS ORGANISMOS E INSTITUCIONES INTERNACIONALES EN RELACIÓN A LAS RENEGOCIACIONES CONTRACTUALES EN APP.

Mediante lineamientos, los Organismos e Instituciones Internacionales recomiendan el uso de buenas prácticas para el desarrollo de APP, las cuales, las cuales son fruto de diferentes estudios en diferentes países.

Específicamente para el tema de renegociaciones contractuales en APP existen buenas prácticas internacionales que buscan evitar las conductas oportunistas que se dan en su desarrollo. Podemos encontrar las siguientes:

a. Planificación y divulgación completa de información.

El Estado al sacar al mercado un proyecto mediante una convocatoria, tal como lo señala la OCDE (2007: 22-24), debería asegurarse que las bases se hayan hecho con la debida planificación, procurando que exista una divulgación completa de información, debido a que, si no se tiene una suficiente información técnica, económica o legal, puede correrse el riesgo de que no existan postores dispuestos a invertir. En el peor caso, potenciales inversionistas que participen en procesos en donde consideran no tienen información idónea, tendrán la motivación perversa de realizar ofertas temerarias con la intención de realizar renegociaciones contractuales en el futuro. En ese sentido, deben lanzarse al mercado proyectos maduros (planificados y con información completa), que hayan sido bien ideados por el Estado, de acuerdo a lo que la sociedad necesite.

Asimismo, la misma institución acepta el hecho de que es inevitable que en contratos de larga duración, como los de APP, existan renegociaciones contractuales.

Sin embargo establece, que estas renegociaciones deben ser conducidas de buena fe, en una manera transparente y no discriminatoria. Así, considera que los contratos que esten sobre detallados, y que hayan escogido esta naturaleza para poder evitar posibles contingencias, lo que hacen en realidad es hacer incompatible los contratos con la flexibilidad operacional. De esta

manera, en contratos sobre detallados, las partes tendrán incentivos perversos de buscar lagunas en los contratos en lugar de perseguir que la relación contractual se realice en buena fe. Para evitar esto, es necesario que todos los contratos sean flexibles y eviten ser sobredetallados, estableciendo cláusulas que especifiquen claramente bajo cuales circunstancias los terminos del contrato deben ser sujetos de una revisión y cuál es el pocedimiento que se debe seguir para esto. (OECD, 2007: 24)

b. Buena estructuración y diseño del Contrato

El Banco Mundial (2014: 157) señala que diseñar un contrato de APP es una tarea compleja. Así, para evitar renegociaciones contractuales oportunistas, se debe dar especial importancia en 5 áreas del contrato:

- Los requerimientos de performance: Definir de forma idónea los requerimientos mínimos que debe tener el proyecto, tanto técnico como económico, estableciendo mecanismos de supervisión y mecanismos de ejecución que incluyan penalidades por incumplimiento.
- Mecanismos de pago: Definir de forma idónea cual será el mecanismo de pago que se debe dar en el proyecto, ya sea el proyecto autofinanciado o cofinanciado.
- Mecanismos de ajustes: Todos los contratos de APP deben estipular mecanismos que permitan manejar las circunstancias y cambio que se darán a lo largo del tiempo, comunes en este tipo de contratos (mecanismos para revisión tarifaria, procedimientos de renegociación, etc.)
- Mecanismos de solución de disputas: Definir claramente el ámbito jurisdiccional que se utilizará para resolver cualquier controversia, el rol que tendrá el regulador en estos o el posible uso de un panel internacional de expertos.
- Mecanismos de terminación contractual: Definir las formas de terminación contractual y sus implicancias.

Estas 5 áreas de los contratos de este tipo son las que definen la distribución de riesgos del mismo, y lo que buscan es que mediante los mecanismos que provea el mismo contrato, se puedan lidiar con los cambios que requiera el contrato dentro de los parámetros del mismo,

evitando así renegociaciones contractuales oportunistas. Una buena práctica para lograr lo anteriormente detallado, es establecer cláusulas estandarizadas creadas a partir de la experiencia de proyectos pasados y buenas prácticas internacionales. El ejercicio de la estandarización se vino desarrollando en PROINVERSIÓN, pero no tuvo frutos, y ahora está en manos del MEF, aunque aún no hay algún pronunciamiento, norma o documento formal sobre el tema.

c. Provisión de ajustes.

El Banco Mundial (2014: 211) señala que una buena práctica para evitar renegociaciones contractuales oportunistas es que el contrato de APP tenga provisiones de ajustes, que pueda mantener la flexibilidad de los proyectos para adecuarse a las circunstancias.

Asimismo, el Ministerio de Finanzas de Singapur, coincide con las buenas practicas descritas por el Banco Mundial, al señalar que para evitar renegociaciones contractuales oportunistas, el contrato de APP debe contener provisiones de ajustes, que pueda mantener la flexibilidad de los proyectos para adecuarse a las circunstancias (Ministry of Finance of Singapore, 2012: 30).

d. Sólido marco normativo y capacitación de funcionarios

La Dirección General de Política Regional, perteneciente a la Comisión Europea de Bélgica, señala que para evitar renegociaciones contractuales oportunistas, una buena práctica es tener un fuerte marco regulatorio nacional y capacitar a los diversos funcionarios responsables en habilidades blandas de negociación por parte del Estado (European Commission Directorate-General Regional Policy of Belgica, 2003: 97).

3. LAS BUENAS PRÁCTICAS EN LA DOCTRINA INTERNACIONAL EN RELACIÓN A LAS RENEGOCIACIONES CONTRACTUALES EN APP.

Existe diversa doctrina internacional que recoge las buenas prácticas para evitar renegociaciones contractuales oportunistas en APP. A continuación, se describirán las principales.

a. **Existencia de un buen marco regulatorio: valor por dinero, distribución de riesgos, provisión continua de los servicios con la calidad requerida.**

Beuve (2011:2-6) señala que a causa de que los contratos de APP tienen una naturaleza incompleta, las renegociaciones son necesarias y esto no debería implicar necesariamente comportamientos oportunistas, sin embargo para evitar esto se debe tener ciertos cuidados.

Señala que las renegociaciones son consecuencia de ofertas agresivas en donde no ha habido un compromiso completo por parte del Concesionarios.

Asimismo, señala (2011:19-20) que algunas de las buenas prácticas para evitar renegociaciones oportunistas, se refieren a contar con un buen marco regulatorio para controlar las expectativas de las partes a renegociar, ya que se pueden establecer ciertas condiciones y límites. Además, otras buenas prácticas son siempre procurar que en las renegociaciones se mantenga el valor por dinero, que se distribuyan los riesgos a la parte que este en mejor condición de afrontarlos, que se asegure la provisión continua de los servicios con la calidad requerida, entre otros.

b. **Competencia y buena asignación de riesgos**

Por otro lado, Dean (2013:10-11) señala que un proceso competitivo para el otorgamiento de APP puede ser distorsionado debido a que el ganador podría ser no el postor mas eficiente sino el postor con mas capacidad de renegociar. En ese sentido, da ciertas recomendaciones (buenas prácticas) para evitar las renegociaciones contractuales oportunistas.

Entre las recomendaciones mencionadas, el citado autor señala que los contratos de concesión deben otorgar su buena pro de manera competitiva y deben tener un diseño de contrato óptimo que señale de manera clara las obligaciones de las partes. Señala además que estos contratos deben contener cláusulas en donde existan políticas de no renegociaciones, a excepción de casos específicos fijados en el contrato. Se debe además establecer que la primera revisión tarifaria no debe realizarse por un buen periodo de tiempo, de por lo menos 5 años, a menos que haya contingencias razonables que lo motiven. Asimismo, señala, que los contratos deben incluir cláusulas que provean compensación razonable para los operadores en los casos de cambios

unilaterales del contrato por parte del Estado. Por el contrario, si son los operadores los que requieren la modificación contractual, se les debe exigir una garantía de seriedad que les será resuelta si la modificación se llega a dar a su favor. Además, es muy importante analizar antes del otorgamiento de la buena pro, si existen ofertas temerarias que puedan distorsionar la competencia, incluyendo mecanismos idóneos que permitan descalificar al postor que las presentó. El proceso de renegociación debería ser lo más transparente posible, preferentemente teniendo consultores expertos que apoyen a los funcionarios del Estado a tomar sus decisiones. Es importante también contar con un buen marco regulatorio y una agencia capaz de evitar estas renegociaciones oportunistas, que a su vez asegure la calidad de los procesos y la estructuración de los contratos.

Esta práctica debería aplicarse en el Perú, para evitar que un proceso competitivo para el otorgamiento de una APP pueda ser distorsionado, debido a que el ganador podría el postor con mas capacidad de renegociar, y no el mas eficiente. Es por eso que los contratos de concesión deben otorgar su buena pro de manera competitiva y deben tener un diseño de contrato óptimo que señale de manera clara las obligaciones de las partes.

Sin embargo, hay que recalcar, que esta buena práctica no implica que para lograr mayor participación de postores y por ende competencia, se disminuyan los requisitos mínimos que se requiere para participar, haciendo que empresas que no tienen la capacidad para manejar cierto tipo de proyectos, puedan resultar ganadoras de la buena pro, como paso en el caso del proyecto aeroportuario Chinchero.

c. Correcta estructuración de bases y contratos, buen diseño regulatorio e institucional

Bitran (2013: 7-8) señala que la clave para evitar renegociaciones contractuales oportunistas en contratos de APP es tener especial cuidado en los siguientes aspectos:

- El diseño de las bases y el contrato, lo que incluirá el tipo de concurso público y el factor de competencia, los requisitos de precalificación, las obligaciones de inversión, el plazo

de la concesión, las garantías que tendrán cada parte, las cláusulas de terminación y las cláusulas de solución de controversias.

- El diseño regulatorio, que se refiere básicamente a como los contratos son manejados, supervisados y revisados. Esto incluye la revisión tarifaria y de niveles de servicios mínimos.
- El diseño institucional, que incluye la política de como los privados realizan inversiones, define que instituciones están a cargo y cuáles son sus competencias y quien maneja y supervisa las concesiones.

4. BUENAS PRÁCTICAS IDENTIFICADAS BAJO LOS CRITERIOS DE EVALUACIÓN.

Para considerar la aplicación de las buenas prácticas identificadas, se han aplicado sobre ellas los criterios de evaluación señalados en el presente capítulo, de acuerdo a lo consignado en el Anexo 1 de la presente tesis.

Como podemos observar, las buenas prácticas identificadas, tienen resultados favorables frente a los criterios de evaluación, y habiéndose probado que su aplicación conlleva a generar buenos resultados, concluimos que pueden ser aplicables en el marco de proyectos de APP en el país.

**CAPÍTULO 3: APLICACIÓN DE LAS BUENAS PRÁCTICAS
INTERNACIONALES SOBRE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL AL MARCO
NORMATIVO PERUANO**

En el presente capítulo se identificarán las buenas prácticas existentes en el marco normativo peruano, identificando su correcta o incorrecta forma de aplicación y se identificarán los problemas que existen en el proceso de renegociación contractual en el Perú, señalándose mediante qué buena práctica internacional podrían tener solución, para de esta manera, y a partir de lo dispuesto en la presente tesis, presentar propuestas de modificaciones normativas.

1. MARCO NORMATIVO PERUANO VIGENTE SOBRE APP Y SUS BUENAS PRÁCTICAS EN RENEGOCIACIONES CONTRACTUALES.

La Ley y su Reglamento, establecen diversas provisiones que tienen como objeto evitar las posibles renegociaciones contractuales oportunistas que pueden ocurrir en la ejecución contractual de proyectos realizados mediante APP.

De esta manera, en la presente sección, desarrollaremos cuáles son las mencionadas buenas prácticas, estableciendo sus beneficios y, en algunos casos, sus errores de ejecución. Todo esto, con el objeto de identificar los vacíos que existe en la normativa peruana de la materia, para poder proponer modificaciones normativas en base a las buenas prácticas internacionales, identificadas en el Capítulo 2.

Así, la Ley y su Reglamento, establecen las siguientes disposiciones sobre modificaciones contractuales, las cuales podemos clasificar conforme al siguiente detalle:

- De acuerdo al artículo 55 de la Ley establece, el “*Estado, de común acuerdo con el inversionista, puede modificar el contrato de Asociación Público Privada manteniendo su equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción*”. Asimismo, el artículo 134 del Reglamento, establece que, mediante su autonomía de voluntad, las partes pueden acordar cambiar el contrato de APP, cumpliendo el requisito de que se mantengan las condiciones de competencia del concurso mediante el cual se otorgó la buena pro, manteniendo el equilibrio

económico financiero y evitando alterar los riesgos inicialmente distribuidos en el proyecto y el objeto del mismo. (MEF, 2018)

La normativa antes indicada (MEF, 2018), establece además el procedimiento a seguir para realizar una modificación contractual. Al respecto, señala, que:

- Es obligación del Titular del Proyecto, con el fin de hacer transparente el proceso de modificación contractual, publicar la propuesta recibida en su página web oficial, dentro de los 5 días hábiles de recibida.
- De acuerdo al artículo 136,2 del Reglamento, se realizará un procedimiento denominado “Evaluación Conjunta”, que será convocado por el Titular del Proyecto, en 10 días desde la recepción de la propuesta de modificación, con el fin de que se intercambien opiniones, se realicen observaciones y se emitan posturas acerca de esta. En este proceso también puede ser convocado el inversionista. Para esto, las entidades públicas participantes, previo al inicio del proceso, mediante comunicación escrita o electrónica formal, designaran a los representantes titulares o alternos que participaran en las reuniones, siendo que, si uno de estos no está presente en la reunión, no se reconocerá la participación de la entidad en el proceso.
- Culminado el proceso de evaluación conjunta, el Titular del Proyecto analiza y justifica las modificantes contractuales presentadas, y procede a solicitar la opinión no vinculante del Organismo Regulado correspondiente de acuerdo a su competencia, solicitando además la opinión del MEF, en materias de su competencia. Las modificaciones contractuales que no cuenten con la opinión del MEF no surtirán ningún efecto y podrán considerarse nulas de pleno derecho.
- De acuerdo al inciso l) del Artículo 22 de la Ley 27785, “*Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República*”, la Contraloría General de la República (en adelante, CGR), con relación a los aspectos sobre los cuales es competente, es decir, aquellos aspectos que comprometen el estatus financiero del Estado, deberá emitir un informe

señalando sus observaciones, el cual no será vinculante y cuyo tiempo de presentación se dará después de culminado el proceso de evaluación continua. (Congreso, 2006)

- El artículo 135 del Reglamento (MEF, 2018), señala que, en un plazo de 3 años después de la suscripción de cualquier contrato APP, estarán prohibidas las modificaciones contractuales, teniendo como excepción las siguientes causas:
 - La corrección de errores simples de carácter material, como números o fechas.
 - Hechos que surgieron después de la adjudicación del proyecto y que sin una modificación contractual no se podría ejecutar el proyecto.
 - La modificación contractual precisando aspectos operativos que impidan la correcta ejecución del contrato.
 - El restablecimiento del equilibrio económico financiero, siempre y cuando resulte estrictamente de la aplicación del Contrato suscrito, únicamente cuando éste se vea afectado significativamente debido al cambio de leyes aplicables.
- El inciso 137.1 del artículo 137 del Reglamento, establece que *“los Contratos de APP que prevean la introducción de inversiones adicionales al proyecto, deben incluir las disposiciones necesarias para que dichas inversiones se aprueben de acuerdo al procedimiento de modificación contractual previsto en el presente Reglamento”* (MEF,2018)
- Finalmente, el inciso 137.2 del artículo 137 del Reglamento, señala que *“si la modificación contractual propuesta desvirtuara el objeto del proyecto original o involucrara un monto adicional que supere el quince por ciento (15%) del CTP, la entidad pública titular del proyecto evalúa la posibilidad y conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección, como alternativa a negociar una modificación al Contrato de APP”*. (MEF, 2018)

Como podemos observar, la legislación peruana, en su marco normativo sobre APP, establece diversas buenas prácticas, tanto de fondo como de procedimiento, relacionadas con la renegociación contractual, dentro de las cuales se encuentran:

a. **Buenas Prácticas Nacionales Bien Implementadas**

i. **Equilibrio económico financiero y competencia**

Las renegociaciones contractuales deben realizarse manteniendo las condiciones financieras y de competencia con las cuales se otorgó la buena pro.

El numeral 1 del inciso 4.1 de la Ley, señala que el principio de competencia implica que *“los procesos de promoción de la inversión privada promueven la competencia, igualdad de trato entre los postores y evitan conductas anticompetitivas o colusorias”*. (MEF, 2018)

Así, el Proceso debe promover la competencia, asegurando, por ejemplo, que las bases establezcan requisitos de precalificación a los postores de acuerdo a la finalidad y tipo del proyecto, para que de esta manera se pueda elegir al postor con la mejor propuesta para el Estado.

Este principio señala, además, que debe existir igualdad de trato, por tanto, no pueden establecerse requisitos que beneficien a cierto grupo de postores, basado en indicadores que no se relacionen al objeto del proyecto. Así, por ejemplo, no se podría dar más puntaje a una empresa extranjera solo por tener esa condición, debido a que se estaría actuando en contra de las empresas nacionales.

Este principio también es aplicable en la etapa de ejecución contractual, ya que como hemos mencionado, el artículo 55 de la Ley, establece que las modificaciones contractuales planteadas, además de mantener las condiciones financieras, deben respetar las condiciones de competencia del Proceso. (MEF, 2018)

Por otro lado, el inciso 134.3 del artículo 134 del Reglamento (MEF, 2018), señala que, en modificaciones contractuales, la evaluación de las condiciones de competencia se realiza tomando en consideración la siguiente información.

- Las condiciones de competencia del Proceso de Promoción previamente identificadas en el Informe de Evaluación Integrado que sustentó la Versión Final del Contrato
- Las que señala el Contrato.
- Los hechos sobrevinientes a la adjudicación de la Buena Pro.
- Las condiciones que no sean responsabilidad del inversionista y que afecten el desenvolvimiento del proceso.

Esto es una buena práctica debido a que se busca supervisar que las inclusiones que se den al contrato no varíen las condiciones de competencia que fueron las que determinaron cual sería el postor a ser seleccionado para el proyecto. Finalmente, los concursos que otorgan la buena pro de proyectos de APP, deben evitar conductas que puedan ser consideradas anticompetitivas, como las prácticas colusorias.

Un ejemplo de lo detallado, lo podríamos describir mediante el caso del Aeropuerto Jorge Chávez. Como se sabe, el factor de competencia en el proceso de licitación de este proyecto fue el mayor pago como retribución al Estado. Como resultado de dicho proceso, la buena pro se otorgó a LAP, quien ofreció pagar el 46,511% de sus ingresos brutos. Así, una modificación contractual que establezca una disminución de retribución al Estado que el ya pactado, sería ilegal, debido a que no estaría manteniendo la competencia original, que se dio en el momento de otorgar la buena pro.

Por otro lado, *“el equilibrio económico financiero consiste en la equivalencia o ecuación que se ha establecido a través del Contrato de Concesión, es decir un balance entre las obligaciones, derechos, responsabilidades y riesgos asignados a las partes involucradas en la Concesión”* (OSITRAN, 2008).

Así, la ruptura de este implicaría el desbalance entre la distribución de riesgos asignados a las partes, lo que implica que las obligaciones de cada una, no estén bien asignadas, por lo que es una buena práctica, que la normativa peruana en la materia, señale que, en las renegociaciones contractuales en APP, mantengan el equilibrio económico financiero.

ii. Valor por dinero

De acuerdo con el numeral 1 del inciso 4.2 de la Ley el principio de valor por dinero se aplica *“en todas las fases de los proyectos de Asociación Público Privada, las entidades públicas titulares de proyectos buscan la combinación óptima entre los costos y la calidad del servicio público ofrecido a los usuarios”*. (MEF, 2018)

En ese sentido, el Reglamento, establece en su inciso 3.3. de su artículo 3 (MEF, 2018), que hay cuatro momentos en los que el Titular del Proyecto podría generar valor por dinero:

- Escoger los proyectos a desarrollarse basándose en aquellos que promuevan de manera más adecuada la disponibilidad de la infraestructura o el servicio.
- Evaluar adecuadamente cual es la modalidad más adecuada del proyecto.
- Evaluar adecuadamente la distribución de riesgos.
- Tomar decisiones asegurando las condiciones de competencia, a través de la transparencia e igualdad.
- Establecer mecanismos de pago adecuados.

Como hemos mencionado, este principio debe aplicarse en todo el desarrollo de un Proyecto APP, incluida la ejecución contractual, a diferencia del Decreto Legislativo N° 1012, marco normativo precedente, que solo establecía el uso de este principio para determinar la modalidad de contratación pública con la que se iba a realizar el proyecto, es decir, en la elección de si el proyecto iba a ser desarrollado mediante APP u obra pública.

Dada la importancia de este principio como lo hemos mencionado, en el inciso 134.2 del artículo 134 del Reglamento se establece que en las modificaciones contractuales el Titular del Proyecto debe sustentar el valor por dinero en pro del Estado. Con lo cual, cualquier modificación contractual debe conservar como mínimo el valor por dinero que tuvo al iniciar el proyecto o aumentarlo. (MEF, 2018).

Esta es una buena práctica debido a que las decisiones que tomen los funcionarios en relación a las renegociaciones contractuales, siempre buscarán obtener un proyecto que ofrezca la mayor calidad al menor precio.

iii. Cambio del objeto y monto de inversión.

Si la adenda propuesta modifica el objeto inicial del proyecto o genera una inversión o pérdida adicional que supere el quince por ciento del costo de inversión más los costos de operación y mantenimiento, el Titular del Proyecto podrá analizar los beneficios de realizar un nuevo concurso como alternativa a renegociar. Esta es una buena práctica debido a que, al igual que en el caso anterior, evita que el inversionista ofrezca condiciones técnicas y financieras no reales, con el objeto de obtener la buena pro, y renegociar el contrato de APP inmediatamente después de firmado el contrato. (MEF, 2018)

iv. Inversiones adicionales al proyecto.

Si del informe de evaluación o del informe de evaluación integrado, o de cualquier otra información que se haya podido obtener de la estructuración del proyecto, se prevé que el proyecto es plausible de introducir en un futuro inversiones adicionales al proyecto, se debe incluir en el contrato una disposición que señale que, en estos casos, se respetará el procedimiento de modificación contractual previsto en la Ley y el Reglamento. Esta es una buena práctica porque asegura que se sigan las disposiciones necesarias que estipula la norma cuando se hacen inversiones adicionales al proyecto, y se asegure de esta manera, el valor por dinero, el equilibrio económico financiero y la competencia.

b. Buenas Prácticas Nacionales Mal Implementadas

i. Evaluación conjunta

1. Participación no vinculante de los actores competentes para dar opinión en las adendas.

De acuerdo al artículo 55 de la Ley, en renegociaciones contractuales, el Titular del Proyecto convoca a los actores competentes del proyecto, con el fin de que se intercambien opiniones, se realicen observaciones y se emitan posturas acerca de la propuesta de adenda, en un proceso denominado “Evaluación Conjunta”. (MEF, 2018)

De acuerdo al inciso 136.4 y 136.6 del artículo 136 del Reglamento, las entidades convocadas, emiten observaciones o comentarios a la adenda, pudiendo realizar reuniones que, potestativamente, se conviertan en actas sobre las decisiones adoptadas. (MEF, 2018)

Así, en concordancia con la exposición de motivos del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, el cual introduce por primera vez esta figura (siendo replicando en la normativa actual), con la evaluación conjunta se busca:

“establecer reglas claras para anticipar, de manera oportuna y celer, las observaciones de las entidades que emitirán opinión sobre la propuesta de adenda; ya que se intercambia información entre las entidades públicas convocadas, se posibilita el recibir la exposición y sustento del inversionista, se elimina los intermediarios en el procedimiento y las asimetrías de información, de esta manera se evita el trámite actual de evaluación de adendas, donde el acuerdo adoptado entre el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local y el Inversionista, es muchas veces observado por las citadas entidades públicas”. (MEF, 2015)

Como podemos observar, este proceso tiene como objetivo reunir a todos los actores relacionados a las renegociaciones contractuales para que estos puedan evaluar de manera conjunta las adendas presentadas, lo que lo convierte en una buena práctica.

Sin embargo, estos comentarios y decisiones emitidas por las mencionadas entidades en el proceso de evaluación conjunta, no son vinculantes, pudiendo cambiar de parecer al momento de emitir opinión sobre la adenda, lo cual hace que este mecanismo, pudiendo ser una buena práctica, no necesariamente funcione, por lo que más adelante se propondrá una modificación al marco normativo respectivo, para solucionar este problema.

Así, sin perjuicio de que se puedan anticipar las observaciones que tienen las entidades que emitirán opinión sobre la propuesta de adenda, si es que no existe una vinculación de los pronunciamientos que se dan en las reuniones realizadas en el proceso de evaluación conjunta, al momento de que se emita opinión, estas entidades podrán emitir observaciones que no se discutieron en el mencionado proceso. A este problema se le suma, el que la suscripción de actas de las reuniones que se lleven a cabo en la evaluación conjunta es potestativa y no tiene un contenido mínimo, lo que afecta la transparencia del proceso.

En ese sentido, debería existir un mecanismo que permita dejar constancia de los comentarios y observaciones que brinden las entidades en el proceso de evaluación conjunta, las cuales deberán estar acorde con la opinión que emitan.

Vinculado a lo anterior, la regulación del Reglamento en evaluación conjunta, hace que el suscribir actas sea optativo debiendo ser obligatorio, y además no establece ningún mecanismo disuasorio para las entidades que no atiendan a las reuniones de evaluación conjunta, pero que emitirán su opinión sobre la evaluación contractual.

2. Evaluación Conjunta a cargo de PROINVERSIÓN

En las modificaciones que sufrieron el TUO y el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224⁵, debido a que uno de los factores identificados por el MEF en su momento, que provocaron dificultades durante la ejecución contractual, fue el desalineamiento de los incentivos de PROINVERSIÓN al momento de estructurar los contratos, pues esta entidad entrega el proyecto una vez que se suscribe el contrato y no participa en la ejecución contractual, se estableció que PROINVERSIÓN, en los contratos a su cargo, estará al frente de la evaluación conjunta, hasta 3 años después de firmado el contrato, con el objeto de omitir su opinión. El hecho de que PROINVERSIÓN conduzca el proceso de evaluación conjunta, serviría como mecanismo de transferencia de conocimientos del contrato, para el Titular del Proyecto (MEF, 2017)

⁵ Mediante el Decreto Legislativo N° 068-2017-EF y el Decreto Legislativo N° 1251

Sin perjuicio de lo anterior, la Ley y el Reglamento, eliminan la participación de Proinversión de la evaluación conjunta, limitándose a responder pedidos de información, tal como hacia bajo el marco del Decreto Legislativo N° 1012. Sin embargo, esta entidad, deberá emitir su opinión no vinculante a las modificaciones contractuales.

Consideramos que, es una buena práctica no desligar al OPIP que estructuró el proyecto, de opinar en una modificación contractual, sin embargo, cuando es una entidad que emitirá un pronunciamiento, así este no sea vinculante, debería participar en el proceso de evaluación conjunta, por lo que sería mas fácil para los demás actores involucrados solicitarle información e informes sobre la estructuración inicial y la distribución de riesgos original.

ii. Opinión no vinculante de la CGR.

Desde una modificación normativa reciente, el primer artículo del Decreto Supremo N° 243-2017-EF incorporó el Numeral 57.6 al reglamento del Decreto Legislativo N° 1224. Este numeral señala que, en las renegociaciones contractuales, una vez emitida la opinión de las entidades públicas correspondientes, estas solicitan el informe no vinculante de la CGR, en caso las adendas modifiquen el cofinanciamiento o las garantías del contrato, solo pudiendo esta entidad, sobre los aspectos económicos que comprometan al Estado. (MEF, 2015). La misma disposición se ha recogido en la Ley y su Reglamento.

Esta podría ser una buena práctica, debido a que una entidad Estatal independiente, evaluará si los recursos públicos del estado están siendo usados de manera correcta al momento de realizar la renegociación contractual en este tipo de contratos. Sin embargo, , la CGR se ha caracterizado por opinar en sus informes previos, sobre temas que no son de su competencia, incidiendo así, en las decisiones que son propias de la gestión del sector, lo que genera, que finalmente, un órgano de control, influya y adopte decisiones de gestión, en tanto que las recomendaciones son acatadas por los funcionarios públicos (así no sean lo mejor para el contrato) teniendo en consideración las funciones fiscalizadoras y sancionadoras de este órgano y las posteriores consecuencias administrativas ante el incumplimiento.

Si bien la normativa ya dispone que el informe previo de la contraloría debe restringirse a ciertos tópicos, esto en la práctica no se cumple, por lo que debería establecerse ciertos parámetros para corregir este problema. Esto se justifica, por diversos informes que la contraloría ha realizado a través del tiempo, así por ejemplo se encuentra, el informe de auditoría realizada por la Contraloría en Diciembre del año 2015, que fue la base para dar inicio a un proceso sancionador que terminó por concluir que existía un incumplimiento de funciones en la ejecución del contrato de consultoría integral en el Proyecto de Línea 2, ya que estos estudios fueron efectuados por profesionales que no estaban colegiados y habilitados conforme a la Ley N° 28858 y a lo requerido a las bases, concluyendo que, por esta razón, todos los informes presentados por el consultor integral eran inválidos y que existía perjuicio para el Estado, sancionando a diversos funcionarios de Proinversión, cuando el proceso se adjudicó exitosamente.

Como podemos apreciar, la Contraloría tiende a opinar exediente sus competencias, lo que genera que los funcionarios públicos no puedan ejercer su mejor juicio técnico al momento de tomar decisiones por temor a represalias.

iii. Límite temporal

Como hemos mencionado, el artículo 135 del Reglamento (MEF, 2018), señala que en un plazo de 3 años después de la suscripción de cualquier contrato APP, estarán prohibidas las modificaciones contractuales, teniendo como excepción las siguientes causas:

- La corrección de errores simples de carácter material, como números o fechas.
- Hechos que surgieron después de la adjudicación del proyecto y que sin una modificación contractual no se podría ejecutar el proyecto.
- La modificación contractual precisando aspectos operativos que impidan la correcta ejecución del contrato.
- El restablecimiento del equilibrio económico financiero, siempre y cuando resulte estrictamente de la aplicación del Contrato suscrito, únicamente cuando éste se vea afectado significativamente debido al cambio de leyes aplicables.

El resultado final de esta cláusula, tuvo como antecedente una modificación que introdujo el Decreto Supremo N° 068-2017-EF, con el fin de evitar las “adendas de bancabilidad”, ya que antes una de las excepciones al límite de los tres años, era la solicitud justificada de los acreedores permitidos.

En la misma línea, la razón de esta modificación normativa, es que, para el MEF, la norma de APP debería asegurar que todos los proyectos al otorgarse la buena pro sean “bancables”. Sin embargo, no hay forma, en este momento del proceso, de asegurar esta situación.

Esta podría ser una buena práctica, sin embargo, al establecer que una de las excepciones al límite de los 3 años sean los *“hechos sobrevinientes a la adjudicación de la buena pro que generan modificaciones imprescindibles para la ejecución del proyecto”*, en nuestra opinión, abre la puerta a que se argumenten un sin número de adendas posiblemente oportunistas, que basen su sustentación, en cualquier hecho sobreviniente a la adjudicación de la buena pro, lo que puede incluir solicitudes de acreedores permitidos, que en principio, se intentó eliminar. (MEF, 2015)

Por otro lado, el Reglamento ha señalado una nueva causal de excepción, esta es *“el restablecimiento del equilibrio económico financiero, siempre y cuando resulte estrictamente de la aplicación del Contrato suscrito, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37”*, haciendo este último artículo referencia a que la ruptura del equilibrio económico financiero se deberá a cambios normativos que puedan afectar este balance.

En nuestra opinión, no debería limitarse esta excepción, a que este estipulado un procedimiento en el Contrato suscrito, sino que debería de establecerse únicamente por mandato de la Ley.

iv. Cláusula anticorrupción

Mediante Decreto Supremo 068-2017-EF, se estableció que si no se incluye una cláusula anticorrupción en el contrato, este podrá ser declarado nulo. (MEF, 2017). Esta disposición también ha sido recogida por la Ley y su reglamento.

Así, en su momento, el Consejo Directivo de PROINVERSIÓN, mediante su acuerdo N° 1-1-2017-DE, aprobó la siguiente cláusula de corrupción para ser usada en todos los contratos a cargo de esta entidad:

“El concesionario declara que ni él, ni sus accionistas, socios o empresas vinculadas, ni cualquiera de sus respectivos directores, funcionarios, empleados, ni ninguno de sus asesores, representantes o agentes, han pagado, ofrecido, ni intentado pagar u ofrecer, ni intentarán pagar u ofrecer en el futuro ningún pago o comisión ilegal a alguna autoridad relacionada al otorgamiento de la Buena Pro del Concurso, la Concesión o la ejecución del presente Contrato.

Queda expresamente establecido que en caso se verifique que alguna de las personas naturales o jurídicas mencionadas en el párrafo anterior, hubiesen sido condenados mediante sentencia consentida o ejecutoriada o hubiesen admitido y/o reconocido la comisión de cualquiera de los delitos tipificados en la Sección IV del Capítulo II del Título XVIII del Código Penal, o delitos equivalentes en caso estos hayan sido cometidos en otros países, ante alguna autoridad nacional o extranjera competente, en relación con la ejecución del presente Contrato, la Concesión o el otorgamiento de la Buena Pro del Concurso, el Contrato quedará resuelto de pleno derecho y el Concesionario pagará al Concedente una penalidad equivalente al diez por ciento (10%) del monto que resultase de la aplicación del mecanismo o procedimiento de liquidación del Contrato de Concesión establecido en el Capítulo [.] [Referido al capítulo de liquidación], sin perjuicio de la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento.

Para la determinación de la vinculación económica a que hace referencia el primer párrafo, será de aplicación lo previsto en la Resolución de la SMV N° 019-2015-SMV/01”. (PROINVERSIÓN, 2017)

Tener una cláusula anticorrupción es una buena práctica, debido a que le permite al Estado, terminar el contrato de APP de manera posible y ejecutable, si es que se descubren que se han cometido actos de corrupción, a la par que es un mecanismo disuasorio para mencionadas prácticas. Señalamos que es posible y ejecutable, debido a que incluiría en los contratos una causal expresa por actos de corrupción, lo que en el pasado no sucedía.

Un ejemplo de esto es lo que sucedió en el Proyecto de “Mejoras a la Seguridad Energética del País y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano”, en el cual no había una cláusula expresa de anticorrupción, por lo que en su momento, el Gobierno tuvo problemas en manejar la situación cuando explotó el escándalo de corrupción de las empresas brasileñas, en especial de Odebrecht.

Sin embargo, una crítica que se puede hacer a la cláusula aprobada por PROINVERSIÓN, es que es muy restrictiva, debido a que usa como criterios de vinculación económica a los previstos en la Resolución de la SMV N° 019-2015-SMV/01, la cual en su artículo 5 señala que se presume vinculación, entre otras, por parentesco, por propiedad entre las personas que ejerzan control en un mismo grupo económico, entre las empresas de un mismo grupo, entre una empresa y los parientes de las personas naturales que ejercen control sobre esta, entre otras diversas. (SMV, 2015)

Como se puede apreciar, los criterios de inversión anteriormente detallados son drásticos, y su posible aplicación podría generar un decaimiento en las inversiones, debido a que los inversionistas y sus empresas vinculadas no tendrían seguridad jurídica respecto del contrato de APP, ya que el estado podría terminar el contrato por causales que no cumplan con el objeto de combatir la corrupción.

En ese sentido, en nuestra opinión, una cláusula anticorrupción debería definir los criterios de vinculación y no derivarlos a una norma, tal como se realizó en la Ley de Contrataciones del Estado, la que tiene el entendimiento de que una persona vinculada a una persona natural o jurídica es cualquier empresa que tenga al menos treinta por ciento de las acciones o cualquier persona o empresa que ejerzan un control sobre esta, de acuerdo a lo señalado en el 248-A-2 de su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF. (MEF, 2015)

Hecha esta salvedad, la cláusula anticorrupción es una buena práctica en la gestión de APP, ya que le permite al Estado, terminar el contrato de APP de manera sencilla, si es que se descubren que se han cometido actos de corrupción, a la par que es un mecanismo disuasorio para mencionadas prácticas.

Finalmente, es importante agregar que otra buena práctica es la introducida por el artículo 58.1 del Decreto Legislativo N° 1362, que prevé que cuando se produzca la caducidad de un contrato de Asociación Público Privada (que podría ser resultante de casos de corrupción) la entidad pública titular del proyecto, directamente o a través de terceros, asume el proyecto de manera provisional. Para tal efecto, la entidad pública titular del proyecto queda facultada para realizar las gestiones y contrataciones necesarias para garantizar la continuidad del proyecto, por un periodo no mayor a los tres (03) años calendario

c. Relación de las Buenas Prácticas Nacionales con las Internacionales

Hemos considerado como buenas prácticas a las diversas estipulaciones establecidas en el marco normativo peruano sobre renegociación contractual de APP, debido a que estas pueden ser enmarcadas en las buenas prácticas internacionales identificadas en la presente tesis, tal como se puede apreciar en el Anexo 2.

De esta manera podemos señalar, que ya existe una aplicación de las buenas prácticas internacionales en el marco normativo peruano, sin embargo, este es insuficiente, debido a que no resuelve todos los problemas existentes, para lo cual, brindaremos más adelante, propuestas de modificación normativa.

2. PROBLEMAS EXISTENTES EN LAS RENEGOCIACIONES CONTRACTUALES EN EL PERÚ, BUENAS PRÁCTICAS INTERNACIONALES QUE PUEDEN DAR SOLUCIÓN A ESTOS Y PROPUESTA DE RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL.

Sin perjuicio de lo anterior, y a pesar de que el marco normativo peruano ofrece una relevante gama de buenas prácticas para evitar renegociaciones contractuales, aún existen problemas en esta área, los cuales detallaremos a continuación.

a. Adendas por regularización y/o suscripción de actas.

i. Problema.

Existen casos en que se trata la ejecución de un proyecto de APP, como si se tratase de una obra pública, en donde se hacen mejoras a las obras, se firman actas pactando obligaciones, entre otros, regularizándose después mediante adendas.

Esto paso, por ejemplo, en la adenda N° 1 del proyecto IIRSA Sur – Tramo 5. Este proyecto comprende una longitud total de 854 km y conecta las regiones de Arequipa, Moquegua y Puno, permitiendo que éstas se integren con países como Brasil y Bolivia.

Este proyecto fue concesionado a la empresa Covisur S.A. en el 2007 por un plazo de 25 años, con el objeto de que realice trabajos de construcción, mantenimiento y rehabilitación.

La adenda N° 1 de este contrato de concesión, se originó debido a que mediante el “Contrato de Ejecución de Obra No. 046-2007-MTC/20” de fecha 16 de abril de 2007, Provias Nacional contrató al Consorcio conformado por las empresas Constructoras Málaga Hnos. Constructores Peruanos S.A. y Neptuno Contratistas Generales S.A. C. para la ejecución de la Obra de Mantenimiento Periódico de la Carretera Panamericana Sur, Tramo Puente Montalvo - Puente Camiara, en una longitud de 73.255 Km. obras que incluyen las que deberá ejecutar el CONCESIONARIO en el Tramo, de acuerdo al Contrato de Concesión. Es así que para regularizar la situación, mediante Memorándum No. 2024-2007-MTC/20 de fecha 23 de octubre de 2007, Provias Nacional señaló que el Presupuesto Total de Obras iniciales del Tramo ascendía a la suma de US\$ 8'330,568.02, y es así que, mediante Acuerdo de Intención de fecha 23 de octubre de 2007 y Acta de Intención de fecha 29 de agosto de 2008, las Partes acordaron suscribir la Adenda correspondiente al Contrato de Concesión, destinada a reemplazar las Obras ya ejecutadas por el Consorcio.

Como podemos observar, se da un tratamiento de obra pública a un contrato de APP, en el cual, por su naturaleza de distribución de riesgos, es el concesionario el que normalmente debe asumir los gastos generados por contingencias en el proyecto, sin necesidad de suscribir adendas.

Así, si bien posteriormente se sigue el procedimiento formal de modificación contractual, se aprecia que esto genera restricciones en la evaluación, pues la intención de las partes ya es clara y, ciertos efectos ya se dieron, por lo cual la suscripción de la adenda solo sería una regularización, sin haber existido un análisis previo de los beneficios o problemas que acarrea la modificación contractual.

ii. Buena práctica a utilizarse.

La Buena Práctica para dar solución a este problema, de acuerdo a lo detallado en el punto 2 y 3 del Capítulo 2 de la presente tesis es:

- Planificación y divulgación completa de información: Debido a que establece una actuación de buena fe por parte del privado y el Estado, los cuales deberían regirse por el Contrato y por las normas pertinentes y no saltarse el procedimiento de modificación contractual, firmando actas para que estas sean posteriormente regularizadas.
- Solido marco normativo y capacitación de funcionarios: La capacitación de funcionarios públicos les permite conocer el marco normativo actual y, por tanto, los pasos a seguir para realizar renegociaciones contractuales. En ese sentido, un funcionario capacitado evitará este tipo de prácticas.
- Provisión de ajustes: Establecer en el contrato mecanismos efectivos para enfrentar situaciones que requieran rapidez en la ejecución operativa del proyecto, evitará que las partes dejen de realizar el procedimiento de modificación contractual por considerarlo de larga duración, en comparación de suscribir un acta.

iii. Propuesta de modificación.

Como hemos mencionado, el problema es que se realizan cambios al contrato los cuales son acordados mediante la suscripción de actas entre las partes, y luego estos son regularizados mediante adendas, lo cual implica que estas modificaciones contractuales no sean evaluadas una manera idónea, ya que, al ser pactadas previamente mediante actas, no pueden variar las condiciones estipuladas en estas.

La solución en el presente caso, es establecer una prohibición expresa en relación con esta práctica.

Reglamento	Propuesta
<p>“Artículo 134- Modificaciones contractuales</p> <p><i>134.1 Las partes pueden convenir en modificar el Contrato de APP, manteniendo el equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del Proceso de Promoción, procurando no alterar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto”</i></p> <p><i>(MEF, 2018)</i></p>	<p>“Artículo 134.- Modificaciones contractuales</p> <p><i>134.1 Las partes pueden convenir en modificar el Contrato de APP, manteniendo el equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del Proceso de Promoción, procurando no alterar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto. <u>No se podrán pactar modificaciones contractuales que sirvan para regularizar actos u acuerdos previamente realizados, evitando seguir el procedimiento formal establecido en el presente Ley”.</u></i> (MEF, 2018)</p>

b. Persecución a los funcionarios por sus decisiones de gestión.

i. Problema.

La normativa no establece criterios específicos para la actuación de los funcionarios, sino principios generales respecto de aspectos tales como la asignación de riesgos, mecanismos de pago, determinación de los factores de competencia, entre otros. Debido a la flexibilidad que tienen estas decisiones, se les otorga una discrecionalidad.

Sin embargo, el uso perfectamente válido de esta discrecionalidad, viene siendo mermado por las actuaciones indiscriminadas que la Contraloría, el Congreso o la Fiscalía tienen con los funcionarios, casos como el de Línea 2, Chinchero y Gasoducto dan razón de ello. Es por es, que una buena práctica para asegurar la libre decisión de los funcionarios, los que podrán evaluar las adendas objetivamente.

ii. Buena práctica a utilizarse.

La Buena Práctica para dar solución a este problema, de acuerdo a lo detallado en el punto 2 y 3 del Capítulo 2 de la presente tesis es:

- Sólido marco normativo y capacitación de funcionarios: un marco normativo sólido que brinde la protección debida a los funcionarios responsables de la toma de decisiones en los proyectos de APP, sumado a una continua capacitación de los mismos con el objeto de fomentar la toma correcta de decisiones, evitará que los funcionarios sean perseguidos cuando requieran realizar una adenda justificada.
- Correcta estructuración de bases y contratos, buen diseño regulatorio e institucional: un buen diseño regulatorio brindará la protección necesaria a los funcionarios para la toma de sus decisiones, además, un buen diseño institucional les proveerá de herramientas para su defensa, en caso sean perseguidos injustamente por el uso de su discrecionalidad al momento de tomar sus decisiones.

iii. Propuesta de modificación.

Como hemos mencionado, el problema encontrado es que la normativa no establece criterios específicos para la actuación de los funcionarios, sino principios generales respecto de aspectos tales como la asignación de riesgos, mecanismos de pago, determinación de los factores de competencia, entre otros. Debido a la flexibilidad que tienen estas decisiones, se les otorga una discrecionalidad.

Sin embargo, el uso perfectamente válido de esta discrecionalidad, viene siendo mermado por las actuaciones indiscriminadas que la Contraloría, el Congreso o la Fiscalía tienen con los funcionarios. Es por eso, que la solución es asegurar mediante norma la libre decisión de los funcionarios, los que podrán evaluar las adendas objetivamente.

Además, otro problema, es que la normativa solo prevé seguros para funcionarios de PROINVERSIÓN, así como también, que solo se refiere a las decisiones de las entidades, más no a las recomendaciones, como, por ejemplo, de las decisiones de los reguladores que no son vinculantes.

A continuación, nuestra propuesta.

LEY	Propuesta
<p>“Artículo 17. Seguros de responsabilidad para funcionarios</p> <p><i>Proinversión contrata seguros de responsabilidad administrativa, civil y penal para sus funcionarios y servidores responsables de adoptar decisiones en el marco de los proyectos desarrollados bajo las modalidades reguladas en el presente Decreto Legislativo. Alternativamente, Proinversión puede adoptar los mecanismos de defensa y asesoría legal contemplados en la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil” (MEF, 2018)</i></p>	<p>LEY. “Artículo 17. Seguros de responsabilidad para funcionarios</p> <p><i>Proinversión, <u>los Ministerios, los Gobiernos Locales y Regionales y los Organismos Reguladores.</u> contrata seguros de responsabilidad administrativa, civil y penal para sus funcionarios y servidores responsables de adoptar decisiones <u>o recomendaciones</u> en el marco de los proyectos desarrollados bajo las modalidades reguladas en el presente Decreto Legislativo. Alternativamente, Proinversión puede adoptar los mecanismos de defensa y asesoría legal contemplados en la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil” (MEF, 2018)</i></p>

c. **Inexistencia de un mecanismo de participación de los usuarios en el proceso de evaluación de adendas.**

i. **Problema**

En las renegociaciones contractuales en APP, no existe un mecanismo de participación de los usuarios en el proceso de evaluación de las adendas, lo que ocasiona que no exista un espacio que garantice la participación efectiva de, por ejemplo, las asociaciones de usuarios.

Sin perjuicio de que estos agentes interesados no sean una de las partes en los contratos de APP, sus comentarios a las adendas, a pesar de que no pueden ser vinculantes, se convertirían en un mecanismo de rendición de cuentas, lo que generará que los actores competentes en las

renegociaciones contractuales, realicen la evaluación de las adendas de manera más transparente e idónea.

Así, actualmente ya existe la figura de los Consejos de Usuarios, los que podrían ser usados, replicando la buena práctica que tienen los Organismos Reguladores, como un órgano consultivo en las renegociaciones contractuales.

Los Consejos de Usuarios fueron introducidos mediante la Ley No 28337 en el 2004. De acuerdo a Hebert Tassano, *“su objetivo es constituirse en mecanismo de participación de los agentes interesados en la actividad regulatoria de cada sector involucrado y estarán conformados en atención a las características propias de los mercados regulados por los Organismos Reguladores, según se trate de servicios de alcance nacional, regional o local”* (Tassano, 2008: 97)

De esta manera, aplicando esta figura a las renegociaciones contractuales, los Consejos de Usuarios podrían opinar y evaluar las adendas solicitadas ya sea por el Estado o el Inversionista, de manera que, a pesar de que sus aportes no sean vinculantes, puedan ser usados por el Titular del Proyecto, Organismos Reguladores, MEF y CGR como un *input* que pueda servir para tomar decisiones, en tanto que los mismos, por su conformación, representan a los intereses de los usuarios.

ii. Buena práctica a utilizarse.

La Buena Práctica para dar solución a este problema, de acuerdo a lo detallado en el punto 2 y 3 del Capítulo 2 de la presente tesis es:

- Planificación y divulgación completa de información: En las renegociaciones contractuales debe existir una práctica de transparencia, esto incluye que las propuestas de modificación, sean conocidas no solo por las partes, sino también por los usuarios y sus representantes, debido a que el desarrollo del proyecto les afecta directamente. En ese sentido, debería existir un mecanismo de participación de los usuarios en el proceso de evaluación de las adendas, para que estos cuenten con un espacio que garantice la participación efectiva de, por ejemplo, las asociaciones de usuarios.

iii. Propuesta de modificación.

Como hemos mencionado, en las renegociaciones contractuales en APP, no existe un mecanismo de participación de los agentes interesados en el proceso de evaluación de las adendas, lo que ocasiona que no exista un espacio que garantice la participación efectiva de las asociaciones legalmente organizadas.

La solución para esto, es permitir que los Consejos de Usuarios, opinen durante la evaluación de la modificación contractual.

Reglamento	Propuesta
<p><i>“136.2 Recibida la propuesta, la entidad pública titular del proyecto en el plazo máximo de diez (10) días hábiles, convoca a las entidades públicas que deben emitir opinión a la modificación contractual propuesta, para el inicio del proceso de evaluación conjunta, adjuntando la información presentada por el Inversionista. De manera previa a la primera reunión, dichas entidades públicas designan mediante comunicación escrita o electrónica a los representantes titulares y alternos que participan de la evaluación conjunta. Si el representante o alterno, no están presentes en la reunión, no se reconoce la participación de esa entidad”. (MEF, 2018)</i></p>	<p><i>“136.2 Recibida la propuesta, la entidad pública titular del proyecto en el plazo máximo de diez (10) días hábiles, convoca a las entidades públicas que deben emitir opinión a la modificación contractual propuesta, para el inicio del proceso de evaluación conjunta, adjuntando la información presentada por el Inversionista. <u>En el mismo plazo, convoca, además, a los Consejos de Usuarios de los sectores pertinentes, para que puedan emitir su opinión no vinculante sobre la adenda.</u></i></p> <p><i>De manera previa a la primera reunión, dichas entidades públicas designan mediante comunicación escrita o electrónica a los representantes titulares y alternos que participan de la evaluación conjunta. Si el representante o alterno, no están presentes en la reunión, no se reconoce la participación de esa entidad”. (MEF, 2018)</i></p>

d. **Alta rotación laboral en los Ministerios, Gobiernos Locales y Gobiernos Regionales.**

i. **Problema.**

Tal como informó Cristian León Vilela, Gerente de Desarrollo de Capacidades y Rendimiento de la Autoridad Nacional del Servicio Civil – Servir (Vilela, 2017), esta institución ha publicado el informe “El reto de la formalidad en el sector público peruano”.

El citado informe señala, a partir de información de la Planilla Electrónica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, que existen 170,000 personas que prestan servicios para el Estado peruano en condición de locadores de servicios. La modalidad de locación de servicios, de acuerdo al artículo 1764 del Código Civil es un contrato civil y no laboral. Este contrato tiene la naturaleza de ser temporal y para una tarea específica, es decir no hay subordinación laboral.

Asimismo, señala, citando la Encuesta Nacional de Hogares del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), que de los 170,000, unos 150,000 prestarían servicios como locadores aun cuando tendrían condición de subordinados y relación de dependencia, por tanto, serían informales en el sector público. Así, se estima que el nivel de informalidad laboral en los tres niveles de gobierno es, en promedio, de 12%; el mayor porcentaje se registra en los gobiernos locales, donde el 26% del total de trabajadores tiene dicha condición; seguido del gobierno nacional (13%) y los gobiernos regionales (6%).

Según León Vilela (2017), *“la presencia irregular de locadores en el Estado se explica, al igual que en el caso de los CAS, por la ausencia de una debida planificación en el contexto de las restricciones de la Ley de Presupuesto para contratar personal en planilla o para contratar personal CAS en los proyectos de inversión pública y privada”*.

Dada la mayor flexibilidad para contratar locadores, en comparación con los trámites requeridos para contratar personal subordinado, las entidades optan indebidamente por contratar locadores, por tanto, hay alta rotación de los funcionarios del Estado.

El efecto que tiene esta práctica en el Estado, según el mismo autor (Vilela, 2017) citando a Francisco Longo, es que hay una baja autonomía y capacidad en el Estado, lo que genera una alta rotación en el sector público en muchos casos, basado en criterios de confianza o afiliación partidaria.

Esto hace que los funcionarios que estuvieron a cargo del diseño y la estructuración del proyecto, no sean los mismos que gestionan el contrato de APP y que negocian las adendas. Esto ocasiona que estos funcionarios no conozcan cabalmente los contratos y evalúen de forma errónea las adendas.

De manera específica, es relevante mencionar que este problema no ocurre en PROINVERSIÓN o en los reguladores, cuyos trabajadores están sujetos a un régimen privado, sino que ocurre en los Titulares del Proyecto (concedentes), que son los encargados de gestionar el Contrato siendo la contraparte de los inversionistas. Así, la alta rotación de personal genera el desconocimiento de la problemática, la pérdida de memoria institucional, problemas con la gestión del contrato de concesión, entre otras.

Es importante mencionar, que problemas con similar efecto al generado por la alta rotación de trabajadores de las entidades encargadas de gestionar el proyecto, son generados también por injerencias políticas, las cuales se acentúan cuando existen cambios de mandato.

Así, es posible que los proyectos no se gestionen adecuadamente, especialmente en la evaluación de adendas, debido a que los funcionarios técnicos, financieros y legales, encargados de realizar el análisis correspondiente, responden a superiores con una agenda política que les quita discrecionalidad en sus decisiones.

ii. Buena práctica a utilizarse.

La Buena Práctica para dar solución a este problema, de acuerdo a lo detallado en el punto 2 y 3 del Capítulo 2 de la presente tesis es:

- Sólido marco normativo y capacitación de funcionarios: Un sólido marco normativo que establezca derechos laborales y seguridades para los funcionarios públicos, sumado a una constante capacitación, evitará que estos migren a otras entidades o empresas buscando nuevas oportunidades.

iii. Propuesta de modificación.

El problema de la alta rotación laboral debería solucionarse una vez que se implemente el régimen servir, el cual aún está en proceso progresivo de entrar en vigencia en diversas entidades, y a la fecha, solo esta materializado en una norma y no en la realidad.

e. Motivación no adecuada en el sustento de las solicitudes de adendas y cumplimiento de procedimiento de renegociaciones.

i. Problema.

El inciso 136.1 del artículo 136 del Reglamento, señala que las adendas propuestas por el inversionista deben estar debidamente sustentadas, siendo la obligación del Titular del Proyecto publicar estas en su portal institucional, en el plazo de cinco (05) días calendario contados su recepción. (MEF, 2018)

A pesar de esto, se presentan casos donde las solicitudes de adendas enviadas por los privados no presentan la sustentación debida, lo que ocasiona que sea el mismo Titular del Proyecto (concedente) o los Organismos Reguladores correspondientes, tengan que realizar un análisis exhaustivo sobre cada una de las propuestas presentadas sin contar con mayor motivación o sustento.

Por otro lado, si bien existe la obligación de publicar las adendas, suceden casos en los cuales la adenda a ser presentada es previamente “coordinada” entre el Concedente y el Concesionario, por distintos motivos tales como ver si existe la viabilidad que sea considerada adenda, evitar el ingreso de versiones preliminares al proceso de evaluación conjunta, evitar presiones políticas,

temor a fiscalización, entre otros. Sin embargo, ello conlleva a la existencia de una negociación paralela, lo cual vulnera el espíritu de la norma.

En este sentido, la norma debería precisar que, desde recibido cualquier mail u otra comunicación por el funcionario o servidor competente, referido a una posible renegociación contractual, este funcionario tiene el deber de hacer público este hecho o solicitar al inversionista que se disponga a realizar el procedimiento formal dictado por la normativa correspondiente.

Con esto, se evita que existan adendas que sean analizadas previamente por los sectores o los organismos reguladores, y que lleguen a conclusiones sobre el análisis realizado, sin dejar ninguna constancia en un procedimiento formal.

ii. Buena práctica a utilizarse.

La Buena Práctica para dar solución a este problema, de acuerdo a lo detallado en el punto 2 y 3 del Capítulo 2 de la presente tesis es:

- Existencia de un buen marco regulatorio: La existencia de un marco regulatorio adecuado, evitará que los privados usen las lagunas normativas en su beneficio. Así, si se obliga a los privados a que sustenten debidamente sus propuestas de modificación contractual, se evitará que sean los Titulares del Proyecto o los Reguladores los que cumplan esta función, que no les corresponde.

iii. Propuesta de modificación.

Como hemos mencionado, el problema es que los privados al momento de solicitar modificaciones contractuales, no las sustentan adecuadamente o, por otro lado, negocian con el Estado adendas de forma informal.

La solución para este problema es plantear claramente en la norma los parámetros de sustento que requieren las adendas para ser evaluadas, y determinar sanciones para los funcionarios que tramiten adendas de manera irregular.

Reglamento	Propuesta
<p><i>“136.1 Las modificaciones contractuales a solicitud del Inversionista deben estar sustentadas y adjuntar los términos de la modificación propuesta. Esta propuesta de modificación contractual es publicada por la entidad pública titular del proyecto en su portal institucional, dentro del plazo de cinco (05) días calendario de recibida”. (MEF, 2018)</i></p>	<p><i>“136.1 Las modificaciones contractuales a solicitud del Inversionista deben estar sustentadas <u>mediante un informe económico financiero y legal</u> y adjuntar los términos de la modificación propuesta. Esta propuesta de modificación contractual es publicada por la entidad pública titular del proyecto en su portal institucional, dentro del plazo de cinco (05) días calendario de recibida, <u>bajo responsabilidad de los funcionarios públicos, de tratar temas relacionados con la modificación contractual con los inversionistas y/o terceros, antes de mencionada publicación</u>”. (MEF, 2018)</i></p>

f. **El proceso de deliberación en la evaluación de las renegociaciones contractuales no es público y debería serlo.**

i. **Problema.**

A pesar de que existe el proceso de evaluación conjunta, que anteriormente detallamos, y de que cada entidad competente emite sus opiniones correspondientes sobre las adendas, el proceso de deliberación en la evaluación de las renegociaciones contractuales no es público y debería serlo.

Esta buena práctica tendría como objeto tener constancia de la opinión y de los comentarios realizados por los actores competentes de evaluar las renegociaciones, para de esta manera, poder ser más transparentes.

La manera de lograrlo, sería que la normativa precise la obligación de levantar actas de reuniones durante la evaluación conjunta, y que las decisiones y/o posiciones que se tomen en estas reuniones sean vinculantes.

ii. Buena práctica a utilizarse.

La Buena Práctica para dar solución a este problema, de acuerdo a lo detallado en el punto 2 y 3 del Capítulo 2 de la presente tesis es:

- Planificación y divulgación completa de la información: La transparencia en torno a la negociación de las partes, estableciendo actas de reuniones en donde esta se plasme, evitará que se realicen modificaciones contractuales no justificadas.

iii. Propuesta de modificación.

Como hemos mencionado, el problema es que, en la evaluación de adendas por parte de los actores competentes para esto, es que no existe un registro del proceso deliberativo que existe para llegar a la versión final de la modificación contractual. La solución para esto es normar que los comentarios y/o consultas emitidos por las entidades públicas convocadas, deberán constar en actas y no podrán contradecir las opiniones que emitan estas entidades sobre la modificación contractual.

Reglamento	Propuesta
<i>“136.4 Las entidades públicas convocadas emiten comentarios y/o consultas preliminares a los temas y/o materias de la modificación contractual, pudiendo solicitar la información adicional que resulte necesaria para complementar su evaluación. Corresponde únicamente a la entidad pública titular del proyecto determinar la concurrencia del Inversionista y sus financistas, de ser necesario” (MEF, 2018)</i>	<i>“136.4 Las entidades públicas convocadas emiten comentarios y/o consultas preliminares a los temas y/o materias de la modificación contractual, pudiendo solicitar la información adicional que resulte necesaria para complementar su evaluación. Corresponde únicamente a la entidad pública titular del proyecto determinar la concurrencia del Inversionista y sus financistas, de ser necesario. <u>Los comentarios y/o consultas emitidos por las entidades públicas convocadas, deberán constar en actas y no podrán contradecir las opiniones que emitan estas entidades sobre la modificación contractual.</u>” (MEF, 2018)</i>

g. Falta de Institucionalidad

i. Problema.

Sumado a todo esto, en el Perú debería existir una capacitación constante de los diversos funcionarios responsables en habilidades blancas de negociación por parte del Estado, tal como lo señala la Dirección General de Política Regional de la Comisión Europea de Belgica (European Commission Directorate-General Regional Policy of Belgica, 2003: 97).

En la actualidad, existen diversos problemas institucionales, que de una u otra manera inciden en las renegociaciones contractuales. Por ejemplo, la burocracia o la falta de dinamismo que pueden tener funcionarios encargados de diseñar, estructurar y hasta de negociar los proyectos.

Tenemos por ejemplo a PROINVERSIÓN, entidad que tuvo planeada una reestructuración desde la emisión del Decreto Legislativo N° 1251 y que hasta la actualidad no se ha concretado.

Se cambió la estructura organizacional mediante el Decreto Supremo N° 185-2017-EF, que aprobo su nuevo Reglamento de Organización y Funciones, el cual para adecuarse a la nueva norma creo diversas Direcciones de Línea, como la Dirección de Ejecución Oportuna de la Inversión o de Formulación de Proyectos de Inversión, que hasta la fecha no cuentan con director y no realizan ninguna función.

Sumado al ROF mencionado, se creo un nuevo Cuadro de Asignación de Personal, mediante Resolución Ministerial 296-2017-EF, con el objetivo de ofrecer mejores condiciones laborales dentro de la entidad y atraer el talento. Sin embargo, no se ha aprobado aún la ley para poner ejecución este nuevo CAP, lo cual hace que la institución se mantenga en la misma situación que antes de la reestructuración.

Todo esto ocasiona ineficiencia por parte de los funcionarios de Proinversion que por ejemplo, a pesar de que hizo un esfuerzo por estandarizar los contratos de APP, no se logro debido a que sigue muy segmentado en las diversas jefaturas que existen dentro de las institución y que estan divididas por sectores, no existiendo una comunicación entre todos los funcionarios de esta institución.

Por las razones detalladas anteriormente, consideramos que en la actualidad, PROINVERSIÓN, como OPIP y agencia de inversión, es una institución que no está preparada para conducir el Proceso, lo que implica la estructuración de los proyectos, que incide directamente en las renegociaciones contractuales.

ii. Buena práctica a utilizarse.

Correcta estructuración de las bases y contratos, buen diseño regulatorio e institucional: Consideramos que los funcionarios peruanos encargados de diseñar los proyectos, deben tener especial cuidado en los siguientes aspectos:

- El diseño de las bases y el contrato, lo que incluirá el tipo de concurso público y el factor de competencia, los requisitos de precalificación, las obligaciones de inversión, el plazo de la concesión, las garantías que tendrán cada parte, las cláusulas de terminación y las cláusulas de solución de controversias.

En el caso específico del diseño de las bases, al contener estas las reglas de juego se deben elaborar de una manera muy cuidadosa, en el sentido de que los requisitos tanto legales, técnicos y financieros deben establecerse después de haber hecho un análisis adecuado del objeto del proyecto y lo que busca desarrollar. Así, no puede ser una razón válida para modificar las bases, disminuir los requisitos tanto legales, técnicos y financieros, en busca de conseguir un mayor número de postores, porque esto ocasiona que los postores ganadores, no estén preparados para desarrollar los proyectos de forma idónea, como lo que pasó en el Proyecto Chinchero, donde el Concesionario no pudo manejar la fecha de cierre debido a que no cuenta con el suficiente respaldo financiero.

- El diseño regulatorio, que se refiere básicamente a como los contratos son manejados, supervisados y revisados. Esto incluye la revisión tarifaria y de niveles de servicios mínimos.

- o El diseño institucional, que incluye la política de promoción de la inversión privada, define que entidades públicas están a cargo y cuáles son sus competencias y quien maneja y supervisa las concesiones. (Bitran, 2013: 7-8)

h. Evaluación conjunta

i. Problema

Los problemas en la evaluación conjunta son los siguientes:

- En el proceso de evaluación conjunta, las opiniones y/o comentarios vertidos por los actores competentes no son vinculantes, lo que ocasiona que este proceso se vuelva infructuoso, debido a que, al momento de emitir la opinión a la adenda, las entidades públicas pueden cambiar de parecer. Así, la solución es que se establezca en la norma que los comentarios y/o consultas emitidas por las entidades públicas convocadas, deberán constar en actas y no podrán contradecir las opiniones que emitan estas entidades sobre la modificación contractual.
- A pesar de que Proinversión emite opinión no vinculante en la modificación contractual, no participa en la evaluación conjunta, limitándose a remitir información solicitada, siendo más eficiente que sea un participante.
- No existe mecanismo disuasorio para las entidades que no participen en la evaluación conjunta, simplemente que, si su representante o alterno no atiende a las reuniones, no se considera su participación.
- La suscripción de actas en la evaluación conjunta es potestativa y debería ser obligatoria.

ii. Buena práctica a utilizarse.

La Buena Práctica para dar solución a este problema, de acuerdo a lo detallado en el punto 2 y 3 del Capítulo 2 de la presente tesis es:

- Sólido marco normativo y capacitación de funcionarios: Un sólido marco normativo permitirá que las opiniones y/o comentarios vertidos por los actores competentes en la evaluación conjunta sean vinculantes, evitando de esta manera cambios de opinión al momento de establecer la posición formal de las entidades en las renegociaciones contractuales.

iii. Propuesta de modificación.

Para solucionar el problema descrito, proponemos la siguiente modificación.

Reglamento	Propuesta
<p>136.4 Las entidades públicas convocadas emiten comentarios y/o consultas preliminares a los temas y/o materias de la modificación contractual, pudiendo solicitar la información adicional que resulte necesaria para complementar su evaluación. Corresponde únicamente a la entidad pública titular del proyecto determinar la concurrencia del Inversionista y sus financistas, de ser necesario.</p> <p>136.5 Para efectos de lo establecido en el párrafo precedente, el Inversionista puede convocar, a través de la entidad pública titular del proyecto, a las entidades públicas que participan en el proceso de evaluación conjunta, a efectos de exponer su propuesta de modificación contractual y presentar información complementaria.</p> <p>136.6 Las entidades públicas pueden suscribir actas y realizar reuniones presenciales o virtuales que resulten necesarias, considerando para ello el principio</p>	<p>136.4 Las entidades públicas convocadas emiten comentarios y/o consultas preliminares a los temas y/o materias de la modificación contractual, pudiendo solicitar la información adicional que resulte necesaria para complementar su evaluación. Corresponde únicamente a la entidad pública titular del proyecto determinar la concurrencia del Inversionista y sus financistas, de ser necesario. <u>Los comentarios y/o consultas emitidos por las entidades públicas convocadas, deberán constar en actas y no podrán contradecir las opiniones que emitan estas entidades sobre la modificación contractual.</u></p> <p>136.5 Para efectos de lo establecido en el párrafo precedente, el Inversionista puede convocar, a través de la entidad pública titular del proyecto, a las entidades públicas que participan en el proceso de evaluación conjunta, a efectos de exponer su propuesta de</p>

<p><i>de Enfoque de resultados. En caso de que el Inversionista o la entidad pública titular del proyecto presenten cambios a la propuesta de modificación contractual, éstas se incorporan a la evaluación sin que ello implique retrotraer el análisis” (MEF, 2018)</i></p>	<p><i>modificación contractual y presentar información complementaria.</i></p> <p><i>136.6 Las entidades públicas deben suscribir actas y realizar reuniones presenciales o virtuales que resulten necesarias, considerando para ello el principio de Enfoque de resultados. En caso de que el Inversionista o la entidad pública titular del proyecto presenten cambios a la propuesta de modificación contractual, éstas se incorporan a la evaluación sin que ello implique retrotraer el análisis” (MEF, 2018)</i></p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

i. Ofertas Temerarias

i. Problema.

Diversos postores tendrán la motivación perversa de realizar ofertas temerarias con la intención de realizar renegociaciones contractuales en el futuro. Esto debido a que no tienen la información completa sobre el proyecto al momento de presentar sus ofertas, o saben que tienen capacidad de negociación superior a la del Estado. En ese sentido, se deben evitar este tipo de prácticas, por lo que, para tal fin, proponemos la siguiente modificación normativa:

ii. Buena práctica a utilizarse.

La Buena Práctica para dar solución a este problema, de acuerdo a lo detallado en el punto 2 y 3 del Capítulo 2 de la presente tesis es:

- Competencia y buena asignación de riesgos: Fomentar una competencia sana entre los postores, estableciendo mecanismos para evitar las ofertas temerarias, y en el caso se den, mecanismos de descalificación para el postor que las presentó, evitarán renegociaciones contractuales innecesarias.

iii. Propuesta de modificación.

Para solucionar el problema descrito, proponemos la siguiente modificación.

<i>Reglamento</i>	<i>Propuesta</i>
<i>52.3 Corresponde al OPIP elaborar Bases que cumplan con el objetivo de mitigar la presentación de ofertas temerarias, y fomentar la competencia, transparencia, integridad y eviten actos de corrupción. (MEF, 2018)</i>	<i>52.3 Corresponde al OPIP elaborar Bases que cumplan con el objetivo de mitigar la presentación de ofertas temerarias, <u>procedimientos de descalificación para aquellos que las presentan</u>, y fomentar la competencia, transparencia, integridad y eviten actos de corrupción. (MEF, 2018)</i>

Como podemos apreciar, en base a las buenas prácticas identificadas en la presente tesis, el Estado podría realizar modificaciones normativas a la Ley y el Reglamento, con el fin de solucionar los problemas identificados en el marco de renegociaciones contractuales.

j. Publicación de las opiniones de los actores competentes en modificaciones contractuales.

i. Problema

Una de las principales novedades que tuvo la Ley y su Reglamento en relación a modificaciones contractuales, que no recogían las normas precedentes, fue la de establecer la obligación de los Organismos Reguladores y el MEF, de publicar sus opiniones sobre las renegociaciones contractuales, una vez estas sean suscritas. Este cambio tiene como objeto fortalecer la transparencia en la suscripción de adendas, con el fin de generar el buen funcionamiento del proyecto y la maximización de la obtención de los beneficios que brinda.

Así, consideramos que este cambio normativo es favorable, sin embargo señalamos que, en nuestra opinión, tiene limitaciones debido a que solo considera la obligación de publicar las opiniones, del MEF y de los Organismos Reguladores, dejando de lado a Proinversión y a la Contraloría, que si bien sus opiniones no son vinculantes, pero son tomadas en cuenta al momento de tomar decisiones en torno a la renegociación.

Por otro lado consideramos, que el momento de publicar las opiniones, no es a la suscripción del contrato, sino en el momento en que se emiten, debido a que la publicación una vez tomadas las decisiones correspondientes (suscrita la adenda), debilita su efecto de “rendición de cuentas” o accountability de los funcionarios.

ii. Buena práctica a utilizarse.

La Buena Práctica para dar solución a este problema, de acuerdo a lo detallado en el punto 2 y 3 del Capítulo 2 de la presente tesis es:

- Planificación y divulgación completa de información: En las renegociaciones contractuales debe existir una práctica de transparencia, esto incluye que las propuestas de modificación, sean conocidas no solo por las partes, sino también por los usuarios y sus representantes, debido a que el desarrollo del proyecto les afecta directamente. En ese sentido, todas las opiniones de los actores competentes en renegociaciones contractuales deben ser públicas.

iii. Propuesta de modificación.

Como hemos mencionado, consideramos que la obligación de publicar las opiniones sobre modificaciones contractuales, debería ser para todos los actores competentes que emiten opinión y participan en el proceso de evaluación conjunta, y no solo de los Organismos Reguladores y el MEF.

Por otro lado, consideramos que el momento de publicar las opiniones, no es a la suscripción del contrato, sino en el momento en que se emiten, para no afectar la accountability de los funcionarios.

La solución para esto, es la siguiente:

Ley/ Reglamento	Propuesta
<p>Ley</p> <p><i>“55.8 Una vez suscrita la modificación contractual, el organismo regulador y el Ministerio de Economía y</i></p>	<p>Ley</p> <p><i>“55.8 <u>Una vez emitida la opinión correspondiente, dentro de los plazos</u></i></p>

<p><i>Finanzas publican sus opiniones en sus respectivos portales institucionales” (MEF, 2018)</i></p>	<p><u>establecidos en el presente Reglamento, el organismo regulador, el Ministerio de Economía y Finanzas, <i>Proinversion y la Contraloría General de la república, tendrán 5 días hábiles para publicar</i> sus opiniones en sus respectivos portales institucionales” (MEF, 2018)</u></p>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------



CONCLUSIONES

1. La realidad y el cambio de circunstancias a lo largo del tiempo, supera a lo previsto en los contratos de APP. De esta manera, la renegociación con objeto de modificar los contratos de concesión es válida y no tiene relación con el problema de diseño del contrato, siempre y cuando esté justificada por eventos posteriores a la firma de contrato, que tengan carácter extraordinario y que no se hayan podido prever, y que podrán estar relacionados con la etapa operativa del proyecto, o con cambios económicos, sociales, entre otros (Suto , Azana, Chamorro, Leon, & Menchola, 2013: 40). Sin embargo, existen renegociaciones contractuales no justificadas que se caracterizan por el comportamiento oportunista de una de las partes.

2. Así, el problema que origina la presente investigación es que, dada la experiencia en diversos proyectos realizados bajo la modalidad de APP, existe un marco regulatorio insuficiente que no utiliza buenas prácticas que permitan limitar correctamente el comportamiento oportunista de los inversionistas y del Estado en relación a las modificaciones contractuales en APP.

3. Una buena práctica siempre está ligada a diversas lecciones aprendidas. En este sentido, las lecciones aprendidas comprenden prácticas que han sido probadas exitosas en el desarrollo de un proyecto específico, y, por tanto, le han generado beneficios. La importancia de identificar estas lecciones en proyectos específicos, es que a partir de ellas se pueden generar buenas prácticas, que puedan ser replicadas en otros procesos idénticos o similares.

Por otro lado, una buena práctica puede definirse como aquella que en su desarrollo ha demostrado éxito de manera correcta, ofreciendo resultados considerados favorables dentro de los proyectos, por tanto, se recomienda replicable en otros proyectos de las mismas condiciones. Así, una buena práctica se considera un conjunto de acciones que han tenido éxito, que en los proyectos en donde se desarrollaron tuvieron resultados beneficiosos que fueron probados y validados, y que, por sus excelentes repercusiones en los proyectos, debe ser repetida el mayor número de veces (FAO, 2013)

4. Hemos identificado a lo largo de la presente tesis, buenas prácticas internacionales que pueden ser aplicadas al caso peruano, dentro de las cuales destacamos: 1) la planificación y la divulgación completa de información, 2) buena estructuración y diseño del contrato, 3) establecer provisiones de ajustes, 4) existencia de un sólido marco normativo y capacitación de funcionarios, 5) velar por el valor por dinero, la distribución de riesgos adecuada y una provisión continua de los servicios con la calidad requerida, 6) velar por la competencia y 7) tener una correcta estructuración de bases y contratos, buen diseño regulatorio e institucional.
5. El marco normativo peruano utiliza buenas prácticas, sin embargo, esta es insuficiente para enfrentar toda la problemática que tienen las renegociaciones contractuales. Dentro de las buenas prácticas usadas en la legislación nacional se encuentra las siguientes: 1) equilibrio económico financiero y competencia, 2) valor por dinero, 3) evitar el cambio de objeto y monto de inversión, 4) la evaluación conjunta, 5) la cláusula anticorrupción, entre otras.
6. Sin perjuicio de lo anterior, hemos identificado en el proceso de renegociaciones contractuales en el Perú, los siguientes problemas: 1) adendas por regularización y/o suscripción de actas, 2) Persecución a los funcionarios por sus decisiones de gestión, 3) Inexistencia de un mecanismo de participación de los usuarios en el proceso de evaluación de adendas, 4) Alta rotación laboral en los Ministerios, Gobiernos Locales y Gobiernos Regionales, 5) Motivación no adecuada en el sustento de las solicitudes de adendas y cumplimiento de procedimiento de renegociaciones, 6) El proceso de deliberación en la evaluación de las renegociaciones contractuales no es público y debería serlo, 7) falta de institucionalidad, 8) evaluación conjunta y 9) ofertas temerarias y 10) publicación de las opiniones de los actores competentes en modificaciones contractuales.
7. Utilizando las buenas prácticas internacionales identificadas, se han propuesto modificaciones normativas para solucionar los problemas descritos en el numeral anterior.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda modificar la Ley y su Reglamento, de acuerdo a la propuesta de modificación plasmada en la presente tesis.
2. Se recomienda que los OPIP, fortalezcan sus áreas de Gestión del Conocimiento, con el fin de que, dentro de sus funciones, identifiquen de manera idónea lecciones aprendidas en los proyectos a su cargo, para que puedan generarse a futuro buenas prácticas que puedan ser replicadas en proyectos próximos a estructurar, evitando así renegociaciones contractuales innecesarias.
3. Se recomienda al MEF, que dentro de las políticas de promoción de la inversión privada que desarrollen, se dé especial énfasis a la capacitación de los funcionarios, con el fin de que conozcan exhaustivamente las normas aplicables a la renegociación contractual, las buenas prácticas internacionales existentes, la ética anticorrupción en proyectos de APP, entre otros, para que de esta manera, se nacer proyectos bien estructurados y se eviten renegociaciones contractuales innecesarias.

TRABAJOS CITADOS

- Alfaro, R., Miguel, L., & Ventura, K. (s.f.). Los Servicios Públicos en el Perú: una visión preliminar. Mexico DF: Biblioteca Virtual del instituto de investigación jurídicas de la UNAM.
- Arana, J. R. (2008). Sobre el servicio universal en materia de telecomunicaciones. *Revista de Derecho Administrativo*.
- Ariño, G. (1993). *Economía y Estado Crisis y Reforma en el Sector Público*. Madrid: Macial Pons.
- Australia Department of Treasury and Finance . (2013). National PPP Guidelines: Partnership Victoria Requirements.
- Beuve J, D. B. (2011). Renegotiations, Discretion and Contract Renewals an Empirical Analysis of Public Private Agreements .
- BID. (2017). *Cómo identificar y documentar lecciones aprendidas*. Obtenido de <http://goo.gl/wD3AqD>
- Congreso . (2000). Ley N° 27332, “Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos”.
- Congreso. (2006). Ley 27785, “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República” .
- Congreso de la República . (1993). Constitución Política del Perú. Lima: Diario Oficial "El Peruano".
- Congreso de la República. (11 de Mayo de 1999). Ley N° 27111. *Ley que aprueba la transferencia de PROMCEPRI a la COPRI y de Organismos Descentralizados a diversos Ministerios*. Diario Oficial "El Peruano".
- Contraloría General de la República . (2015). *Causas y efectos de las renegociaciones contractuales de las Asociaciones Público Privadas en el Perú*. Lima: Marena Morel.
- Dean, I. (2013). Renegotiating Contractual Terms Under PPPs-Moral Hazard or Practical Solutions? *CRISIL Young Thought Leader*.
- Diario El Comercio. (15 de febrero de 2017). Las inusuales adendas de Alejandro Toledo a la Interoceánica.
- Diario Gestión. (24 de Febrero de 2017). Contraloría sobre Chinchero: “Hemos encontrado riesgos en la adenda”.
- Diario Gestión. (28 de marzo de 2017). Contratos vía APP ya no tendrán adendas de “bancabilidad” para evitar otros casos como Chinchero.

- Diario Perú 21. (08 de marzo de 2017). "Ponen fin a excesivo firma de Adendas".
- Dromi, R. (1988). *Renegociación y Reconvención de los contratos públicos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Dromi, R. (2001). *Derecho Administrativo* (Vol. 2). Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina.
- Eduardo Bitran, S. N.-P. (2013). Opening the black box of contract renegotiations: An analysis of road concessions in Chile, Colombia and Peru .
- European Commission Directorate-General Regional Policy of Belgica. (2003). Guidelines for Successful Public - Private Partnerships.
- FAO. (2013). *Buenas prácticas en la FAO: Sistematización de experiencias para el aprendizaje continu*. Obtenido de <http://goo.gl/4aX3qI>
- Freyre, M. C., & Sabroso Minaya , R. (2011). *¿Arbitraje y Regulación de los Servicios Público? El caso de OSITRAN*. Lima: Palestra Editores.
- Guasch, J. (2005). *Concesiones en Infraestructura, como hacerlo bien*. Madrid: The World Bank.
- IFAD. (2015). *What is a lesson learned?*
- INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT. (2014). The World Bank. Asian Development Bank, and International American Development Bank, PPP Rederence Guide Version 2.0.
- Matín Tirado, R. (2013). El Laberinto Estatal: historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú. *Revista Arbitraje Pucp*.
- MEF. (2017). Decreto Supremo 068-2017-EF.
- MEF. (2017). Decreto Supremo N° 254-2017-EF "Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 1224".
- MEF, 2015. (s.f.). Decreto Supremo N° 350-2015-EF.
- Ministerio de Economía y Finanzas . (2015). Exposición de Motivos del D.S. N° 410-2015-EF.
- Ministerio de Economía y Finanzas . (2017). Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1251.
- Ministerio de Economía y Finanzas . (2018). Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.
- Ministerio de Economía y Finanzas . (2018). Decreto Supremp N° 240-2018-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

- Ministerio de Economía y Finanzas. (04 de Julio de 2003). Decreto Supremo N° 095-2003-EF. *Modifican la denominación de Agencia de Promoción de la Inversión - PROINVERSIÓN*. Lima: Diario Oficial "El Peruano".
- Ministerio de Economía y Finanzas. (25 de Setiembre de 2015). Decreto Legislativo N° 1224. *Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos*. Lima: Diario Oficial "El Peruano".
- Ministerio de Economía y Finanzas. (25 de Setiembre de 2015). Decreto Legislativo N° 1224, modificado por Decreto Legislativo N° 1251. *Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos*. Lima: Diario Oficial "El Peruano".
- Ministerio de Economía y Finanzas. (27 de Diciembre de 2015). Decreto Supremo N° 410-2015-EF. *Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada en Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos*. Lima: Diario Oficial "El Peruano".
- Ministerio de Economía y Finanzas. (2018). Exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1362 que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.
- Ministerio de Economía y Finanzas. (2015). Guía Orientativa del Decreto Legislativo N° 1224.
- Ministry of Finance of Singapore. (2012). Public-Private Partnerships Handbook, Version 2. S.
- Napuri, C. G. (2013). *Manual del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Pacífico Ediciones.
- OECD. (2007). OECD Principles for Private Sector Participation in Infrastructure.
- OSITRAN. (2008). *Lineamientos de Ositran para la Emisión de Opinión de los Proyectos de Contrato de Concesión*. Acuerdo N° 1043-267-0-CD-OSITRAN.
- Presidencia de Consejo de Ministros. (27 de Diciembre de 1996). Decreto Supremo N° 060-96-PCM. *Reglamento del Texto Unico Ordenado de las normas con rango de ley que regulan entrega en concesión al Sector Privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos*. Lima: Diario Oficial "El Peruano".
- Presidencia del Consejo de Ministros. (27 de Setiembre de 1991). Decreto Legislativo N° 674. *Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado*. Lima: Diario Oficial "El Peruano".
- Presidencia del Consejo de Ministros. (20 de Agosto de 1996). Decreto Legislativo N° 839. *Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos*. Lima: Diario Oficial "El Peruano".

Presidencia del Consejo de Ministros . (25 de Abril de 2002). Decreto Supremo N° 027-2002-PCM. *Fusionan diversas entidades relacionadas a la promoción de la inversión privada*. Lima: Diario Oficial "El Peruano".

Presidencia del Consejo de Ministros . (13 de Mayo de 2008). Decreto Legislativo N° 1012. *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*. Diario Oficial "El Peruano".

Presidencia del Consejo de Ministros. (02 de Setiembre de 1991). Decreto Legislativo N° 662. *Ley del Régimen de Estabilidad Jurídica a la Inversión Extranjera mediante el reconocimiento de ciertas garantías*. Lima: Diario Oficial "El Peruano".

Presidencia del Consejo de Ministros. (13 de Noviembre de 1991). Decreto Legislativo N° 757. *Ley Marco para el Credimiento de la Inversión Privada*. Lima: Diario Oficial "El Peruano".

Presidencia del Consejo de Ministros. (8 de Noviembre de 1991). Decreto Legislativo N° 758. *Normas para la Promoción de la Inversión Privada en la Infraestructura de Servicios Públicos*. Lima: Diario Oficial "El Peruano".

Presidencia del Consejo de Ministros. (26 de Diciembre de 1996). Decreto Supremo N° 059-96-PCM. *Texto Unico Ordenado De Las Normas Con Rango De Ley que Regulan en Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y Servicios Públicos*. Lima: Diario Oficial "El Peruano".

PROINVERSIÓN. (2017). Acuerdo de Consejo Directivo N° 1-1-2017-DE.

Rebollo, L. M. (2008). Sobre el nuevo concepto de Servicio Público en Europa y sus posibles implicaciones futuras. *Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*.

SMV . (2015). SMV N° 019-2015-SMV/01.

Suto , F., Azana, R., Chamorro, M., Leon, L., & Menchola, M. (2013). *Renegociación de contratos de concesión en infraestructura de transporte: diagnóstico, análisis y propuestas de mejora*. Lima: Universidad Esan.

Unión Europea. (2004a). Libro Verde sobre los servicios de interés general, [COM (2003) 270 final], Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas.

Unión Europea. (2004b). Libro Blanco sobre los servicios de interés general, [COM (2004) 374 final], Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas.

Veloachaga, H. T. (2008). Los Organismos Reguladores de servicios públicos. *Circulo de Derecho Administrativo*(4).

Vilela, C. L. (12 de 8 de 2017). Reto de la Formalidad en el Sector Público Peruano . *El Peruano*.



BIBLIOGRAFÍA

- ALBORTA, Guillermo; STEVENSON, Claudia y TRIANA, Sergio. Asociaciones Público Privadas para la Prestación de Servicios: Una visión hacia el futuro. Banco Interamericano de Desarrollo (BID). 2011. Disponible en:
<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=37809306>
- AKITOBAY, Bernandin, Richard Hemming & Gerd Schwartz (2007). Public Investment and Public – Private Partnerships, Economic Issues 40, International Monetary Fund, Washington, D.C.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Regulación económica de los servicios públicos: dos décadas de regulación de servicios públicos en Iberoamérica: balance y perspectivas. Universidad Esan: ARA, 2010.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Contrato de Obra, concesión de obra, concesión de servicio público: ¿Son técnicas intercambiables? Revista de Derecho Administrativo, Año 4, N° 7 (Mayo. 2009).
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Servicios públicos, regulación y renegociación. Buenos Aires: Lexis Nexis. 2005.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Logros y fracasos de la regulación. Themis, N° 52 (2006), 43-53.
- Asian Development Bank (2014). Public-Private Partnerships Handbook. Philippines.
- ASOCIACIÓN PARA EL FOMENTO DE LA INFRAESTRUCTURA NACIONAL (AFIN). 2015. Un plan para salir de la Pobreza. Plan Nacional de Infraestructura 2016-2025. Lima: AFIN. Disponible en:
http://www.afin.org.pe/images/publicaciones/estudios/plan_nacional_infraestructura_2016_2025_2.pdf.
- Australia, Department of Treasury and Finance (2013) National PPP Guidelines: Partnership Victoria Requirements 13. Australia, Infrastructure
- Australia (2008) National PPP Guidelines: PPP Policy Framework , Canberra.
- BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID). “Modelo de bases de Licitación para una APP”. Programa para el Impulso de Asociaciones Público Privadas en Estados Mexicanos. Octubre 2010.

- BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (2009) Experiencia Chilena en Concesiones y Asociaciones Público-Privadas para el desarrollo de Infraestructura y la provisión de Servicios Públicos Informe Final.
- BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (2009) Experiencia española en Concesiones y Asociaciones Público-Privadas para el desarrollo de infraestructuras públicas: marco general.
- BANCO MUNDIAL. (2007). Sample Bidding Document: Procurement of Management Services. Washington D.C.: Banco Mundial.
- BRAVO ORELLANA, Sergio. Evaluación de Inversiones. Pearson Prentice Hall. México, D.F. 2011.
- BRAVO ORELLANA, Sergio. Metodologías de evaluación de inversiones. Lima: ESAN, 2005.
- BECKERS T., GEHRT J., KLATT J. Renegotiations in PPP Projects – Summary of Findings. German Federal Ministry of Transport, Building and Urban Development. 2009.
- BENETTI, Giulia. Los procedimientos de adjudicación de las obras públicas a iniciativa particular: un estudio comparado. 2014.
- BENITES ARRIETA, Gabriel Wilson. Las Asociaciones Público Privadas como mecanismos para el desarrollo de proyectos de infraestructura en el ámbito de los gobiernos locales. Tesis (Mag.) Pontificia Universidad Católica del Perú. Escuela de Postgrado, Derecho de la Empresa. 2014.
- BEUVE J., De BRUX J., SAUSSIÉ S. Renegotiations, Discretion and Contract Renewals, An Empirical Analysis of Public-Private Agreements. IAE Sorbonne Business School, University of Paris. Francia. 2014.
- BITRAN E., NIETO-PARRA S., ROBLEDO J. (2013), “Opening the black box of contract renegotiation: An analysis of road concessions in Chile, Colombia and Perú”, Working Paper N° 317, OECD Publishing, Paris.
- CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO - CAF (2010). Infraestructura Pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España. Disponible en: <https://www.caf.com/media/3163/LibroinfraestructuraFINAL.pdf>

- CASSAGNE, Juan Carlos. El contrato administrativo, Buenos Aires, 1999.
- CLEMENT-DAVIES, Christopher (2007) Public-Private Partnerships in central and eastern Europe: structuring concessions agreements , European Bank for Reconstruction and Development.
- DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. El régimen de los contratos estatales en el Perú. Lima: Palestra, 2007.
- DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Temas sobre derecho administrativo económico y el régimen de concesiones en nuestro país. IUS ET VERITAS; Vol. 21, Núm. 42 (2011); 392-419.
- DE LOS HEROS ECHECOPAR, Juan Carlos. Asociaciones Público Privadas: una mirada hacia el futuro. Revista de derecho administrativo—Año 4, no. 7 (May. 2009)
- DEVLIN, Robert y MOGUILLANSKY, Graciela. Public-private alliances for long-term national development strategies. CEPAL Review 97 • Apr. 2009. Disponible en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/11320/97095113I_en.pdf?sequence=1
- DIJCK, Pitou Van. Construcción problemática: IIRSA y las asociaciones público-privadas en la infraestructura vial. Amsterdam: CEDLA, 2007.
- DLA Piper & European PPP Expertise Centre (2009) European PPP Report 2009
- DROMI, José Roberto. Licitación Pública. Lima: Gaceta Jurídica, 2006.
- DROMI, José Roberto. Derecho Administrativo. Lima: Gaceta Jurídica, 2006.
- DROMI, José Roberto. La licitación pública: los contratos de la administración, procedimientos de contratación, concursos públicos, etapas y vicios en la licitación, relación, responsabilidad, fiscalización y protección jurídica. Buenos Aires: Astrea, 1980.
- DOMINGUES S., ZLATKOVIC D., ROUMBOUTSOS, A. (2014) “Contractual Flexibility In Transport Infrastructure PPP”. 2014 European Transport Conference. [The Association for European Transport: AET](#).
- DUTZ, Mark, CLIVE Harris, INDERBIR Dhingra & Chris SHUGART (2006) Public Private Partnership Units: What Are They, and What Do They Do? , Public Policy for the Private Sector 311, World Bank, Washington, D.C.

- D’MEDINA LORA, Eugenio Gerald Darío. La privatización de infraestructuras de servicios públicos a través del sistema de concesiones. *Ius et veritas*—Año 11, no. 22 (Jun. 2001)
- ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT (2013) *Evaluating the Environment for Public-Private Partnerships in Latin America and the Caribbean: The 2012 Infrascop: Index guide and methodology*, London.
- ECONOMIC AND SOCIAL COMMISSION FOR ASIA AND THE PACIFIC (2011). *A Guidebook on Public-Private Partnership In Infrastructure*. Thailand.
- ENGEL E., FISCHER R., GALETOVIC A. *Soft Budgets and Renegotiations in Public Private – Partnerships*. Department of Economics, Yale University, 28 Hillhouse Ave., New Haven. 2009.
- ENGEL E., FISCHER R., GALETOVIC A. *Public-Private Partnerships to Revamp U.S. Infrastructure. The Hamilton Project*. 2011.
- ERNST & YOUNG. *Las Asociaciones Público Privadas y el Desafío Global en Infraestructura*. Perú. 2016.
- ESTACHE A., GUASCH J., IIMI A., TRUJILLO L. (2008), “Multidimensionality and Renegotiation: Evidence from Transport Sector PPP Transactions in Latin America”, Université Libre de Bruxelles. Belgica.
- EUROPEAN COMMISSION DIRECTORATE-GENERAL REGIONAL POLICY (2003) *Guidelines for Successful Public – Private Partnerships*. Belgica.
- EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE. (2011). *The Guide to Guidance, How to Prepare, Procure and Deliver PPP projects*. Disponible en: <http://www.eib.org/epec/resources/guide-to-guidance-en>
- FOSTER INFRASTRUCTURE. *Comparative Study of Variation Clauses in Public Private Partnership Contracts*. Melbourne: The Australian APEC Study Centre, 2013.
- GUASCH, J.L. (2005). *Concesiones en Infraestructura. Cómo hacerlo bien*. Barcelona: Antonio Bosch.
- GUASCH, José Luis (2004) *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right*, World Bank, Washington, D.C.
- GUASCH, J. et al. (2014), “The Renegotiation of PPP Contracts: An Overview of its Recent Evolution in Latin America”, *International Transport Forum Discussion Papers*,

2014/18, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/5jrw2xxlks8v-en>
International Transport Forum Discussion Papers 2014/18 The Renegotiation of PPP
Contracts: An Overview of its Recent Evolution in Latin America José Luis Guasch,
Daniel Benitez,Irene Portabales, Lincoln Flor.

- HUAPAYA TAPIA, Ramón. Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura (con especial referencia al marco jurídico de promoción de la inversión privada en el Perú). *Ius et veritas*—No. 46 (Jul. 2013)
- HUAPAYA TAPIA, Ramón. Notas sobre el concepto jurídico del servicio público en nuestro ordenamiento legal. *Derecho & sociedad*—Año 22, no. 36 (Jul. 2011)
- HUAPAYA TAPIA, Ramón. Algunos apuntes en relación con la “participación público-privada” y su vinculación con el derecho administrativo y la inversión en infraestructura y servicios públicos. *Revista de derecho administrativo*—Año 2, no. 3 (Set. 2007)
- HUAPAYA TAPIA, Ramón. Diez Tesis sobre las Asociaciones Público – Privadas (APP) en nuestro régimen legal. *Círculo de Derecho Administrativo – N° 13*. 2013.
- HUAPAYA TAPIA, Ramón; BRAVO ORELLANA, Sergio, MARANGUCHI RACHIMI, Hijalmar. Inversión privada vs. regulación en infraestructura: ¿qué hace y qué no hace el Estado para atraer capital privado? : mesa redonda. *Derecho & sociedad*—Año 22, no. 36 (Jul. 2011).
- HUAPAYA TAPIA, Ramón; DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge; MORÓN URBINA, Juan Carlos y MARTÍN TIRADO, Richard. Temas sobre derecho administrativo económico y el régimen de concesiones en nuestro país: mesa redonda. *Ius et veritas*—No. 42 (Jul. 2011).
- INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT / The World Bank, Asian Development Bank, and Inter-American Development Bank. *Public – Private Partnerships, Reference Guide, Version 2.0*.
- ISRAEL Dean. Renegotiating Contractual Terms Under PPPs- Moral Hazard Or Practical Solution? *CRISIL Young Thought Leader*. 2013.
- ITF (2008), “Public-private partnerships legislation and regulation”, in *Transport Infrastructure Investment: Options for Efficiency*, OECD Publishing, Paris. Disponible

en:

<http://dx.doi.org/10.1787/9789282101568-10-en>

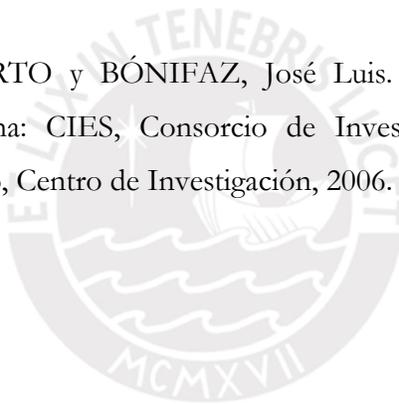
- MARAVÍ SUMAR, Milagros. Procesos de selección regulados en el Perú para el otorgamiento de concesiones. *Revista de derecho administrativo—Año 4, no. 7* (May. 2009)
- MARAVÍ SUMAR, Milagros. Aspectos teóricos y prácticos de las asociaciones público privadas en el Perú. Lima: Ecb ediciones, 2012.
- MARTÍN TIRADO, Richard. El laberinto estatal: historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú *Revista arbitraje PUCP—Año 3, no. 3* (Set. 2013)
- MENEZES F., RYAN M. (2012) “Default and Renegotiation in PPP Tenders”. University of Queensland. Australia.
- MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS (MEF). (2016). Guía Orientativa para la Aplicación del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y en Proyectos en Activos. Disponible en:
https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/normas/Guia_basica_aplicacion_DL_1224.pdf
- MINISTRY OF FINANCE (2012). *Public-Private Partnerships Handbook, Version 2*. Singapore.
- MIRANDA SARMENTO, J. J., & RENNEBOOG, L. (2017). *Renegotiating Public-Private Partnerships*. (CentER Discussion Paper; Vol. 2017-014). Tilburg: CentER, Center for Economic Research.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos. Las concesiones de infraestructura a iniciativa de inversionista. *IUS ET VERITAS*; Vol. 17, No. 35 (2007); 156-180.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos. Las concesiones de infraestructura a iniciativa de inversionista. *IUS ET VERITAS*; Vol. 17, No. 35 (2007); 156-180.
- O’NEILL DE LA FUENTE, Cecilia. Entrevista sobre Asociaciones Público Privadas. *Revista de derecho administrativo*. Año 6, no. 12, parte 1 (Dic. 2012).
- O’NEILL DE LA FUENTE, Cecilia. De las Privatizaciones a las Asociaciones Público.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OECD). (2105). *Policy Framework for Investment 2015 Edition*.

Paris: OECD Publishing. Disponible en: [http:// www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/pfi.htm](http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/pfi.htm)

- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OECD). (2012). Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships. Disponible en: <http://www.oecd.org/governance/budgeting/PPP-Recommendation.pdf>
- Organization for Economic Co-Operation and Development (2007). OECD Principles for Private Sector Participation in Infrastructure, Paris.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OECD). (2016). Regulatory Policy in Perú: Assembling the Framework for Regulatory Quality, OCDE Reviews of Regulatory Reform, OECD Publishing, Paris. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264260054-en>
- OECD (2014), “Public-private partnerships”, in Government at a Glance: Latin America and the Caribbean 2014: Towards Innovative Public Financial Management, OECD Publishing, Paris. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264209480-32-en>
- PAREDES GUTIÉRREZ, MARCELA. La crisis internacional y los nuevos marcos normativos de contrataciones del Estado y asociaciones público privadas en el Perú: entrevista a Juan Carlos Morón Urbina / Marcela Paredes Gutiérrez, Danny Ramos Cabezudo. Revista de derecho administrativo—Año 4, no. 7 (May. 2009)
- PUBLIC-PRIVATE INFRASTRUCTURE ADVISORY FACILITY (PPIAF). Concessions: Main Steps in Competitive Bidding. Module 5: Implementation and Monitoring. 2009.
- PUBLIC-PRIVATE INFRASTRUCTURE ADVISORY FACILITY (PPIAF). Toolkit for Public-private Partnership in Roads & Highways. Disponible en: <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/toolkit-public-private-partnerships-roads-and-highways>.
- ROBALINO ORELLANA, Javier. Las asociaciones público-privadas (APP): una opción para contratación administrativa en Latinoamérica. Revista de Derecho, No. 13, UASB-Ecuador / CEN • Quito, 2010. Disponible en:

<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2895/1/07-Robalino.pdf>

- RONCEROS, Miguel Ángel. Concesiones cofinanciadas y PPPS. *Thémis—Época 2*, no. 52 (2006).
- RUIZ DÍAZ, Gonzalo. Two empirical studies on the peruvian regulatory framework: the case of the consumer protection regime and the system of concessions of infrastructure. Tesis (Dr.) -- Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado. Mención: Economía, 2014.
- TESORO NACIONAL. PPP Manual Module 5: PPP Procurement. Johannesburgo. (2004)
- TVARNO, Cristina D. Negotiating Efficient PPP Contracts. The Melbourne PPP Conference 7-9, 'The Challenge of Governance'. 2014.
- UNCITRAL. Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects. New York. 2001.
- URRUNAGA, ROBERTO y BÓNIFAZ, José Luis. Regulación y concesiones de servicios públicos. Lima: CIES, Consorcio de Investigación Económica y Social: Universidad del Pacífico, Centro de Investigación, 2006.



ANEXOS

ANEXO 1

N°	Origen	Buena Práctica	CRITERIO DE EVALUACIÓN	CUMPLIMIENTO Y JUSTIFICACIÓN
1	OECD	Debe existir una <u>divulgación completa de información entre las partes</u> , debido a que si no se tiene una suficiente información técnica, económica o legal, puede correrse el riesgo de que no existan postores dispuestos a invertir. En el peor caso, potenciales inversionistas que participen en procesos en donde sientan que no tienen una información idónea, tendrán la motivación perversa de realizar ofertas temerarias con la intención de realizar renegociaciones contractuales en el futuro. OCDE (2007:22-24)	Funcional	La divulgación completa de información y transparencia entre las partes, tanto antes de la entrega de buena pro del proyecto, como en la ejecución contractual, permite conocer de antemano las reglas del juego y plasmarlas en el contrato con una distribución justa de riesgos, lo que reduce a futuro las adendas oportunistas.
			Técnicamente posible	Divulgar información entre las partes es técnicamente posible.

			Es el resultado de un proceso participativo	Implica la participación de todos los actores competentes dentro del proyecto, incluido el inversionista.
			Utilizable y moldeable	La transparencia se puede adaptar a diversas situaciones y proyectos
			Reduce los riesgos	Reduce el riesgo de modificaciones contractuales oportunistas.
2	OECD	Se considera que los contratos que estén sobre detallados, y que hayan escogido esta naturaleza para poder evitar posibles contingencias, lo que hacen en realidad es hacer incompatible los contratos con la flexibilidad operacional. De esta manera, en contratos sobre detallados, las partes tendrán incentivos perversos de buscar lagunas en los contratos en lugar de perseguir que la relación contractual se de en buena fe. <u>Para evitar esto, es necesario que todos los contratos sean flexibles y eviten ser sobredetallados, estableciendo cláusulas que especifiquen claramente bajo cuales circunstancias una revisión de los términos originales de</u>	Funcional	La flexibilidad en los Contratos APP genera capacidad de adecuación a eventos no previstos a lo largo del tiempo.
			Técnicamente posible	Hacer flexibles los contratos es técnicamente posible.
			Es el resultado de un proceso participativo	Implica la participación de todos los actores competentes dentro del proyecto, incluido el inversionista.

		<u>los contratos deben ser revisadas y cuál es el pocedimiento que se debe seguir para esto.</u> OCDE (2007:22-24)	Utilizable y moldeable	La flexibilización de los contratos se puede adaptar a diversas situaciones y proyectos
			Reduce los riesgos	Reduce el riesgo de modificaciones contractuales oportunistas.
3	BANCO MUNDIAL	<p>Para evitar renegociaciones contractuales oportunistas, se debe dar especial importancia en 5 áreas del contrato:</p> <ul style="list-style-type: none"> - <u>Los requerimientos de performance:</u> Definir de forma idónea los requerimientos mínimos que tiene que tener el proyecto, tanto técnicos como económicos, estableciendo mecanismos de supervisión y mecanismos de ejecución que incluyan penalidades por incumplimiento. - <u>Mecanismos de pago:</u> Definir de forma idónea cual será el mecanismo de pago que se debe dar en el proyecto, ya sea el proyecto autofinanciado o cofinanciado. 	Funcional	Dar especial importancia a las 5 áreas de contrato señaladas, evita modificaciones contractuales oportunistas.
			Técnicamente posible	Dar diferente estructura en estas 5 áreas diferentes de los contratos es técnicamente posible.
			Es el resultado de un proceso participativo	Implica la participación de todos los actores competentes dentro del proyecto, incluido el inversionista.
			Utilizable y moldeable	Las 5 áreas del contrato donde se proponen buenas prácticas son estándar a diversos sectores, por lo

		<ul style="list-style-type: none"> - <u>Mecanismos de ajustes:</u> Todos los contratos de Asociación Público Privada deben estipular mecanismos que permitan manejar las circunstancias y cambio que se darán a lo largo del tiempo, comunes en este tipo de contratos (mecanismos para revisión tarifaria, procedimientos de renegociación, etc.) - <u>Mecanismos de solución de disputas:</u> Definir claramente el ámbito jurisdiccional que se utilizará para resolver cualquier controversia, el rol que tendrá el regulador en estos o el posible uso de un panel internacional de expertos. - <u>Mecanismos de terminación contractual:</u> Definir las formas de terminación contractual y sus implicancias. <p>Una buena práctica para lograr lo anteriormente detallado, <u>es establecer cláusulas estandarizadas creadas a partir de la experiencia de proyectos pasados y buenas prácticas internacionales.</u> (Banco Mundial: 2014: 157)</p>		que se pueden adaptar a diversas situaciones y proyectos
			Reduce los riesgos	Reduce el riesgo de modificaciones contractuales oportunistas.
4	BANCO MUNDIAL	Para evitar renegociaciones contractuales oportunistas, <u>el contrato de Asociación Público Privada debe contener</u>	Funcional	Disponer de condiciones de ajustes implica mantener la flexibilidad de

	/ MINISTERIO DE SINGAPUR	<p><u>provisiones de ajustes</u>, que pueda mantener la flexibilidad de los proyectos para adecuarse a las circunstancias. (Banco Mundial: 2014: 2011)</p>		los proyectos para adecuarse a las circunstancias, evitando modificaciones contractuales.
			Técnicamente posible	Disponer de condiciones de ajustes es técnicamente posible.
			Es el resultado de un proceso participativo	Implica la participación de todos los actores competentes dentro del proyecto, incluido el inversionista.
			Utilizable y moldeable	Disponer de condiciones de ajustes es replicable en diversos contratos de APP en diversos sectores.
			Reduce los riesgos	Reduce el riesgo de modificaciones contractuales oportunistas.
5	DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA REGIONAL	<p>Para evitar renegociaciones contractuales oportunistas, <u>una buena práctica es tener un fuerte marco regulatorio nacional y capacitar a los diversos funcionarios responsables en habilidades blancas de negociación por parte del Estado.</u> European Commission Directorate – General Regional Policy of Belgica (2003: 97)</p>	Efectiva y exitosa	Un marco regulatorio fuerte y la capacitación a los funcionarios conlleva a estructurar de manera idónea los Contratos de APP, evitando modificaciones contractuales.



	DE LA COMISIÓN EUROPEA DE BELGICA		Técnicamente posible	Un marco regulatorio fuerte y la capacitación a los funcionarios es técnicamente posible.
			Es el resultado de un proceso participativo	Implica la participación de todos los actores competentes dentro del proyecto, incluido el inversionista.
			Utilizable y moldeable	Un marco regulatorio fuerte y la capacitación a los funcionarios es replicable y adaptable en los diversos contratos de APP.
			Reduce los riesgos	Reduce el riesgo de modificaciones contractuales oportunistas.
6	BEUVE	<ul style="list-style-type: none"> - Evitar ofertas agresivas en donde no ha habido un compromiso completo por parte del Estado. - Tener un buen marco regulatorio para controlar las expectativas de las partes a renegociar, ya que se pueden establecer ciertas condiciones y límites. 	Funcional	Evitar ofertas agresivas, tener un buen marco regulatorio y mantener el valor por dinero, han probado ser efectivos y exitosos para evitar modificaciones contractuales.
			Técnicamente posible	Evitar ofertas agresivas, tener un buen marco regulatorio y mantener

		<ul style="list-style-type: none"> - Procurar que en las renegociaciones se mantenga el valor por dinero, se distribuyan los riesgos a la parte que este en mejor condición de afrontarlos, se asegure la provisión continua de los servicios con la calidad requerida, etc. Beuve (2011: 2-6) 		el valor por dinero es técnicamente posible.
			Es el resultado de un proceso participativo	Implica la participación de todos los actores competentes dentro del proyecto, incluido el inversionista.
			Utilizable y moldeable	Evitar ofertas agresivas, tener un buen marco regulatorio y mantener el valor por dinero es replicable a diversos contratos de APP en diversos sectores.
			Reduce los riesgos	Reduce el riesgo de modificaciones contractuales oportunistas.
7	DEAN	<ul style="list-style-type: none"> - Los contratos de concesión deben otorgar su buena pro de manera competitiva y deben tener un diseño de contrato óptimo que señale de manera clara las obligaciones de las partes. 	Funcional	La competencia y la estandarización han probado ser efectivos y exitosos para evitar modificaciones contractuales.
			Técnicamente posible	La competencia y la estandarización es técnicamente posible.

		<ul style="list-style-type: none"> - Los contratos deben contener cláusulas en donde existan políticas de no renegociaciones, a excepción de casos específicos fijados en el contrato. S - Se debe establecer que la primera revisión tarifaria no debe realizarse por un buen periodo de tiempo, de por lo menos 5 años, a menos que haya contingencias razonables que lo motiven. - Los Contratos deben incluir cláusulas que provean compensación razonable para los operadores en los casos de cambios unilaterales del contrato por parte del Estado. Por el contrario, si son los operadores los que requieren la modificación contractual, se les debe exigir una garantía de seriedad que les será resuelta si la modificación se llega a dar a su favor. - Analizar antes del otorgamiento de la buena pro, si existen ofertas temerarias que puedan distorsionar la competencia, incluyendo mecanismos idóneos que permitan descalificar al postor que las presentó. - El proceso de renegociación debería ser lo más transparente posible, preferentemente teniendo 	<p>Es el resultado de un proceso participativo</p> <p>Utilizable y moldeable</p> <p>Reduce los riesgos</p>	<p>Implica la participación de todos los actores competentes dentro del proyecto, incluido el inversionista.</p> <p>La competencia y la estandarización es replicable a diversos contratos de APP en diversos sectores.</p> <p>Reduce el riesgo de modificaciones contractuales oportunistas.</p>
--	--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

		<p>consultores expertos que apoyen a los funcionarios del Estado a tomar sus decisiones.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Contar con un buen marco regulatorio y una agencia capaz de evitar estas renegociaciones oportunistas, que a su vez asegure la calidad de los procesos y la estructuración de los contratos. Dean (2013: 10-11) 		
8	BRITAN	<p>señala que la clave para evitar renegociaciones contractuales oportunistas en contratos de Asociaciones Público Privadas es tener especial cuidado en los siguientes aspectos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - El diseño de las bases y el contrato, lo que incluirá el tipo de concurso público y el factor de competencia, los requisitos de precalificación, las obligaciones de inversión, el plazo de la concesión, las garantías que tendrán cada parte, las cláusulas de terminación y la cláusula de solución de controversias. - El diseño regulatorio, que se refiere básicamente a como los contratos son manejados, supervisados y revisados. 	<p>Funcional</p>	<p>El diseño de las bases, el diseño regulatorio y el diseño institucional han probado ser efectivos y exitosos para evitar modificaciones contractuales.</p>
			<p>Técnicamente posible</p>	<p>El diseño de las bases, el diseño regulatorio y el diseño institucional es técnicamente posible.</p>
			<p>Es el resultado de un proceso participativo</p>	<p>Implica la participación de todos los actores competentes dentro del proyecto, incluido el inversionista.</p>

		<p>Esto incluye la revisión tarifaria y de niveles de servicios mínimos.</p> <ul style="list-style-type: none"> - El diseño institucional, que incluye la política de promoción de la inversión privada, define que entidades públicas están a cargo y cuáles son sus competencias y quien maneja y supervisa las concesiones. Bitran (2013: 7-8). 	Replicable y adaptable	El diseño de las bases, el diseño regulatorio y el diseño institucional
			Reduce los riesgos	Reduce el riesgo de modificaciones contractuales oportunistas.
			Es el resultado de un proceso participativo	Implica la participación de todos los actores competentes dentro del proyecto, incluido el inversionista.
			Utilizable y moldeable	El diseño de las bases, el diseño regulatorio y el diseño institucional es replicable a diversos contratos de APP en diversos sectores.
			Reduce los riesgos	Reduce el riesgo de modificaciones contractuales oportunistas.



FUENTE: Elaboración propia en base a los criterios de evaluación de (FAO, 2013) y a las buenas prácticas internacionales desarrolladas por OCDE (2007:22-24), Banco Mundial (157,211), European Commission Directorate – General Regional Policy of Belgica (2003: 97), Beuve (2011: 2-6), Dean (2013: 10-11), Bitran (2013: 7-8).

ANEXO 2

N°	ORIGEN	BUENA PRÁCTICA NACIONAL	BUENA PRÁCTICA INTERNACIONAL CON LA QUE SE IDENTIFICA
ORGANISMOS E INSTITUCIONES INTERNACIONALES			
1	OECD	Planificación y divulgación completa de información	- Evaluación conjunta.
2	BANCO MUNDIAL	Buena estructuración y diseño del contrato	- Cambio de objeto y monto de inversión. - Cláusula anticorrupción.
3	BANCO MUNDIAL	Provisión de ajustes	- Cláusula anticorrupción.
4	DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA REGIONAL DE LA COMISIÓN EUROPEA DE BELGICA	Solido marco normativo y capacitación de funcionarios	- Evaluación conjunta. - Límite temporal.
DOCTRINA INTERNACIONAL			

5	BEUVE	Existencia de un buen marco regulatorio: valor por dinero, distribución de riesgos, provisión continua de servicios con la calidad requerida.	Valor por dinero
6	DEAN	Competencia y buena asignación de riesgos.	Equilibrio económico financiero y competencia
8	BRITAN	Correcta estructuración de bases y contratos, buen diseño regulatorio e institucional.	<ul style="list-style-type: none"> - Cambio de objeto y monto de inversión. - Evaluación conjunta. - Opinión no vinculante de la CGR.

FUENTE: Elaboración propia en base a los criterios de evaluación de (FAO, 2013) y a las buenas prácticas internacionales desarrolladas por OCDE (2007:22-24), Banco Mundial (157,211), European Commission Directorate – General Regional Policy of Belgica (2003: 97), Beuve (2011: 2-6), Dean (2013: 10-11), Bitran (2013: 7-8).

