

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



Título

MEJORAS REGULATORIAS PARA REPOTENCIAR EL SISTEMA NACIONAL DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN EL PERÚ. UNA MIRADA DESDE EL SUBSECTOR TRANSPORTE.

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

AUTOR

MARCO GUILLERMO GUZMÁN PALOMINO

ASESORA

SILVANA PATRICIA ELÍAS NARANJO

Mayo, 2021

RESUMEN

La presente investigación propone alternativas de mejora al marco regulatorio vigente ante la actual crisis por la que atraviesan las Asociaciones Público – Privadas en el Perú. Los procesos de APP del subsector transporte presentan en la actualidad retrasos y cuellos de botella que impactan negativamente en el objetivo trazado por el Estado Peruano de lograr el cierre de la brecha de infraestructura del país al mediano y largo plazo. Esta situación ha generado que el gobierno de turno opte incluso por la búsqueda de nuevos mecanismos de contratación, pese al rol preeminente que el Perú le ha otorgado a las APP como principal mecanismo de contratación y pese al rol preeminente que este mecanismo ejerce en la práctica internacional. Bajo un enfoque de análisis deductivo - cualitativo, en el primer capítulo realizamos un acercamiento hacia los conceptos clave que sustentan la importancia de la competitividad y del crecimiento económico sostenido, como objetivos trascendentales para las diferentes economías a nivel mundial. Abordaremos cómo la inversión en proyectos de infraestructura de transporte resulta una herramienta clave para lograr dichos objetivos y cómo las asociaciones público-privadas se han posicionado como un mecanismo de contratación relevante para el logro de estos objetivos. Detallaremos también cuál es la importancia que el gobierno le ha asignado a este instrumento y revisaremos las cifras actuales que no resultan muy alentadoras para el caso del subsector transportes. En el segundo capítulo abordaremos las principales características de la APP como mecanismo de contratación utilizado a nivel mundial. Asimismo, identificamos aquellos elementos clave que deben cumplir los procesos de APP a efectos de aumentar sus probabilidades de éxito, conforme a las recomendaciones de organismos multilaterales de prestigio. Luego de ello, revisaremos la estructura actual del proceso de APP en el Perú y realizamos un análisis sobre su regulación a la luz de las recomendaciones y practicas a nivel internacional, sin perder la óptica del subsector transporte. En el tercer y capítulo, identificamos las principales problemáticas que a nuestro parecer vienen generando los retrasos y cuellos de botella en los procesos de APP del subsector transporte. Respecto de cada uno de los problemas, se realiza un análisis tomando en cuenta la casuística del subsector, así como la actual regulación y se propone un mecanismo de solución que se enmarca en las recomendaciones emitidas por organismos multilaterales de prestigio que garantizan un proceso de APP exitoso.

ÍNDICE

	Pág.
Resumen	i
Índice	ii
Índice de tablas	v
Introducción	1
 CAPÍTULO I	
INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE, COMPETITIVIDAD GLOBAL Y ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS	3
1.1 El crecimiento económico sostenido como política de Estado a nivel internacional.	3
1.2 La inversión en infraestructura de transporte y su vinculación con el crecimiento económico sostenido.	4
1.3 Sobre la planificación de la inversión en infraestructura de transporte en el Perú.	5
1.4 Sobre la brecha de infraestructura en el subsector transporte en el Perú.	8
1.5 Las Asociaciones Público-Privadas como herramienta para lograr el cierre de la brecha de infraestructura en el Perú.	11
1.6 Sobre la definición y los beneficios de las Asociaciones Público – Privadas como mecanismo de contratación.	14
1.7 Sobre la crisis de las Asociaciones Público – Privadas en el Perú.	16
 CAPÍTULO II	
ANÁLISIS SOBRE LOS PROCESOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO – PRIVADA A NIVEL NACIONAL E INTERNACIONAL	22
2.1. Los procesos de Asociación Público - Privada en el Contexto Internacional.	22
2.1.1. Modificaciones al proceso de APP según la experiencia internacional.	22
2.1.2. Sobre los elementos que debe cumplir un proceso de APP íntegro conforme a la práctica internacional.	23
2.1.3. Sobre los objetivos de un programa de APP según el consenso internacional.	26
2.1.4. Sobre la importancia de un nuevo enfoque de los procesos de APP dirigido hacia los usuarios.	27
2.1.5. Sobre la importancia del enfoque iterativo de los procesos de APP.	29
2.1.6. Sobre la importancia del enfoque de responsabilidad fiscal a nivel internacional.	30
2.1.7. Sobre el proceso estándar de APP según el consenso internacional.	31
2.1.7.1. Etapa de identificación y selección de proyectos APP.	32

2.1.7.2	Etapa de estructuración y evaluación del proyecto APP.	33
2.1.7.3	Etapa del diseño del Contrato de APP.	34
2.1.7.4	Etapa de Transacción.	35
2.1.7.5	Etapa de Gestión del Contrato.	36
2.1.8	Recomendaciones adicionales provenientes de la práctica internacional.	36
2.1.8.1	Sobre la importancia de la capacitación de los recursos humanos.	36
2.1.8.2	Sobre las Unidades Centrales de APP.	36
2.1.8.3	Sobre la importancia de la asesoría externa.	39
2.2.	Los Procesos de APP en el Perú.	40
2.2.1.	Sobre la presencia en el caso peruano de los elementos que debe contener un proceso de APP íntegro.	40
2.2.2	Sobre la política de APP y los principios rectores que la orientan en el caso peruano.	41
2.2.3	Sobre el Sistema de APP en el Perú y las entidades que lo conforman.	45
2.2.3.1	La Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada.	45
2.2.3.2	Las Entidades Públicas Titulares de Proyectos APP.	47
2.2.3.3	El Comité de Promoción de la Inversión Privada.	50
2.3.3.4	Los Organismos Promotores de la Inversión Privada.	52
2.3.3.5	Los Organismos Reguladores.	55
2.3.3.6	La Contraloría General de la República	56
2.2.4	El Proceso de APP en el Perú.	58
2.2.4.1	Clasificación de los procesos de APP en el Perú.	58
2.2.4.2	Fases de los procesos de APP en el Perú.	59
2.2.4.2.1	Planeamiento y Programación.	59
2.2.4.2.2	Formulación.	61
2.2.4.2.3	Estructuración.	64
2.2.4.2.4	Transacción.	65
2.2.4.2.5	Ejecución Contractual.	67

CAPÍTULO III

PRINCIPALES PROBLEMAS IDENTIFICADOS Y PROPUESTAS DE MEJORA REGULATORIA PARA LOS PROCESOS DE APP EN EL PERÚ.

3.1.	Sobre la necesidad del perfeccionamiento del Proceso de APP en el Perú.	68
------	---	----

3.2.	Problemas que estarían generando retrasos en los procesos de APP en el Perú.	68
3.2.1.	Hipótesis 1: Las competencias de las entidades no están precisadas con claridad.	68
3.2.1.1	Sobre la importancia de que las competencias se encuentren correctamente delimitadas en los procesos de APP	69
3.2.1.2	Sobre la ausencia de una distribución clara de competencia en el proceso de APP del Perú.	70
3.2.1.3	Recuento histórico sobre la regulación vinculada a las competencias que ejercen las entidades en los procesos de APP.	75
3.2.1.4	Análisis sobre casuística asociada al problema.	77
3.2.1.5	Recomendación.	81
3.2.2	Hipótesis 2: Las APP se retrasan se retrasan porque los acuerdos de las reuniones de coordinación no son vinculantes.	89
3.2.2.1	Planteamiento del Problema.	89
3.2.2.2	Análisis sobre casuística asociada al problema.	92
3.2.2.3	Recomendación.	95
3.2.3	Hipótesis 3: El Equipo de Seguimiento de la Inversión requiere que se precisen sus funciones vinculadas a la medición del desempeño del Sistema.	98
3.2.3.1	Planteamiento del Problema.	98
3.2.3.2	Recomendación.	101
3.2.4	Hipótesis 4: La inestabilidad de los cargos públicos impacta negativamente en el Sistema de APP.	104
3.2.4.1	Planteamiento del Problema.	104
3.2.4.2	Recomendación.	107
3.2.5	Hipótesis 5: El rol de la Contraloría no se encuentra adecuadamente delimitado.	108
3.2.5.1	Planteamiento del Problema.	108
3.2.5.2	Análisis sobre casuística vinculada al problema.	109
3.2.5.3	Recomendación.	111
	Conclusiones	113
	Referencias bibliográficas	118
	Listado de Abreviaturas	123

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1: Proyectos del Subsector Transporte priorizados por el PNIC.....	10
Tabla 2: Duración histórica de los Procesos de Promoción de Proyectos APP del subsector Transporte.....	18
Tabla 3: Proyectos APP del subsector Transporte que aún se encuentran en Proceso de Promoción de la Inversión Privada.....	20



INTRODUCCIÓN

Los diversos cambios normativos suscitados desde los años noventa en el Perú, entre los cuales se encuentra el nuevo modelo económico adoptado por la Constitución Política de 1993, permitieron el surgimiento de nuevas alternativas para que la Administración Pública cumpla con su rol prestacional, vinculado a la provisión de infraestructura y servicios públicos a favor de la población, esta vez que con la participación protagónica del sector privado, quien desde entonces se constituye como un importante aliado estratégico para el Estado peruano.

Su grado superior de especialización, así como la ausencia de reglas burocráticas que vuelven más eficientes sus procesos de gestión, de toma de decisiones y de contratación, son una de las muchas ventajas que hoy conocemos del sector privado, quienes han encontrado en este rol prestacional del Estado una oportunidad para cumplir con su objeto social, y a su vez coadyuvar con el cumplimiento de objetivos de alta trascendencia gubernamental e incluso intergubernamental, colaborando de esta forma con el desarrollo de la economía del país y la calidad de vida de la población.

Sin embargo, aún existen en la actualidad corrientes que, sin mayores argumentos objetivos, desmerecen el rol que hasta la actualidad ha venido ejerciendo el sector privado en el desarrollo económico y competitividad del país. Estas ideas de dotar de mayores responsabilidades de gestión al Estado, en caso vuelvan a ser incorporadas dentro del marco normativo y dentro de las políticas de gestión pública de nuestro país, ponen en riesgo los grandes avances en competitividad y modernización logrados hasta la fecha, los cuales precisamente se han advertido a raíz de los cambios regulatorios iniciados en los años noventa.

Las Asociaciones Público - Privadas, son precisamente una modalidad de contratación que surge a raíz de este cambio de paradigma. El Estado ahora no solo ve al sector privado como un agente respecto del cual hay que limitar su accionar para adecuarlo al interés público, sino que en la actualidad representa un socio que puede hacer menos pesada la responsabilidad del Estado de proveer infraestructura y dotar de servicios de calidad a su población. Gracias a la compartición de riesgos que promueve, el Estado peruano le ha otorgado un rol preeminente a este mecanismo en el Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad, constituyendo el mecanismo de contratación preferido para la ejecución de los cincuenta y dos (52) proyectos priorizados por el país.

Pese a ello, en la actualidad podemos decir que nos encontramos ante una crisis de las APP. Lo grandes escándalos de corrupción, los errores detectados en el diseño de los Contratos de Concesión de la primera generación, así como falta de claridad en muchos aspectos de la regulación, han generado que el marco regulatorio evolucione con una tendencia hacia la protección de los recursos fiscales del Estado. Dicha tendencia trajo como consecuencia una mayor rigurosidad en la evaluación que se realiza en el proceso previo a la suscripción del Contrato de APP, dejando en el olvido la verdadera razón de la existencia de esta modalidad de contratación: el cierre de la brecha de infraestructura, una mayor competitividad, la generación de empleo productivo y una mejor calidad de vida para la población peruana.

Los retrasos en el proceso, así como las grandes ineficiencias dentro de los procesos de APP han generado que los tomadores de decisiones del sector público se vean en la necesidad de buscar nuevas opciones de contratación para cumplir con la tan importante responsabilidad de proveer de infraestructura y servicios públicos. Es así como en los últimos tiempos se han puesto a disposición del Estado nuevos mecanismos como la Contratación “Gobierno a Gobierno”, mecanismo que, a nuestra consideración, no logra igualar las potencialidades y los beneficios que genera la contratación bajo la modalidad de APP.

Bajo este escenario, consideramos sumamente importante que los esfuerzos por parte de los pensadores tanto del sector público, del sector privado y del sector académico se enfoquen nuevamente en el logro de los objetivos trazados por el Estado, buscando fórmulas para generar una mayor eficiencia a los procesos de Asociación Público – Privada en el país. El presente trabajo, tiene precisamente el objetivo de identificar los problemas más relevantes que se presentan durante el proceso de promoción de las APP, los analiza y luego de ello, en base a distintas experiencias, propone algunas alternativas de solución con la finalidad de dotar de mayor eficiencia a estos procesos, buscando un equilibrio entre la eficiencia y la protección de los recursos fiscales del Estado.

CAPÍTULO I

INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE, COMPETITIVIDAD GLOBAL Y ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS

1.1 El crecimiento económico sostenido como política de Estado a nivel internacional.

En la era de la cuarta revolución industrial¹, los esfuerzos de los líderes de empresas, gobiernos y sociedad civil a nivel mundial giran en torno a tres áreas profundamente interconectadas: i) crecimiento y competitividad; ii) educación, habilidades y trabajo; e iii) igualdad e inclusión. (Foro Económico Mundial, 2019, pp. iv).

El Reporte de Competitividad Global - publicado anualmente desde el año 1979-, constituye una prueba del gran esfuerzo y recursos que se invierten por garantizar la competitividad y crecimiento económico a largo plazo por parte de las diferentes economías a nivel mundial. El objetivo de este reporte es precisamente realizar una evaluación comparativa respecto de los factores impulsores de la competitividad a nivel mundial.

Según el Reporte de Competitividad Global 4.0² publicado por el Foro Económico Mundial³, en el mes de octubre del año 2019, la mayoría de las economías continúan lejos de la situación ideal de competitividad. Pese a haber transcurrido más de 10 años desde la última crisis financiera⁴ y pese a que los bancos centrales han inyectado casi 10 trillones de dólares en la economía global, las inversiones para mejorar la productividad como, por ejemplo, la inversión en nueva infraestructura, han resultado por debajo de lo esperado. (2019, pp. iv).

El crecimiento económico sostenido es considerado actualmente el mecanismo más seguro para salir de la pobreza y un conductor principal del desarrollo humano. En la medida que

¹ Caracterizada por una fusión de tecnologías que difumina las fronteras entre las esferas de lo físico, lo digital y lo biológico. (Klaus Schwab, 2015, recuperado de URL: <https://www.foreignaffairs.com/articles/2015-12-12/fourth-industrial-revolution>. Mayor detalle en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-37631834>).

² Principal Informe del Foro Económico Mundial sobre los motores del crecimiento a largo plazo. Incluye perspectivas económicas de 141 economías, abarcando el 99% del PBI mundial y el 94% de la población mundial. (Centro de Desarrollo Industrial de la Sociedad Nacional de Industrias, recuperado de URL: <http://www.cdi.org.pe/InformeGlobaldeCompetitividad/>)

³ El Foro Económico Mundial es una institución internacional dedicada a mejorar la situación del mundo a través de la cooperación público-privada en el espíritu de la ciudadanía global. (Centro de Desarrollo Industrial de la Sociedad Nacional de Industrias, recuperado de URL: <http://www.cdi.org.pe/InformeGlobaldeCompetitividad/>). Según el portal web <https://es.weforum.org/about/world-economic-forum>, es la Organización Internacional para la Cooperación Público-Privada. Involucra a los líderes políticos, empresariales, culturales y de otro tipo más importantes de la sociedad para dar forma a las agendas globales, regionales e industriales.

⁴ Crisis Financiera del año 2009 considerada como la peor crisis financiera de la historia. Mayor referencia: <https://gestion.pe/economia/origino-peor-crisis-financiera-historia-48101-noticia/?ref=gesr>

las políticas monetarias comienzan a agotarse, resulta crucial que las economías empiecen a confiar en la política fiscal: mayor inversión del gobierno para el estímulo del crecimiento económico. (Foro Económico Mundial, 2019, pp. iv)

Existen pruebas abrumadoras de que el crecimiento económico ha sido la forma más efectiva de mejorar la calidad de vida de la población. Sin embargo, el desarrollo económico no se considera un destino predeterminado. Se necesitan esfuerzos proactivos por parte de los gobiernos para iniciar y mantener el proceso de desarrollo. Estos esfuerzos deben materializarse con urgencia a nivel mundial, para restaurar la competitividad⁵ y mejorar la calidad de vida. (Foro Económico Mundial, 2019, pp. vii)

1.2 La inversión en infraestructura de transporte y su vinculación con el crecimiento económico sostenido.

En lo que respecta a infraestructura de transporte, tema principal que atañe a la presente investigación, este tipo de infraestructura constituye uno de los factores clave dentro de los doce pilares analizados por el Foro Económico Mundial para establecer el ranking mundial de competitividad.

En lo que a transportes se refiere, el Perú se ubica en el puesto noventa y siete (97) de ciento cuarenta y un (141) economías analizadas, con un puntaje de progreso de 42,4, es decir, a más de 50 puntos de distancia del óptimo de competitividad⁶, situado en los 100 puntos.

Singapur -actualmente el modelo a seguir en el mundo en cuanto a infraestructura de transporte de uso público, siendo el primero en el ranking del Foro Económico Mundial)-, cuenta con un puntaje de progreso de 91.7. Debajo de Singapur, se encuentran en el ranking Países Bajos (89,2 puntos) y RAE⁷ Hong Kong (89 puntos). Para mencionar algunas otras economías, Suiza se encuentra sexto (87.5 puntos), Alemania se ubica séptimo (84.3 puntos), Estados Unidos se ubica en el puesto 12° (79,6 puntos) y la Federación Rusa en el puesto 49° (57.7 puntos).

Para efectos del mencionado ranking, se analizan los siguientes factores: i) el grado de conectividad vial, ii) la calidad de la infraestructura vial, iii) la densidad ferroviaria, iv) la

⁵ El Informe de Competitividad Global 4.0 define la competitividad nacional como aquel conjunto de atributos y cualidades de una economía (instituciones, políticas y factores) que permiten un uso más eficiente de los factores de producción. (2019, pp. xiii, 2)

⁶ Según el World Economic Forum, el óptimo de competitividad o “frontera de la competitividad” se considera aquella situación ideal en la que el factor analizado deja de ser una restricción para el crecimiento económico sostenido. Cada país debe buscar acercarse a dicha frontera en cada uno de los factores que determinan la productividad. (2019, pp. vii,13)

⁷ Región Administrativa Especial de China.

eficiencia de los servicios de trenes, v) la conectividad aeroportuaria, vi) la eficiencia de los servicios de transporte aéreo y vii) la eficiencia de los servicios portuarios de cada país.

En lo que respecta a América Latina y el Caribe, República Dominicana es quien lidera la región en lo que concierne a infraestructura de transporte, encontrándose en el lugar 37° del ranking, con 61 puntos. Le siguen en el ranking regional Panamá con 57.8 y México con 57.4 puntos. Chile se encuentra en el cuarto lugar (56, 6 puntos) y Ecuador quinto (52.8 puntos). El último de la región es Venezuela con 24.7 puntos. Perú se ubica en el puesto 14° de la región de un total de veintidós (22) países que la conforman.⁸

En líneas generales, el puntaje promedio de progreso en las 141 economías estudiadas por el Global Competitiveness Report 4.0 es de 60.7, lo que significa que la distancia a la frontera de competitividad (brecha) a nivel mundial se ubica a casi 40 puntos. En otras palabras, en promedio las economías a nivel mundial sólo han logrado recorrer el 60% del camino para lograr una situación óptima de infraestructura en beneficio de la competitividad.

Como conclusión, en líneas generales, en la mayor parte de la última década el crecimiento a nivel mundial ha sido moderado y se ha mantenido por debajo del potencial en muchos países en desarrollo (Foro Económico Mundial, 2019, pp. vii). Aún existe un gran déficit de competitividad global y, por tanto, aún queda mucho trabajo por hacer.

La presente investigación tiene como objetivo constituir un aporte a efectos que el gobierno peruano logre avanzar en el corto plazo con el cierre de la brecha de infraestructura y como consecuencia logre mejorar sus cifras en el ranking de competitividad mundial, en beneficio del crecimiento económico sostenido, la mejora de los índices de desarrollo humano, erradicación de la pobreza y la mejora de la calidad de vida de la población.

1.3 Sobre la planificación de la inversión en infraestructura de transporte en el Perú.

En el Perú, el Sector Transportes y Comunicaciones es uno de los sectores del Poder Ejecutivo a los que mayor presupuesto se le asigna anualmente para la ejecución de proyectos de infraestructura. En el año 2020 ha sido el segundo sector con mayor presupuesto⁹ (10.8%), luego del sector Educación (17.7%).

⁸ Datos tomados de información en línea disponible en URL: <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2019/competitiveness-rankings/#series=GCI4.A.02.01>. Fecha de consulta: 25 de junio del 2020.

⁹ Fuente: https://www.mef.gob.pe/contenidos/presu_public/documentac/present_ppto_publico2020.pdf

Las cifras de presupuesto anual que el gobierno le ha asignado al sector transportes y comunicaciones no resultan incoherentes con la necesidad de crecimiento económico y mejora de competitividad del país. La relación entre inversión en infraestructura y desarrollo económico ha demostrado ser muy estrecha. Más aún en específico para el caso de la infraestructura de transporte, pues este sector económico resulta ser una herramienta transversal que permite a su vez el desarrollo de otros sectores económicos.

En el Perú, conforme a la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo¹⁰ y a su Ley de Organización y Funciones¹¹, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones es la entidad encargada de velar por la inversión en infraestructura y los sistemas de transporte de alcance nacional. Su labor es crucial para el desarrollo socioeconómico porque permite la integración regional, nacional e internacional, la facilitación del comercio, la reducción de la pobreza y el bienestar del ciudadano¹². (Ministerio de Transportes y Comunicaciones, 2019)

Sin embargo, pese a los importantes beneficios que la inversión en infraestructura de transporte genera para la sociedad, el Estado peruano, hasta no hace mucho no cumplía con tomar las previsiones necesarias para garantizar su oportuna implementación. Hasta el año 2019, el Perú no contaba con marco regulatorio que genere predictibilidad en lo que respecta a los proyectos que son necesarios y prioritarios para el país. Dicho vacío regulatorio generó que en la práctica, las decisiones de inversión -no solo en el subsector transportes, sino a nivel del Poder Ejecutivo en general- respondan muchas veces a criterios políticos y a colores partidarios, dejándose de lado el necesario análisis sobre la verdadera necesidad de cada proyecto para el país, la capacidad presupuestal del Estado para su desarrollo y el orden de prioridad de los mismos tomando en consideración estos dos últimos factores.

La toma de decisiones basadas en análisis preferentemente políticos y desligados de los factores anteriormente mencionados fue causante del constante incremento de la brecha de infraestructura del país, actualmente calculada por el Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad en trescientos sesenta y tres (363) mil millones de soles.

Con cada período de gobierno – ya sea nacional o subnacional- impulsando sus propios proyectos y, a su vez, con cada entidad impulsando lo propio en atención a sus respectivas competencias, sin que previamente se realice una evaluación sobre la capacidad presupuestal del Estado para la concretización de los mismos, se verificaba un escenario de excesivo

¹⁰ Ley N° 29158 vigente desde el 20 de noviembre del año 2007.

¹¹ Ley N° 29370 vigente desde el 02 de junio del año 2019.

¹² Recuperado de: <https://portal.mtc.gob.pe/nosotros/index.html>

desorden y falta de planificación conjunta que difícilmente nos permitiría como sociedad acercarnos hacia una mejora en la competitividad de nuestro país.

Los esfuerzos orientados al impulso del crecimiento y competitividad requieren de una estrategia coordinada entre los distintos sectores y agentes del gobierno, a efectos de evitar la duplicidad de esfuerzos y la toma de decisiones de inversión incompatibles entre los diferentes sectores y los diferentes niveles de gobierno. La ausencia de una estrategia trae como consecuencia el retraso en el cumplimiento de los objetivos de crecimiento económico del país.

Bajo dicho contexto de desorganización, en el año 2019, el Estado peruano aprueba el Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad¹³ (PNIC), primer documento oficial que traza un horizonte para la inversión en infraestructura y servicios públicos y de interés público en el Perú, a través de una estrategia sustentada en la necesidad comprobada de los proyectos y la capacidad presupuestal del Estado para concretizarlos. Su finalidad es “(...) articular las inversiones para potenciar el crecimiento, la competitividad y el desarrollo en el país, desde una perspectiva sectorial y territorial” (Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad, 2019, pp. 05,14). Dicho documento representa un plausible trabajo de más de siete (07) meses por parte del Ministerio de Economía y Finanzas, con el soporte especializado del Gobierno Británico y del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), previa coordinación con cada sector económico del gobierno.

El PNIC, en su calidad de documento de planificación, ha generado una agenda para el subsector transportes sobre los proyectos que al corto, mediano y largo plazo se deben concretizar -dada su especial relevancia- para contribuir de manera ordenada con el cierre de la brecha de infraestructura y crecimiento económico del país.

En su contenido, el PNIC, hace hincapié en la importancia del crecimiento económico sostenible a partir del fomento de la inversión en infraestructura de transporte, indicando precisamente que la competitividad de un país depende, en gran medida, del acceso a la infraestructura y de su calidad. Mejorar este factor no solo incrementa la conectividad con los mercados internos e internacionales, sino también impulsa el desarrollo del capital humano del país, lo que genera crecimiento económico. (2019, pp. 12)

Una red de infraestructura sólida permite reducir los costos de transacción, incrementar los flujos de información y reducir los tiempos de transporte de carga, con lo cual se impulsa el desarrollo de actividades económicas y sectores productivos que impacten directamente en

¹³ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 238-2019-EF publicado con fecha 28 de julio del año 2019.

la competitividad del país. Además, la infraestructura vinculada al transporte conecta a los ciudadanos con sus centros de trabajo y garantiza el acceso a servicios públicos, tales como postas médicas y centros educativos. (Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad, 2019, pp. 12)

1.4 Sobre la brecha de infraestructura en el subsector transporte en el Perú.

Respecto de la brecha de infraestructura del subsector transportes, entendida como aquel nivel de inversión que necesita el Perú para alcanzar el acceso básico a infraestructura que debería tener un país con similares características socioeconómicas y geográficas, el PNIC identifica al mes de julio del año 2019, una brecha para el corto plazo¹⁴ ascendente a S/ 35 970 M¹⁵. Dicha cifra corresponde al 31% de la brecha total de infraestructura calculada para el país¹⁶, siendo además la cifra más alta, seguida de los sectores saneamiento (25%) y salud (24%). (2019, pp. 19).

Con respecto al largo plazo¹⁷, el PNIC identifica una brecha de S/ 160 958 M¹⁸ para el subsector transportes. Dicha cifra corresponde al 44% de la brecha total de infraestructura del Perú, siendo una vez más la cifra más alta, seguida de los sectores saneamiento (20%) y salud (16%). (2019, pp. 19).

Tomando en consideración dichas cifras, luego de la labor de priorización realizada por el PNIC, el subsector transportes constituye el sector económico del país que más esfuerzos de inversión requiere, tanto para el corto como para el largo plazo. Dicha superioridad en cuanto a los montos de inversión se explica, por un lado, porque se trata de uno de sectores más importantes, dado que por su naturaleza propia se articula de manera transversal con otros sectores económicos, y por otro lado, porque de acuerdo con los resultados del análisis de brecha del PNIC, es el sector con mayor brecha en el corto y largo plazo. (2019, pp. 41).

¹⁴ La brecha de infraestructura para el corto plazo se refiere al monto de inversión que requiere realizar el Perú en el período próximo de cinco (05) años desde la publicación del PNIC para alcanzar los niveles de inversión de acceso básico de infraestructura que debería tener un país con sus características socioeconómicas y geográficas. A dicho estadio ideal al corto plazo se le ha denominado “Perú Potencial”. (*Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad*, 2019, pp. 19)

¹⁵ Cálculo realizado por la Universidad del Pacífico, según el PNIC.

¹⁶ El cálculo de la brecha total del país incluye los sectores: saneamiento, salud, telecomunicaciones, hidráulico, agua y transportes.

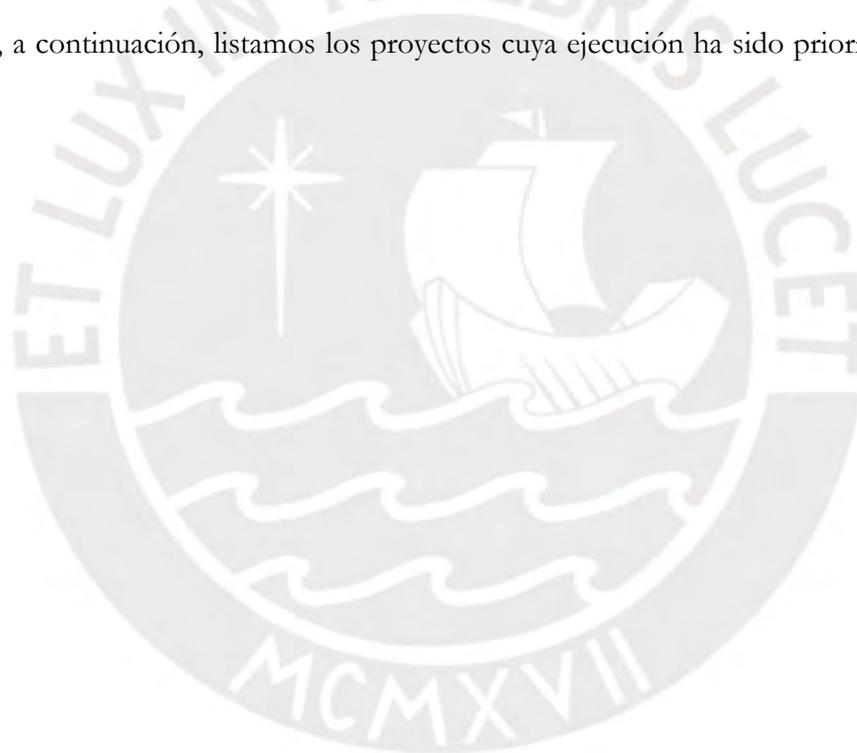
¹⁷ La brecha de infraestructura de largo plazo se refiere al monto de inversión que requiere realizar el Perú en el período próximo de veinte (20) años desde la publicación del PNIC para alcanzar los niveles de acceso básico de infraestructura de grupos de países más desarrollados, como la OCDE. Las cifras calculadas no consideran la inversión necesaria para cerrar la brecha de calidad ni los costos de mantenimiento de la infraestructura. (*Plan Nacional de Infraestructura Para La Competitividad*, 2019, pp. 19-24)

¹⁸ Cálculo realizado por la Universidad del Pacífico, según el PNIC.

Respecto de los proyectos priorizados, el PNIC, en base a una metodología de priorización sustentada y trabajada en base a la experiencia internacional y reuniones de socialización con el sector público y privado, prioriza un total de cincuenta y dos (52) proyectos de alto impacto competitivo y social, por un monto total de S/ 99 196 M, los cuales servirían para cerrar, en un período de 10 años, cerca del treinta 30% de la brecha total de infraestructura de largo plazo del país. (2019, pp. 26-40)

Del total de cincuenta y dos (52) proyectos priorizados por el PNIC, veintiséis (26) proyectos corresponden al subsector transporte, lo que representa un total de inversión ascendente a S/ 81 320 M¹⁹. En otras palabras, cerca del 80% de la inversión priorizada en el Perú para cerrar la brecha de infraestructura en los próximos 10 años corresponde al subsector transporte. Asimismo, el 50%, es decir la mitad de la cartera de proyectos priorizados para cerrar la brecha de infraestructura del país corresponden solo al subsector transportes.

Dicho ello, a continuación, listamos los proyectos cuya ejecución ha sido priorizada por el PNIC:



¹⁹ Cálculo propio realizado a partir de las cifras contenidas en el PNIC (pp. 43-45)

Tabla 1:
Proyectos del Subsector Transportes priorizados por el PNIC

	Proyecto:	Monto (Millones De Soles)	Modalidad:	Etapas:
1	Programa de infraestructura vial regional - Proregión	6120	Obra pública	Formulación
2	Ampliación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez	4950	APP	Ejecución Contractual
3	Ampliación del Terminal Multipropósito Muelle Norte - Callao	3000	APP	Ejecución Contractual
4	Terminal Portuario de Salaverry	905	APP	Ejecución Contractual
5	Ampliación del Terminal de Contenedores Muelle Sur - Callao	2102	APP	Ejecución Contractual
6	Mejoramiento y ampliación del servicio aeropuertuario (Piura y Trujillo)	2292	APP	Ejecución Contractual
7	Carretera Canta – Huayllay – Unish / Ramal Dv. Yantac - Paccha	562	APP	Planeamiento y Programación
8	Metro de Lima - Línea 2 y Ramal de la Línea 4	17105	APP	Ejecución Contractual
9	Carretera Longitudinal de la Sierra - Tramo 2	708	APP	Ejecución Contractual
10	Vías de Acceso al Puerto y Antepuerto del Callao	43	Obra pública	Idea
11	Mejoramiento Carretera Puente Ricardo Palma - emp. ruta PE-3S (Huari)	1481	Obra pública	Viabilidad
12	Hidrovia Amazónica	338	APP	Ejecución Contractual
13	Carretera Longitudinal de la Sierra - Tramo 4	9862	APP	Estructuración
14	Red Vial N° 4: Pativilca - Puerto Salaverry	475	APP	Ejecución Contractual
15	Rehabilitación del Ferrocarril Huancayo – Huancavelica	897	APP	Transacción
16	Mejoramiento de la Carretera Oyón - Ambo	1248	Obra pública	Ejecución de obras
17	Autopista del Sol: Trujillo - Sullana	1333	APP	Ejecución Contractual
18	Tercer grupo de aeropuertos regionales	1299	APP	Planeamiento y Programación
19	Anillo vial periférico de Lima y Callao ²⁰	6772	APP	Estructuración
20	Nuevo Aeropuerto de Chinchero- Cusco	2432	Obra pública	Ejecución de obras
21	Terminal Portuario de Pisco	835	APP	Ejecución Contractual
22	Puente Santa Rosa, accesos, rotonda y paso a desnivel- Región Callao	139	Obra pública	Expediente Técnico
23	Carretera Ruta N PE-8, (Ciudad de Dios) y EMP. PE-3N Cajamarca	1599	Obra pública	Expediente Técnico
24	Carretera Casma, Monzón-EMP. PE-18A (Tingo María)	129	Obra pública	Ejecución de obras
25	Carretera Central: Autopista puente los Ángeles - Ricardo Palma	2 321	Obra pública	Viabilidad
26	Metro de Lima - Línea 3	12373	Obra pública	Formulación
	TOTAL:	81320		

Elaboración propia.

Fuente: Plan Nacional de Infraestructura (PNIC)

Conforme se verifica en el PNIC, para la implementación de los veintiséis (26) proyectos priorizados para el subsector transportes, se prevén hasta dos (02) modalidades de contratación: asociaciones público-privadas y obra pública. Cada una de estas modalidades de contratación implican procedimientos administrativos distintos, cada una con su propio marco normativo y sus propias características.

²⁰ En color rojo se muestran los proyectos a ser ejecutados bajo la modalidad APP, que aún se encuentran en proceso de promoción de la inversión privada.

1.5 Las Asociaciones Público-Privadas como herramienta para lograr el cierre de la brecha de infraestructura en el Perú.

Las cifras del PNIC muestran que el Perú ha apostado por las asociaciones público-privadas (APP) como su principal herramienta para el cierre de la brecha de infraestructura. Ello aplica no solo para el caso del subsector transporte. Del total de cincuenta y dos (52) proyectos priorizados por el PNIC, veintinueve (29) de ellos se prevén ser ejecutados bajo la modalidad APP, diecisiete (17) bajo la modalidad de obra pública y seis (06) bajo la modalidad de proyectos en activos²¹.

Para el caso específico de infraestructura de transporte, del total de veintiséis (26) proyectos priorizados de este subsector, nueve (09) se prevén ser contratados bajo la modalidad de obra pública y diecisiete (17) bajo la modalidad de asociación público-privada. Como podemos verificar, la cantidad de proyectos planificados para ser implementados bajo la modalidad APP casi duplicaría el número de proyectos a ser ejecutados bajo la modalidad de obra pública, para el caso del subsector transporte.

En otras palabras, la asociación público-privada resultó la modalidad de ejecución preferida por el Estado peruano para la implementación de los proyectos del subsector transportes, subsector que además -como se mencionó anteriormente- concentra una importante cantidad de proyectos priorizados por el PNIC (50%), así como el mayor porcentaje de inversión al corto y largo plazo planificado para el cierre de la brecha de infraestructura.

Dicho ello, tomando en consideración la importancia que representa la implementación de los proyectos del subsector transporte para el logro de los objetivos de crecimiento económico del país, surge la interrogante, ¿por qué habría apostado el Perú por las asociaciones público-privadas como principal mecanismo de contratación para la implementación de los proyectos del subsector transporte?

Sin perjuicio de que más adelante ahondemos en los beneficios de la contratación bajo la modalidad de APP, una respuesta convincente a la pregunta anterior la podemos encontrar en el propio PNIC. Según se manifiesta en su contenido, uno de los factores utilizados para la priorización de los proyectos es la menor demanda de recursos por parte del Estado. Ello explica por qué la APP constituyen la modalidad de contratación que más se utiliza en los proyectos priorizados por el PNIC. En específico, la modalidad de APP autofinanciada, es decir, aquella que implica la inversión directa de recursos por parte del Estado, es la

²¹ Modalidad de contratación prevista por el Decreto Legislativo N° 1362, sobre la cual no ahondaremos en el presente trabajo.

modalidad de contratación más utilizada por el PNIC, pese a no ser la más utilizada para el caso del subsector transporte (2019, pp. 41).

En su metodología para la priorización de los cincuenta y dos (52) proyectos, el PNIC utiliza los siguientes tres (03) criterios: impacto productivo, impacto social e impacto en el financiamiento. Precisamente este último criterio, referido al impacto en el financiamiento, toma en consideración el apetito del sector privado por asociarse con el Estado peruano para la implementación del proyecto. Es decir, este criterio evalúa si el proyecto a priorizar cuenta con las características de rentabilidad necesarias para atraer inversión privada, criterio que resulta importante, tomando en consideración las limitaciones fiscales del Estado peruano.

En tal sentido, el PNIC, en la línea de países como Australia y Reino Unido, busca atraer la inversión privada. Por ello, se otorga el puntaje más alto a aquellos proyectos que -siendo de interés público- no requieren recursos por parte del Estado, precisamente como es el caso de las APP autofinanciadas o los proyectos en activos. Un puntaje intermedio se les asigna a los proyectos cofinanciados, toda vez que esta modalidad permite el financiamiento del proyecto por parte del sector privado y el posterior pago del Estado durante el período de vigencia de la APP. Finalmente, un puntaje menor se les asigna a los proyectos ejecutados de manera directa con recursos públicos, como es el caso de la modalidad de contratación por “obra pública”. (2019, pp. 35)

La metodología descrita utilizada por el PNIC guarda coherencia con la práctica y experiencia a nivel internacional. Según los resultados de la “*Survey of Infrastructure Governance*”, uno de los factores de importancia tomados en cuenta por los países OCDE para la inclusión de proyectos de infraestructura dentro de una lista de priorización, es el “fuerte interés del sector privado” en la realización del proyecto. (OCDE, 2016)

Por otro lado, la preeminencia de las asociaciones público-privadas como mecanismo de contratación para la concretización de los proyectos priorizados por el PNIC, guarda coherencia con el contexto internacional. Según el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), en la actualidad se verifica una mayor presencia de las APP en la planificación de América Latina y el Caribe, en comparación con hace diez o quince años. Se verifica que ahora los países planifican e implementan APP en sectores que van desde lo tradicional (transporte, energía y agua) hasta lo innovador (oficinas gubernamentales, atención médica, deporte y justicia). (The Economist Intelligence Unit, 2019, pp. 06)

En el Perú, las APP -tal cual ha acontecido con las invenciones más brillantes de la humanidad- surgen bajo circunstancias de grave crisis económica. A raíz de ella, el gobierno

peruano, a inicios de la década de los años noventa, impulsó la importación de este mecanismo desde el extranjero y adecuó el marco normativo vigente para permitir y fomentar su utilización. De esta manera, este mecanismo de contratación en el que prevalece la participación del sector privado comienza a utilizarse en el Perú como una medida para aliviar la urgente necesidad de una reactivación económica en el país.

Tal como lo describen los profesores Roxana Barrantes, José Távora, Gonzalo Tamayo, y Verónica Zavala, hacia fines de la década del ochenta la economía peruana atravesaba por una grave situación económica caracterizada por una profunda recesión y alta inflación. Se le atribuye dicha consecuencia a la aplicación de políticas populistas por parte del gobierno de turno, que no respetaron el equilibrio fiscal. Por otro lado, el Estado peruano mantenía —con resultados poco favorables— una fuerte participación en la actividad económica del país. Así, en 1990 el Perú contaba con más de 220 empresas estatales cuyas pérdidas representaban el 4,3% del producto interno bruto (PIB). (2003, pp. 247)

Con el cambio de gobierno en el año 1990 se aplicó un programa de estabilización económica, acompañado de un amplio paquete de reformas estructurales – entre ellas la APP, en dicho entonces conocidas como el programa de Concesiones- destinado a controlar la inflación, fomentar el uso de mecanismos de mercado y abrir oportunidades de inversión al sector privado, nacional y extranjero. Tales medidas fueron tomadas bajo el auspicio de importantes organismos multilaterales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo. (Barrantes et al., 2003, pp. 247)

En el año 1991, como parte de las reformas estructurales, se diseñó un ambicioso programa de privatización de las empresas públicas, cuyo objetivo era reducir el rol del Estado en actividades caracterizadas por su importancia estratégica o su aportación a la generación de divisas tanto en actividades básicas como en actividades vinculadas a servicios públicos. En la línea de dicha reforma, se fomentó la participación del sector privado en proyectos de infraestructura en el Perú, a través del programa de concesiones y la venta de activos públicos. (Barrantes et al., 2003, pp. 247)

En vista de lo expuesto, las APP formaron parte de un gran paquete de medidas del gobierno peruano orientadas a conseguir la estabilización económica del país a través de un mayor involucramiento de la inversión privada. Se verificó entonces un importante cambio de paradigma: el Estado que hasta entonces había cumplido un rol protagónico -e infructuoso- en el impulso económico del país, empezó a ceder espacio al sector privado –con mayor especialización gracias a los beneficios de la libre competencia- a efectos que coadyuve con la importante misión de proveer infraestructura y servicios públicos y de interés público, para

así impulsar el crecimiento económico del país y todas sus consecuencias positivas para la población.

Es así que, a inicios de la década de los noventa, se emprende en el Perú un proceso generalizado de promoción de la inversión privada, con la finalidad de que el sector privado se encargue del impulso de sectores económicos que se habían encontrado en manos del Estado por más de dos décadas. Bajo este nuevo régimen, el papel del Estado cambia y ahora tiene el mandato de orientar el desarrollo del país promoviendo, entre otras actividades, los servicios públicos y la infraestructura, a través de una participación más protagónica de los inversionistas privados. Este proceso se desarrolla en el marco de una política orientada hacia la estabilización de la economía y la liberalización de los mercados. (Banco Interamericano de Desarrollo, 2006, pp. 05)

Sin embargo, para que la inversión privada prospere en el país, es preciso que los gobiernos cumplan con mantener ciertas condiciones de estabilidad jurídica y económica, de tal forma que se genere a los inversionistas privados la confianza necesaria sobre el retorno del capital invertido, incluida la rentabilidad correspondiente. Un contexto de mayor estabilidad macroeconómica reduce el riesgo comercial, disminuyendo a su vez el componente de incertidumbre para los inversionistas. Por ello, podemos presumir que el avance logrado en la estabilización de la economía peruana hasta la fecha – reconocida por los organismos multilaterales-, es un logro que guarda vinculación directa con los esfuerzos realizados por el Estado con el objetivo de promover la mayor participación del sector privado en la implementación de infraestructura y servicios públicos y de interés público. (Barrantes et al., 2003, pag. 249)

En la línea de lo dicho, resulta imprescindible que un Estado que busque fomentar una mayor participación de la inversión privada cuente con un marco normativo sólido, que genere predictibilidad sobre el futuro de las inversiones por realizar. En virtud de ello es que el Estado peruano, como complemento a las medidas de fomento tomadas a principio de la década de los noventa, gestionó la vigencia de diversos dispositivos normativos vinculados con el fin de adquirir credibilidad a favor del país. (Barrantes et al., 2003, pag. 249)

1.6 Sobre la definición y los beneficios de las Asociaciones Público – Privadas como mecanismo de contratación.

Dicho ello, entonces, ¿qué es la asociación público-privada y cómo es que permite la dinamización y el crecimiento económico del país? A la fecha se encuentra disponible diversa literatura vinculada a las APP. No se verifica, sin embargo, una definición única de este

instrumento. Sin embargo, dada la constante y diversa literatura generada por el Banco Mundial respecto de las APP, consideramos pertinente citar la definición que este organismo multilateral plantea: “un contrato a largo plazo entre una parte privada y una entidad gubernamental, para proporcionar un activo o servicio público, en el que la parte privada asume un riesgo significativo y la responsabilidad y remuneración de la administración está vinculada al desempeño.” (Banco Mundial, 2017)

En lo que respecta al caso peruano, el Decreto Legislativo N° 1362 (DL 1362), vigente desde el año 2018, es la norma con rango de ley que regula el Sistema de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas. Esta norma define a las APP como una modalidad de participación de la inversión privada mediante contratos de largo plazo en los que interviene el Estado, a través de alguna entidad pública y uno o más inversionistas privados²².

Asimismo, el DL 1362, establece que las APP desarrollan proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a infraestructura y servicios públicos, investigación aplicada, y/o innovación tecnológica, en los que se distribuyen riesgos y se utilizan recursos preferentemente privados. (2018, art. 20°)

Conforme a las definiciones expuestas, la asociación público-privada constituye un mecanismo de contratación que surge frente a la necesidad del Estado peruano de fomentar la participación de inversionistas privados en proyectos de infraestructura y servicios públicos con la finalidad de acelerar el crecimiento económico y la competitividad del país. Bajo este tipo de contratos, el sector privado es el que, en base a su mayor grado de especialización, asume de manera preferente los riesgos vinculados a la implementación del proyecto.

Tomando en consideración que las APP son por naturaleza contratos de largo plazo -en el Perú máximo 60 años-, las APP buscan garantizar que el agente que contrata con el Estado se encargue no solo de la construcción de la infraestructura de transporte, sino también de la operación y mantenimiento de esta, generando el ahorro de costos de transacción y posibles ineficiencias derivadas de la operación y mantenimiento por parte de un agente distinto al que diseña y construye. Bajo este modelo, además, se generan los incentivos suficientes para que el agente privado provea una infraestructura con los estándares de calidad necesarios, que permitan el ahorro de sobrecostos durante la etapa de operación y mantenimiento y se disminuya la probabilidad de que ocurran contingencias vinculadas al

²² Conforme a lo dispuesto por el numeral 20.1, artículo 20° del Decreto Legislativo N° 1362.

diseño y método constructivo del proyecto, que puedan perjudicar el servicio que se brinda a la población.

Por otro lado, una de las responsabilidades más importantes que asume el sector privado en el marco de una APP es la obtención del financiamiento para el proyecto. Esta ventaja es una de las más importantes de este modelo de contratación, pues permite que países en vías de desarrollo como el Perú, en los que la situación presupuestaria suele ser una gran limitante, puedan hacer realidad importantes megaproyectos de infraestructura de transporte, sin que el Estado descuide la provisión de otro tipo de infraestructuras y servicios también relevantes, dada la flexibilidad de pago que brinda este esquema, que permite al Estado retribuir la inversión realizada por el agente privado durante el período de vigencia de la concesión, o en el mejor de los casos, que la inversión sea retribuida de manera directa por los usuarios directos del servicio, como es el caso de las APP autofinanciadas.

1.7 Sobre la crisis de las Asociaciones Público – Privadas en el Perú.

Pese a los relevantes beneficios comentados que se derivan de esta modalidad de contratación, cuando nos situamos en el proceso administrativo que el Estado y el sector privado -de ser el caso- deben recorrer para lograr este tipo de contratación, se han visto una serie de limitantes que a la fecha no han logrado ser superadas por el Sistema de APP peruano; situación que ha generado incluso la decisión del gobierno de optar por la búsqueda de nuevas alternativas de contratación, como es el caso de los novedosos Contratos Gobierno a Gobierno.

Para lograr la firma de un contrato de APP, el Sistema peruano ha previsto una serie de fases cuyo objetivos son, en líneas generales, la correcta planificación, la realización de estudios preliminares que permitan mitigar las distintas contingencias que se pueden derivar del proyecto de inversión, la definición de los principales términos económicos, el diseño del Contrato de APP, el testeo de los términos contractuales con el sector privado para verificar su apetito por el proyecto y finalmente la ejecución del contrato. Sobre las características del proceso para la contratación bajo la modalidad de APP (proceso de APP), ahondaremos en los siguientes capítulos del presente trabajo.

A continuación, presentamos un cuadro informativo sobre los tiempos de duración que han tenido los procesos de promoción de APP de proyectos de transporte en el Perú actualmente vigentes, es decir, la duración de la etapa previa al inicio de la vigencia del Contrato. El cuadro muestra la duración del proceso entre el período posterior al inicio de los trámites por parte

de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSION y la adjudicación de la buena pro del proyecto:



Tabla 02:
Duración histórica de los Procesos de Promoción de Proyectos APP del subsector Transporte.

	Proyecto:	Fecha Inicio Proceso	Adjudicación Buena Pro	Duración En Meses (Aprox.)	Documento oficial que acredita inicio del Proceso
1	Red Vial N° 5 - Tramo Ancón - Huacho-Pativilca	22.02.2001	24.05.2002	15	Acuerdo PROINVERSION
2	IIRSA Norte: Paita - Yurimaguas	12.08.2003	05.05.2005	21	Acuerdo PROINVERSION
3	IIRSA Sur, Tramo 2: Urcos - Inambari	12.01.2005	29.08.2007	31	Acuerdo PROINVERSION
4	IIRSA Sur, Tramo 3: Inambari - Iñapari	18.01.2005	23.06.2005	05	Acuerdo PROINVERSION
5	IIRSA Sur, Tramo 4: Azángaro - Inambar	18.01.2005	23.06.2005	05	Acuerdo PROINVERSION
6	Red Vial N° 6 - Pucusana - Cerro Azul - Ica	25.02.2002	20.07.2005	41	Acuerdo PROINVERSION
7	Empalme 1B - Buenos Aires - Canchaque	06.12.2004	31.10.2006	22	Acuerdo PROINVERSION
8	IIRSA Sur, Tramo 5: Ilo - Matarani - Azangaro	12.01.2005	29.08.2007	31	Acuerdo PROINVERSION
9	IIRSA Sur, Tramo 1: Marcona - Urcos	12.01.2005	29.08.2007	31	Acuerdo PROINVERSION
10	Red vial N° 4: Pativilca – Emp.R01N	29.09.2003	18.12.2008	63	Acuerdo PROINVERSION
11	Tramo Vial - Ovalo Chancay - Huaral - Acos	08.09.2004	07.11.2008	50	Acuerdo PROINVERSION
12	Tramo Vial - Nuevo Mocupe Cayaltí - Oyotún	08.09.2004	06.01.2009	52	Acuerdo PROINVERSION
13	Autopista del Sol: Trujillo - Sullana	08.02.2008	19.06.2009	16	Oficio MTC
14	IIRSA Centro - Tramo 2	21.09.2009	27.07.2010	10	Oficio MTC
15	Tramo Vial Dv. Quilca - La Concordia	01.06.2010	16.08.2012	26	Oficio MTC
16	Carretera Longitudinal de la Sierra - Tramo 2	18.09.2012	19.12.2013	15	Oficio MTC
17	Ferrocarril de Sur y Sur Oriente	12.07.1996	19.07.1999	36	Res. Suprema
18	Ferrocarril del Centro	12.07.1996	19.07.1999	36	Res. Suprema
19	Metro de Lima y Callao - Línea 1	18.01.2007	22.02.2011	49	Acuerdo PROINVERSION
20	Metro de Lima y Callao - Línea 2 y Ramal Línea 4	15.02.2012	28.03.2014	25	Acuerdo PROINVERSION
21	Aeropuerto Internacional Jorge Chávez	06.09.1998	15.11.2000	26	Res. Suprema
22	Primer Grupo de Aeropuertos Regionales	22.01.2004	18.08.2006	31	Acuerdo PROINVERSION
23	Segundo Grupo de Aeropuertos Regionales	22.01.2004	07.09.2010	80	Acuerdo PROINVERSION
24	Terminal Portuario de Matarani	19.07.1997	31.05.1999	22	Res. Suprema
25	Terminal de Contenedores Muelle Sur Callao	30.06.2005	19.06.2006	12	Acuerdo PROINVERSION
26	Terminal Portuario de Paita	30.06.2005	31.03.2009	45	Acuerdo PROINVERSION
27	Terminal Muelle Norte	30.06.2005	01.04.2011	70	Acuerdo PROINVERSION
28	Terminal Portuario de Yurimaguas	30.06.2005	27.04.2011	70	Acuerdo PROINVERSION
29	Terminal de Mineral en el Callao	03.07.2009	11.08.2010	13	Iniciativa Privada
30	Terminal Portuario General San Martín - Pisco	30.06.2005	30.04.2014	106	Acuerdo PROINVERSION
31	Hidro vía Amazónica	07.09.2012	06.07.2017	58	Oficio MTC
32	Terminal Portuario de Salaverry	01.02.2012	31.05.2018	75	Iniciativa Privada
			Promedio:	38	

Elaboración propia, a partir de la información contenida en los Contratos de Concesión.

A la fecha, en el subsector transporte se encuentran vigentes una totalidad de treinta y dos (32) contratos de APP que, desde que se inició con el programa de concesiones en el país, se han suscrito entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el sector privado (Ministerio de Transportes y Comunicaciones, 2019, pp. 29-30). En relación con dichos proyectos, según la tabla anterior, podemos verificar que el subsector transporte cuenta con un promedio histórico de treinta y seis (38) meses de duración para el trámite de sus procesos de APP.

Sin embargo, si realizamos una mirada a detalle de la Tabla 2 podemos verificar que el promedio anterior se obtiene a partir de procesos de promoción que van desde los cinco (05) hasta inclusive los ciento seis (106) meses de duración. Tomando en consideración dichos datos y el tiempo promedio de duración de los procesos, podemos concluir, en primer lugar, que no existe predictibilidad sobre el tiempo de duración de los procesos de APP del subsector transporte en el Perú. En segundo lugar, podemos concluir que existen factores que han generado que algunos procesos de APP tengan mayor duración que otros, pudiendo existir diferencias de tiempo considerables entre un proceso y otro.

El proceso más corto de todos corresponde a los proyectos “IIRSA Sur, Tramo 3” e “IIRSA Sur, Tramo 4”, ambos con un período de duración de cinco (05) meses, llevados a cabo bajo un contexto regulatorio incipiente (Texto Único Ordenado de Concesiones del año 1996). Por otro lado, el proceso más largo para un proyecto de APP actualmente en ejecución contractual es de 8 años y 10 meses de duración, para el caso del Terminal Portuario General San Martín - Pisco, proceso tramitado bajo el marco normativo del Decreto Legislativo 1012, vigente desde el año 2008.

Respecto de los proyectos tramitados bajo el procedimiento contemplado en el Decreto Legislativo N° 1224, norma que reemplaza al Decreto Legislativo N° 1012, y que constituye el principal cambio normativo en lo que respecta a la regulación de las asociaciones público-privadas en el Perú, solo dos (02) de los proyectos adjudicados hasta la fecha llegaron a ser tramitados bajo este marco normativo: la “Hidro vía Amazónica” y el “Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry”, adjudicados en julio del 2017 y mayo del 2018, respectivamente.

²³ Información recabada de las versiones originales de los Contrato de Concesión suscritos por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, disponibles en los portales institucionales de OSITRAN (<https://www.ositran.gob.pe/>) y MTC (<https://portal.mtc.gob.pe/transportes/concesiones/index.html>)

El primero de ellos contó con un proceso de promoción que duró cuatro (04) años y diez (10) meses y el segundo con una duración de seis (06) años y tres (03) meses. Si bien ambos proyectos fueron iniciados en el año 2012 -durante la vigencia del DL N° 1012- al parecer ambos proyectos sufrieron la embestida del cambio normativo del año 2015. El primero se tramitó durante un período de dos años desde la entrada en vigor del nuevo marco normativo y el segundo tuvo un período de tramitación de casi tres años desde la entrada en vigor del DL 1224.

Como se indicó, los números analizados hasta aquí guardan vinculación con los proyectos actualmente en fase de ejecución contractual del subsector transportes. Sin embargo, existe una cartera de proyectos en materia de transporte que a la fecha no ha logrado culminar el proceso de APP, pese a tratarse de procesos que iniciaron hace ya un tiempo considerable. Conforme se verifica en la siguiente Tabla, las cifras ponen nuevamente en descubierto la existencia de factores que vienen retrasando la culminación de los procesos de APP para el logro del cierre de la brecha de infraestructura:

Tabla 03:
Proyectos APP del subsector Transportes que aún se encuentran en Proceso de Promoción de la Inversión Privada.

Proyecto:	Fecha Inicio Proceso	Adjudicación Buena Pro	Duración En Meses (Aprox.)	Documento Oficial Que Acredita Inicio Del Proceso
Carretera Longitudinal de la Sierra - Tramo 4	24.09.2012	-	07 años	Oficio MTC
Rehabilitación Ferrocarril Huancayo – Huancavelica	08.05.2007	-	13 años	Oficio MTC
Anillo Vial Periférico de Lima y Callao	14.03.2013	-	07 años	Iniciativa Privada

Elaboración propia

Fuente: PROINVERSION/Ministerio de Transportes y Comunicaciones

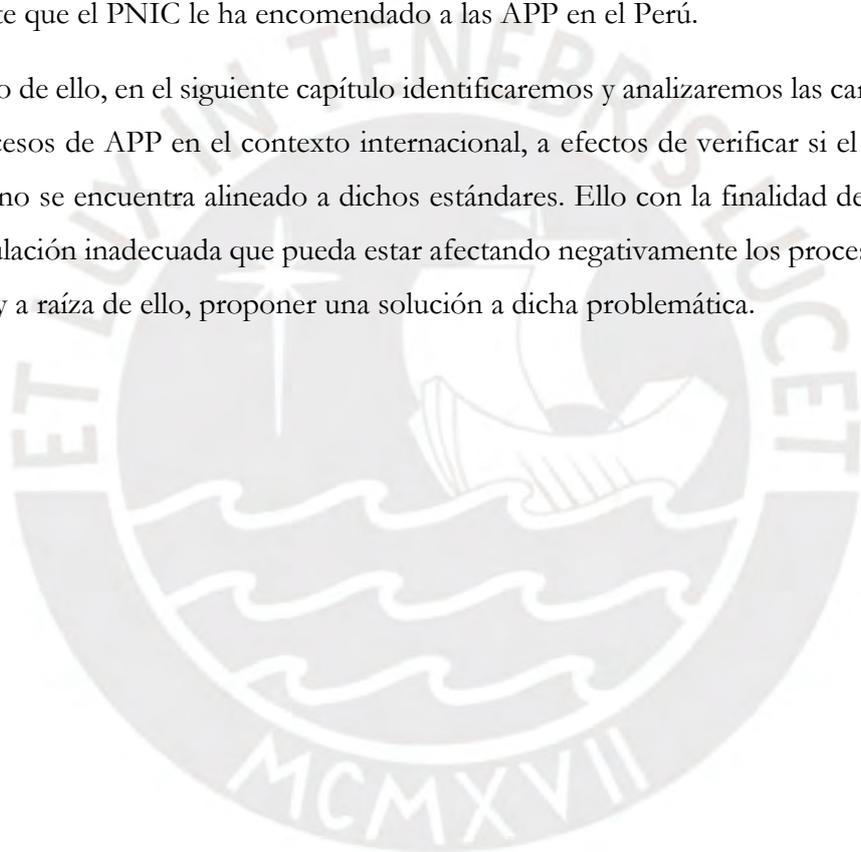
Como podemos verificar en la Tabla N° 03, existen tres (03) proyectos incluidos dentro de la planificación del subsector transportes y también dentro del PNIC, cuyo inicio del proceso de promoción se remonta a fechas anteriores a la vigencia del DL N° 1224, es decir, que iniciaron su trámite con las reglas establecidas por el DL N° 1012, que, al parecer, a la fecha no han logrado superar los cambios procedimentales generados por las actualizaciones normativas suscitadas en el Perú en los últimos años. A la fecha, el promedio de duración del proceso de promoción de estos tres (03) proyectos es de nueve (09) años.

A partir de la información expuesta, podemos concluir que existen factores que actualmente están afectando el desarrollo de los procesos de APP. Se entiende que los cambios normativos propuestos por los gobiernos de turno en la última década deberían haber

coadyuvado con la agilización de los procesos de promoción. Sin embargo, conforme se verifica en las Tablas N° 02 y N° 03, dichos cambios normativos no han cumplido con su finalidad.

En tal sentido, el contexto expuesto amerita que en la actualidad se realice un análisis serio sobre los factores que estarían teniendo una injerencia negativa en los procesos de promoción de la inversión privada del subsector transporte. Estos factores actualmente resultan preocupantes pues vienen retrasando y en el peor de los casos impidiendo la culminación de los procesos de APP, afectando con ello los objetivos trazados por el país, vinculados al cierre de la brecha de infraestructura y mejora de la competitividad en beneficio de la población. Dicho análisis resulta aún más urgente tomando en consideración el rol preeminente que el PNIC le ha encomendado a las APP en el Perú.

A propósito de ello, en el siguiente capítulo identificaremos y analizaremos las características de los procesos de APP en el contexto internacional, a efectos de verificar si el Sistema de APP peruano se encuentra alineado a dichos estándares. Ello con la finalidad de identificar alguna regulación inadecuada que pueda estar afectando negativamente los procesos de APP en el Perú y a raíz de ello, proponer una solución a dicha problemática.



CAPÍTULO II

ANÁLISIS SOBRE LOS PROCESOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO – PRIVADA A NIVEL NACIONAL E INTERNACIONAL

2.1 LOS PROCESOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL.

2.1.1 Modificaciones al proceso de APP según la experiencia internacional.

A nivel internacional, verificamos que no existe un formato único en lo que respecta a marcos normativos que regulen los procesos APP. Por lo general, cada marco normativo responde a su propio contexto y guarda coherencia con las demás normas vinculadas a la inversión pública de cada país en particular. Los marcos normativos se generan en atención a diversos factores y conforme a las necesidades y circunstancias específicas de cada gobierno. (Banco Mundial 2019, pp. 57)

Por otro lado, estos marcos normativos resultan no ser estáticos, sino que, por lo general estos evolucionan con el tiempo en atención a los desafíos específicos que enfrenta cada país en determinadas etapas de sus respectivos programas de APP. (Banco Mundial, 2019, pp. 57)

De acuerdo con información recogida a través de diferentes organismos multilaterales, en las primeras etapas de los programas APP el énfasis de los gobiernos se encuentra en habilitar la utilización de este mecanismo de contratación a través de la promulgación de la norma génesis del Sistema y en base a ella, iniciar un proceso dentro del país orientado a promover las oportunidades de inversión en este tipo de proyectos.

En una segunda etapa, una vez que se logra implementar una cantidad considerable de proyectos APP, la preocupación empieza a recaer en el logro de un mayor control sobre el riesgo fiscal que representan estos programas para el gobierno, dado que, como se mencionó anteriormente, esta modalidad de contratación aprovecha preferentemente el financiamiento privado, con cargo a que los repagos o garantías financieras, de ser el caso, se ejecuten durante el período de vigencia del proyecto. Por tanto, existe siempre una posibilidad latente de que el Estado caiga en una situación de sobre endeudamiento, de tal forma que se ponga en riesgo el cumplimiento de los compromisos contractuales asumidos a favor del sector privado, poniéndose en riesgo, a su vez, el éxito del programa de APP.

Este posible escenario negativo es precisamente una de las principales causantes de la necesidad de los gobiernos de modificar sus marcos normativos establecidos en un inicio, con la finalidad de fortalecer los niveles de control y mejorar la gestión financiera desde el

sector público en lo que respecta al proceso previo a la adjudicación de proyectos de APP. (Banco Mundial, 2019, pp. 57)

En la línea de este cambio de enfoque orientado hacia una mayor rigidez en el control de los programas de APP, en esta segunda etapa en muchos casos las instituciones y reglas creadas en un inicio específicamente para las APP, se integran a los estándares procedimentales de la inversión pública general, a efectos de evitar que las APP se utilicen como herramientas para evadir restricciones de carácter fiscal. (Banco Mundial, 2019, pp. 58).

Estos cambios normativos que se experimentan comúnmente a nivel internacional guardan coherencia con lo acontecido en el caso peruano, en donde, en una primera etapa (1996 – 2014) el Estado logró la adjudicación de una cantidad considerable de proyectos APP vinculados al subsector transporte²⁴. Sin embargo, en la segunda etapa del programa de APP peruano (2015 hasta la actualidad), se produjeron cambios normativos que modificaron el trámite del proceso de APP, lo cual ha traído como consecuencia una escasez de adjudicación de proyectos²⁵ no sólo del subsector transportes, sino también de los demás sectores económicos del país.

2.1.2 Sobre los elementos que debe cumplir un proceso de APP exitoso, conforme a la práctica internacional.

El Banco Mundial, en una publicación que cuenta con la contribución de organismos multilaterales de todo el mundo, señala que, para afirmar que un país goza de un programa integral o completo de APP, es decir, un programa con altas proyecciones de ser exitoso, debe contener como mínimo cinco elementos. (2019, pp. 58)

El primer elemento es una “Política claramente definida” respecto de las APP. Esta Política debe justificar adecuadamente la utilización de las APP para la provisión de infraestructura y la prestación de servicios de carácter público. Asimismo, debe identificar claramente los objetivos del programa en el país, su alcance en cuanto a los sectores que pueden utilizar el mecanismo, la tipología de proyectos que abarca el programa, así como los principios que orientan la implementación de este.

El segundo elemento que refiere el Banco Mundial es un “Marco Legal bien definido”. Este marco legal debe habilitar al gobierno a utilizar las APP, así como establecer reglas y límites de cómo éstas se deben implementar. Dependiendo de cada gobierno, el marco legal puede

²⁴ Durante este período (1996-2014), se adjudicaron un total de treinta y un (31) proyectos de Asociación Público – Privada en el subsector transporte.

²⁵ Desde el año 2015 hasta el mes de febrero del 2021, solo se han adjudicado dos (02) proyectos APP.

implicar legislación específica sobre APP, leyes y/o reglamentos vinculados a gestión de las finanzas públicas, o también leyes y reglamentos específicos de cada sector.

El tercer elemento hace referencia a los “procedimientos y responsabilidades institucionales claramente definidos”. Cada gobierno debe determinar los procesos a través de los cuales los proyectos de APP se identifican, desarrollan, evalúan, implementan y administran, idealmente dentro del sistema de gestión de inversión pública de cada país. Asimismo, se deben definir los roles que cumplen las diferentes entidades del gobierno en dicho proceso.

Este elemento resulta muy importante, pues, según el Banco Mundial, un proceso APP sólido se caracteriza por ser eficiente, transparente y el gobierno debe monitorearlo de manera constante a efectos de garantizar la calidad de estos proyectos. En tal sentido, los procesos APP deben constituir un instrumento que refleje dichas características.

El cuarto elemento indica que el gobierno debe contar con un enfoque de gestión del riesgo fiscal. Cada país debe determinar cómo se controlan, informan y presupuestan los compromisos fiscales vinculados a las APP, de tal manera que estos proyectos aseguren una buena relación de valor por dinero (calidad-precio), evitando imponer cargas indebidas a las futuras generaciones.

Como quinto elemento, el Banco Mundial hace referencia a “otros arreglos institucionales”. Este elemento hace referencia a que cada país debe determinar claramente cómo otras entidades del gobierno tales como las de auditoría, el poder legislativo o la sociedad civil participan en el programa de APP y cómo de qué forma fiscalizan o responsabilizan a los tomadores de decisiones respecto del impacto de sus decisiones y acciones.

Para el Banco Mundial, estos cinco elementos se encuentran estrechamente relacionados. Por ejemplo, un enfoque de gestión del riesgo fiscal necesita ser reconocido por el Marco Legal. Asimismo, para lograr este enfoque de riesgo fiscal, los procedimientos deben reconocer determinadas funciones y responsabilidades del Ministerio de Finanzas de cada gobierno en las diferentes etapas del ciclo del proyecto, con la finalidad de lograr una adecuada gestión financiera del programa APP. Por otro lado, a efectos de garantizar una supervisión efectiva del programa por parte de las demás entidades como las de auditoría o el poder legislativo, el Ministerio de Finanzas debe encontrarse obligado a hacer pública de manera integral la información sobre los compromisos fiscales vinculados a las APP. (2019, pp. 58)

Respecto del primer elemento recomendado por el Banco Mundial, podemos precisar que en el caso peruano ya existe una Política Nacional en materia de APP aprobada mediante

Decreto Supremo²⁶, la cual establece lineamientos base respecto del tratamiento de las APP en el país. Esta política determina los principios rectores, así como los objetivos generales, estratégicos y específicos del Sistema. Sin perjuicio de ello, existen principios en el marco normativo peruano que en la práctica resultan difíciles de operativizar para el caso del Sistema de APP.

Tal es el caso, por ejemplo, del principio denominado “Enfoque de Resultados” y también el caso del principio de “Legalidad en sede administrativa”. Si bien este último no es reconocido por la Política de APP, se trata de un principio aplicable a los procedimientos administrativos en general que, resulta no tener mucha cabida dentro de los procesos de promoción y la ejecución de los Contratos de APP, dado que estos procedimientos implican por naturaleza toma de decisiones de inversión, por lo que requieren mayores dotes de flexibilidad.

Respecto del segundo elemento, referido al Marco legal, el Perú en la actualidad cuenta con la vigencia del Decreto Legislativo N° 1362, el cual desarrolla las características esenciales y los actores que participan del proceso de APP en el Perú. En el caso peruano se optó por una legislación de carácter específico, cuyo procedimiento se interrelaciona a su vez con legislaciones de Sistemas administrativos diferentes vinculados a las finanzas públicas, la gestión de las inversiones públicas en general, las contrataciones públicas y la planificación estratégica del Estado.

Respecto del tercer elemento, referido a los procedimientos y la distribución de responsabilidades institucionales, el Reglamento del DL 1362, aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF, describe las funciones que cumple cada uno de los actores que participan dentro del Sistema y el detalle sobre los procedimientos a seguir para lograr la adjudicación de las APP. Dicha normativa se complementa con lineamientos, interpretaciones y normas de inferior jerarquía que son aprobadas por el ente rector del Sistema de APP en el Perú, para una mejor aplicación del marco normativo, conforme detallaremos más adelante.

Sin embargo, a nuestra consideración este tercer elemento es uno de los puntos más débiles del Sistema de APP en el Perú, y que requiere de un análisis y reforzamiento con carácter urgente. En la práctica, dentro de los procesos APP se verifica una falta de precisión en la regulación que genera incertidumbre en los actores, así como superposiciones en cuanto a

²⁶ La Política de Promoción de la inversión Privada en el Perú, se encuentra aprobada mediante Decreto Supremo N° 077-2016-EF.

las funciones que debe ejercer cada integrante, lo que a nuestro criterio es la causante de los excesivos retrasos en este tipo de proyectos. Por lo tanto, este tema constituye uno de los principales puntos que abordaremos en nuestro capítulo tercero.

Respecto del quinto elemento recomendado por el Banco Mundial, referido a la forma como los responsables de la toma de decisiones en los procesos de APP rinden cuenta a las demás entidades del Estado, cabe precisar que, en el caso peruano, la Contraloría General de la República (CGR) es la entidad que viene ejerciendo un rol muy activo al respecto. Sin embargo, tal como detallaremos más adelante, dicha actuación debe recibir determinadas limitaciones, pues los incentivos no se encuentran adecuadamente sopesados, dado que, en la práctica, es muy común que la CGR inicie procesos sancionatorios muchas veces sin mayor sustento, desincentivando la toma de decisiones dentro del Sistema APP.

Por otro lado, a diferencia de otros países, el Sistema APP en el Perú no prevé la participación del Parlamento en los procesos de APP. A nuestra consideración, esta regulación es acertada, dado que este órgano del Estado no ha demostrado encontrar aún la madurez necesaria para ejercer un funcionamiento que aporte al logro de los objetivos del Estado, ejerciendo actualmente un rol excesivamente sesgado hacia el matiz político.

2.1.3 Sobre los objetivos de un programa de APP según el consenso internacional.

La verificación de estos cinco (05) elementos permite entonces afirmar que el gobierno cuenta con un programa de APP completo, atractivo para la inversión privada y con proyecciones a ser exitoso. Pero ¿de qué hablamos en la práctica cuando mencionamos un programa de APP exitoso? ¿Cómo se materializa el éxito de un programa de APP? El Banco Mundial destaca que la decisión de los gobiernos de contar con un programa completo de APP va de la mano con siguientes objetivos: (2019, pp. 62)

- Permitir una mayor inversión en infraestructura, a través del acceso al financiamiento privado.
- Fomentar un enfoque de infraestructura a largo plazo.
- Obtener un mayor enfoque del gobierno en la calidad del servicio, en beneficio del usuario final.
- Acceso a capacidad de gestión adicional a través de la operación privada de la infraestructura.
- Lograr una buena relación calidad-precio (valor por dinero) en la provisión de infraestructura y servicios públicos.
- Mejorar la rendición de cuentas en la provisión de infraestructura y servicios públicos.

- Aprovechar la innovación y la eficiencia del sector privado.
- Estimular el crecimiento económico y el desarrollo del país.

En tal sentido, son estos los beneficios que el Estado peruano puede lograr a través de una optimización en el desempeño de los cinco elementos mencionados, respecto de los cuales, como vimos anteriormente, el Estado peruano ya realizó el esfuerzo de crearlos y reconocerlos dentro del Sistema, pero que, para su óptimo funcionamiento, requieren de ciertos ajustes, los cuales permitirán un mejor rendimiento de los procesos de APP, de cara al logro de los objetivos trazados como país.

2.1.4 Sobre la importancia de un nuevo enfoque de los procesos de APP dirigido hacia los usuarios.

Respecto de la Política de APP, como se mencionó antes, uno de sus principales componentes son los principios orientadores de los programas de APP. Estos constituyen el código de conducta bajo el cual se desarrollarán los ciclos de proyecto de las APP. Estos principios deben respaldar la política preestablecida por el gobierno y deben, a su vez, establecer los estándares generales de acción respecto de los cuales los encargados de implementar las APP deben ser responsables.

La Comisión Económica por Europa (CEPE) de las Naciones Unidas, ha recomendado diez (10) principios rectores para las Alianzas Público – Privadas, bajo el enfoque denominado “Primero las personas”. Bajo este enfoque se diseñan proyectos de APP en los cuales las personas son el centro alrededor del cual debe orbitar el programa de APP, a quienes se les debe beneficiar directamente, al corto y al largo plazo. A continuación se mencionan dichos principios (2019):

- I. Las APP deben asegurar que se escuchen las necesidades de las personas.
- II. Entregar más, mejores y proyectos más simples, permitiendo que los niveles locales desarrollen proyectos ellos mismos.
- III. Aumentar las habilidades de los funcionarios en la ejecución de proyectos, asegurando empoderar mejor a las mujeres y alentando al sector privado a contribuir con la transferencia de las habilidades necesarias
- IV. Establecer políticas y marcos legales más inclusivos que permitan la participación activa de las comunidades y centrarse en un enfoque de tolerancia cero frente a la corrupción.
- V. Revelar más información sobre los proyectos a la sociedad, especialmente sobre los compromisos asumidos con varios socios vinculados al proyecto.

- VI. Eliminar riesgos vinculados a los proyectos al proporcionar mayor predictibilidad, creando un entorno propicio para la inversión.
- VII. Establecer claramente los criterios de selección de los proyectos APP, a efectos que se puedan seleccionar los mejores proyectos, teniendo como enfoque principal a las personas.
- VIII. Lograr que la sostenibilidad ambiental sea un componente clave de la evaluación, adjudicación e implementación de proyectos de APP.
- IX. Asegurar que la financiación mixta catalice a los socios privados para invertir en proyectos APP.
- X. Evitar las trampas de endeudamiento, garantizando la sostenibilidad fiscal de los proyectos APP y la transparencia de las políticas fiscales.

A partir de una comparación de los principios contenidos en la Política Nacional de APP en el Perú, con los principios recomendados por la CEPE, podemos verificar que el enfoque de este organismo internacional se encuentra orientado hacia el objetivo final del Estado: las personas. Si bien en el fondo, los principios contemplados en el Perú persiguen fines similares a los de la CEPE, ninguno de los principios rectores del Sistema Peruano de APP hace referencia al usuario, como fin último de la regulación.

A nuestra consideración este enfoque hacia las personas puede lograr una mayor sensibilidad en los actores que actualmente participan en el Sistema, por lo que esta propuesta debería ser utilizada por nuestro gobierno para el inicio de una nueva etapa de las APP en el Perú, con un enfoque renovado, que debe tener como meta principal hacer realidad los objetivos trazados por la política con una mayor eficiencia y eficacia.

Resulta entonces determinante identificar claramente la política, así como los principios orientadores del programa de APP con un enfoque de priorización hacia los usuarios, tal como lo recomienda la CEPE. Sin embargo, resulta también determinante que el trabajo no se agote allí: el gobierno debe invertir los esfuerzos y recursos que resulten necesarios para garantizar el cumplimiento de dichos principios, de manera decisiva y tajante.

Solo a través de la verificación del efectivo cumplimiento de los principios orientadores previamente definidos, se podrá ostentar verdaderamente de un programa sólido y atractivo para la implementación de APP exitosas. Respecto de los esfuerzos que actualmente invierte el Sistema de APP peruano, que a nuestra consideración aún resultan insuficientes, para garantizar el cumplimiento de su política y el desempeño de sus actores, ahondaremos también en nuestro tercer capítulo.

2.1.5 Sobre la importancia del enfoque iterativo de los procesos de APP.

Dentro del proceso de APP, los gobiernos deben elegir el proyecto de APP correcto, estudiarlo tomando en consideración los niveles de riesgo que asumirán, establecer términos económicos atractivos tanto para el gobierno como para el sector privado, determinar las obligaciones y derechos de las partes, seleccionar a un socio competente y finalmente generar los recursos necesarios para hacer cumplir los parámetros dentro de los cuales operará dicho socio. El reto consiste en desarrollar todos estos pasos sin perder de vista que el proceso de APP es fundamentalmente una herramienta creada con la finalidad de que los gobiernos puedan adquirir a su favor la prestación de un servicio de necesidad pública con altos estándares de calidad. (Banco Mundial, 2019)

Precisamente, con la finalidad de adquirir estos servicios de necesidad pública, los gobiernos definen procesos y responsabilidades institucionales para las lograr las APP, es decir, los pasos que deben seguir los interesados en desarrollar un proyecto y las entidades responsables de que se concrete cada avance. Sin embargo, tal como ahondaremos más adelante, muchas veces los operadores del sistema pierden de vista la finalidad última para la cual el proceso ha sido creado.

Los proyectos de APP pobres o mal definidos desde un inicio generan el riesgo de socavar todo el programa de APP de un gobierno. Por ello, se recomienda que cada etapa clave del proceso de APP cuente con una determinada aprobación antes de que se tome la decisión de proceder con la siguiente etapa. A menudo, se crean varios puntos de decisión, lo que permite detener proyectos débiles antes de que consuman demasiados recursos. A este enfoque de doble revisión en un mismo proceso, el Banco Mundial le denomina “enfoque iterativo”, también conocidos como “procesos con puertas de enlace” (Banco Mundial, 2019, pp. 70).

Existen dos razones para usar un “enfoque iterativo” o de “puerta de enlace” para los procesos de APP, según el Banco Mundial. La primera es que permite la participación de agencias de supervisión, entidades que cuentan con amplia experiencia en el manejo de las APP. Como segunda razón, el enfoque iterativo evita desperdiciar recursos desarrollando proyectos débiles que al final del día no verán la luz por falta de sustento o de legitimidad. El desarrollo de un proyecto de APP es por naturaleza costoso. En tal sentido, las comprobaciones tempranas de que el proyecto es prometedor ayudan a garantizar que los presupuestos asignados por el gobierno sean bien invertidos. (2017 pp. 70)

En el caso peruano, conforme a las recomendaciones del Banco Mundial, se ha optado por un proceso con enfoque iterativo o con aprobaciones “gateway”. Se requiere de la aprobación

del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) en determinados hitos del proceso, tales como al culminar la fase de planeamiento y programación, al culminar la fase de formulación y por último al finalizar la fase de transacción. Sin embargo, a nuestra consideración, resulta muy importante que el MEF, en cada una de las aprobaciones que debe emitir, pondere adecuadamente los objetivos del Sistema de APP de lograr la mayor inversión privada posible con los objetivos de proteger el fisco y evitar contingencias económicas futuras para el gobierno.

2.1.6 Sobre la importancia del enfoque de responsabilidad fiscal a nivel internacional.

Son distintos pasos los que un Estado debe tomar en cuenta para implementar un proyecto de APP de manera exitosa. Un primer paso en común que deben cumplir todos los gobiernos es el de definir un proceso estándar para las APP. Este proceso estándar debe determinar de manera clara y sustentada las aprobaciones requeridas en los puntos clave. Esto garantiza que cada vez que un proyecto APP atraviese el proceso, el análisis sea eficiente y se enfoque en el resultado buscado. (Banco Mundial, 2019, pp. 69)

El proceso estándar debe determinar las instituciones responsables, así como las funciones que debe cumplir cada entidad involucrada. Al respecto, cabe precisar que la distribución de actividades dentro del proceso de APP difiere entre un país y otro, dependiendo de las necesidades específicas de cada gobierno y de las responsabilidades y capacidades institucionales previamente existentes. (Banco Mundial, 2019, pp. 69)

Por lo general, los Ministerios de Finanzas asumen un papel de liderazgo en los procesos de APP, dada su responsabilidad de administrar los recursos y la política económica y fiscal de un gobierno. Los Estados deben contabilizar e informar adecuadamente sobre sus compromisos financieros asumidos a través de los contratos APP. Esta constituye una razón importante para que los Ministerios de Finanzas mantengan un control cercano respecto de los compromisos financieros de estos proyectos, ya sean directos o contingentes. Es común también en la práctica internacional que los Ministerios de Finanzas establezcan unidades especiales de APP para llevar a cabo sus funciones de filtro y monitoreo de los proyectos. (Banco Mundial, 2019, pp. 75)

Cuando la contabilización de estos compromisos se realiza de manera seria y transparente, ello permite al gobierno examinar su propia posición fiscal y así tomar mejores decisiones de inversión. Asimismo, hacer públicos los informes financieros permite a las partes interesadas, ya sean entidades financieras, agencias de calificación, inversionistas y público en general,

contar con una opinión informada sobre el desempeño de la gestión financiera pública del gobierno, lo que genera un ambiente más atractivo para las inversiones.

Por otro lado, en algunos otros países el liderazgo respecto de los procesos APP se divide entre los Ministerios de Finanzas y los Ministerios de Planificación, separando así la responsabilidad de planificación y evaluación de los proyectos de APP de las tareas de supervisión fiscal, tal como sucede por ejemplo en Francia y en otros países francófonos. Otro ejemplo es el caso de Chile, gobierno que cuenta con una agencia exclusivamente dedicada a la planificación de sus proyectos de inversión pública. (Banco Mundial, 2019, pp. 75)

Por su parte, en otros países, entidades distintas a los Ministerios de Finanzas tienen la responsabilidad de supervisar el programa de inversión pública del gobierno en general y, por lo tanto, ejercen dicho papel también para las APP. Tal es el caso, por ejemplo, de la Agencia Nacional de Desarrollo Económico en Filipinas. Este tipo de entidades pueden desempeñar, por ejemplo, un papel de revisión y fortalecimiento de los proyectos APP en sus etapas de aprobación. (Banco Mundial, 2019, pp. 75)

En la línea de ello, muchos países latinoamericanos requieren también aprobaciones por parte de entidades de auditoría, independientes de la rama ejecutiva del gobierno. En Brasil, por ejemplo, se requiere que el Tribunal de Cuentas revise cada proyecto de APP y la documentación pertinente, antes de que el proyecto pueda salir al mercado. (Banco Mundial, 2019, pp. 75) Este es el caso también del Perú, en donde se requiere la opinión previa de la Contraloría General de la República, con la peculiaridad de que se trata de una opinión no vinculante.

Por último, la aprobación final de los procesos APP puede ser realizada por el Gabinete de Ministros del Poder Ejecutivo, o en algunos casos por el Parlamento. Algunos países pueden requerir la aprobación del poder legislativo solo para el caso de grandes proyectos. Más a menudo, la aprobación proviene por parte del Gabinete de Ministros, de un comité a nivel del Gabinete, del Ministerio de Finanzas o de una combinación de estas opciones. (Banco Mundial, 2019, pp. 76) En el caso peruano, como veremos más adelante, en la práctica la aprobación final vinculada al riesgo fiscal la otorga el Ministerio de Economía y Finanzas, pese a no ser la última entidad que emite opinión dentro del proceso.

2.1.7 Sobre el proceso estándar de APP según el consenso internacional.

Todas las participaciones de entidades, así como las posibles revisiones adicionales anteriormente mencionadas, pueden resultar ser verificaciones importantes sobre la calidad

y la legalidad del proceso de APP (Banco Mundial, 2019, pp. 76). Sin embargo, estos pasos adicionales pueden significar también la introducción de demoras en los puntos cruciales de los proyectos. Por tanto, los procesos APP estándar que se determinen, deberán siempre sopesar y determinar con la claridad suficiente, el aporte que genera la participación de cada agente adicional, tomando en consideración la importancia que tiene la ejecución oportuna de este tipo de proyectos, así como los recursos que el gobierno invierte para su impulso.

En el caso peruano, tal como veremos más adelante, el proceso estándar por el que se ha optado incluye la participación de la entidad responsable de prestar el servicio y del ente rector en las etapas clave del proceso. Asimismo, contempla la participación del organismo regulador en la etapa final del proceso de APP a través de una opinión no vinculante y, por otro lado, el pronunciamiento del órgano de control como última opinión del proceso.

A continuación, realizaremos una breve descripción sobre las etapas con las que, según el Banco Mundial, de manera común, cuentan los procesos de APP a nivel internacional:

2.1.7.1 Etapa de identificación y selección de proyectos de APP.

Un proceso estándar de APP debe iniciar con la identificación de un proyecto prioritario de inversión pública. Este proceso de identificación, por lo general forma parte de un proceso más amplio de identificación de proyectos de inversión pública necesarios para el gobierno, independientemente de la modalidad de su adquisición. Una APP no es otra cosa que un mecanismo de ejecución de inversión pública, con la particularidad de que este mecanismo involucra una visión del proyecto a largo plazo. En atención a esta visión de largo plazo, las APP requieren de un mayor esfuerzo en cuanto a planificación, para así lograr la selección de un proyecto exitoso. (Banco Mundial, 2017)

La Guía de Referencia de APP 3.0 publicada por el Banco Mundial recomienda que, en algún momento de esta primera etapa de identificación de proyectos, se realice un examen sobre si los proyectos de inversión pública propuestos como APP pueden proporcionar mayor valor por dinero si se implementan bajo un mecanismo de contratación distinto.

La responsabilidad de identificar las APP potenciales entre los proyectos de inversión pública prioritarios a menudo recae en la agencia o entidad sectorial relevante, bajo la supervisión de las entidades responsables de la gestión y planificación de las finanzas públicas. (Banco Mundial, 2017, pp. 72). Ello ocurre precisamente en el caso peruano, en el cual la entidad encargada de la identificación de los proyectos APP es el Ministerio responsable de la prestación del servicio de necesidad pública, bajo la supervisión del ente rector del Sistema,

que se encuentra precisamente ubicado dentro del Ministerio responsable de las Finanzas del gobierno peruano.

Las prácticas tradicionales de contratación a veces inducen a los gobiernos a evitar el uso de las APP, pese a que pueda proporcionar un mayor valor en beneficio de los usuarios. Por el contrario, en los gobiernos con mayor estrés fiscal se puede verificar una tendencia contraria hacia buscar APP incluso para proyectos donde la opción de APP no se muestra como la solución más eficiente. (Banco Mundial, 2017, pp. 72)

Sin embargo, la Unidad de APP puede brindar apoyo a los sectores responsables de la prestación del servicio en la detección de potenciales proyectos de APP, particularmente en la etapa inicial del programa de APP, cuando las agencias del sector pueden tener una comprensión limitada del esquema. Por lo general, las Unidades APP tienen el mandato de promover el uso del mecanismo, por lo que su asesoría puede ayudar a superar el sesgo inicial anti-APP que puede existir en los Ministerios.

En el caso peruano, tal como veremos más adelante, este rol de asesoría -de manera cuestionable- no se encuentra asignado a la Unidad APP, sino al ente rector (MEF), quien, en la práctica, y tal como analizaremos más adelante, ejerce funciones que se traslapan con los trabajos que realiza PROINVERSION, en su calidad de Unidad APP del Sistema de APP peruano. Ello como consecuencia de una definición imprecisa sobre el rol que ejercen los agentes en el Sistema.

Asimismo, en el Perú, dicho examen de identificación y priorización se realiza precisamente en una de las primeras etapas del proceso de APP, denominada “planeamiento y programación”. Sin embargo, a nuestra consideración, dicho procedimiento tiene un enfoque netamente de previsión fiscal y no se ahonda en la exploración de oportunidades de proyectos de APP que puedan beneficiar a la población. Asimismo, consideramos importante la participación del ente rector del Sistema, tomando en consideración que el sesgo anti-APP del Perú, a nuestra consideración, no ha sido superado del todo.

2.1.7.2 Etapa de estructuración y evaluación del proyecto APP.

Una vez que se haya identificado y aprobado provisionalmente un proyecto de inversión pública prioritario para su implementación bajo la modalidad de APP, el siguiente paso es seleccionar los términos comerciales clave o estructura del proyecto. Esta etapa incluye la determinación del tipo de contrato a utilizar, la distribución de los riesgos, así como los mecanismos de pago. (Banco Mundial, 2017, pp. 70)

Un proyecto de APP es un tipo específico de inversión pública. Por tanto, la mayoría de gobiernos aplican durante esta etapa sistemas y/o procedimientos estándar para revisar y aprobar estos proyectos, con la finalidad de que su inversión genere valor por dinero, cumplan con los objetivos estratégicos trazados por cada país y se encuentren en línea con las prioridades fiscales. (Banco Mundial, 2017, pp. 75).

Para el caso de las APP, debido a que estos proyectos no necesariamente requieren de inversión directa de recursos por parte del sector público, es posible que no se encuentren sujetos automáticamente a estos sistemas y/o procedimientos de aprobación de proyectos de inversión pública. Por lo tanto, para este tipo de proyectos, denominados autofinanciados, muchos gobiernos definen requisitos similares de revisión y aprobación para el caso de las APP. (Banco Mundial, 2017, pp. 75).

Una vez definidos los términos comerciales, entonces la estructura puede ser evaluada. La estructura de APP propuesta y el análisis de evaluación a menudo se combinan en un “caso de negocios” para demostrar por qué el proyecto de APP es una buena decisión de inversión. Por lo general, para superar esta etapa, se necesita de la aprobación por una entidad distinta basando su análisis en el caso de negocios propuesto. (Banco Mundial, 2019, pp. 70)

En el caso peruano, por ejemplo, para los proyectos de APP que involucran inversión de capital por parte del Estado (cofinanciados), estos deben atravesar por el proceso de evaluación por el cual atraviesan los proyectos inversión pública en general. Solo una vez que el proyecto haya atravesado por este sistema, corresponde realizar un análisis sobre los términos comerciales iniciales del proyecto, el cual se ve plasmado en el “Informe de Evaluación”, el mismo que, tal como recomienda el Banco Mundial, recibe la aprobación por parte de una entidad distinta, que en este caso es el ente rector del Sistema, ubicado en el Ministerio de Economía y Finanzas.

2.1.7.3 Etapa del diseño del Contrato de APP.

El paso previo a la etapa del contacto con el mercado es la redacción del contrato de APP. Esto implica plasmar los principios comerciales en términos contractuales, establecer las reglas de cómo se gestionará el contrato, así como los mecanismos de solución de controversias. A menudo, el diseño del borrador del contrato se puede completar también durante la etapa inicial de la etapa de Transacción, a efectos de permitir consultas por parte de los posibles postores. (Banco Mundial, 2017, pp. 70).

Precisamente, tal como abordaremos más adelante, en el caso peruano el diseño del Contrato se encuentra a cargo de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada –

PROINVERSION, en su calidad de Unidad APP del Sistema. La redacción del Contrato muchas veces se debe iniciar durante la fase de estructuración del proyecto y debe extenderse hasta la etapa de Transacción, etapa del proceso en la que se reciben las recomendaciones del sector privado, de tal forma que el Contrato pueda responder a los intereses del mercado.

2.1.7.4 Etapa de Transacción.

En la etapa de transacción, el gobierno selecciona la parte privada que se encargará de la ejecución del proyecto de APP. Esto implica la preparación para llevar a cabo un proceso de adquisición competitivo. En esta etapa del proceso, los postores envían información que detalla su calificación en el mercado, así como sus propuestas técnicas y financieras, las mismas que se evalúan de acuerdo con criterios previamente definidos, muchas veces a través de un proceso con varias etapas preclusivas. (Banco Mundial, 2017, pp. 70)

Dado que la fase de transacción trae como resultado la determinación de algunos parámetros clave del contrato y en particular el costo final del proyecto, la mayoría de los gobiernos incluyen una aprobación final antes de la firma del contrato de APP, incluso luego de culminación del concurso (Banco Mundial, 2017, pp. 70). En el caso peruano, no se regula una instancia de aprobación en una etapa posterior al concurso. A nuestra consideración resulta una práctica interesante, pero habría que analizarla con cuidado pues podría mitigar determinados riesgos de interpretación del Contrato, pero a su vez abrir nuevos frentes de discusión sobre el mismo.

El contrato APP que el gobierno firma con el postor ganador, a menudo puede incluir como anexos los principales subcontratos ya firmados, como, por ejemplo, el contrato de construcción o el contrato de operación y mantenimiento. (Banco Mundial, 2017, pp. 70) Esta práctica ayuda a generar predictibilidad a los administradores del Contrato de cara a la etapa de ejecución contractual. Se trata de una práctica que, si bien pueden tener consecuencias positivas de predictibilidad, no se exige en el caso peruano.

Según el Banco Mundial, la etapa de transacción se completa cuando el proyecto alcanza el cierre financiero, es decir, una vez que se logre la firma de los acuerdos de financiamiento que permita la ejecución de la inversión comprometida (Banco Mundial, 2017, pp. 70). En este punto también existe una diferencia con la regulación peruana, toda vez que la etapa de Transacción en el Perú culmina con la suscripción del Contrato de APP y no con la firma de los contratos de financiamiento. Sin embargo, la actual regulación del Sistema de APP peruano ha buscado mitigar el riesgo de no lograr el cierre financiero a través de la

participación de PROINVERSION precisamente hasta la etapa del cierre financiero del proyecto

2.1.7.5 Etapa de Gestión del Contrato.

Una vez que la APP alcanza el cierre financiero de manera satisfactoria, el gobierno debe gestionar el contrato de APP a lo largo de toda su vida útil. Esto implica monitorear y hacer cumplir los requisitos estipulados en el contrato de APP y administrar la relación entre el socio público y el privado, actividades que implican grandes desafíos, debido al carácter incompleto de los Contratos.

En el caso peruano, este rol ha sido asignado a la entidad responsable de brindar el servicio de necesidad pública, denominadas “Entidades Titulares de Proyectos”. Estas entidades en la actualidad enfrentan grandes desafíos vinculados a la ausencia de los mecanismos lo suficientemente flexibles para tomar decisiones durante la etapa de ejecución de las inversiones.

2.1.8 Recomendaciones adicionales provenientes de la práctica internacional.

2.1.8.1 Sobre la importancia de la capacitación de los recursos humanos.

Según el World Bank, para lograr el éxito de los procesos de APP, las personas responsables de su conducción necesitan una comprensión sólida de las necesidades de cada sector en particular, habilidad en la evaluación económica y financiera de proyectos, experiencia en la estructuración de contratos de proyectos de infraestructura con financiación privada, experiencia en adquisiciones y gestión de contratos, y experiencia en el manejo del sector privado. El principal desafío durante el diseño de los arreglos institucionales para las APP es asegurar que todas estas habilidades estén disponibles para lograr proyectos de APP exitosos.

Por defecto, la responsabilidad de implementar una APP generalmente recae en el ministerio, departamento o agencia responsable de garantizar que se proporcione el activo o servicio de necesidad pública. Sin embargo, particularmente en las primeras etapas de un programa de APP, tales entidades no suelen tener la gama completa de habilidades y experiencia necesaria. Por lo tanto, otras entidades gubernamentales a veces se ven involucradas en el rol de aprendizaje, que por lo general son las Unidades Centrales de APP.

2.1.8.2 Sobre las Unidades Centrales de APP.

A nivel internacional, la responsabilidad de desarrollar y dirigir el proceso de APP durante las etapas anteriormente descritas generalmente recae en la entidad gubernamental responsable de la provisión del activo o del servicio de necesidad pública. Esta entidad a

menudo constituye, a su vez, la autoridad contratante, ya que, por lo general, luego de suscrito el contrato, ejercerá las veces de representante del gobierno como contraparte del sector privado.

Sin embargo, dichas agencias gubernamentales sectoriales pueden carecer de algunas de las habilidades necesarias para identificar y dirigir procesos de APP con éxito. Particularmente, en las primeras etapas del programa de APP, las agencias del sector pueden tener poca o nula experiencia con proyectos financiados por el sector privado. Por esta razón, a menudo se involucran otras entidades gubernamentales, para proporcionar habilidades o perspectivas adicionales, tales como las denominadas Unidades APP.

Las Unidades de APP deben representar para el gobierno un depósito de habilidades y experiencia en el desarrollo de APP. A menudo estas entidades apoyan a las entidades adjudicadoras en la gestión del proceso de APP. En otros casos, la Unidad de APP puede asumir la responsabilidad principal como agencia de implementación. Por ejemplo, en el caso de Chile, su marco regulatorio autoriza a su Ministerio de Obras Públicas como la agencia encargada de la implementación de las APP, a través de su unidad especializada en concesiones.

En diversos países desarrollados tales como Reino Unido, Canadá, Australia como también en países en vías de desarrollo tales como Filipinas, Colombia y Sudáfrica, se ha demostrado que contar con una unidad central sólida es fundamental para un programa de APP exitoso. (Banco Mundial, 2017, pp. 72)

Las funciones de estas unidades de APP varían ampliamente, al igual que su ubicación dentro de la estructura del gobierno. Esta variedad suele reflejar el nivel de prioridad y las limitaciones que enfrentan los programas de APP dentro de gobierno en la medida que el programa de APP evoluciona. Por lo general, los países que establecieron Unidades APP experimentaron una ampliación gradual de su alcance, tendiendo a abordar la infraestructura en general, incluidas las soluciones que no son de APP. (Banco Mundial, 2017, pp. 76)

Según el World Bank, las funciones que a menudo son asignadas a las Unidades APP son las siguientes: (Banco Mundial, 2017, pp. 76)

- I. Orientación de políticas y desarrollo de capacidades. Esto incluye definir políticas y procesos de APP y desarrollar la capacidad de las agencias implementadoras para seguir estos procesos. Esto a menudo incluye la preparación de materiales de orientación y documentación estándar para las APP.

- II. Promoción de las APP tanto dentro como fuera del gobierno. Esto incluye alentar a las agencias del sector a considerar el uso de APP y promover el conocimiento de las oportunidades que representa el programa a posibles proveedores e inversores.
- III. Soporte técnico en la implementación de proyectos de APP. Esto incluye proporcionar apoyo a equipos de implementación responsables en ministerios u organismos. Algunas unidades de APP actúan como una instalación de desarrollo de proyectos, identificando, evaluando y estructurando proyectos, y construyendo una cartera de proyectos.
- IV. “Gatekeeping” o revisar y supervisar la gestión de Proyectos de APP para eficiencia y asequibilidad. Esto implica aprobar procesos de APP o brindar asesoramiento sobre el proceso de aprobación. La función de supervisión puede extenderse hasta la implementación de la APP.

Las unidades APP pueden realizar más de una de estas funciones, mientras que el programa de APP de un gobierno puede involucrar a más de una unidad APP que desempeñe diferentes roles. (Banco Mundial, 2017, pp. 76). En el caso peruano, tal como se desarrollará más adelante, existe una repartición imprecisa de estas funciones entre el ente rector del Sistema ubicado en el Ministerio de Economía y Finanzas y la Agencia de Promoción encargada de las actividades principales de estructuración y transacción de los proyectos.

La estructura y ubicación dentro del gobierno de las unidades APP generalmente depende de sus funciones específicas, así como de las instituciones, habilidades y experiencia existentes dentro del gobierno. Las unidades de APP pueden ser departamentos dentro de ministerios u organismos, unidades con estatus especial pero que reportan a ministerios, entidades gubernamentales autónomas o incluso corporaciones públicas o privadas. (Banco Mundial, 2017, pp. 76)

Las funciones de las unidades APP y, por lo tanto, su estructura, también pueden cambiar con el tiempo a medida que evoluciona el programa de APP dentro del gobierno. Por ejemplo, en el caso del Reino Unido, su primera Unidad de APP se convirtió parcialmente en una empresa conjunta público-privada, con un enfoque en promoción de proyectos de APP y de soporte técnico para el Sistema. Sin embargo, a medida que se desarrolló el programa de APP y los ministerios y agencias ganaron más experiencia, el enfoque de dicha Unidad de APP se desplazó hacia la supervisión e integración de los proyectos de APP con el sistema de implementación de proyectos de inversión pública en general. (Banco Mundial, 2017, pp. 76)

2.1.8.3 Sobre la importancia de la asesoría externa.

Según la Guía de Referencia de APP 3.0 publicada por el Banco Mundial, incluso gobiernos que cuentan con amplia experiencia en la implementación de APP pueden no contar con las habilidades internas necesarias para el desarrollo exitoso de estos proyectos. Ante estas limitaciones vinculadas a habilidades, la contratación de asesores externos surge como una práctica importante que viene siendo utilizada a nivel internacional por distintos gobiernos. (2017, pp. 74)

El “*Public – Private Infrastructure Advisory Facility*” (PPIAF), en su “Guía para la contratación y gestión de asesores para la participación privada en infraestructura”, afirma que los gobiernos se benefician ampliamente con la contratación de asesores externos, quienes brindan apoyo en las distintas fases de un proyecto de APP. Estos asesores externos pueden ser los encargados de realizar distintas tareas técnicas específicas, ya sea desde desarrollar los estudios de viabilidad técnica para los proyectos, hasta encargarse de la redacción de los contratos de APP. (World Bank, 2015)

Si bien la contratación de estos asesores puede ser costosa, su experiencia ayuda a los gobiernos para tomar decisiones informadas y así salvaguardar de mejor manera el interés público. El sector privado, por lo general se encuentra siempre acompañado de los mejores asesores del mercado, por lo que la posible asimetría en cuanto a capacidades de negociación provocada por una falta de asesoramiento por el lado público podría generar que se dirija la balanza hacia la atención de los intereses privados. (World Bank, 2015)

Sin embargo, los expertos afirman que, a efectos de no inclinar la balanza hacia un excesivo control sobre la toma de decisiones dentro del proceso de APP por parte del sector privado, los asesores externos deben contar con características importantes como, por ejemplo, una reputación como agente honesto que demuestre transparencia e inspire confianza tanto al gobierno contratante como a los posibles inversores y la capacidad de equilibrar los intereses del sector público y privado mediante el diseño de proyectos que garanticen beneficios duraderos para la población. (Jagun & Marques de Sa, 2006)

Sin perjuicio de las recomendaciones manifestadas, hay que tomar en consideración que la contratación de asesores externos se realiza con la finalidad de superar la brecha en cuanto a las habilidades del gobierno para la gestión de los procesos APP; por ello, la necesidad y el grado de apoyo por parte de los asesores externos puede cambiar en la medida que las instituciones del gobierno vayan demostrando haber adquirido la experiencia necesaria en el tratamiento de las APP. Asimismo, para lograr el desarrollo de las capacidades internas,

resulta trascendental que el gobierno contratante promueva una participación muy cercana al trabajo de los asesores y de esta manera logre conservar la propiedad de las decisiones vinculadas al proceso APP. (Banco Mundial, 2017, pp. 74)

En el caso peruano, la contratación de asesores externos es una práctica que ha venido siendo utilizada. Inclusive la Unidad APP del Perú se encuentra legalmente exonerada²⁷ del cumplimiento de determinados requisitos con la finalidad de volver más eficiente la contratación de este tipo de consultores.

2.2 LOS PROCESOS DE APP EN EL PERÚ.

Habiendo culminado entonces con la revisión de las principales características de los procesos de APP a nivel internacional, a continuación, iniciaremos un recorrido sobre las principales características del esquema regulatorio peruano diseñado para el trámite de los proyectos a ser contratados bajo la modalidad APP. Durante el recorrido que realizaremos buscaremos identificar los cinco elementos recomendados por el Banco Mundial, a efectos de verificar si el Sistema de APP peruano califica como un programa completo de APP, a la luz de los actuales consensos a nivel internacional.

2.2.1 Sobre la presencia en el caso peruano de los elementos que debe contener un proceso de APP íntegro.

En la actualidad, el Decreto Legislativo N° 1362 es el dispositivo con jerarquía legal que orienta la promoción de las Asociaciones Público – Privadas en el Perú. Fue publicado con fecha 23 de julio del año 2018 y se conforma por 62 artículos ordenados en 04 secciones: i) Parte General, ii) Marco institucional, iii) Modalidades de Participación de la Inversión Privada y iv) Regulación de la etapa de ejecución contractual.

El objetivo de este Decreto Legislativo es regular el marco institucional y los procesos para el desarrollo de inversión bajo las modalidades de APP y Proyectos en Activos. Asimismo, declara de interés nacional la promoción de la inversión privada a través de las APP, como mecanismo de cooperación entre el Estado y los inversionistas privados.

A su vez, esta norma determina que mediante Decreto Supremo se aprueben las políticas públicas necesarias que permitan implementar las acciones conducentes a asegurar el desarrollo sostenido de la inversión público-privada en el país. En tal sentido, en el caso

²⁷ Conforme a las excepciones contenidas en la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones con el Estado.

peruano, el marco normativo establece el mandato a través del cual se crea la política de APP, con lo cual se verifica la presencia de los dos primeros elementos recomendados por el Banco Mundial: una Política de APP y un Marco Legislativo que autorice la utilización del mecanismo.

Por otro lado, la descripción operativa y/o procedimental de las normas contenidas en el Decreto Legislativo N° 1362 es desarrollada a través de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF. Con ello verificamos la presencia, por lo menos a nivel teórico, del tercer elemento recomendado por el Banco Mundial: “procedimientos y responsabilidades institucionales definidos”.

A continuación, abordaremos los principales detalles de estos primeros tres elementos presentes en el Sistema peruano de APP, a efectos de verificar si los mismos guardan coherencia con las buenas prácticas internacionales y a su vez abordar los dos elementos restantes: “el enfoque de responsabilidad fiscal” y “los arreglos institucionales para la rendición de cuentas”, elementos que también han sido tomados en consideración por el Sistema de APP peruano.

2.2.2 Sobre la política de APP y los principios rectores que la orientan en el caso peruano.

Conforme a lo revisado en líneas anteriores, diferentes organismos multilaterales señalan la importancia de definir adecuadamente los principios orientadores del programa de APP, lo mismos que deben respaldar la política de cada gobierno y constituir el código de conducta bajo el cual se deben estrictamente desarrollar los ciclos de proyecto. En el caso peruano, los principios que orientan el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada se especifican tanto en la Política Nacional, en el DL 1362 y en su Reglamento. A continuación, procedemos a listar dichos principios y a enunciar sus características principales:

- I. **Competencia.** Los procesos de promoción de APP deben promover la competencia e igualdad de trato entre los postores, evitando conductas anticompetitivas o colusorias.

- II. **Transparencia.** Toda la información que se utilice para la toma de decisiones durante la evaluación, desarrollo, implementación y rendición de cuentas de un proyecto APP, debe ser de conocimiento público.

Actualmente existen a nuestra consideración limitantes para la aplicación de este principio, pues, tal como ahondaremos más adelante, en la práctica no se ha establecido a una entidad responsable de recopilar, sistematizar la información y de hacerla pública. Por su puesto a esta regla general de publicidad de la información, se aplica como excepción aquella información que resulte confidencial por afectar a los objetivos del proceso y en específico la competencia en el concurso, así como los incentivos vinculados a la presentación de iniciativas privadas por parte del sector privado.

III. **Enfoque de Resultados.** Las entidades involucradas en el proceso de APP se encuentran habilitadas para adoptar acciones que permitan la ejecución de la inversión dentro de los plazos previstos y evitar retrasos derivados de meros formalismos. Asimismo, dichas entidades ejecutan acciones orientadas a resolver la problemática que se identifique en los proyectos desarrollados bajo la modalidad APP.

Este principio, a su vez, establece tres (03) reglas para su aplicación, las cuales citamos a continuación:

- a. Entre dos o más alternativas legalmente viables, se debe optar por la que permita la ejecución del proyecto en los plazos correspondientes, la que promueva la inversión, la que garantice la disponibilidad del servicio, la que permita alcanzar o mantener los niveles de servicio del proyecto, o la que resulte más conveniente en términos de costos, eficiencia o sostenibilidad.
- b. En todas las fases del proyecto, se da celeridad a las actuaciones, evitando acciones que generen retrasos basados en meros formalismos.
- c. En el caso de controversias durante la ejecución del proyecto, cuando se cuente con pruebas, evaluaciones o elementos de juicio que permitan determinar que es más conveniente, en términos de costo beneficio, optar por el trato directo, en lugar de acudir al arbitraje, se opta por resolver dichas controversias mediante trato directo.

Sin embargo, si bien la incorporación de este principio representa un gran avance en lo que respecta a la toma de decisiones que realizan los profesionales que ejercen funciones dentro del Sistema de APP, en la práctica este principio ha carecido de regulaciones complementarias que garanticen su operatividad. Tal como desarrollaremos más adelante, se necesita de una

regulación que permita a los funcionarios públicos invocar este principio ante el férreo control de legalidad que realiza la Contraloría General de la República.

Entre las principales preguntas que surgen al momento de la aplicación de este principio tenemos las dos siguientes: ¿cómo evito retrasos por meros formalismos si, en atención al Sistema Nacional de Control, y al principio de legalidad en sede administrativa, los servidores y funcionarios del gobierno se encuentran obligados a cumplir las leyes y reglamentos del Estado de forma literal?, ¿cómo puedo pensar en alternativas para resolver controversias a través del trato directo, si el órgano de control me exige el cumplimiento literal de lo ya dispuesto en el Contrato de Concesión, redacción que es la que precisamente conlleva a las partes al inicio de la controversia? Consideramos que estas son interrogantes que requieren ser abordadas para garantizar la aplicación de este principio, en beneficio de la eficiencia y de los objetivos del Sistema de APP en el Perú.

IV. Planificación. Las entidades titulares de los proyectos de necesidad pública deben priorizar y orientar el desarrollo ordenado de las Asociaciones Público-Privadas, conforme a los planes nacionales, sectoriales, regionales y locales.

En la línea de lo dispuesto por este principio y tal como se mencionó líneas atrás, para el caso de los proyectos del subsector transportes (de ámbito nacional) actualmente el PNIC es el documento que debe guiar la prioridad en lo que respecta a la ejecución bajo la modalidad de APP.

V. Responsabilidad Presupuestal. Para asumir los compromisos financieros firmes y contingentes derivados directa o indirectamente de la ejecución de los contratos de APP, las entidades del gobierno deben considerarse tomar en consideración la capacidad de pago del Estado, sin comprometer en el corto, mediano ni largo plazo, el equilibrio presupuestario de las entidades públicas, la sostenibilidad de las finanzas públicas, ni la prestación regular de los servicios públicos.

Tal como se verificó en acápites anteriores, a nivel internacional la responsabilidad fiscal constituye uno de los ejes principales en torno de los cuales deben girar el programa de APP. En vista de la incorporación de este principio en el marco normativo peruano, podemos afirmar que nuestro Sistema de APP cumple con el cuarto elemento recomendado por la práctica internacional: el “enfoque de gestión del riesgo fiscal”. A nuestra consideración, este principio ha sido adecuadamente recogido por el programa de APP peruano y ha sido uno de los principales motivos de los últimos cambios normativos suscitados. Sin embargo, debe

existir una adecuada ponderación entre los objetivos del Sistema para, por un lado, tutelar la capacidad presupuestal del Estado y, por otro lado, y promover la eficacia y oportuna implementación de proyectos de APP.

En nuestro tercer capítulo abordaremos la gran exigencia que actualmente realiza el MEF con la finalidad de resguardar la capacidad de pago del Estado, -duplicando incluso el trabajo ya realizado por la Unidad de APP- y cómo esta exigencia actualmente impacta en los tiempos de los procesos de APP del subsector transportes.

- VI. **Integridad.** La conducta de quienes participan en los procesos de promoción de APP debe estar guiada por la honestidad, la rectitud, la honradez y la veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la que, en caso de producirse, debe ser comunicada a las autoridades competentes para sancionar dichas prácticas, de manera directa y oportuna.
- VII. **Valor por dinero.** En todas las fases de los proyectos de Asociación Público - Privada, las entidades competentes del gobierno deben buscar la combinación óptima entre los costos (precio) y la calidad del servicio público ofrecido a los usuarios.
- VIII. **Adecuada Distribución de riesgos.** En los proyectos de APP se debe verificar una adecuada distribución de riesgos entre las partes del Contrato, de manera que los riesgos sean asignados a aquella parte que se encuentre con mayor capacidad para administrarlos, tomando en consideración el perfil de riesgos del proyecto.

Este es un principio que, a nuestra consideración resulta trascendental que sea adecuadamente internalizado por los representantes de los diferentes actores del Sistema. A nuestra consideración, uno de los principales factores que actualmente generan retraso en los procesos de promoción de la inversión privada del subsector transportes es la falta de una adecuada internalización en los profesionales de que ciertos riesgos deben ser asumidos por la contraparte privada, asignación que precisamente es realizada a efectos que el gobierno se alivie el peso de analizar y planificar la mitigación de estos riesgos.

En los Contratos de APP, riesgos tales como el diseño de ingeniería, la construcción del proyecto, el financiamiento, la continuidad del servicio y el cumplimiento de los niveles de servicios establecidos en el Contrato, entre otros, son por lo general asignados a la contraparte privada, por lo que el gobierno no debería destinar demasiados recursos - humanos y de tiempo- de manera innecesaria a efectos de prever la forma cómo se

gestionarán dichos riesgos en el futuro. Respecto de esta problemática, la misma que se encuentra estrechamente vinculada con la adecuada capacitación de los recursos humanos que forman parte del Sistema, nos detendremos con mayor detalle en nuestro siguiente capítulo.

2.2.3 Sobre el Sistema de APP en el Perú y las entidades que lo conforman.

El Decreto Legislativo N° 1362, en su calidad de norma de máxima jerarquía, regula el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión privada, el mismo que se encuentra conformado por las entidades pertenecientes al Sector Público No Financiero²⁸ y, asimismo, se encuentra integrado por normas de distinta jerarquía cuyo designio principal es promover y agilizar la inversión privada, y con ello lograr el impacto colateral positivo en los cuatro objetivos superiores del Estado: i) crecimiento de la economía nacional, ii) cierre de brechas de infraestructura y servicios públicos, iii) generación de empleo productivo y iv) competitividad del país; objetivos que precisamente guardan coherencia con los esfuerzos en los que, como vimos anteriormente, se vienen enfocando actualmente los Estados a nivel mundial

Dicho ello, corresponde entonces hacer mención a las entidades que actúan dentro del Sistema, cuyas funciones guardan vinculación directa con los procesos de APP.

2.2.3.1 La Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada.

Como protagonista del Sistema y encargado de dirigirlo, encontramos al ente rector: la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada (DGPIIP), situada dentro de la estructura del Ministerio de Economía y Finanzas. Respecto de esta rectoría, en nuestro país se produce la peculiaridad de que la ejerce el órgano de línea de un Ministerio, el Ministerio encargado precisamente de manejar las finanzas del Estado peruano.

Tal como vimos anteriormente, el hecho de que la rectoría del Sistema recaiga dentro un órgano de línea del MEF, es una regulación que guarda alineamiento con la práctica internacionalmente aceptada, debido a la importancia de cuidar los compromisos fiscales que el gobierno asume a través de las APP. Sin embargo, el rol que actualmente ha asumido no solo el ente rector sino el MEF en el caso peruano, a nuestra consideración, en la práctica viene generando ineficiencias en perjuicio del Sistema, debido a una duplicidad respecto de

²⁸ El Sector Público No Financiero son aquellas entidades que conforman el Presupuesto General del Estado. En contraposición con el Sector Público Financiero, conformado por el resto de las entidades del sector público que se dedican a la intermediación, movilización y distribución del ahorro del país, mediante la creación de activos financieros para ser transados por los agentes económicos.

las funciones que realiza PROINVERSION, en su calidad de Unidad Central de APP del Sistema de APP peruano.

En la práctica, actualmente el ente rector del Sistema opera como una suerte de instancia revisora- adicional al órgano de control- del trabajo que cumple la Agencia de Promoción de la Inversión Privada, sin mayor amparo, pero tampoco restricción normativa. Este papel que ejerce el ente rector genera retrasos en los procesos de promoción de APP, tal como se detallará en nuestro siguiente capítulo. A nuestra consideración PROINVERSION, en su calidad de Unidad Central de APP del Perú, debe contar con la suficiente autonomía y discrecionalidad para diseñar y sustentar los proyectos de APP, debiendo recibir las observaciones y cuestionamientos que resulten pertinentes, pero con las facultades necesarias de apartarse de dichas recomendaciones y sustentar su propio diseño pese a los comentarios recibidos. En la práctica el ente rector duplica el rol que ejerce PROINVERSION, lo que vuelve incoherente el Sistema a través de la duplicidad de esfuerzos y genera desincentivos para la madurez institucional de la Unidad Central de APP de nuestro país.

Entre las facultades relevantes con las que cuenta actualmente el órgano rector tenemos que: i) define la política de promoción de la inversión privada²⁹, ii) cuenta con la facultad de emitir lineamientos de aplicación obligatoria y además, iii) cuenta con la facultad de emitir opinión vinculante exclusiva y excluyente en el ámbito administrativo³⁰ sobre la aplicación e interpretación de las normas vinculadas al Sistema.

La tercera función mencionada, resulta una regulación ventajosa para el Sistema, pues debería permitir que el ente rector genere contenido a los vacíos identificados dentro de los procesos de APP, con la finalidad de otorgarle mayor agilidad al Sistema ante cualquier duda de los participantes sobre la correcta aplicación de las normas que regulan el procedimiento.

Sin embargo, consideramos que en este aspecto el ente rector podría cumplir un rol mucho más proactivo, y conciliador ante las innumerables interpretaciones y divergencias que se presentan durante las distintas fases de las APP. A nuestra consideración, en virtud de esta potestad, el ente rector debería incluso generar recomendaciones que brinden soluciones

²⁹ Si bien el artículo 5.3 del Decreto Legislativo N° 1362 indica que es el Ministerio de Economía y Finanzas quien establece la política de promoción de la inversión privada, entendemos que lo hace a través de la DGPPIP, el tratarse de su órgano de línea competente, quien además ejerce las facultades de ente rector del Sistema.

³⁰ La facultad de la DGPPIP de emitir opiniones vinculantes exclusivas y excluyentes alcanzan solo al ámbito administrativo, es decir, a nivel del Poder Ejecutivo. En tal sentido, dicha facultad no limita las potestades interpretativas del Poder Legislativo ni del Poder Judicial.

ante la problemática detectada por las entidades y profesionales involucrados en los procesos de APP.

Entre las ventajas que a nuestra consideración se lograron a raíz del hecho de que la rectoría del Sistema recaiga en un órgano de línea del MEF están: i) en primer lugar, permite que a dicho nivel exista un equipo destinado a verificar el cumplimiento de los objetivos vinculados al Sistema, realizando las coordinaciones y seguimiento correspondiente a los demás órganos de línea del MEF que cuenten con algún tipo de participación en los procesos de APP, como es el caso de la Dirección General de Presupuesto Público. Este órgano del MEF, por ejemplo, cuenta con sus propios objetivos y funciones internas y forman parte además de otros sistemas funcionales y/o administrativos del gobierno, por lo que resulta importante que un órgano como la DGPPIP se avoque de manera exclusiva al Sistema de APP y coadyuve con el seguimiento a este tipo de Direcciones con la finalidad de garantizar el cumplimiento oportuno de las actividades.

Por otro lado, la DGPPIP, en su calidad de ente rector, es el integrante del Sistema habilitado para brindar soporte especializado en materia legal, económica, financiera y técnica a las entidades públicas titulares de proyectos sobre aspectos de alta complejidad. A nuestra consideración este tipo de asesoría, así como la problemática vinculada a dicha asesoría debería ser de libre acceso público, permitiendo que el sector académico tome conocimiento al respecto, a efectos de enriquecer y fortalecer el Sistema a través de distintas opiniones sobre distintas formas de otorgar solución a las problemáticas que se suscitan. La DGPPIP, por ejemplo, podría incluso otorgar un plazo al sector académico para opinión, luego de lo cual, una vez enriquecido su criterio, podría brindar el soporte especializado correspondiente.

2.2.3.2 Las Entidades Públicas Titulares de Proyectos APP.

Por su parte, como segundo gran protagonista del Sistema tenemos a las entidades públicas titulares de proyectos (ETP). En el Perú, estas entidades pueden ser: i) cualquiera de los Ministerios del Poder Ejecutivo, ii) Gobiernos Regionales y/ Locales y iii) cualquier entidad pública habilitada mediante ley expresa, como por ejemplo ocurre actualmente para el caso de la recientemente creada Autoridad de Transporte Urbano de Lima y Callao³¹.(ATU)

Entre las principales funciones de las entidades públicas titulares de proyectos se encuentran: i) planificar el desarrollo de los proyectos APP, a través de la elaboración del “Informe Multianual de Inversiones en APP” (IMIAPP). Respecto de este Informe Multianual, que finalmente constituye el documento de planificación de inversiones de cada sector,

³¹ Creada mediante Ley N° 30900.

consideramos que resulta una disposición clave, pues en el pasado las ETP no contaban con un documento vinculante que guíe el desarrollo de los proyectos del sector, quedando la continuidad de estos a merced de la máxima autoridad de las entidades o en el peor de los casos, en manos de los órganos internos de la entidad.

Esta situación generó en su momento gran inestabilidad tanto a nivel interno como de cara hacia los inversionistas privados, quienes, al no tener certeza sobre las posibilidades de avance en el proceso de promoción, veían naturalmente afectadas sus decisiones de inversión y por tanto, debilitado su interés de inversión en el subsector.

La problemática mencionada se ha visto claramente resuelta a través de la aprobación del PNIC y de la creación de un equipo de constante seguimiento a las metas plasmadas en dicho Plan, conforme a lo estipulado precisamente en el DL 1362³², el denominado Equipo Especializado de Seguimiento de la Inversión, respecto del cual comentaremos más adelante.

Cabe precisar que la elaboración del IMIAPP demanda en la práctica cierta complejidad pues requiere de un análisis a la luz de dos sistemas administrativos distintos: “Sistema Nacional de Presupuesto” y “Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico”. Respecto del primero, el trabajo consiste en lograr acreditar que la entidad cuenta con los recursos presupuestales necesarios para hacer frente a los futuros compromisos de pago y/o contingencias. Para ello, el órgano con competencias vinculadas al Sistema de Presupuesto de la ETP debe realizar las coordinaciones que resulten necesarias con la Dirección General de Presupuesto Público del MEF, a efectos de que se logre la acreditación correspondiente.

Por su parte, el trámite vinculado al “Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico” resulta menos complejo pues por lo general los proyectos que se incorporan en el IMIAPP coinciden y se sustentan en los documentos de planificación estratégica de cada sector. Lo contrario resulta una situación poco recurrente pues estaríamos ante una situación en la que los proyectos a ser ejecutados bajo el esquema APP no cumplen con los objetivos de planificación estratégica del Sector, gobierno regional y/o local.

Otra de las principales funciones de las ETP es ii) la realización de estudios preliminares de ingeniería o también denominada “formulación” de proyectos. Dicha función resulta de mayor complejidad pues implica inmiscuirse hasta en tres sistemas administrativos: “Sistema

³² El artículo 9º, numeral 9.1 del DL 1362 establece que, para el caso de los proyectos priorizados por el PNIC, el Equipo Especializado de Seguimiento de la Inversión, realiza el acompañamiento, seguimiento, articulación y simplificación en todas las fases de los proyectos de inversión que se desarrollen bajo el mecanismo APP, encontrándose habilitado incluso para convocar a entidades del sector privado para dichos fines.

Nacional de Contratación Pública”, “Sistema Nacional de Presupuesto” y “Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones”³³.

Respecto de esta actividad de formulación, cabe precisar que la entidad puede encargar la realización de dichos estudios a PROINVERSION, entidad que normativamente cuenta con facultades más ágiles de contratación³⁴. Pese a ello, la Unidad Central de APP ha mostrado también debilidades en cuanto a su agilidad para la lograr las contrataciones vinculadas a los procesos de APP, por lo que resulta necesario que el Sistema refuerce dicha debilidad, para una mayor eficiencia del Sistema.

La finalización de los estudios preliminares vinculados a la fase de formulación se concretiza con la aprobación del denominado “Informe de Evaluación”, el mismo que puede ser elaborado por PROINVERSION o por la propia entidad, dependiendo del monto de inversión del proyecto. El Informe de Evaluación constituye precisamente el *business case* que recomienda la práctica internacional, respecto del cual debe emitir opinión el MEF, antes de proseguir con el proceso.

En tercer lugar, las entidades titulares de proyectos tienen la función de iii) coordinar con la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSION o el organismo promotor de la inversión privada (OPIP) correspondiente sobre el desarrollo de los procesos de promoción; y en cuarto lugar, iv) administran la relación contractual generada con la sociedad de propósito específico ganadora del Concurso a través de la suscripción del Contrato de APP, lo que implica también la gestión de las modificaciones contractuales correspondientes. Esta última función implica el deber de la entidad de velar por el cumplimiento de las obligaciones contractuales a través del seguimiento correspondiente a las mismas, hacer efectivas las penalidades y declarar la suspensión y/o caducidad correspondiente, de ser el caso.

Una peculiaridad importante sobre las ETP es que la actual regulación³⁵ les permite la creación de un órgano especializado para la gestión de proyectos, con facultades para la implementación integral de los proyectos a su cargo, bajo un enfoque de Project Management Office³⁶ (PMO). Dichas labores pueden ser ejercidas directamente o a través de la contratación de terceros. Esta novedosa potestad resulta importante, pues permite al sector

³³ Denominado también *invierte.pe*. A través de este Sistema se verifica la rentabilidad social de los proyectos de inversión pública a ser ejecutados por el Estado, independientemente de su modalidad de contratación.

³⁴ Conforme a las excepciones contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado.

³⁵ Decreto Legislativo N° 1362.

³⁶ Según el PMI, el PMO es una Oficina de Gestión de Proyectos que vigila el ciclo del proyecto, desde su aprobación hasta el cierre del mismo.

público dotarse de herramientas modernas y utilizadas por el sector privado por su eficacia. Asimismo, este enfoque se asemeja a reglas de gestión por tercerización llevadas a cabo por el sector privado bajo un enfoque de especialidad en la gestión, herramienta que consideramos importante se replique en el sector público.

Sin perjuicio de lo dicho, consideramos que esta disposición no debería limitarse a sectores con carteras con un nivel mínimo de inversión, sino que la aplicación del enfoque PMO debería generalizarse para todas las ETP, pues no encontramos argumentos para no expandir su utilización.

Las funciones de la ETP referidas a la administración de la relación contractual, pueden encargarse a un órgano de línea dentro de su organización, al órgano especializado (PMO) o al denominado “Comité de Promoción de la Inversión Privada” (CPIP), órgano colegiado sobre el cual detallaremos más adelante. Para el caso de subsector transportes, actualmente el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de ETP, optó por otorgarle dichas facultades a uno de sus órganos de línea, denominado Dirección General de Programas y Proyectos en Transportes (DGPPT) que en la práctica se trata de un órgano con cualidades de PMO, pero que a la fecha no ha logrado explotar por completo sus potencialidades en lo que respecta a su autonomía respecto de las opiniones técnicas de otros órgano de línea del MTC.

Lamentablemente existen prácticas institucionales enraizadas que constituyen uno de los principales problemas de la actual gestión en el subsector transportes, pues se sigue dependiendo de otras unidades orgánicas distintas a la DGPPT para la gestión de los procesos de APP. Esta Dirección depende de la opinión de otras unidades técnicas, las cuales no necesariamente acreditan la capacitación necesaria, ni cuentan con competencias expresas para opinar sobre temas vinculados al proceso de APP, por lo que no cuentan con los incentivos suficientes para cooperar con el Sistema. Un ejemplo de ello son las opiniones que se solicitan a Proyectos Especiales con gran experiencia en temas de ingeniería, pero no necesariamente vinculado a proyectos de APP, como, por ejemplo, el Proyecto Especial PROVIAS NACIONAL o la Autoridad Portuaria Nacional (APN).

2.2.3.3 El Comité de Promoción de la Inversión Privada.

Como tercer integrante del Sistema, tenemos al Comité de Promoción de la Inversión Privada (CPIP), órgano colegiado conformado por tres (03) integrantes, que se crea dentro de cada ETP, órgano colegiado al que la regulación actual le ha otorgado un rol distinto al

papel que cumple la dirección de línea encargada de conocer los temas de inversión privada de cada ETP.

En términos generales, el CPIP asume el rol de interlocutor entre la ETP y los demás integrantes del Sistema, es decir, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada - PROINVERSION, la DGPPIP del MEF y cualquier otro actor vinculado al Sistema, con la responsabilidad de contribuir con las labores de seguimiento y simplificación de la inversión.

A su vez, este órgano colegiado puede ejercer también las funciones de Organismo Promotor de la Inversión Privada (OPIP) para el caso de los Gobiernos Regionales y/o Locales o para los casos en que los proyectos de los Ministerios no superen un determinado monto de inversión³⁷.

El CPIP cumple un rol muy importante dentro del Sistema pues hasta antes de su creación no existía un punto focal dentro del Ministerio de Transportes y Comunicaciones que permitiera a PROINVERSION lograr una comunicación fluida con respecto al trámite de los procesos APP. En la práctica, las solicitudes de opinión remitidas por PROINVERSION podían ser asignadas a distintos especialistas, o en el peor de los casos a distintos órganos de línea, según el criterio de la Secretaria General de turno, pese a tratarse de un mismo proyecto de inversión, lo que evidentemente generaba grandes pérdidas de tiempo en los procesos de APP.

El CPIP actualmente tiene como obligación principal mantener una coordinación muy cercana con los representantes de PROINVERSION, lo que permite tener actualizada la base de datos de los expedientes pendientes de atención y permite que las solicitudes puedan ser dirigidas a los especialistas indicados para su atención en el menor lapso de tiempo posible. En la práctica, a través del CPIP, cada Ministerio cuenta con un órgano colegiado que debe encontrarse pendiente de que los objetivos trazados por el Sistema sean cumplidos de forma cabal y de manera oportuna.

El Sistema requiere de predictibilidad respecto de la forma en que se deben atender las solicitudes vinculadas a los proyectos de APP. El CPIP, al encontrarse encargado de hacer seguimiento incluso a órganos de línea no vinculados directamente al Sistema, cumple un rol importante para el Sistema desde el interior de la ETP.

Asimismo, el hecho de que se encuentre conformado por un representante de la Alta Dirección del Ministerio resulta a nuestro criterio positivo pues, en la práctica, el órgano de

³⁷ Conforme al Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, este monto asciende a de 40 000 UIT.

línea vinculado a proyectos de APP por lo general no cuenta con la jerarquía necesaria para exigir el cabal y pronto cumplimiento de las labores necesarias y de obligatorio cumplimiento por parte de los demás órganos de línea. En cambio, un representante de la Alta Dirección, dada su mayor jerarquía funcional, sí cuenta con potestades necesarias para exigir cumplimientos a cualquier órgano de línea, sin necesidad de tener que involucrar a la máximas autoridades del Ministerio, como los Viceministros o el propio Ministro, quienes por lo general cuentan con agendas recargadas como para realizar seguimiento a las actividades vinculadas a los proyectos de APP, pues deben preocuparse por igual tanto del correcto funcionamiento del Sistema de Promoción de la Inversión Privada como del funcionamiento de los demás Sistemas administrativos del gobierno.

Sin embargo, a manera de crítica constructiva, consideramos que el CPIP podría contar incluso con mayores prerrogativas que las actuales, pues ante las diferencias o distintas interpretaciones al interior de un Ministerio o cualquier ETP, no existiría nada mejor que un órgano interno experto en temas de APP, con facultades para emitir opiniones vinculantes y de esta manera agilizar y salvar los procesos de APP respecto de cualquier doble interpretación sobre el procedimiento.

2.2.3.4 Los Organismos Promotores de la Inversión Privada.

Como cuarto integrante, tenemos a los denominados Organismos Promotores de la Inversión Privada (OPIP), los que ejercen el papel con mayor trascendencia dentro del Sistema y cuyas funciones, para el caso de proyectos del subsector transportes de alcance nacional, las ejerce la Agencia de Promoción de la Inversión Privada - PROINVERSION, dado que los proyectos de este subsector, salvo muy pocas excepciones, siempre superan el monto mínimo de inversión establecido en el Reglamento.

El OPIP es el responsable de conducir desde las etapas tempranas el proceso de APP, diseñar el Contrato, elaborar el modelo económico financiero, establecer los términos comerciales del proyecto, gestionar el concurso público y lograr la adjudicación del proyecto al mejor postor. Al ejercer este rol fundamental, el equipo que conforma los OPIP debe contar con amplios conocimientos sobre el mecanismo de APP y con las habilidades necesarias para sustentar de manera contundente cada decisión que se adopta dentro del proceso. Dicho sustento, por las características inherentes a los proyectos de APP debe realizarse desde un enfoque multidisciplinario: legal, económico, de ingeniería o desde cualquier otra disciplina que reclame cada proyecto en particular.

En aquellos proyectos en los que PROINVERSION no ejerce funciones como OPIP, las mismas son ejercidas por el CPIP de cada ETP. Por ejemplo, para los proyectos de alcance regional y/o local, las funciones del OPIP las ejerce directamente el CPIP del Gobierno Regional y/o Local competente. Asimismo, para el caso de proyectos de inversión que no superen determinada cuantía, los CPIP de cada Ministerio pueden asumir las funciones del OPIP.

Sin perjuicio de las reglas mencionadas, en cualquiera de los casos en los que PROINVERSION no ejerza funciones como OPIP, el CPIP de cada ETP puede encargar la conducción del proceso a PROINVERSION. Asimismo, cualquier CPIP puede solicitar asistencia técnica a PROINVERSION en cualquiera de las etapas del proceso de APP.

Respecto de PROINVERSION, Unidad Central de APP para el caso peruano, resulta pertinente indicar que se trata de una entidad cuya naturaleza jurídica es la de un organismo técnico especializado (OTE) dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas. Su máxima autoridad es el Consejo Directivo, el mismo que se encuentra conformado por cinco Ministros de Estado, entre ellos el Ministro de Economía y Finanzas, quien lo preside.

Una de las competencias que ejerce PROINVERSION, que lo diferencia de los demás OPIP, es que cuenta con facultades para intervenir también durante la fase de ejecución contractual de los proyectos de APP, hasta la etapa del cierre económico - financiero³⁸. De acuerdo al proceso estándar de APP recomendado por la práctica internacional, tal como vimos anteriormente, la etapa de transacción no culmina sino hasta que se consigue el cierre económico – financiero del proyecto; por lo que la novedosa participación de PROINVERSION aún hasta etapas posteriores a la firma del Contrato es una regulación que se alinea con los estándares internacionales, ello tomando en consideración las dificultades que se han presentado en diferentes contratos para el logro del cierre financiero de los proyectos APP, lo cuales generaron la necesidad de celebrar adendas de bancabilidad a los Contratos.

Por otro lado, cabe mencionar también que PROINVERSION cuenta con la facultad de solicitar a las ETP el reembolso de los gastos incurridos en el proceso de promoción, como mecanismo disuasivo para evitar que los ETP abandonen sus proyectos. Al respecto, cabe mencionar que, en la práctica, sucede que las ETP inician procesos de APP que con el tiempo pierden impulso político y son echados al olvido. Bajo tal contexto, consideramos que esta

³⁸ Hito del proceso de APP en el cual el Concesionario o consorcio privado adjudicatario de la buena pro del proyecto debe acreditar ante el Concedente contar con los recursos económicos necesarios para cumplir con las obligaciones estipuladas en el Contrato.

regulación resulta acertada pues crea incentivos a efectos que los funcionarios de las ETP muestren mayor proactividad para el impulso de los procesos de APP y atiendan de manera célere y oportuna los requerimientos de PROINVERSION, acelerando así la inversión del gobierno para el cierre de la brecha de infraestructura.

Ahora bien, como dijimos antes, el OPIP constituye la entidad más importante del Sistema. Conforme a la práctica internacional, alrededor de la Unidad Central de APP deberían girar los demás participantes del Sistema. PROINVERSION participa en las fases más importantes del proceso de promoción de los principales proyectos APP del gobierno y es el encargado del diseño del concurso a través del cual se adjudicarán los proyectos, por lo que requiere una gran potencialidad en cuanto a la calidad de sus recursos humanos, así como eficiencia procedimental, dotes que formalmente le han sido otorgados – como por ejemplo las facilidades para contratación de asesoría externa exceptuada de la Ley de Contrataciones con el Estado y facilidades para contratación de personal bajo el régimen privado- pero que no han conseguido explotar totalmente en beneficio del Sistema.

La explicación para que PROINVERSION, en su calidad de OPIP de la totalidad de proyectos de alcance nacional del subsector transportes (hasta la actualidad), no consiga explotar las facultades que le han sido otorgadas normativamente, a nuestra consideración radica en la ya mencionada falta de claridad en la distribución de actividades dentro del Sistema, así como la coyuntural duplicación de acciones que realiza el MEF respecto del trabajo que realiza la Unidad Central de APP.

Ello va de la mano también con el hecho de que la Unidad Central de APP en el Perú depende funcionalmente del MEF, entidad que a su vez se ejerce la rectoría del Sistema. A nuestra consideración resulta muy importante que el Sistema reconozca el rol preeminente de PROINVERSION, a raíz del asesoramiento de primer nivel que recibe y que implica un gran desembolso de recursos por parte del Estado. Por tanto, se debe precisar la distribución de funciones dentro del Sistema, fomentando que PROINVERSION asuma mayores responsabilidades respecto de su estructuración y diseño contractual. Conforme a la práctica internacional verificada, el Sistema debe promover la menor cantidad de stakeholders, siendo la Unidad Central de APP una entidad que debe contar con la autonomía suficiente para sustentar su diseño ante las demás entidades.

El día a día en la administración pública peruana demuestra que existe una tendencia orientada hacia el cuestionamiento de las opiniones y hacia demostrar que un equipo cuenta con mayores conocimientos que el otro. Asimismo, existe una tendencia hacia la elaboración de informes en los que siempre debe haber observaciones, pues, de lo contrario, no se está

haciendo bien el trabajo. Dichas tendencias de la administración pública no han sido tomadas en consideración por la regulación de los procesos de APP, pues al dejarse la puerta abierta para la generación de todo tipo de observaciones vinculantes, las entidades generarán la mayor cantidad posible, perdiéndose el verdadero objetivo del Sistema: mayor inversión para lograr el crecimiento económico sostenible.

Una última peculiaridad específica de PROINVERSION es que cuenta con la facultad de contratar seguros de responsabilidad administrativa, civil y penal para sus funcionarios y servidores responsables de adoptar decisiones en el marco de los procesos de APP. A nuestra consideración, esta disposición beneficia al Sistema pues genera incentivos adecuados para que los mejores profesionales del mercado puedan formar parte de esta Agencia. A nuestra consideración, esta disposición debería incluso ampliarse para las demás entidades encargadas de tomar decisiones dentro del proceso de APP. Como veremos más adelante, esto último resulta actualmente muy necesario, tomando en consideración el férreo control que ha asumido la Contraloría General de la República a propósito de los escándalos de corrupción investigados en el país vinculados a proyectos APP.

2.2.3.5 Los Organismos Reguladores.

Como quinto integrante del Sistema tenemos a los Organismos Reguladores (OR) de la Inversión Privada en materia de servicios de carácter público. Se trata de autoridades administrativas dotadas de un alto nivel de independencia, encargadas de velar por el correcto funcionamiento de servicios esenciales que contribuyen de manera trascendental con el desarrollo económico y social del país, como es el caso de los sectores económicos transportes y comunicaciones, agua, saneamiento y energía.

La actuación de los OE en el Perú se rige en virtud de lo dispuesto por la Ley N° 27332, “Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos” vigente desde el año 2000, así como las leyes que regulan la actividad de cada organismo regulador en particular.

Respecto de la participación de los OR dentro de los procesos de APP en el Perú, ellos cuentan con la obligación de emitir un pronunciamiento calificado como “no vinculante” durante la etapa de acercamiento del proyecto con el sector privado, denominada “Transacción”, siendo esta la última etapa del proceso de APP antes de la adjudicación. Sin embargo, los OR cumplen un rol muy activo durante la etapa de ejecución contractual de los proyectos, velando por el cumplimiento de las obligaciones de ambas partes, fijando tarifas, imponiendo sanciones y penalidades, ejerciendo funciones de interpretación de los contratos

y solucionando controversias suscitadas entre las distintas empresas reguladas y entre los usuarios y dichas entidades prestadoras.

Respecto del pronunciamiento que emiten los OR durante la etapa previa a la ejecución contractual, consideramos que su pronunciamiento resulta de alta relevancia, tomando en consideración la gran experiencia con la que cuentan estas entidades en lo que respecta a la casuística que se suscita durante la ejecución contractual. Por tanto, resulta importante que PROINVERSION tome en consideración las recomendaciones del OR, pero a su vez se le permita alejarse de ellas luego del análisis y sustento correspondiente, a efectos de no restarle poder de decisión a la Unidad Central de APP, tal como sucede en la actualidad, dada la característica de no vinculantes que tienen las opiniones previas del OSITRAN.

Sin embargo, tal como detallaremos más adelante, en la práctica, el OSITRAN ha venido ejerciendo amplias competencias en el ejercicio de su obligación de emitir opinión previa durante el proceso de APP, generando duplicidades con la opinión que emiten otras entidades como el MTC o el propio MEF. Por tanto, se requiere con suma urgencia una precisión respecto de cuáles son los alcances y los objetivos de la participación de cada entidad del Sistema a través de la emisión de sus opiniones previas al Contrato de APP.

2.2.3.6 La Contraloría General de la República.

La sexta y última entidad que actúa dentro del Sistema es el órgano denominado por la práctica internacional como de “auditoría”, denominado en el Perú Contraloría General de la República (CGR). Se trata de una entidad que ejerce la rectoría técnica en el marco de un sistema administrativo independiente, denominado “Sistema Nacional de Control”, regulado actualmente por Ley Orgánica, vigente desde el año 2002.

La CGR tiene la función de dirigir del Sistema Nacional de Control, en aras de promover la eficiente y transparente utilización de los recursos y bienes públicos, el desarrollo honesto y con probidad del accionar de los funcionarios públicos, así como velar por el cumplimiento de metas y resultados por parte de las instituciones sujetas a control, con la finalidad de orientar el mejoramiento de sus actividades en beneficio del país³⁹.

En lo que respecta a su participación dentro de los procesos de APP, el Sistema regula la emisión de un único pronunciamiento en el marco de sus competencias de control,

³⁹ Conforme a lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley N° 27785, “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República”.

constituyendo la última de las opiniones que deben emitir los organismos del Estado dentro del proceso de APP. Dicho pronunciamiento es denominado “Informe Previo”.

En el marco de sus funciones, la CGR cuenta con competencias para sancionar a los funcionarios y servidores públicos cuando se verifique algún alejamiento de su accionar respecto de lo previsto en los procedimientos y/o normativa vigente⁴⁰. Como vemos, aquí se detecta una nueva superposición de funciones entre dos sistemas con objetivos claramente distintos. Por un lado, el Sistema que promueve la inversión privada para el desarrollo del país y por otro, el Sistema encargado de verificar que los responsables de llevar a cabo las actividades inherentes a los distintos Sistemas, se realice conforme a lo estipulado en el ordenamiento jurídico vigente.

Sin embargo, tal como vimos anteriormente, este contrapeso de funciones es comúnmente utilizado a nivel internacional, conforme al proceso estándar recomendado por el Banco Mundial. Resulta necesaria la participación de una entidad con los incentivos necesarios para detectar cualquier error de diseño que se pueda verificar en los proyectos de APP. Ello implica necesariamente la necesidad de que el órgano de control se encuentre capacitado en lo que respecta a la distribución de riesgos que implica una APP, a efectos que al momento de las acciones de control no se inicien procedimientos sancionadores como consecuencia de un entendimiento incorrecto de este mecanismo de contratación, o producto de una confusión con el sistema de contratación tradicional (obra pública), en el que no existe una distribución de riesgos.

En los últimos tiempos se ha verificado una importante tendencia de la CGR hacia la investigación y sanción de posibles incumplimientos por parte de los servidores y funcionarios públicos que actúan en el marco del Sistema de APP. Ello como consecuencia de los escándalos de corrupción hechos públicos por los medios de prensa, vinculados a megaproyectos de APP del subsector transporte.

Sin embargo, lo mencionado trae como efecto colateral que profesionales de alto nivel del mercado decidan no formar parte del Sistema de APP, por temor a ser sancionados por interpretaciones subjetivas y mal justificadas por parte del órgano de control, órgano que no tiene como propósito la promoción de la inversión privada, sino la detección de malas prácticas dentro del Sistema de APP. Sobre este punto pondremos a disposición una solución en nuestro próximo capítulo.

⁴⁰ Conforme a lo dispuesto expresamente por el artículo 46°, literal a) de la Ley N° 27785.

2.2.4 Los Procesos APP en el Perú.

2.2.4.1 Clasificación de los procesos de APP en el Perú.

Habiendo culminado con el análisis sobre el rol que cumple cada una de las entidades que conforman el Sistema de APP en el Perú, corresponde ahora hacer un análisis respecto de las características del proceso de APP en el Perú, a efectos de verificar su alineamiento con la práctica internacional y posteriormente, en nuestro siguiente capítulo, detallar aquellos problemas vinculados a la regulación de los procesos de APP que vienen restando eficiencia y generando los retrasos en el subsector transporte.

Ingresando entonces al análisis del proceso de APP en el Perú, consideramos pertinente hacer mención, en primer lugar, a los tipos de proyectos de APP que se pueden tramitar, pues algunas características del proceso pueden variar en atención a la clasificación de cada proyecto. Conforme al marco normativo vigente, los proyectos de APP en el Perú pueden clasificarse de dos maneras. La primera clasificación se realiza tomando en consideración el mecanismo pensado para la recuperación de la inversión. En virtud de esta primera clasificación, los proyectos de APP pueden ser de dos tipos:

- i) **Autofinanciados**, en las que el Estado no repone directamente los recursos que invierte el socio privado y/o asegura dicha inversión en una magnitud poco significativa; y
- ii) **Cofinanciados**, en las que el Estado sí repone directamente los recursos invertidos por el socio privado y/o asegura su inversión en una magnitud considerable. Las APP autofinanciadas se caracterizan por tener la capacidad de autogenerarse ingresos.

A nuestra consideración, la modalidad autofinanciada de APP es la que debe contar con mayor impulso en la actualidad, toda vez que permiten, en términos generales, la concretización de una mayor ejecución de proyectos a favor de la población, dado que la ejecución de los proyectos autofinanciados no representa compromisos de pago por parte del Estado, dejando abierta la posibilidad de que el Estado invierta sus recursos en otros proyectos que, por su naturaleza, sí necesitan de cofinanciamiento.

La detección de proyectos autofinanciados requiere de un constante análisis sobre el comportamiento del tráfico en distintos lugares del país, tanto por parte del sector público como del privado, así como proyecciones respecto del comportamiento de la demanda en distintos sectores económicos del país; sin embargo, tal como ahondaremos más adelante, aún queda mucho por hacer por parte del Sistema, a efectos de generar los incentivos suficientes para la realización de dichas tareas.

El segundo tipo de clasificación, con un criterio más simple que el anterior, se realiza en atención al ente que propone la idea del proyecto de APP. En base a esta clasificación, los procesos pueden ser de i) Iniciativa Estatal, cuando la idea nace del sector público o ii) de Iniciativa Privada, cuando la idea proviene del sector privado.

La diferencia básica entre ambos procedimientos radica en que, para el caso de las iniciativas privadas, el procedimiento contiene ciertos mecanismos de protección y de incentivos hacia el sector privado a efectos de motivarlo a contribuir con propuestas de APP interesantes que generen soluciones al déficit de infraestructura y servicios públicos que atraviesa el país.

Entre los mecanismos de protección que aplican a las iniciativas privadas, encontramos la confidencialidad respaldada por Ley de la documentación que se genera durante el proceso de APP, la posibilidad de adjudicación directa en el caso no se verifiquen otras empresas interesadas en el mercado, así como la posibilidad del desempate en caso la propuesta de un tercero interesado mejore la propuesta presentada por el proponente de la iniciativa privada.

2.2.4.2 Fases de los procesos de APP en el Perú.

Habiendo precisado entonces los dos tipos de clasificación de los procesos de APP que se realizan en el Perú, a continuación, procederemos a detallar cuáles son las fases que comprenden el ciclo de APP. Cabe precisar que estas fases son aplicables a todos los proyectos⁴¹, sin importar el tipo de clasificación; sin embargo, se podrán verificar ciertas variaciones puntuales no sustanciales en base a las clasificaciones antes mencionadas, respecto de las cuales realizaremos una oportuna precisión.

2.2.4.2.1 Planeamiento y Programación.

La primera Fase del proceso de APP en el Perú, tal como ocurre a nivel internacional, comprende las actividades de planificación, que en el caso peruano se encuentran a cargo de las ETP. Esta etapa resulta de gran trascendencia, toda vez que contar con una cartera de proyectos preestablecida, de ejecución vinculante y, sobre todo, adecuadamente sustentada, genera expectativas positivas hacia el sector privado.

Respecto de los proyectos de APP que el gobierno busca implementar, el sector privado requiere seguridad con respecto a su ejecución, pues el interés en los proyectos no nace días, ni semanas previas a la adjudicación, sino que tratándose de inversiones que involucran una

⁴¹ Salvo para aquellos proyectos APP que por involucrar una inversión menor (menor a 40 000 UIT), pueden tramitarse a través del denominado “proceso simplificado”. Respecto de dicho procedimiento, regulado en el Decreto Legislativo N° 1362, no ahondaremos en el presente trabajo, toda vez que, para el caso de los proyectos del subsector Transportes, dada la cantidad necesaria de inversión, por lo general este procedimiento no es utilizado.

gran cantidad de recursos, los interesados privados realizan un seguimiento y análisis constante a los proyectos del Sector, muchas veces desde antes de que la idea exista formalmente para el gobierno.

Sin embargo, existen proyectos que “nunca ven la luz”, es decir, proyectos que no logran llegar a la etapa del concurso, o tardan demasiado en hacerlo, lo que definitivamente genera una imagen negativa desincentivos hacia el mercado de inversionistas que pueden haberse generado expectativas y en base a ello haber tomado la decisión de invertir recursos en el proceso de APP.

En esta primera fase, las ETP deben definir los proyectos que ejecutarán en los próximos tres años a través de la elaboración del denominado “Informe Multianual de Inversiones en APP” (IMIAPP). Como parte de la información que debe contener dicho documento, las ETP deben realizar un análisis preliminar sobre los compromisos firmes y contingentes que asumirá el gobierno en virtud de los proyectos identificados, así como la verificación del presupuesto con el que cuenta la entidad para la ejecución de estos.

Resulta muy importante que el Estado cumpla con el adecuado impulso de los proyectos que se plasman en el IMI, pues de lo contrario, se pueden generar costos hundidos en perjuicio de los inversionistas privados, quienes finalmente pueden terminar perdiendo el interés de invertir en nuestro país. Anteriormente se ha comentado lo importante que resulta para nuestra economía y las economías a nivel mundial, lograr el crecimiento económico sostenido a través de la inversión privada en infraestructura y servicios públicos.

Dicho ello, las actividades de planificación y programación presupuestal previstas para esta etapa se concretizan a través de la publicación del IMIAPP de cada Ministerio o ETP, el mismo que es elaborado por el órgano interno de planeamiento de cada sector y debe contar con la aprobación previa por parte del MEF.

Cabe precisar que, en esta primera fase del proceso de APP, las actividades ya implican una superposición con Sistemas que cuentan con objetivos distintos a los perseguidos por el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada (SNPIP). Por ejemplo, para el caso de las actividades de programación presupuestal, estas se realizan conforme a las reglas preestablecidas por el Sistema Nacional de Presupuesto. Asimismo, para efectos de la priorización de proyectos que se realiza a través del IMIAPP, los funcionarios del Estado deben tomar en consideración las reglas y actividades de priorización ya realizadas por el Ministerio en el marco del Sistema General de Inversión Pública peruano, denominado Sistema Nacional de Programación Multianual de Inversiones (invierte.pe).

En la práctica, como comentario general respecto de esta primera fase del proceso de APP, consideramos que la forma de priorización de los proyectos termina siendo aún muy subjetiva. A nuestra consideración, se deben establecer regulaciones que obliguen al sector a realizar un mayor análisis para la elaboración del IMIAPP, tomando en consideración criterios clave como por ejemplo una planificación a largo plazo y la preeminencia de proyectos autofinanciados respecto de los proyectos cofinanciados. Ello además generaría que los proyectos de la cartera, al encontrarse mejor sustentados, cuenten con mayores probabilidades de ser finalmente adjudicados, disminuyendo así su nivel de vulnerabilidad ante decisiones de carácter político.

Sin perjuicio de lo indicado, cabe precisar que hasta la fecha esta fase no ha significado un mayor motivo de retraso dentro de los procesos de APP, por lo menos para el caso del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

2.2.4.2.2 Formulación.

Una vez determinada la cartera de proyectos que la ETP tiene como proyección ejecutar en los próximos tres años, así como culminado el análisis presupuestario que verifica que el gobierno cuenta con los recursos necesarios para asumir los compromisos presupuestales vinculados a dichos proyectos, corresponde que el gobierno inicie con los estudios preliminares a efectos de verificar la viabilidad y rentabilidad de cada proyecto. La fase que comprende la elaboración de estos estudios preliminares se denomina en el Sistema peruano fase de “formulación”, nombre que concuerda con el nombre que se le otorga a esta etapa en el proceso estándar de consenso internacional.

Respecto de esta fase, en primer lugar, corresponde precisar que la misma podría realizarse de dos formas distintas, dependiendo de si el proyecto ha sido concebido como cofinanciado o autofinanciado, tomando en consideración la clasificación vista anteriormente.

Cuando se trata de un proyecto clasificado como cofinanciado, debido a que compromete recursos que deben ser proveídos de manera directa por el tesoro público, el proyecto debe ser primero evaluado por el Sistema de Programación Multianual y Gestión de Inversiones del gobierno, a efectos de verificar si el mismo goza de la denominada rentabilidad social. Este Sistema demanda la realización de estudios económicos y de ingeniería preliminares denominados “Estudios de preinversión”. En tal sentido, a efectos que se puedan llevar a cabo estos estudios, resulta necesario transcurrir por un sistema administrativo adicional: el “Sistema Nacional de Contrataciones con el Estado”. Por lo general, la contratación de este

tipo de estudios demanda un tiempo aproximado de tres (03) meses y la realización de estos, un tiempo aproximado de un (01) año, dependiendo de la complejidad de cada proyecto.

Por otro lado, cuando el proyecto es clasificado como autofinanciado, no se requiere que el mismo sea analizado a través del Sistema Nacional de Programación Multianual de Inversiones, al no comprometer de manera directa recursos del Estado. Justamente esta es una de las principales ventajas de los proyectos autofinanciados: resultan más ágiles pues no requieren de un examen riguroso a través del Sistema Nacional de Presupuesto Público, ni tampoco requieren ser evaluados a través del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones (invierte.pe), al no requerir cofinanciamiento.

Tanto para el caso de proyectos autofinanciados como para el caso de proyectos cofinanciados – en este último caso, una vez superado el análisis a través del Sistema Nacional de Programación Multianual de Inversiones - el Sistema exige la elaboración del denominado “Informe de Evaluación”. Se trata de un documento que contiene un diseño preliminar del proyecto, así como una evaluación preliminar desde la óptica jurídica (coherencia con el ordenamiento jurídico vigente), desde la óptica económico – financiera (rentabilidad del proyecto, garantías y esquema de retribución de la inversión) y desde la óptica de la ingeniería (diseño preliminar de la infraestructura, determinación preliminar de costos de inversión y de operación y mantenimiento), así como la determinación preliminar de áreas necesarias para el proyecto, y el correspondiente cronograma preliminar de actividades para su liberación, incluidas las actividades de liberación de interferencias, de ser el caso.

La responsabilidad respecto de la elaboración del Informe de Evaluación es de PROINVERSION, salvo que el proyecto no supere un monto mínimo de inversión, en cuyo caso será de competencia del algún gobierno subnacional. En todos los casos, el Informe de Evaluación requiere de la opinión favorable por parte del MEF, constituyendo su opinión la puerta de enlace para que el proyecto pueda proseguir con el proceso.

Como vemos, al establecerse que el ente rector debe revisar los Informes de Evaluación de absolutamente todos los proyectos de APP del gobierno, incluidos los del gobierno subnacional, podemos evidenciar que sobre el MEF recae una importante cantidad de trabajo y responsabilidad, situación que demanda la previsión de la cantidad de recursos humanos necesaria, de manera acorde con esta responsabilidad asignada. En nuestro siguiente capítulo analizaremos cómo dentro del Sistema se verifica la ausencia de un órgano responsable de medir el desempeño de cada entidad y de verificar, por ejemplo, si cuenta con la previsión de recursos humanos necesaria para el Sistema.

Una vez que el MEF emite su opinión favorable al análisis contenido en el Informe de Evaluación, se tiene por culminada esta Fase, por lo que corresponde la incorporación del proyecto al Proceso de Promoción de la Inversión Privada, por lo general a través del Consejo Directivo de PROINVERSION, para el caso de los proyectos del subsector transporte. Con este acto, culmina la fase de formulación y se da inicio a la Fase de Estructuración del proyecto APP.

Cabe precisar que el Sistema de APP vigente en el Perú dispone que las ETP deben identificar tempranamente los predios necesarios para el proyecto y se encuentran habilitadas para hacerlo desde el momento en que los estudios permitan tener determinada certeza respecto del trazo o ubicación del proyecto.

Al respecto, en el caso del subsector transportes, existen proyectos en los que resulta menos complejo determinar la ubicación exacta, como por ejemplo los puertos o aeropuertos, pues respecto de ellos, al tratarse de proyectos de extensión vertical, resulta más simple realizar proyecciones respecto del área que el proyecto pueda necesitar. Sin embargo, para el caso de los proyectos de extensión horizontal (como el caso de las carreteras y/o ferrocarriles), dicha tarea no resulta tan sencilla, pues para el caso de estos proyectos, el trazo final solo se logra conocer una vez realizados los Estudios Definitivos de Ingeniería, estudios de ingeniería inmediatamente anteriores a la ejecución de obras, los cuales, por lo general, son elaborados por el concesionario y/o inversionista privado durante la fase de ejecución contractual, en virtud a la asignación del riesgo de diseño que recibe el sector privado.

En vista de que una de las principales causales de incumplimiento de obligaciones contractuales es la ausencia de la entrega oportuna de las áreas necesarias para el proyecto, consideramos muy pertinente la actual disposición contenida en el marco normativo de APP del Perú, la cual actualmente exige en etapas muy tempranas del ciclo de APP, la identificación y liberación de las interferencias y áreas necesarias para el proyecto, lo cual exige que el MTC realice las previsiones presupuestales para ello de manera oportuna.

Precisamente a raíz de la mencionada disposición, desde el año 2019 el MTC, adecuó su organización interna a efectos de contar con una unidad orgánica competente exclusivamente para liberar predios e interferencias necesarios para los proyectos de APP del subsector Transportes. Cabe precisar que, sin perjuicio de lo indicado, actualmente el responsable de fijar y hacer seguimiento al cumplimiento de la meta de liberación de áreas es el OPIP, disposición que consideramos adecuada, toda vez que al ser una entidad distinta a la ETP la que fija y supervisa el cumplimiento de las metas, se ejerce una presión hacia el MTC y de

esta manera se generan los incentivos necesarios para el cumplimiento oportuno de esta obligación que recae en el sector público.

2.2.4.2.3 Estructuración.

La Fase de Estructuración es, a nuestra consideración, la fase más importante de todo el proceso de APP. En esta etapa el OPIP es el responsable de las actividades inherentes al diseño del proyecto bajo el esquema de asociación público - privada: i) determinación del mecanismo de recuperación de la inversión y elaboración del modelo económico – financiero, ii) elaboración de la matriz de asignación de los riesgos, debidamente sustentada, iii) identificación y valorización de posibles contingencias, iv) estudios técnicos de ingeniería preliminares, de ser el caso y v) redacción de las cláusulas que componen el Contrato APP.

Cabe precisar que, si bien en esta etapa el responsable es PROINVERSION (actualmente el responsable de la totalidad de proyectos APP del MTC), según la regulación actual, resulta imposible para el OPIP culminar con la fase de estructuración sin la participación seria, eficiente y eficaz de MTC, el OSITRAN y el MEF, dada la gran libertad con la que ejercen sus competencias dentro del proceso de APP.

El diseño del Contrato de APP y los demás documentos técnicos que lo sustentan deben contar la opinión de las tres entidades mencionadas durante la fase de Transacción, situación que demanda una muy cercana y constante coordinación entre entidades durante la fase de estructuración. Pese a la importancia de este alto nivel de coordinación y tomando en consideración que actualmente el mayor grado de retraso en el proceso de APP se produce durante el intento de lograr un Contrato APP que cuente con la aprobación de estas tres entidades, el actual Sistema de APP no ha previsto los mecanismos adecuados y precisos que incentiven este grado de cercanía y seriedad en la coordinación entre estas entidades y PROINVERSION. Ello a efectos de reducir los recursos y el tiempo perdido en coordinaciones poco efectivas.

Actualmente la “Guía Metodológica de APP” recientemente aprobada por el ente rector⁴², reconoce la celebración de reuniones de coordinación de manera previa al pronunciamiento de cada uno de los actores, sin embargo, dicho reconocimiento no ha generado que dichas coordinaciones sean vinculantes, por lo que la problemática aún se mantiene.

Actualmente, durante la Fase de Estructuración, se verifica una participación con pocos incentivos para cooperar por parte de estas tres entidades del Sistema. Dados los cortos

⁴² Aprobada mediante Resolución Directoral N° 004-2020-EF/68.01.

plazos con los que cuentan las entidades para opinar durante la fase de transacción (15 días hábiles), se fomenta la necesidad de que se realicen explicaciones, coordinaciones y acuerdos previos a la emisión de opiniones formales, acuerdos respecto de los cuales las entidades no tienen ninguna obligatoriedad de cumplir en un futuro. Por ello, al momento de emitir su opinión formal, se puede verificar que la inversión de tiempo en la coordinación previa finalmente puede resultar infructífera. Todo esto pese a que el éxito común de todas las entidades del Sistema debería ser entendido como la adjudicación de proyectos de APP. Sobre estas importantes limitaciones del Sistema, ahondaremos también en nuestro siguiente capítulo.

La Fase de Estructuración culmina con la publicación de la Versión Inicial del Contrato preparada por el OPIP, para el caso de proyectos de APP de iniciativa estatal y con la Declaratoria de Interés⁴³, para el caso de los proyectos de APP provenientes de una Iniciativa Privada.

2.2.4.2.4 Transacción.

Una vez culminado el diseño del proyecto bajo el esquema de asociación público- privada - lo que involucra la redacción de un Contrato con cláusulas que reflejen una adecuada distribución de riesgos, así como la elaboración del modelo económico - financiero correspondiente, que detalle la forma como el inversionista recuperará su inversión – y realizada la publicación de la Versión Inicial del Contrato, corresponde dar inicio a una etapa cuyo objetivo es conseguir la retroalimentación correspondiente, así como lograr el interés en el proyecto por parte del mercado de inversionistas privados: la fase de Transacción.

Durante esta etapa el Sistema, a través del OPIP realiza la apertura del proyecto al mercado y recibe las observaciones, comentarios y/o sugerencias para la incorporación y/o evaluación correspondiente. Esta Fase permite que los Contratos no se ajusten solo a una óptica del sector público, sino que sean reforzados también con el razonamiento, intereses, necesidades y/o preocupaciones de los estructuradores del sector privado, quienes, a diferencia del gobierno, responden a incentivos de rentabilidad económica.

⁴³ La declaratoria de Interés implica la publicación de un proyecto de iniciativa privada y sus características básicas en el Diario Oficial “El Peruano”, a efectos que cualquier interesado pueda presentar su interés en el desarrollo del proyecto. En caso no se presente ningún interesado, el proyecto se adjudica directamente al proponente de la iniciativa privada.

Asimismo, en esta fase el OPIP determina el mecanismo competitivo a utilizar para la adjudicación del proyecto, ya sea una “Licitación Pública”, un “Concurso de Proyectos Integrales” o algún otro que la OPIP considere pertinente.

Es precisamente en esta Fase en la que, luego de la retroalimentación lograda con el sector privado, las entidades del Sistema deben emitir su opinión previa, pronunciamiento que, tal como vimos anteriormente requiere de mayores precisiones respecto de sus alcances, a efectos que las coordinaciones previas que realiza la Unidad APP no requiera la inversión de la gran cantidad de tiempo que requiere en la actualidad, conforme veremos en la casuística que analizaremos en nuestro siguiente capítulo.

Asimismo, existe una incoherencia que, a nuestra consideración también requiere ser salvada, pues, de acuerdo con proceso de APP peruano, el ente rector no es la última entidad que emite opinión respecto del proyecto de APP, sino el órgano de control. Tal como vimos anteriormente, la CGR cuenta con los mayores incentivos para encontrar desviaciones dentro del proceso de APP, por lo que, consideramos que la opinión del ente rector debería ser emitida solo después de que sea emitido el Informe Previo.

La regulación actual viene suscitando, tal como analizaremos en la casuística de nuestro siguiente capítulo, que, ante los errores identificados por la CGR, se genere la necesidad de cambios ya sean sustanciales o no sustanciales a la Versión Final del Contrato de Concesión, lo que genera la necesidad que se realice una nueva ronda de opiniones a la Versión Final del Contrato

Cabe precisar que en esta fase culmina el proceso de promoción de la APP en el Sistema peruano, través de la suscripción del contrato correspondiente, iniciando con ello la etapa de ejecución contractual.

Cabe mencionar que, hasta la fecha de culminación del presente trabajo de investigación, en el subsector transportes no existe ningún proyecto de APP que haya atravesado por las fases de planeamiento y programación, formulación, estructuración y transacción, tal como están actualmente diseñadas por el DL 1362. Los procesos de APP del subsector que se han encontrado en curso, como es el caso del proyecto “Ferrocarril Huancayo – Huancavelica”, “Anillo Vial Periférico” y “Carretera Longitudinal de la Sierra – Tramo 4”, han tenido la necesidad de adaptarse a los requerimientos de la normativa vigente desde el 2018, situación que ha generado también un evidente retraso para conseguir el objetivo de adjudicación.

2.2.4.2.5 Ejecución Contractual.

Culminado el proceso de promoción, corresponde que las partes que suscribieron el Contrato de APP honren de buena fe lo acordado y den cumplimiento al diseño contractual trabajado durante las fases de estructuración y transacción del proceso de APP.

En esta etapa se presentan un sin número de contingencias, muchas de ellas no previstas en la etapa de estructuración y transacción del proyecto dado el carácter de incompletos que por naturaleza tienen los Contratos, conforme a la teoría económica. Justamente la constante aparición de estas situaciones no previstas ha desencadenado que en nuestro país el mecanismo de APP se encuentre actualmente bajo una constante crítica a nivel político por la necesidad de suscripción de adendas.

En vista de ello, los esfuerzos del actual Sistema de APP vigente desde el 2018 se han enfocado en desarrollar contratos que preferentemente identifiquen y mitiguen la mayor cantidad de riesgos que se puedan presentar durante la fase de ejecución contractual. Esta tendencia, a nuestra consideración resulta equivocada, toda vez que la realidad, por naturaleza, siempre terminará superando lo que cualquier ser pensante pueda intentar prever. Esta premisa guarda coherencia, como se dijo, tanto con la teoría económica como con las ciencias jurídicas.

Dicho ello, consideramos que los esfuerzos del gobierno, en adelante, deberían abocarse en buscar mecanismos de administración más flexibles para que puedan utilizarse durante la fase de ejecución contractual y que permitan a las partes tomar decisiones en beneficio de la culminación de las obras de infraestructura y la prestación oportuna del servicio de carácter público involucrado en el proyecto APP.

CAPÍTULO III

PRINCIPALES PROBLEMAS IDENTIFICADOS Y PROPUESTAS DE MEJORA REGULATORIA PARA LOS PROCESOS DE APP EN EL PERÚ

3.1 Sobre la necesidad del perfeccionamiento del Proceso de APP en el Perú.

Hasta aquí hemos visto como el proceso de APP peruano guarda muchas semejanzas con el proceso estándar de APP aprobado en consenso por la práctica internacional. A su vez, el proceso de APP en el Perú cumple en teoría con los cinco elementos recomendados por el Banco Mundial para un Programa íntegro de APP, con altas probabilidades de éxito. Sin duda, los esfuerzos realizados por el Estado peruano han sido importantes hasta la fecha, pues el marco regulatorio se encuentra alineado en gran medida con las buenas prácticas internacionales.

Sin embargo, tal como lo demuestra el actual contexto de crisis de las APP, el marco regulatorio aún requiere de un perfeccionamiento que amerita un análisis que debe ir más allá de la mera revisión de modelos internacionales. Para mejorar su eficiencia, el Sistema de APP peruano requiere de una evaluación profunda, que analice a detalle cada etapa del proceso en la que se pueda presentar alguna ineficiencia, evaluación que ofrecemos a través de la presente investigación.

A nuestra consideración, la actuales ineficiencias y retrasos en el Sistema de APP en el Perú se encuentran vinculadas a prácticas y contextos muy en particular del caso peruano que solo son posibles de evidenciar a través de una revisión de la casuística. En virtud de ello, a continuación, procederemos a plantear los problemas regulatorios que, a manera de hipótesis, en la actualidad se encuentran generando los retrasos en los procesos de APP del subsector transporte, identificados en el primer capítulo de la presente investigación.

Respecto de cada problema que se presenta a continuación, realizaremos un análisis sobre la casuística recogida del subsector transporte y/o un análisis sobre el marco regulatorio vigente, a la luz de los principios recogidos de las mejores prácticas a nivel internacional revisadas. Luego del análisis, por cada problema y/o hipótesis planteada, se realizará una propuesta de mejora a la regulación para su solución.

3.2 Problemas que estarían generando retrasos en los procesos de APP en el Perú.

3.2.1 Hipótesis 1: Las competencias de las entidades no están precisadas con claridad.

3.2.1.1 Sobre la importancia de que las competencias se encuentren correctamente delimitadas dentro del proceso de APP.

Conforme lo revisado en el segundo capítulo del presente trabajo, el Banco Mundial recomienda como uno de los elementos clave para lograr un Sistema de APP exitoso, contar con procedimientos y responsabilidades institucionales claramente definidos, para así cuidar la eficiencia del proceso de APP. En el caso peruano, a nuestra consideración y conforme lo expondremos a continuación, dicho elemento aún no se ha conseguido en su totalidad y constituye un reto importante para la regulación de este mecanismo de contratación.

Los procesos de APP son instrumentos que, como vimos anteriormente, son utilizados por el Estado para conseguir infraestructura y servicios de gran trascendencia para la población y con grandes efectos positivos en la dinamización de la economía. Por tanto, se trata de procesos que requieren de una reglamentación precisa, acorde con la relevancia de su objeto, facilitando que los actores que participan en dicho proceso cumplan un rol debidamente motivado y coherente con el objetivo final buscado, que es precisamente la provisión de infraestructura y la prestación de los servicios de carácter público a favor de los usuarios.

Si la reglamentación del proceso no es clara, se complica el escenario para que los actores puedan actuar conforme a los objetivos de cierre de brecha de infraestructura. Distintas interpretaciones, ya sea por parte de especialistas de una misma entidad o por parte de representantes de entidades distintas, respecto de una misma reglamentación, un estudio o un contrato, ocurre muy a menudo en los sistemas de la administración pública en general y en los procesos de APP en particular. La falta de precisión en la regulación abre puertas a distintas líneas de interpretación, las cuales muchas veces se desvían del objeto principal que se persigue.

La claridad en la reglamentación va de la mano con la necesidad de predictibilidad de los procesos de APP. Cuando se inicia el proceso a raíz de la identificación técnica o impulso político de algún proyecto de APP, lo correcto es que el Estado se encuentre en la capacidad de prever los detalles sobre la participación de cada una de las entidades competentes -es decir, la finalidad que persigue cada intervención y opinión- y el procedimiento genere claridad sobre las materias que requieren ser evaluadas por cada entidad en atención a los objetivos trazados. Ello reduce la posibilidad de evitar opiniones contrapuestas que gocen del mismo nivel de jerarquía dentro de un mismo proceso. A raíz de esta claridad en la regulación, resulta posible prever el contenido de los informes y/o la documentación que las entidades involucradas deberán preparar.

Como consecuencia de una distribución clara sobre las materias que deben analizar cada una de las entidades dentro de un proceso, se pueden lograr proyecciones medianamente certeras sobre la duración de este y las probabilidades de conseguir el objetivo buscado. Por otro lado, la posibilidad de hacer estas proyecciones tiene un impacto positivo en el interés del sector privado, quienes se encuentran a la expectativa sobre el desempeño y predictibilidad que pueda generar el Estado respecto de sus procesos de APP, a efectos de tomar su decisión de inversión.

Lo dicho hasta aquí, guarda además coherencia con los principios que orientan el actual Sistema de Modernización de la Gestión Pública⁴⁴ y la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública en el Perú. Este Sistema promueve un Estado orientado al ciudadano, que asigne recursos y diseñe procesos sin perder los objetivos esenciales vinculados a las necesidades de la población. Asimismo, promueve un Estado que genera mayor valor público a través del uso racional de los recursos con los que cuenta, buscando proveer a los ciudadanos lo que necesitan al menor tiempo y costo posible.

Asimismo, conforme al principio de “eficacia y eficiencia” regulado por el Reglamento del Sistema Administrativo de Modernización de la Gestión Pública, las entidades públicas orientan su actuación hacia el logro de objetivos institucionales y el manejo racional y óptimo de los recursos, eliminando con ello la duplicidad o superposición de competencias, funciones y atribuciones. Dicho principio debe entenderse no solo a nivel de cada institución en particular, sino a nivel de Sistemas Administrativos que son creados para el cumplimiento de un fin en particular previsto por el Estado.

3.2.1.2 Sobre la ausencia de una distribución clara de competencias en el proceso de APP del Perú.

Dicho ello, conforme al actual proceso de APP en el Perú –descrito anteriormente–, cada Contrato elaborado por PROINVERSION debe recibir opiniones hasta en dos oportunidades distintas. La primera ronda de opiniones se realiza sobre la denominada “Versión Inicial del Contrato” durante la fase de Estructuración y la segunda ronda de opiniones se realiza sobre la “Versión Final del Contrato”, durante la fase de Transacción. En ambas oportunidades, el Contrato de APP debe recibir opiniones por parte de la ETP, el OR, el MEF y la Contraloría General de la República⁴⁵.

⁴⁴ Sistema regulado por la Ley N° 27658, Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, publicada en el mes de enero del año 2002.

⁴⁵ Existen ciertas excepciones para el caso de la opinión que debe emitir la Contraloría General de la República, dependiendo si el proyecto de APP es de iniciativa estatal o iniciativa privada. Por ejemplo, para el caso de

Pese a que ni el DL 1362 ni su Reglamento lo indican de manera expresa -tampoco en su exposición de motivos-, entendemos que las opiniones que deben emitir estas cuatro entidades tienen como finalidad robustecer el Contrato de APP que diseña PROINVERSION, es decir, cuidar que los términos bajo los cuales el Estado va a contratar con el sector privado se encuentren acordes con la normativa vigente y con las necesidades de infraestructura y servicio de transporte que requiere el Estado.

Ello implica la evaluación de distintos aspectos tales como el detalle de las obligaciones que está asumiendo el Estado, el procedimiento para la acreditación de los recursos necesarios para el proyecto (cierre financiero), el procedimiento para la recepción de las áreas de la concesión, la aprobación de los estudios de ingeniería, el procedimiento para la recepción de la obras que ejecuta el concesionario, los procedimientos para la medición de los niveles de servicio, las causales de penalización, los alcances de la participación del Organismo Regulador, entre otras materias.

A grandes rasgos, la evaluación que debe realizar cada una de las entidades para la emisión de su opinión al Contrato de APP debe enfocarse en verificar que las obligaciones estipuladas para ambas partes puedan ser efectivamente cumplidas, previendo cualquier contingencia que pueda impedir el su correcto cumplimiento. Asimismo, las entidades deben verificar que, respecto de cada materia, el sector privado asuma aquellos riesgos que puede gestionar mejor que el Estado, en base a su especialización y *know how*. Estas evaluaciones permiten detectar a tiempo cualquier contingencia económica que se pueda suscitar durante la etapa de ejecución contractual, a efectos que se destinen los recursos presupuestales necesarios por parte del Estado para atender cualquier contingencia de manera oportuna.

Dicho esto, damos apertura al análisis de fondo del problema identificado con una premisa y una interrogante. Se presume que PROINVERSION, en su calidad de OPIP, por lo menos en teoría, debe gozar de contar entre sus filas con personal especializado en el diseño de Contratos de APP. Asimismo, es conocido que esta entidad contrata asesoría de alta especialización para el diseño de sus proyectos de APP -conforme a lo recomendado por el Banco Mundial-. En tal sentido, ¿resulta realmente necesario el pronunciamiento de cuatro entidades distintas a PROINVERSION a efectos de considerar que el Contrato de APP ha alcanzado el nivel suficiente de perfeccionamiento para poder adjudicarlo?

iniciativas estatales, la CGR no se pronuncia respecto de la Versión Inicial del Contrato, sin embargo, sí emite opinión respecto de la Versión Final del Contrato.

En esta etapa del análisis, es importante reconocer que, si la intención del Sistema de APP es efectivamente contar con cuatro entidades distintas a PROINVERSION que sirvan de revisoras del Contrato, es necesario que se defina previamente, en primer lugar, cuál es la razón y objetivo de la participación de cada una de estas entidades. En segundo lugar, se debe definir el nivel de jerarquía entre las opiniones que emitirá cada entidad. De no contar con dichas definiciones -situación que actualmente sucede- corremos el riesgo de encontrarnos con un cuatro (04) opiniones distintas sobre el Contrato, sin tener en claro si éstas evalúan en su totalidad todas las materias del mismo y sin saber cuál de estas opiniones debe prevalecer respecto de la otra -tomando en consideración que se trata de cuatro opiniones de cuatro entidades sobre los mismos alcances del Contrato-.

Ambas definiciones mencionadas resultan imprescindibles para culminar con la redacción del Contrato de APP y proceder con el concurso entre postores para la adjudicación. Si no se esclarecen estas dos (02) mencionadas condiciones: i) una distribución clara de materias sobre las cuales opinan las entidades y ii) la definición del nivel de jerarquía entre las opiniones, nos encontramos ante un proceso de APP que no cuenta con una razonabilidad ni motivación suficiente, contraviniendo por tanto el principio de eficacia y eficiencia del proceso -conforme a los principios de modernización del Estado⁴⁶- y, por tanto, con bajas o nulas probabilidades de tener éxito.

El actual DL N° 1362 nos ofrece algunas ideas para dar respuesta a la interrogante planteada. Por un lado, indica que cada entidad se encuentra obligada a realizar “una revisión integral del Contrato APP” y a emitir su pronunciamiento y observaciones “en relación con las materias de sus competencias”⁴⁷. Por otro lado, clasifica los pronunciamientos de cada entidad como “opiniones vinculantes” y “opiniones no vinculantes”. Sobre estas disposiciones ahondaremos a continuación.

¿A qué se refiere el DL 1362 cuando hace referencia a “las materias de su competencia”? Para el caso del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (ETP de los proyectos de infraestructura de transporte de uso público), su Ley de Organización y Funciones⁴⁸ y su Reglamento, son las normas que definen las competencias que ejerce esta entidad. Si revisamos estas normas, verificamos que más allá de precisar las funciones que esta entidad cumple dentro del Poder Ejecutivo, así como la organización interna para cumplir con dicho rol -incluyendo la actividad de promover proyectos de transporte de uso público a través de

⁴⁶ Conforme a lo regulado por la Ley N° 27658, Ley Marco de Modernización del Estado, publicada en el mes de enero del año 2002.

⁴⁷ Conforme a lo dispuesto por el numeral 41.6 del DL 1362.

⁴⁸ Aprobada mediante Ley N° 29370.

mecanismos de promoción de la inversión privada- no se verifican mayores precisiones respecto de las materias respecto de las cuales se debe pronunciar el MTC para el caso de los Contratos de APP. En tal sentido, el enunciado “materias de su competencia”, deja abierta la posibilidad de cualquier interpretación, en lo que respecta al rol que debe cumplir el MTC a través de su pronunciamiento.

Escenario similar se presenta cuando revisamos las normas que determinan la Organización y Funciones del OSITRAN⁴⁹ y del MEF⁵⁰ y ello se ve reflejado en el contenido de las opiniones que estas entidades emiten, conforme analizaremos más adelante. En otras palabras, la normativa específica de cada entidad no resulta de utilidad para delimitar las materias del Contrato APP sobre las cuales deben opinar.

Dicho ello, ¿deberíamos concluir que la intención del Sistema de APP vigente es que las entidades opinen sobre el Contrato APP sin límites ni jerarquías? A nuestro entender, la respuesta de ninguna manera debería ser afirmativa, pues ello implicaría aceptar como regla la ausencia de predictibilidad y una grave ausencia de eficiencia en los procesos de APP en el Perú.

Sin embargo, en la práctica, la respuesta que las entidades opinantes brindan a esta última pregunta resulta ser afirmativa y ello se puede verificar en el contenido de sus pronunciamientos. En el caso de los proyectos de infraestructura de transporte de uso público, se verifica una tendencia de las entidades a pronunciarse sobre la mayor cantidad de materias posible del Contrato de APP, sin reparar en las ineficiencias que esto genera para el proceso. Esta tendencia es consecuencia de la falta de precisión en el marco normativo. Dado que la regulación no establece limitaciones respecto de los alcances de su opinión, las “materias de su competencia” son entendidas en el sentido más extenso, lo que finalmente puede generar -y en la práctica genera- distintas posiciones respecto de una misma materia del Contrato diseñado por PROINVERSION.

Bajo este contexto, el OPIP debe enfrentar el reto de adecuar su Contrato a las recomendaciones y observaciones realizadas por el OR, por el MTC, por el MEF y por la CGR. Pero ¿cómo debe proceder el OPIP cuándo las cuatro entidades opinan sobre una misma materia? ¿Cuál de las opiniones es la que debe primar? Si las cuatro entidades o alguna

⁴⁹ Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2015-PCM.

⁵⁰ Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones del MEF, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 301-2019-EF/41.

de ellas no se encuentra a favor del diseño propuesto por PROINVERSION, ¿puede el OPIP defender su posición?

Conforme se mencionó líneas atrás, el DL 1362 y su Reglamento clasifican las opiniones previas que emiten las cuatro entidades que participan del proceso, siendo el caso que las opiniones de la ETP (MTC) y del MEF son vinculantes, mientras que las opiniones del OR y de la CGR son calificadas como no vinculantes⁵¹. Cuando se trata de opiniones no vinculantes -conforme a lo interpretado por el ente rector⁵²- esto quiere decir que PROINVERSION puede apartarse de la opinión -sea del OR o de la CGR- previo sustento. Sin embargo, para el caso de las opiniones que deben emitir el MTC y el MEF, estas opiniones deben ser incorporadas obligatoriamente al Contrato de APP.

Pero ¿cuál es el fundamento para que las opiniones del OR y de la CGR se califiquen como no vinculantes? La legislación vigente no da muchas luces al respecto. En la práctica, conforme a las interpretaciones realizadas por la DGPPIP⁵³ del MEF, en su calidad de ente rector, PROINVERSION puede apartarse de las recomendaciones realizadas por el OR previo sustento. Esto quiere decir que PROINVERSION debe evaluar cada una de las recomendaciones que realiza el OR e incorporarlas de ser el caso, o sustentar el motivo por el cual no las incorpora. Conforme expondremos más adelante, a nuestro criterio, dicho proceder debería ser el que aplique para el caso de todas las entidades opinantes, dejando abierta la posibilidad de que PROINVERSION, en su calidad de OPIP, discrepe con cualquier opinión y sustente su propio diseño contractual.

Conforme a la normativa actual, el hecho de que la opinión de la ETP (MTC) y del MEF sean vinculantes, implica que PROINVERSION no tenga ninguna posibilidad de apelar las recomendaciones que realizan ambas entidades. Esto, a nuestra consideración, no guarda coherencia con la necesidad de que el Sistema de APP en el Perú cuente con una Unidad APP madura, responsable y con la capacidad y autonomía suficiente para defender los proyectos que diseña.

⁵¹ Conforme al artículo 41° del Decreto Legislativo N° 1362.

⁵² Conforme a la interpretación realizada mediante oficio N° 004-2019-EF/68.02 que adjunta el Informe N° 031-2019-EF/68.02, a través del cual la DGPPIP emitió opinión exclusiva y excluyente ante una consulta normativa de PROINVERSIÓN, según la cual los informes no vinculantes son aquellos en los que el OPIP no se encuentra sujeto a las conclusiones y/o recomendaciones contenidas en el informe de opinión previa, por lo que, bajo su responsabilidad, puede seguir o apartarse del parecer contenido en dicho informe, con una motivación expresa y suficiente.

⁵³ Ídem.

Es importante reflexionar ampliamente sobre esto último. Las opiniones vinculantes, conforme a lo regulado por el Sistema actual de APP, configuran un desincentivo para la correcta actuación de la Unidad Central de APP; desincentivo con consecuencias negativas para el Sistema, pues aquella entidad que dedica la mayor cantidad de horas de trabajo en el proyecto de APP, termina atada de manos cuando otra entidad -que le dedica una menor cantidad de horas de trabajo al proyecto- cuenta con facultades para revertir el diseño propuesto sin posibilidades jurídicas de que el OPIP pueda cuestionar dichas opiniones.

Por otro lado, quedó pendiente atender otra interrogante vinculada a nuestro Sistema de APP. Si tanto la opinión del MTC como la opinión del MEF son vinculantes y ambas entidades, a través de una interpretación extensiva, pueden pronunciarse sobre la totalidad de las materias del Contrato, entonces, ¿cuál de las dos opiniones debe primar en caso ambas entidades opinen de manera distinta respecto de una misma materia del Contrato? Al respecto, ni el DL 1362 ni su Reglamento otorgan mayores luces al respecto.

Como vemos, tal como se encuentra diseñado actualmente el proceso de APP en el Perú, existen una serie de interrogantes vinculadas a la fase de estructuración y transacción que no encuentran una adecuada respuesta en la regulación. Ello resulta una gran fuente de incertidumbre para las entidades que conforman el Sistema y además, a nuestra consideración, es una de las principales causantes de los retrasos y excesiva lentitud en los procesos de APP, conforme a lo verificado en los últimos años. Ello sin mencionar el gran desincentivo que este tipo de regulación ha generado para los objetivos de promoción de la inversión privada del país, ocasionando incluso que en la actualidad el gobierno opte por la búsqueda de nuevos mecanismos contractuales para la provisión de infraestructura, tales como la Contratación bajo la modalidad “Gobierno a Gobierno”.

3.2.1.3 Recuento histórico sobre la regulación vinculada a las competencias que ejercen las entidades en los procesos de APP.

En la exposición de motivos del DL 1362, podemos verificar que el gobierno de turno en el año 2018 ya había identificado la existencia de reglas y definiciones de alcance general poco claras dentro del proceso de APP. Sin embargo, el DL 1362 no corrige la problemática descrita en el presente acápite, pues se enfocó en la solución de otros problemas coyunturales como el inadecuado seguimiento e impulso a los proyectos, el manejo ineficiente de las iniciativas privadas cofinanciadas, la duplicidad de facultades normativas entre PROINVERSION y el MEF, así como la necesidad de una reestructuración organizacional de PROINVERSION.

El DL 1362, en lo que respecta a la emisión de opiniones al Contrato de APP, ha mantenido la regulación con respecto a lo previsto por su norma antecesora, el Decreto Legislativo N° 1224, vigente desde septiembre del año 2015. Retrocediendo un poco más en el tiempo, el Decreto Legislativo N° 1012, norma antecesora al DL 1224 -publicada en el año 2008-, contaba ya básicamente con la misma regulación del Decreto Legislativo N° 1224, con la salvedad de que dicha norma no clasificaba las opiniones como “vinculantes” o “no vinculantes”. Si realizamos una revisión de la Exposición de motivos del DL 1224, podemos verificar que el legislador no otorga mayores detalles que sustenten el cambio regulatorio que opta por calificar como “no vinculante” la opinión del organismo regulador.

Sin embargo, uno de los principales cambios en la regulación de las opiniones previas que emiten las entidades, se realiza durante la vigencia del DL 1012. El primer reglamento de este Decreto Legislativo, aprobado en el año 2008⁵⁴ establecía una interesante delimitación respecto de las competencias que debía ejercer cada entidad al momento de emitir su opinión previa al Contrato de APP. Para el caso del Organismo Regulador, por ejemplo, establecía claramente que su opinión debía (...) “encontrarse restringida a los temas tarifarios, facilidades esenciales y de calidad del servicio, los que deberán aparecer en capítulos específicos en el contrato”⁵⁵.

Por otro lado, dicho Reglamento también restringía las opiniones que debían emitir el Ministerio de Economía y Finanzas y la CGR, indicando que el Contrato debía contener un capítulo específico que consolide los compromisos económico-financieros, las garantías asumidas por el Estado, y en general, los aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado, a efectos que la opinión de ambas entidades se refiera exclusivamente al contenido de dicho capítulo. Dichas reglas, en su oportunidad, representaron un mensaje medianamente claro sobre los objetivos que buscaba el marco regulatorio de promoción de la inversión privada a través de estas opiniones previas, delimitando las materias respecto de las cuales cada entidad debía cooperar para lograr el objetivo de reforzar el contenido del Contrato de APP.

Por otro lado, dicho Reglamento también establecía una regulación que de cierta forma empoderaba al OPIP, permitiendo que este no asuma responsabilidad por “no tomar en cuenta las recomendaciones y/u observaciones emitidas por las entidades opinantes cuándo éstas excedían el ámbito de su competencia y/o cuando estas eran emitidas de forma

⁵⁴ Decreto Supremo N° 146-2008-EF publicado en el mes de diciembre del año 2008.

⁵⁵ Conforme a lo dispuesto por el numeral 11.1, artículo 11° del Decreto Supremo N° 146-2008-EF, Reglamento del DL N° 1012, publicado en el mes de diciembre del año 2008.

extemporánea”⁵⁶. Conforme a dicha regulación, correspondía entonces sustentar a PROINVERSION los casos en que las entidades habían excedido el ámbito de sus competencias, las cuales en ese entonces se encontraban mucho más delimitadas que en la actualidad.

Cabe mencionar que, en ese entonces, tampoco existía la figura del ente rector que actualmente recae en un órgano de línea del MEF, situación que en la práctica lo posiciona jerárquicamente por encima de PROINVERSION -por ser el OPIP una entidad adscrita al MEF- situación que en la actualidad disminuye ampliamente los incentivos para que el OPIP se aleje de alguna de sus recomendaciones.

La regulación descrita, vigente a raíz del primer reglamento del DL 1012 -que a nuestra consideración generaba mucho mayor predictibilidad dentro del proceso de APP- se modificó a través de la entrada en vigor del segundo Reglamento del DL 1012 publicado en el año 2014⁵⁷. No se han encontrado mayores argumentos que sustenten el cambio de dicha regulación.

De esta manera, en el año 2014 desaparecieron aquellas disposiciones que acotaban la opinión previa de las entidades. A raíz de ello, se generó la posibilidad de que el OSITRAN no encuentre mayores límites para los alcances de su opinión, tal como sucede en la actualidad. Para el caso del MEF, el segundo reglamento del DL 1012 mantuvo la limitación de sus competencias a materias vinculadas a responsabilidad fiscal y a capacidad presupuestal⁵⁸, sin embargo, dicha limitación se dejó sin efectos del todo a partir de la entrada en vigor del DL 1224 en el año 2015. Para el caso de la CGR, las limitaciones a su opinión sí se han mantenido desde el primer reglamento del DL 1012 hasta la regulación actualmente vigente contenida en el DL 1362.

3.2.1.4 Análisis sobre casuística asociada al problema.

A efectos de citar algunos ejemplos sobre las consecuencias que en la práctica ha venido generando esta falta de definición en cuanto a las materias de análisis y opinión por cada entidad dentro del proceso de APP, podemos verificar que, para el caso de la opinión previa emitida por el OSITRAN respecto del Contrato de Concesión del Proyecto “Terminal Portuario General San Martín – Pisco”⁵⁹, emitida en el mes de febrero del año 2014 -al

⁵⁶ Conforme a lo dispuesto por el numeral 8.2, artículo 8° del Decreto Supremo N° 146-2008-EF, Reglamento del DL N° 1012, publicado en el mes de diciembre del año 2008.

⁵⁷ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 127-2014-EF publicado en el mes de mayo del 2014.

⁵⁸ Conforme al numeral 14.2 del Decreto Supremo N° 127-2014-EF.

⁵⁹ Opinión emitida mediante Informe N° 010-14-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, de fecha 20 de febrero del 2014.

amparo del DL 1012- OSITRAN interpreta y sustenta bajo argumentos jurídicos que su opinión previa no se debe restringir a los temas tarifarios, facilidades esenciales y de calidad del servicio, según lo estipulado en el Reglamento del DL 1012, sino que, en virtud a la función supervisora que ejerce, sus competencias deben alcanzar “(...) condiciones de competencia y acceso a la infraestructura, aspectos técnicos, económicos y jurídicos referidos a la calidad y oportuna prestación de los servicios, y a los mecanismos de solución de controversias derivados de la interpretación y ejecución de los contratos, así como a las demás materias de competencia de OSITRAN”.

En otras palabras, el OSITRAN interpretó que su pronunciamiento puede abarcar prácticamente cualquier ámbito del Contrato, sin restricciones, pese a la limitación expresa contenida en el primer Reglamento del DL 1012 entonces vigente.

Similar interpretación realizó en el año 2012 para el caso de la opinión previa al Contrato del Proyecto “Tramo Vial desvío Quilca – desvío Arequipa (repartición)- desvío Matarani – desvío Moquegua – Desvío Ilo – Tacna - La Concordia”⁶⁰; en el año 2013 para el caso del Contrato del Proyecto “Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao”⁶¹; y en el año 2014 para el caso del Contrato del Proyecto “Hidro vía Amazónica”⁶², con la particularidad de que en este último caso ya se encontraba vigente el segundo reglamento del DL 1012 que eliminó las restricciones vinculadas a la opinión previa del OSITRAN.

En el año 2018 -durante la vigencia del DL 1224-, OSITRAN emite opinión previa respecto del Proyecto “Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario de Salaverry”⁶³, bajo similar línea argumental que la utilizada para la opinión previa emitida en los casos anteriormente citados, es decir, interpretando sus competencias de manera extensiva. En este caso, por ejemplo, y entrando más en detalle, se puede verificar que el OSITRAN emite opinión sobre aspectos del Contrato como el tratamiento de los “Acreedores permitidos”⁶⁴, “Bienes de la Concesión”⁶⁵, “monto de compensación por caducidad de la concesión”⁶⁶, “causales de suspensión de obligaciones”⁶⁷, materias que, si bien pueden guardar

⁶⁰ Opinión emitida con Informe N° 011-12-GRE-GSF-GAL-OSITRAN, de fecha 31 de mayo del 2012.

⁶¹ Opinión emitida con Informe N° 042-13-GRE-GSF-GAL-OSITRAN, de fecha 31 de octubre del 2013.

⁶² Opinión emitida con Informe N° 033-14-GRE-GSF-GAL-OSITRAN, de fecha 06 de noviembre del 2014.

⁶³ Opinión emitida con Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN, de fecha 028 de marzo del 2018.

⁶⁴ Capítulo IV, numeral 16 del Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN.

⁶⁵ Capítulo IV, numerales 17 y 19 del Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN.

⁶⁶ Capítulo IV, numeral 22 del Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN.

⁶⁷ Capítulo IV, numerales 24, 25 y 26 del Informe N° 005-2018-GRE-GSF-GAJ-OSITRAN.

competencias de manera indirecta con el OSITRAN, son materias que también se pueden interpretar como materia de opinión por parte del MTC y el MEF.

Cabe precisar que, a raíz de la revisión de las opiniones emitidas por el ente regulador, se puede verificar que la mayoría de estas observaciones y/o comentarios gozan de lógica y se encuentran orientados a mitigar ambigüedades o riesgos que se puedan presentar durante la etapa de ejecución contractual. Sin embargo, como se ha mencionado ya en el presente trabajo, el Sistema de APP actualmente se encuentra en una búsqueda urgente de eficiencia. Por ello, a nuestra consideración no resulta razonable que el Sistema peruano cuente con cuatro entidades revisoras del Contrato de APP; ello sin contar las ineficiencias que conlleva el hecho de que la Unidad de APP en el Perú, entidad responsable del diseño del Contrato, no cuenta con facultades para defender su diseño frente a las mencionadas revisiones.

La más reciente opinión emitida por el OSITRAN es la realizada para el Proyecto “Ferrocarril Huancayo – Huancavelica” emitida en el mes de octubre del 2019. En este caso, el OR emite su opinión durante la vigencia del actual DL 1362. Asimismo, si bien esta opinión se emite bajo las mismas competencias que las derivadas de la interpretación extensiva realizada desde el año 2012, esta vez ya no se trata de una interpretación, pues para entonces el Reglamento General de OSITRAN, ya había cumplido con establecer las materias del Contrato de APP sobre las cuales debe emitir opinión el OR: “(...) condiciones de competencia y acceso a la infraestructura, aspectos técnicos, económicos y jurídicos referidos a la calidad y oportuna prestación de los servicios, y a los mecanismos de solución de controversias derivados de la interpretación y ejecución de los contratos, así como a las demás materias de competencia de OSITRAN”.

Como se puede verificar, OSITRAN logró institucionalizar a través de su Reglamento su interpretación extensiva sobre las materias sobre las cuales debe emitir opinión. Esta situación es, a nuestra consideración, producto de la falta de claridad de la norma con jerarquía de ley que regula el Sistema de APP en el Perú, que desde sus antecesoras vigentes desde el año 2008 hasta la actualidad, no han cumplido con especificar lo que el Sistema de APP tiene como objetivo a través de la opinión previa de cada entidad en particular.

Por otro lado, respecto de la participación del MEF en los procesos de APP, podemos citar, por ejemplo, la opinión emitida para el Proyecto “Ferrocarril Huancayo – Huancavelica”⁶⁸ - última opinión emitida por el MEF para proyectos de APP del subsector transportes. En su Informe, -a diferencia de OSITRAN- el MEF se limita a determinar aquellas materias que

⁶⁸ Opinión emitida con Informe N° 066-2020-EF/68.03, de fecha 16 de septiembre del 2020.

no serían de su competencia, indicando que no es competente para “evaluar asuntos como las bases del concurso, condiciones de competencia del proceso de promoción, bancabilidad de los proyectos, aspectos sectoriales, regulatorios o técnicos relacionados con la VFC del Proyecto”.

Sin embargo, el pronunciamiento del MEF -consolidado por la DGPPIP en su calidad de ente rector- sigue dejando sin respuesta la interrogante sobre cuáles serían aquellos aspectos sectoriales, regulatorios o técnicos de la Versión Final del Contrato que no son de su competencia. Como vemos, en la práctica esta interpretación resulta siendo igual de extensiva que la del OSITRAN.

La ausencia de una distribución de materias por parte del DL 1362 y su Reglamento, se acentúa aún más cuando realizamos una revisión a la solicitud de información adicional⁶⁹ que realiza el MEF de manera previa a la emisión de su opinión favorable al Contrato del Proyecto “Ferrocarril Huancayo – Huancavelica”. En este Informe podemos verificar que el MEF solicita información vinculada al tratamiento de alternativas técnicas que pueda proponer el Concesionario durante la elaboración del EDI, el tratamiento de los predios adicionales que pueda requerir el proyecto, el tratamiento del plan de remediación en materia ambiental, la aplicación de normativa técnica del Sector dentro de las Especificaciones Técnicas Básicas del Contrato, entre otros aspectos sectoriales que, conforme a la propia interpretación que realiza el MEF en su opinión previa, no deberían formar parte de sus competencias y, por tanto, no deberían ser materia de una solicitud de información adicional a PROINVERSION.

Cabe precisar que la solicitud de información adicional, conforme al Reglamento del DL 1362, debería entenderse como aquella información que solicita la entidad opinante a efectos de utilizarla como insumo para la emisión de su opinión previa, por lo que esta solicitud tampoco debería exceder las materias de competencia de cada entidad.

Para el caso del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, podemos citar también como ejemplo la opinión emitida para el Proyecto “Ferrocarril Huancayo – Huancavelica”⁷⁰, durante la vigencia del actual DL 1362. En dicho Informe se puede verificar que la ETP, si bien indica que el Sector debe emitir opinión dentro del marco de sus competencias haciendo referencia a lo dispuesto por el DL 1362 y su Reglamento, no realiza ninguna interpretación ni delimitación sobre las materias que comprenden dichas competencias. Sin embargo, se

⁶⁹ Solicitud realizada a PROINVERSION a través del Informe N° 047-2020-EF/68.03 emitido con fecha 04 de agosto del 2020, conforme a lo regulado por el numeral 55.3, artículo 55° del Reglamento del DL 1362.

⁷⁰ Opinión emitida con Informe Técnico – Legal N° 904-2020-MTC/19.02, de fecha 20 de julio del 2020.

verifica que el MTC hace hincapié en la responsabilidad que debe asumir el OPIP en su calidad de entidad responsable del diseño y sustento del Contrato de APP.

Dentro del texto de dicha opinión se puede verificar que la ETP se pronuncia de manera abierta sobre distintas materias del Contrato, tales como el tratamiento ambiental, aplicación de normativa vinculada a la consulta previa, tratamiento y metas para liberación de predios e interferencias necesarios para el proyecto, aplicación de normativa técnica del sector, restablecimiento del equilibrio económico – financiero, causales de suspensión de obligaciones, entre otras materias.

Como vemos, en el caso del MTC no existe mayor preocupación por sustentar los alcances de sus competencias. Podemos intuir que dicha falta de preocupación por delimitar sus competencias responde a una inclinación natural de la entidad titular a opinar sobre cualquier materia del Contrato de APP.

Para citar otro ejemplo, para el caso de la opinión previa emitida por el MTC para el Proyecto “Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario de Salaverry”⁷¹, se verifica de igual forma que el Sector no realiza una delimitación sobre las materias del Contrato que comprenden sus competencias.

Luego del recuento histórico y de esta breve casuística revisada, podemos concluir que no existen motivos claros ni suficientes para que no haya una delimitación respecto de las materias del Contrato APP sobre las cuales debe opinar cada entidad dentro del proceso de APP. Es más, como vimos, en algún momento la regulación del Perú contemplo dicha limitación. Si bien en la práctica dicha regulación no tuvo mayor éxito debido a la tendencia hacia interpretaciones extensivas por parte de las entidades opinantes, no encontramos mayores argumentos para que el Sistema haya migrado hacia una regulación aún más abierta, que genera mayor incertidumbre tanto hacia adentro (entidades públicas) como hacia afuera (inversionistas privados) del Sistema de APP.

3.2.1.5 Recomendación.

Conforme a la casuística analizada para el caso de los Proyectos de APP “Terminal Portuario General San Martín – Pisco”, “Tramo Vial desvío Quilca – desvío Arequipa (repartición)-desvío Matarani – desvío Moquegua – Desvío Ilo – Tacna - La Concordia”, “Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao”, “Hidrovía Amazónica” y “Ferrocarril Huancayo – Huancavelica”, podemos concluir que se confirma

⁷¹ Opinión emitida con Informe N° 005-2018-MTC/25.1, de fecha 11 de abril del 2018.

la hipótesis inicialmente planteada, referida a que las competencias de las entidades opinantes dentro del proceso de APP no se encuentran precisadas con claridad; situación que amerita que, con carácter de urgencia se realice una mejora regulatoria que genere predictibilidad y eficiencia para los procesos de APP en el Perú.

En virtud de ello, a partir de la revisión de los treinta y dos (32) Contratos de Concesión del subsector transportes suscritos y vigentes a la fecha, hemos podido verificar que, en todos los casos, los Contratos de APP cuentan de manera común con el siguiente listado de materias, que en líneas generales comprenden todas las materias que se regulan en este tipo de Contratos:

- a) Condiciones que debe cumplir el Concedente a la fecha de suscripción del Contrato.
- b) Bienes muebles y/o inmuebles que forman parte del proyecto, procedimiento y responsabilidades respecto de su obtención y/o devolución.
- c) Descripción de los Estudios de Ingeniería que deberá elaborar el adjudicatario en el marco del proyecto y responsabilidades respecto de estas.
- d) Procedimiento y responsabilidades respecto de la Supervisión de los Estudios de Ingeniería que debe elaborar el adjudicatario.
- e) Descripción y características de las obras que deben ejecutarse en el marco del proyecto y responsabilidades respecto de estas.
- f) Procedimiento y responsabilidades respecto de la Supervisión de las Obras que debe ejecutar el adjudicatario.
- g) Procedimiento para la ejecución de inversiones distintas a las inversiones obligatorias.
- h) Descripción del Servicio de Conservación que deberá prestar el adjudicatario durante la vigencia del Contrato.
- i) Procedimiento y responsabilidades respecto de la Supervisión del Servicio de Conservación.
- j) Niveles de Servicio que debe cumplir el adjudicatario durante la vigencia del Contrato de APP.
- k) Régimen Económico del Proyecto: derechos de cobro (tarifas, precios, facilidades esenciales, entre otros) y deberes de pago (de origen legal o contractual) del adjudicatario, así como el procedimiento, requisitos y plazos para dichos fines.
- l) Garantías que debe otorgar el adjudicatario a favor del Concedente y viceversa.
- m) Contenido de los Seguros a contratar por el adjudicatario.
- n) Consideraciones Socio Ambientales vinculadas al cumplimiento de la normativa vigente en materia ambiental.

- o) Relaciones con socios, terceros y personal.
- p) Potestades Administrativas vinculadas a la ejecución del Contrato de Concesión
- q) Causales de Caducidad de la Concesión.
- r) Causales de Suspensión de las obligaciones contempladas en el Contrato de Concesión.
- s) Procedimiento para la Solución de Controversias que se susciten entre las partes.
- t) Procedimiento para la Modificación del Contrato.
- u) Penalidades aplicables al Concesionario.

Tal como se mencionó, en la práctica el Sistema vigente de APP en el Perú, no realiza una distribución clara sobre las materias del Contrato de APP respecto de las cuales debe pronunciarse cada entidad opinante. En virtud de la apertura de dicha regulación, actualmente cada entidad responsable de emitir opinión realiza una interpretación sobre los alcances de sus propias competencias- que a menudo resulta ser extensiva- con una tendencia a pronunciarse respecto de la mayor cantidad de materias que componen el Contrato. Un claro ejemplo de esto son las citadas interpretaciones realizadas por el OSITRAN para el caso de sus distintas opiniones previas emitidas a Contratos de APP en materia de transporte de uso público.

Como vimos, el MTC, en su calidad de ETP puede invocar competencias respecto de cualquier aspecto del Contrato, por tratarse de un proyecto vinculado al subsector transportes. Por su parte, el MEF tampoco cuenta con competencias definidas por lo que en la práctica emite opinión y solicita información adicional sobre cualquier materia, bajo argumentos -no expresados formalmente- ligados a cuidar temas que puedan generar contingencias económicas para el Estado, dado que la mala redacción o previsión defectuosa en alguna de las cláusulas puede generar incumplimientos o daños futuros, pasibles de generar una indemnización a favor del socio privado.

Por otro lado, si bien el DL 1362 y su Reglamento restringe la opinión de la CGR a aquellos aspectos del Contrato que comprometen el crédito o la capacidad financiera del Estado, tal como veremos más adelante, en la práctica -de manera similar a lo que sucede con el MEF- el órgano de control se encuentra habilitado para opinar sobre cualquiera de las materias anteriormente listadas, toda vez que la mala redacción o previsión defectuosa en el Contrato, puede generar incumplimientos o daños futuros, pasibles de generar una indemnización a favor del Concesionario.

Como podemos verificar, en la práctica, la falta de una distribución clara entre las entidades sobre las materias del Contrato puede generar hasta cinco opiniones o posiciones distintas

respecto de una misma materia, incluida la de PROINVERSION – pese a que formalmente no cuenta con facultades para defender su diseño.

Bajo dicho contexto, a efectos que el marco normativo peruano cuente con un proceso de APP que cuente con una adecuada razonabilidad y motivación -conforme a los principios regulados por la normativa vigente- y genere mayor predictibilidad y celeridad en beneficio del Sistema, resulta necesaria una modificación al DL 1362⁷² a efectos que precise y sustente cuáles deben ser las materias sobre las cuales se debe pronunciar cada entidad. En coherencia con dicha recomendación, a continuación, planteamos una propuesta de asignación de las materias:

Materias de Competencia de la ETP (Ministerio de Transportes y Comunicaciones):

- a) Condiciones que debe cumplir el Concedente a la fecha de suscripción del Contrato.
- b) Bienes muebles y/o inmuebles que forman parte del proyecto, procedimiento y responsabilidades respecto de su obtención y/o devolución.
- c) Descripción de los Estudios de Ingeniería que deberá elaborar el adjudicatario en el marco del proyecto y responsabilidades respecto de estas.
- d) Descripción y características de las obras que deben ejecutarse en el marco del proyecto y responsabilidades respecto de estas.
- e) Procedimiento para la ejecución de inversiones distintas a las inversiones obligatorias.
- f) Descripción del Servicio de Conservación que deberá prestar el adjudicatario durante la vigencia del Contrato.
- g) Niveles de Servicio que debe cumplir el adjudicatario durante la vigencia del Contrato de APP.
- h) Consideraciones Socio Ambientales vinculadas al cumplimiento de la normativa vigente en materia ambiental.
- i) Relaciones con socios, terceros y personal.
- j) Procedimiento para la Solución de Controversias que se susciten entre las partes.
(Opinión de Procuraduría Pública del Ministerio)

⁷² El DL 1362 puede disponer que esta precisión de las competencias dentro del proceso de APP se realice a través de una norma con rango inferior.

Materias de Competencia del OR (OSITRAN):

- a) Procedimiento y responsabilidades respecto de la Supervisión de los Estudios de Ingeniería que debe elaborar el adjudicatario.
- b) Procedimiento y responsabilidades respecto de la Supervisión de las Obras que debe ejecutar el adjudicatario.
- c) Procedimiento y responsabilidades respecto de la Supervisión del Servicio de Conservación.
- d) Régimen Económico del Proyecto: derechos de cobro (tarifas, precios, facilidades esenciales, entre otros) y deberes de pago (de origen legal o contractual) del adjudicatario, así como el procedimiento, requisitos y plazos para dichos fines.

Materias de Competencia del MEF:

- a) Régimen Económico del Proyecto: derechos de cobro y deberes de pago (de origen legal o contractual) del adjudicatario, así como el procedimiento, requisitos y plazos para dichos fines.
- b) Procedimiento para la Solución de Controversias que se susciten entre las partes (opinión de la Secretaría Técnica del SICRECI)

Materias de Competencia de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSION:

- a) Garantías que debe otorgar el adjudicatario a favor del Concedente y viceversa.
- b) Contenido de los Seguros a contratar por el adjudicatario.
- c) Potestades Administrativas vinculadas a la ejecución del Contrato de Concesión
- d) Causales de Caducidad de la Concesión.
- e) Causales de Suspensión de las obligaciones contempladas en el Contrato de Concesión.
- f) Procedimiento para la Modificación del Contrato.
- g) Penalidades aplicables al Concesionario.

Como podemos verificar, esta propuesta de distribución de competencias determina con claridad las materias respecto de las cuales debe pronunciarse cada entidad en virtud de su mayor grado de afinidad. Bajo nuestra propuesta, la Contraloría General de la República, en su calidad de órgano auditor, debe ser responsable del análisis de todas las materias de los Contratos de APP, siempre que se verifique algún riesgo de incumplimiento o alguna

regulación que pueda generar perjuicios al Estado Peruano. En otras palabras, el rol de la CGR se ajustaría al rol que actualmente viene cumpliendo en la práctica -pese a los intentos frustrados que realiza el DL 1362 -y sus normas antecesoras- de restringir dicha opinión-, rol que, como analizaremos más adelante, también necesita ser precisado por el marco regulatorio actual.

Sin perjuicio de la propuesta realizada, a nuestra consideración, cualquiera de las cuatro entidades deberá poder emitir recomendaciones sobre cualquier materia del Contrato, siempre que estas se encuentren sustentadas exclusivamente en lecciones aprendidas a nivel nacional o internacional, quedando la decisión sobre su inclusión en manos de PROINVERSION, en el marco de sus competencias como Unidad Central de APP del Perú.

De esta manera, el proceso de APP estaría disminuyendo sus costos de transacción vinculados a una participación con alcances indeterminados por parte de los actores, pero sin dejar de lado posibles aportes valiosos que puedan realizar las entidades en base al aprendizaje vinculado a su experiencia en el marco de la gestión precontractual y contractual de los procesos de APP o en base a experiencias internacionales.

Asimismo, tal como se puede verificar, la propuesta de distribución de materias evita una superposición de opiniones, asignando las materias a aquella entidad que ejerce una gestión directa sobre las mismas.

Por ejemplo, para el caso del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, se propone asignarle materias tales como el listado de condiciones que cumplirá el Concedente al momento de la firma del Contrato, gestión de los bienes de la concesión, gestión de los EDI, características mínimas de las obras y de la supervisión, niveles de servicio exigibles al Concesionario, entre otros temas sobre los cuales la ETP tiene incidencia directa.

Para el caso del OSITRAN, se propone asignarle materias vinculadas al procedimiento para la supervisión de los estudios, de las obras y del servicio, así como los procedimientos vinculados a derechos de cobro (tarifas) y deberes de pago por parte del adjudicatario; actividades que en la práctica son de gestión directa por parte del Regulador conforme a su marco normativo. De esta manera se libera al OR de emitir opinión respecto de las características de las obras, de su mantenimiento y de los niveles de servicio a cumplir, materias sobre las cuales ya emite opinión el MTC. Sin perjuicio de ello, conforme a lo indicado, se debe dejar abierta la posibilidad de que el OR emita opinión en virtud de alguna lección aprendida que considere pertinente.

Para el caso del MEF, se propone asignarle materias vinculadas al Régimen Económico-Financiero del Contrato, toda vez que esta importante materia involucra compromisos de pago que asume el Estado, así como otros temas de diseño que son de mayor afinidad de este Ministerio. De esta manera se evita que el MTC y el OR auto asuman la responsabilidad de opinar sobre un esquema económico – financiero sobre el cual la última palabra siempre la tendrá el MEF, dadas sus competencias vinculadas a estos temas.

En virtud de esta propuesta de distribución de materias, PROINVERSION, en su calidad de Unidad Central de APP encargada de la obtención de las opiniones, contará con mayor claridad respecto de los alcances de la opinión que debe emitir cada entidad y además ya no contará con el problema de la superposición de opiniones, simplificándose de esta manera el proceso de APP. Asimismo, PROINVERSION -pese a que siempre se presentarán zonas grises- tendrá mucha mayor certeza sobre las situaciones en que las entidades exceden sus competencias, situación que en la actualidad genera serios retrasos, pues dichas opiniones no pueden ser ignoradas por PROINVERSION, dado que la Agencia debe buscar el consenso con cada entidad, dadas las amplias facultades que el marco regulatorio actual les otorga a los opinantes, así como la calidad de vinculante de dos (02) de estas opiniones.

Asimismo, el nuevo marco normativo debe precisar que el objetivo de las opiniones previas es fortalecer el Contrato y el Proyecto de APP, por lo que la regulación -en virtud de la propuesta realizada- debe determinar claramente las entidades y las materias respecto de las cuales se busca una retroalimentación.

Finalmente, tal como se describió en el capítulo anterior, el proceso de APP, tanto en el Perú, como a nivel internacional, gira en torno a las Unidades Centrales de APP, función que en el caso peruano ejerce PROINVERSION. Esta Agencia es la encargada de realizar los estudios preliminares necesarios para el proyecto, elaborar el modelo económico financiero, elaborar la matriz de asignación de riesgos, así como de redactar el Contrato de APP, las Bases del Concurso, y toda aquella documentación que resulte necesaria para el proceso, constituyendo, por tanto, la entidad que mayor cantidad de horas de trabajo dedica a los procesos de APP. Para llevar a cabo dichas actividades, la Agencia de Promoción se encuentra habilitada para la contratación de asesoramiento internacional de primer nivel -tal como lo recomienda el Banco Mundial-, encontrándose incluso exonerada, para dichos fines, de cumplir con los procedimientos normados por la Ley de Contrataciones del Estado.

En tal sentido, como propuesta final para esta sección, consideramos relevante que la nueva regulación permita a PROINVERSION apartarse de cualquiera de las opiniones emitidas por las entidades opinantes, desapareciendo la diferenciación infundada entre opiniones

“vinculantes” y “no vinculantes”. Todas las opiniones emitidas, deberán ser no vinculantes para PROINVERSION, en el sentido de que el OPIP deberá analizarlas y, de ser el caso, sustentar su apartamiento de cualquier recomendación, bajo responsabilidad.

De esta manera, se estarían creando los incentivos suficientes para contar con una Unidad Central de APP en el Perú robusta, que diseñe, sustente y defienda los proyectos que estructura, tomando en consideración que se trata de la entidad entorno de la cual debe orbitar el Sistema. Asimismo, el riesgo de cualquier apartamiento respecto de las opiniones previas emitidas, que pueda impactar negativamente en el Proyecto de APP se ve mitigado a través de la participación de la CGR, entidad que a través del Informe Previo deberá detectar cualquier incoherencia o falta de sustento en lo que respecta al apartamiento de dichas opiniones y evitar cualquier tipo de contingencia para el Estado, rol que en la práctica ya viene cumpliendo en la actualidad, en el marco de sus funciones de auditor del Sistema.

La única materia sobre la cual consideramos que el MEF sí deberá conservar su opinión vinculante es respecto del análisis de capacidad presupuestal del Sector para la ejecución del proyecto y el cumplimiento de los compromisos del Estado previstos en el Contrato, siendo dicha opinión del MEF siempre vinculante para efectos que el OPIP pueda culminar con el proceso de promoción, en estricto respeto del principio de “responsabilidad presupuestal” ya vigente. Para ello, consideramos resulta importante que el DL 1362 también precise que el análisis de capacidad presupuestal corresponde meramente una verificación sobre la disponibilidad de recursos y esta opinión no se utilice como un área gris a efectos que el MEF continúe emitiendo opinión vinculante respecto de todas las materias del Contrato de APP.

A manera de comentario final en este acápite, es preciso mencionar que en la actualidad existen opiniones, incluso académicas, a favor de un cambio radical en el Sistema de APP del Perú, a efectos de migrar hacia la creación de un Ministerio de Obras Públicas que se encargue de la gestión de todos los procesos de APP en el país, que asumiría el rol que actualmente cumplen las ETP, PROINVERSION e incluso el OR.

Al respecto, debemos mencionar que, a nuestra consideración, un cambio de dicha naturaleza implicaría un importante proceso de adecuación en nuestra administración pública, que alejaría aún más los objetivos de cierre de brecha de infraestructura trazados como país para el corto, mediano y largo plazo, retrasando además el impacto positivo de la inversión privada en nuestra economía y en nuestra población. En tal sentido, consideramos que, lejos de simplemente importar un modelo extranjero y empezar desde cero una nueva estructuración del Sistema de APP en el Perú, se debe optar por brindar soluciones y propuestas que se

acomoden rápidamente al modelo ya adoptado por nuestro país y busquen perfeccionarlo, tales como las propuestas contenidas en el presente trabajo.

3.2.2 Hipótesis 2: Las APP se retrasan se retrasan porque los acuerdos de las reuniones de coordinación no son vinculantes.

3.2.2.1 Planteamiento del Problema.

En la línea del objetivo de contar con procedimientos y responsabilidades institucionales claramente definidos -tercer elemento clave recomendado por el Banco Mundial para lograr un Sistema exitoso de APP- una vez esclarecidas las materias respecto de las cuales deben emitir opinión previa las entidades que participan del proceso -según lo antes visto- el Sistema de APP en el Perú necesita establecer un tiempo de duración predecible para las coordinaciones que se realizan entre el OPIP y dichas entidades, de manera previa a la emisión de sus respectivas opiniones por escrito.

Desde el inicio de la fase de estructuración, es responsabilidad del OPIP analizar el listado de materias que componen el Contrato de APP. A partir de dicho análisis, el OPIP debe sustentar y armonizar dichas materias en cláusulas que en su conjunto conformarán el Contrato de APP. Como consecuencia de este trabajo inicial por parte de PROINVERSION, estas materias reflejadas en cláusulas podrán ser revisadas y analizadas por las entidades que emiten opinión previa dentro del proceso de APP.

En vista de lo expuesto, el proceso de APP se configura por naturaleza como un proceso de larga duración si no se generan los incentivos que permitan generar la eficiencia necesaria. Ello sin tomar en consideración los estudios que se deben realizar durante la fase previa a la estructuración. Sin embargo, conforme se ha venido insistiendo, el hecho de que el gobierno no realice los esfuerzos suficientes para reducir la duración de los procesos APP en el Perú, puede atentar contra el objetivo del Estado de cerrar al corto y largo plazo la brecha de infraestructura del país.

Como se mencionó antes, una clara muestra de la crisis que actualmente atraviesan las APP en el Perú, dada su falta de eficiencia y celeridad, es la coyuntural decisión del gobierno - hecha de conocimiento público- de ejecutar megaproyectos de alto impacto en la dinamización de la economía, ya no bajo el esquema de asociación público – privada, sino bajo el esquema de acuerdos “Gobierno a Gobierno”, un esquema de contratación que ha demostrado lograr con mayor celeridad la provisión de infraestructura. Proyectos

importantes como las Líneas 3 y 4 del Metro de Lima y Callao, la Nueva Carretera Central y la vía Santa Rosa – Costanera (Callao) han sido anunciados como próximos a ser adjudicados bajo esta modalidad de contratación, por parte del actual Ministro de Transportes y Comunicaciones⁷³.

Con este preámbulo, procedemos entonces al análisis de fondo de la segunda hipótesis identificada. Actualmente, el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362 reconoce la posibilidad de que se lleven a cabo reuniones de coordinación entre PROINVERSION y las entidades encargadas de emitir opinión al Contrato de APP. A continuación, citamos lo que establecen los numerales 48.2 y 48.5 del Reglamento del DL 1362:

Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362:

48.2 Durante la fase de Estructuración, el OPIP convoca a la entidad pública titular del proyecto, organismo regulador de corresponder, y al MEF a reuniones de coordinación para recibir comentarios, sugerencias y apreciaciones generales sobre el diseño del Contrato y su correcta ejecución, para lo cual, administra y gestiona las solicitudes de información sobre los temas de competencia de cada una de las entidades.

48.5 De manera adicional a las actividades de coordinación, el OPIP puede solicitar por escrito comentarios preliminares y recomendaciones de la entidad pública titular del proyecto, del organismo regulador de corresponder, y del MEF, las cuales deben ser absueltas en un plazo máximo de quince (15) días hábiles. Los comentarios, recomendaciones, apreciaciones generales y absoluciones a cualquier solicitud o pedido formulados por las entidades públicas no limitan, vinculan, ni se consideran como las opiniones previas a las versiones de Contrato a que se refieren los artículos 39 y 40 de la Ley.

Como podemos verificar, el Reglamento del DL 1362 encargado de regular el proceso de APP, apertura un espacio de tiempo a efectos que se realicen reuniones de coordinación y, a su vez, se emitan pronunciamientos preliminares por parte de las entidades responsables de emitir opinión previa. Finalmente, ambos instrumentos devienen en improductivos, toda vez que ninguno de los comentarios, recomendaciones y/o apreciaciones que pueda haber emitido la entidad a través de sus representantes durante la etapa de coordinación, resultan vinculantes al momento de que se emita la opinión previa definitiva al Contrato de APP.

⁷³ Ver: <https://www.gob.pe/institucion/mtc/noticias/325472-contratos-de-gobierno-a-gobierno-por-cuatro-proyectos-se-firmaran-en-el-primer-semester-de-2021>.

La existencia de un espacio que permita la coordinación entre entidades de manera previa a la emisión de su opinión formal cobra sentido a partir de la amplitud actual de los temas respecto de los cuales cada entidad opina. Dado que el OPIP, desde un inicio, es el encargado del análisis de la totalidad de materias y de la redacción de las cláusulas que componen el Contrato de APP, resulta importante que, a través de estas reuniones de coordinación, las entidades opinantes se vayan familiarizando y comprendiendo el diseño contractual que propone PROINVERSION, a efectos que logren emitir opinión dentro de los quince (15) días hábiles que estipula el Reglamento. Ello tomando en consideración que dos de las opiniones que actualmente se emiten califican como vinculantes, es decir, son de obligatoria incorporación por parte del OPIP.

Bajo este contexto, toma sentido que el Reglamento permita la celebración de reuniones de coordinación entre PROINVERSION y las entidades opinantes. La finalidad de esta regulación es que la estructuración contractual que presente el OPIP al momento de solicitar la opinión previa, no difiera ampliamente del criterio que la entidad opinante pueda tener respecto de las materias sobre las cuales emitirá opinión y así aumenten las probabilidades de una opinión vinculante.

Como podemos inferir, la problemática vinculada a la incertidumbre actual respecto de las materias sobre las cuales debe opinar cada entidad- analizada anteriormente-, tiene un impacto directo en esta etapa previa de coordinación. A raíz de estas coordinaciones, PROINVERSION deberá tomar en consideración las recomendaciones realizadas por el ETP y por el MEF, sin conocer cuál de las opiniones es la que debe prevalecer. A menudo estas recomendaciones pueden incluso diferir con el planteamiento inicial del OPIP, situación que complica aún más la celeridad del proceso de APP.

La regulación actual vinculada a las coordinaciones previas, a nuestra consideración, no coadyuva con el objetivo de lograr un proceso de APP eficiente. Entendemos que las reuniones de coordinación fueron pensadas -de manera paradójica- para agilizar el proceso de APP, adelantando la retroalimentación entre el OPIP y los opinantes, y acelerando la obtención de consensos sobre la redacción de las cláusulas del Contrato.

Sin embargo, entre los defectos de la actual regulación encontramos que, en primer lugar, el Reglamento no especifica si la celebración de reuniones es una obligación de PROINVERSION y, como consecuencia, un derecho de las entidades opinantes. En la práctica, esta regulación se viene interpretando como un derecho de los opinantes, puesto que, como veremos más adelante, estas reuniones suelen ser recurrentes durante el proceso de estructuración y muchas veces no encuentran un límite razonable de tiempo, dado que -

en vista de la falta de precisión de la regulación- el jefe de proyecto del OPIP puede interpretar como una obligación atender la información y/u observaciones que se planteen durante estas coordinaciones previas, extendiéndose de esta forma la celebración de este tipo de reuniones y como consecuencia también el proceso de APP.

En segundo lugar, la regulación actual genera incentivos perversos, pues abre la posibilidad de que dichos espacios de coordinación sean mal utilizados por los representantes de las entidades opinantes. En la práctica, existen incentivos para utilizar dichas reuniones de coordinación como una oportunidad para dilatar la llegada de la solicitud formal de opinión previa por parte del OPIP, tomando en consideración que el plazo de quince (15) días hábiles⁷⁴ que otorga el Reglamento puede resultar corto para las entidades y que, además, actualmente cada entidad se dedica a opinar sobre todas o cualquier materia del Contrato, en base a sus propias interpretaciones extensivas.

Situación similar ocurre para el caso de las coordinaciones que se realizan durante la etapa de preparación de la información adicional que pueden solicitar las entidades para la emisión de su opinión previa. Conforme al Reglamento, las entidades cuentan con cinco (05) días hábiles contados desde recibida la solicitud de opinión favorable para solicitar información adicional a PROINVERSION. Sin embargo, la norma no establece un límite de tiempo para que el OPIP cumpla con remitir dicha información, generándose un espacio de tiempo que puede generar falta de predictibilidad en el proceso, tal como lo demuestra la casuística que abordaremos a continuación.

3.2.2.2 Análisis sobre casuística asociada al problema.

En el caso del proceso de promoción del “Proyecto Ferrocarril Huancayo – Huancavelica”, podemos verificar, por ejemplo, que –conforme se verifica en los antecedentes del propio Contrato de Concesión- con fecha 24 de julio del 2015, PROINVERSION publica la segunda convocatoria al Concurso de Proyectos Integrales para la entrega en Concesión del proyecto. Asimismo, con fecha 17 de octubre del 2017, es decir aproximadamente dos (02) años y tres (03) meses después, el MTC comunica la declaratoria de viabilidad del proyecto en el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones (invierte.pe), hito a través del cual se tiene por culminada la Fase de Formulación y se inicia la Fase de Estructuración del proceso de APP.

Dicho ello, podemos verificar que el día 11 de septiembre del año 2019- es decir, aproximadamente 01 año y 11 meses después del inicio de la fase de estructuración,

⁷⁴ Conforme a lo dispuesto por el numeral 55.3, artículo 55° del Reglamento del DI 1362.

PROINVERSION culmina la elaboración de la Versión Final del Contrato de Concesión y solicita al MTC emitir su opinión previa⁷⁵. Se entiende que, conforme al procedimiento contemplado en el Reglamento, dicha opinión es solicitada luego de culminadas las reuniones de coordinación que el OPIP y las entidades opinantes consideraron necesarias celebrar.

Sin embargo, continuando con la revisión de los antecedentes, podemos verificar que con fecha 22 de octubre del 2019, el MTC realiza una ratificación de su opinión favorable⁷⁶ ya emitida a dicha Versión Final del Contrato, afirmando que sus comentarios y observaciones planteadas fueron correctamente atendidas por el OPIP, incluyendo los comentarios y observaciones planteados por OSITRAN. Aquí podemos apreciar claramente la dependencia procedimental actual de PROINVERSION, producto de la condición de vinculante que reviste la opinión del MTC. Dicha calificación genera que el OPIP deba reingresar de nuevo su solicitud de opinión previa incluyendo los cambios realizados al Contrato a efectos que el MTC verifique dichos cambios y vuelva a emitir su opinión previa vinculante.

Luego de ello, verificamos que, con fecha 13 de noviembre del 2019, el MEF solicita información adicional⁷⁷ a PROINVERSION -dentro de los cinco (05) primeros días hábiles contados desde la solicitud del OPIP conforme al Reglamento- a efectos de proceder a emitir su opinión previa a la Versión Final del Contrato de Concesión del Proyecto “Ferrocarril Huancayo – Huancavelica”. Sin embargo, no verificamos respuesta por parte de PROINVERSION a dicha solicitud realizada por el MEF.

Mas adelante, casi diez (10) meses después, verificamos que, con fecha 07 de setiembre del año 2020, PROINVERSIÓN solicita nuevamente opinión favorable al MEF⁷⁸, respecto de una nueva Versión Final del Contrato de Concesión del Proyecto “Ferrocarril Huancayo – Huancavelica”- previa opinión emitida nuevamente por el MTC y por OSITRAN; siendo el caso que el MEF emite finalmente su opinión previa favorable a la Versión Final del Contrato con fecha 16 de setiembre del 2020⁷⁹.

Como podemos verificar, si bien el Reglamento establece un plazo de quince (15) días hábiles para la emisión de su opinión previa por parte de las entidades opinantes, para el caso del

⁷⁵ Solicitud realizada por PROINVERSION mediante Oficio N° 179-2019/PROINVERSION/DE, de fecha 11 de setiembre del 2019.

⁷⁶ Ratificación de opinión favorable emitida por el MTC mediante Oficio N° 5321-2019-MTC/19 de fecha 22 de octubre del 2019.

⁷⁷ Solicitud de información adicional realizada mediante Oficio N° 484-2019-EF/68.03 de fecha 13 de noviembre del 2019.

⁷⁸ Solicitud de opinión favorable realizada mediante Oficio N° 026 -2020/PROINVERSION/DPP/FE.01 de fecha 07 de setiembre de 2020.

⁷⁹ Opinión favorable emitida mediante Informe N° 066-2020-EF/68.03 de fecha 16 de setiembre del 2020.

Proyecto “Ferrocarril Huancayo – Huancavelica”, el proceso necesitó de poco más de un (01) año para que el Contrato de APP obtenga la opinión previa favorable del MEF (desde el 11 de septiembre del 2019 hasta 16 de septiembre del 2020)

Evidentemente, el hecho de que PROINVERSION nunca haya respondido a la solicitud de información adicional realizada por el MEF en noviembre del 2019, evidencia el reinicio de las coordinaciones entre ambas entidades, pese a que, conforme al Reglamento, dichas coordinaciones debieron agotarse durante la Fase de Estructuración, es decir, entre el mes de octubre del 2017 y el mes de septiembre del 2019.

Lo acontecido en este caso, resulta consecuencia precisamente de la ausencia de una regulación que -conforme a lo explicado anteriormente- otorgue carácter de vinculantes a las reuniones de coordinación previas a la opinión que emiten las entidades y que elimine la posibilidad de que las entidades soliciten información adicional para la emisión de sus opiniones, tomando en consideración que para ello se realizan las coordinaciones previas.

Sin perjuicio de lo expuesto, consideramos pertinente hacer mención a lo acontecido luego de la opinión previa favorable del MEF emitida a la Versión Final del Contrato de APP del Proyecto “Ferrocarril Huancayo – Huancavelica”.

De manera posterior a dicha opinión -conforme al procedimiento estipulado en el Reglamento- con fecha 23 de octubre del 2020 la CGR emite su Informe Previo⁸⁰ respecto del mencionado Contrato de APP. En vista de las observaciones y comentarios realizados por la CGR, el OPIP se ve en la necesidad de adecuar el Contrato de Concesión a efectos de tomar en consideración las observaciones de la CGR. Con la nueva Versión del Contrato, el OPIP solicita nuevamente opinión al MTC⁸¹ y al MEF⁸² para finalmente comunicar a los postores la versión definitiva del Contrato de APP.

La opinión previa vinculante del MEF que habilita el proceso de adjudicación se emite con fecha 23 de diciembre del 2020. Como vemos, desde que PROINVERSION solicita por primera vez la opinión favorable al MTC (primera entidad a la que el OPIP solicita opinión previa, junto con el OSITRAN), hasta que se logra la opinión definitiva que permite la adjudicación del proyecto, transcurrieron un (01) año y tres (03) meses. Es decir, el proceso de APP necesitó para este caso de un (01) año y tres (03) meses de coordinación entre las entidades para lograr el objetivo de contar con las autorizaciones administrativas necesarias

⁸⁰ Informe Previo emitido mediante Oficio N° 001125-2020-GG/DC de fecha 23 de octubre del 2020.

⁸¹ MTC ratifica su opinión mediante Oficio N° 5131 -2020-MTC/19 de fecha 16 de diciembre del 2020.

⁸² Opinión favorable emitida mediante Informe N° 112-2020-EF/68.03, de fecha 23 de diciembre del 2020.

para la adjudicación del proyecto, fuera de las coordinaciones que debieron realizarse entre el mes de octubre del 2017 y el mes de septiembre del 2019.

Asimismo, como hemos podido verificar en este caso, la existencia de opiniones vinculantes – del MTC y el MEF-, que prevalecen jerárquicamente sobre la propuesta estructurada por PROINVERSION, genera una serie de ineficiencias dentro del proceso. Cada modificación que produzca al Contrato debe contar con una nueva opinión del MTC y del MEF, motivo por el cual, como vemos, estas entidades deben emitir opinión en más de una oportunidad. Ello sin contar el débil posicionamiento institucional que le otorga esta regulación a la Unidad Central de APP de nuestro país, toda vez que, pese a que en un inicio asume el rol estructurador del proceso de APP, no es quien tiene la última palabra respecto del diseño final del proyecto de cara a la adjudicación.

El éxito de Sistemas de APP como el establecido en Chile, radica precisamente en una regulación que ha logrado empoderar a su Unidad Central de APP – el Ministerio de Obras Públicas a través de la Dirección de Concesiones- entidad que tiene la autonomía suficiente para hacerse responsable de sustentar y conducir el proceso de APP, sin mayor dependencia técnica de otras entidades, salvo la presupuestal. Lamentablemente, las opiniones vinculantes reguladas por el ordenamiento peruano generan demasiada dependencia de nuestra Unidad Central de APP, lo cual tiene un impacto negativo en los objetivos de eficiencia que urgen ser implementados en nuestro Sistema en beneficio del cierre de la brecha de infraestructura del país.

3.2.2.3 Recomendación.

Conforme a la casuística analizada para el caso del Proyecto “Ferrocarril Huancayo – Huancavelica”, podemos concluir que se confirma la hipótesis inicialmente planteada, referida a que las APP se retrasan como consecuencia de que los acuerdos que se generan entre las entidades opinantes en las reuniones previas de coordinación no son vinculantes y el procedimiento no cuenta con una adecuada regulación al respecto.

En vista de ello, se propone que la regulación establezca claramente el momento en que se deben llevar a cabo estas reuniones de coordinación. A nuestra consideración, las mismas se deben llevar a cabo, cada vez que PROINVERSION -con el asesoramiento contratado- logre una posición respecto de las materias anteriormente listadas que componen el Contrato de APP. Cada una de estas materias debe responder a un Informe debidamente sustentado por el Consultor Integral y respaldado por PROINVERSION, a raíz del cual deben iniciarse las

reuniones de coordinación con la entidad competente, conforme a la distribución de materias propuesta.

Por citar un ejemplo, una vez que PROINVERSION defina las cláusulas vinculadas a la estrategia de liberación de predios e interferencias del proyecto, el Consultor debe aprobar el Informe correspondiente, el mismo que debe ser validado por PROINVERSION. En base a dicho Informe, PROINVERSION debe iniciar las reuniones de coordinación con la entidad competente, en este caso, con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a efectos que adelante sus opiniones y/o comentarios a la propuesta realizada. En caso se logre un consenso en dicha reunión, las partes se encuentran habilitadas para suscribir el Acta correspondiente, que los exonere de emitir opinión respecto de esta materia durante la etapa de emisión de opinión previa por escrito.

En segundo lugar, el Reglamento debe disponer que las reuniones de coordinación sobre las materias correspondientes deben culminar con un Acta, la cual preferentemente debe contener acuerdos vinculantes en los que la entidad opinante tome posición, a efectos de reducir el número de temas sobre los cuales se pronunciará finalmente la entidad. Si al momento que la entidad opina formalmente, se verifica un análisis y pronunciamiento sobre la totalidad de los temas, se tendrá como conclusión que las reuniones de coordinación previas fueron totalmente improductivas. Si al momento de la opinión formal la entidad solo ratifica lo acordado en las reuniones, entonces las reuniones de coordinación habrán cumplido con su finalidad de acelerar el proceso de APP.

En vista de que actualmente las reuniones de coordinación no tienen ningún tipo de vinculación con la opinión formal que emiten las entidades, muchas veces los participantes en dichas reuniones son profesionales que finalmente no son los responsables de elaborar los Informes de opinión, situación que, en vez de acelerar el proceso de APP, lo dilata a través de la celebración de reuniones infructuosas.

En tercer lugar, la regulación debe establecer un plazo límite para la realización de estas reuniones de coordinación. En vista de que, conforme a la casuística revisada, muchas veces estas reuniones de coordinación pueden dilatar excesivamente el proceso, se debe establecer un límite máximo de tres (03) reuniones con cada entidad. Carece de sentido que el número de reuniones sea ilimitado, pues de esa forma se aleja demasiado el momento de la emisión de la opinión previa formal.

Asimismo, consideramos se debe establecer también un período de tiempo razonable para la celebración de estas reuniones, respecto de lo cual consideramos que un máximo de tres (03)

meses puede resultar un plazo razonable. Estos tres meses se contarían desde que PROINVERSION culmina con la estructuración del Proyecto, debiendo regularse que, preferentemente, dichas reuniones deben realizarse cada vez que el Consultor integral termine de definir alguna de las materias del Contrato, tratando de agruparlas, a efectos que dichas materias puedan ser materia de coordinación hasta en un máximo de tres reuniones con cada entidad.

Asimismo, tomando en consideración que el procedimiento ya contaría con un período predecible de duración, el regulación debe precisar que la celebración de estas reuniones constituyen un derecho de las entidades opinantes y una obligación del OPIP, a efectos que se genere el equilibrio necesario dentro del Sistema, tomando en consideración que, así como el proceso de APP requiere del empoderamiento de PROINVERSION -conforme a lo anteriormente recomendado- también resulta importante que no se pierdan los incentivos necesarios para que el Contrato de APP reciba la mayor cantidad de retroalimentación posible por parte de las entidades opinantes, para su perfeccionamiento.

Finalmente, en cuarto lugar, las reuniones de coordinación deben servir para que las entidades opinantes soliciten la información adicional que consideren necesaria y pueda ser presentada durante la siguiente reunión de coordinación. La información adicional solo debe poder ser solicitada durante la primera y segunda reunión de coordinación, siendo la última reunión el espacio en el que PROINVERSION y las entidades logren acuerdos respecto de la información proporcionada.

En vista de la propuesta realizada, la regulación actual debe eliminar la posibilidad de que se solicite información adicional en la etapa de emisión formal de la opinión. En la práctica, dado que actualmente no existe un plazo máximo para que PROINVERSION remita la información adicional solicitada, este espacio ha sido utilizado como un espacio de coordinación adicional entre entidades.

Conforme a la regulación actual, la entidad opinante puede solicitar la mayor cantidad de información adicional posible -pese a que se hayan sostenido reuniones previas de coordinación con el OPIP- dentro de los primeros cinco (05) días desde solicitada la opinión formal. PROINVERSION en vista de la enorme cantidad de información adicional que se le puede solicitar, se puede ver en la necesidad de convocar nuevamente a reuniones de coordinación, generándose una dilatación excesiva del proceso, conforme a lo acontecido en el caso del Proyecto “Ferrocarril Huancayo – Huancavelica”.

Consideramos pertinente mencionar también que, conforme a la regulación actual, el hecho de que PROINVERSION, Unidad Central de APP del Sistema, sea un organismo técnico especializado adscrito al MEF, en la práctica puede estar generando una situación de dependencia en perjuicio del Sistema. El empoderamiento y la dotación de la suficiente autonomía de PROINVERSION, conforme a lo recomendado anteriormente, contribuiría positivamente con la búsqueda de eficiencia del Sistema, toda vez que el Perú, conforme a la práctica internacional, necesita de una Unidad APP robusta capaz de hacerse responsable de los procesos de APP que estructura, sin la necesidad de opiniones que puedan prevalecer respecto de dicha estructuración, salvo materias excepcionales como es el caso de la capacidad presupuestal de la ETP.

3.2.3 Hipótesis 3: El Equipo de Seguimiento de la Inversión requiere que se precisen sus funciones vinculadas a la medición del desempeño del Sistema.

3.2.3.1 Planteamiento del Problema.

Conforme a lo visto anteriormente, el Banco Mundial recomienda como tercer elemento clave para lograr un Sistema exitoso de APP, contar con procedimientos y responsabilidades institucionales claramente definidos. Un proceso de APP sólido se caracteriza por un monitoreo constante por parte del gobierno a efectos de controlar la calidad de los procesos. Sin embargo, tal como analizaremos a continuación, los esfuerzos que en la actualidad destina el Sistema peruano a su propio monitoreo, aún resultan insuficientes.

Mediante Decreto Supremo N° 104-2013-EF, publicado en mayo del año 2013, se creó el Equipo Especializado de seguimiento de la inversión (EESI) -durante la vigencia del DL 1012-, el mismo que depende funcionalmente del Despacho Ministerial del Ministerio de Economía y Finanzas y cuenta con las siguientes funciones, conforme al numeral 2.2, artículo 2° de dicha norma:

Decreto Supremo N° 104-2013-EF:

2.2 El Equipo Especializado tiene por finalidad:

- a) Realizar el seguimiento de los planes de ejecución de inversiones, a fin de facilitar y agilizar la ejecución de dichos planes en base a la información proporcionada por PROINVERSION y todas las entidades del sector público involucradas.
- b) Difundir periódicamente los avances de la ejecución en los planes de inversión de los proyectos.

- c) Identificar los problemas y trabas que afectan la ejecución de las inversiones y proponer las soluciones correspondientes, así como la adecuación de los marcos normativos y de los procedimientos administrativos para propiciar la oportuna y eficiente ejecución de los proyectos de inversión.
- d) Identificar necesidades de infraestructura complementarias a los proyectos de inversión y proponer su priorización con la finalidad de incrementar su impacto, en coordinación con las entidades públicas competentes.
- e) Proponer medidas para el fortalecimiento de las capacidades institucionales que afecten la oportuna y eficiente ejecución de los proyectos de inversión.

2.3 PROINVERSION debe proporcionar el soporte permanente que requiera el Equipo Especializado para el cumplimiento de sus funciones, en el marco de sus competencias. Asimismo, con la finalidad de cumplir con las tareas asignadas, las entidades del sector público están obligadas a proporcionar la información que sea necesaria para el cumplimiento de las funciones del Equipo Especializado. Para tal efecto, los titulares de las entidades del sector público deben designar un funcionario de enlace como responsable de realizar las coordinaciones con dicho Equipo Especializado.

El DL 1362⁸³ vigente desde el año 2019, toma en consideración la participación de este equipo dentro del actual Sistema de APP. Al revisar las competencias con las que cuenta el equipo de seguimiento, podemos verificar que el Sistema ha creado un órgano destinado exclusivamente a la autoevaluación del Sistema. Sin embargo, en la práctica, sus objetivos de facilitar y agilizar la ejecución de inversión en el país, no se han visto concretizados.

La falta de concretización de objetivos por parte del Equipo de Seguimiento, referidos a la agilización, identificación de problemas, trabas, así como soluciones para dichas trabas, y de identificación de la necesidad de cambios normativos para propiciar la ejecución oportuna de proyectos de inversión, se explica, a nuestra consideración, por su lejanía con respecto del trámite real del proceso de APP.

El EESI se encarga de manera constante de acompañar en las reuniones de coordinación y solicitar reportes sobre el desempeño de los procesos de APP. Sin embargo, dichos reportes difícilmente identifican el origen de la problemática y de los retrasos, toda vez que los encargados de brindar los reportes no cuentan con los incentivos necesarios para poner al

⁸³ Conforme a lo regulado por el artículo 9º del DL 1362, que establece los alcances de la participación del Equipo Especializado de Seguimiento de la Inversión.

desnudo las falencias de sus propios equipos. En otras palabras, el Sistema no ha creado los incentivos suficientes para que el EESI reciba reportes que le permitan identificar las mejoras que necesita el marco regulatorio.

Por otro lado, resulta evidente que el Sistema de APP en el Perú aún no ha alcanzado un desempeño de carácter cooperativo. Podemos afirmar que no se han invertido los suficientes esfuerzos a efectos que los equipos involucrados comprendan la verdadera trascendencia del rol que cumplen. Se verifica un enfoque orientado sólo hacia el cumplimiento de lo que dispone el marco normativo, y dado que el marco normativo no resulta lo suficientemente claro en varios aspectos -conforme a lo revisado en el presente trabajo-, se genera un caos respecto del cual ninguna de las entidades asume el control, dada la mala distribución de incentivos dentro del Sistema. Las entidades buscan el cumplimiento de la norma como remedio al desorden, pero en este caso la medicina termina agravando aún más la enfermedad.

El EESI termina resultando víctima de este desorden pues, en vista de los vacíos regulatorios – anteriormente revisados- las entidades afirman actuar en el marco de sus competencias, por lo que, en teoría, no se detectan incumplimientos que reportar. En tal sentido, el Sistema no cuenta con las herramientas necesarias para que se detecte el origen de los problemas. Ello tomando en consideración que el EESI es un equipo que radica en la Alta Dirección del MEF, por lo que no tiene mayor contacto directo con los problemas de gestión que se evidencian día a día durante la fase de estructuración y transacción, limitándose solo a la recepción de reportes de avances, sin que se realice un verdadero intento por identificar el problema, resolverlo y dar propuestas de mejora regulatoria o de gestión que permitan evitar que estos problemas se repitan.

En vista de lo expuesto, el Sistema necesita una evaluación constante sobre su desempeño, el mismo que debe servir como punto de partida para la adecuación y reorientación de la regulación a favor del cumplimiento de los objetivos de cierre de brecha del Estado y de esta manera identificar claramente los retrasos e ineficiencias dentro del proceso de APP. Asimismo, a efectos que dicho diagnóstico pueda ser utilizado no solo por el sector público, sino también por el sector académico y la sociedad civil en general, es muy importante que dicho diagnóstico sea de libre acceso público.

En tal sentido, consideramos, en primer lugar, que resulta urgente precisar y repotenciar las facultades con las que cuenta el EESI para el cumplimiento de sus funciones y, asimismo, que el Sistema lo reconozca como el órgano responsable de evaluar el desempeño del Sistema y de proponer las mejoras regulatorias que resulten necesarias para mejorar la eficiencia de

este. Para dichos efectos, consideramos resulta necesaria la creación de un portal web con los mejores estándares tecnológicos internacionales, que sea administrado y actualizado constantemente por el EESI.

Para efectos de que se generen los incentivos suficientes, el EESI deberá rendir cuentas al ente rector – DGPPIP del MEF- sobre la correcta actualización del portal web, encargándose este último de verificar que el portal efectivamente cuente con la totalidad de la información y estándares previamente determinados que permitan a las entidades públicas del Sistema tomar decisiones acertadas de gestión en beneficio del Sistema y, asimismo, permitan al sector académico y sociedad civil participar con críticas y propuestas de mejora que permitan mejorar la forma como el Estado se asocia con el sector privado para la provisión de infraestructura y servicios de carácter público para el país. La regulación debería especificar incluso, que el EESI puede valerse de una APP para la administración de este portal de transparencia.

A partir de la mejora regulatoria propuesta, el rol que cumple el ente rector se estaría reorientando también hacia un papel más normativo y fiscalizador del cumplimiento de las responsabilidades distribuidas dentro del Sistema, dejando de lado el papel de revisor que actualmente busca ejercer respecto del diseño que realiza PROINVERSION, conforme se verifica en la casuística expuesta en secciones anteriores.

En la actualidad, el ente rector -a propósito de la falta de claridad sobre las funciones que debe cumplir cada entidad- cumple un rol de control sobre la formulación y estructuración que propone PROINVERSION lo que genera graves ineficiencias dentro del Sistema de APP en el Perú. Dicho papel, además, a propósito de la opinión previa vinculante que emite, le resta jerarquía y autonomía a PROINVERSION, generando incentivos incorrectos dentro del Sistema, pues la Unidad APP, tratándose de la entidad que estructura el proyecto de APP y quien destina la mayor cantidad de horas de trabajo es quien debería tener el control del diseño final del mismo y asumir la responsabilidad respecto del trabajo realizado.

3.2.3.2. Recomendación.

Conforme a los argumentos anteriormente expuestos, podemos concluir que se confirma la hipótesis inicialmente planteada, referida a que las APP se retrasan como consecuencia de que el Equipo de Seguimiento no viene cumpliendo de manera efectiva con su rol de evaluador del desempeño que ejerce dentro del Sistema, por lo cual, se requiere de una urgente mejora regulatoria que permita que se identifiquen de manera constante las ineficiencias dentro del SNPIP.

Como parte del reforzamiento de esta función de evaluador de desempeño del Sistema que debe cumplir el EESI, este órgano debe asumir de manera responsable la gestión de un moderno portal de transparencia, para lo cual se deben crear los incentivos necesarios. Los administradores de este portal web deben contar con los incentivos remunerativos adecuados, pero a su vez deben ser pasibles de sanciones por parte de la CGR, previo reporte de la DGPPIP, en caso se verifique el incumplimiento de determinados estándares mínimos.

La información con la que cuente el portal web bajo mención debe permitir que cualquier usuario alcance respuesta inmediata a preguntas trascendentales para una adecuada gestión, como, por ejemplo, las siguientes: ¿con cuántos profesionales especialistas en APP cuenta el MTC o alguna otra ETP? ¿Cuál es el nivel de capacitación de estos profesionales? ¿Cuáles son sus años de experiencia gestionando temas de APP? ¿Cuál es el plan del MTC para gestionar el cambio generacional y la memoria institucional de la entidad vinculada a APP? ¿Si se retira alguno de los profesionales clave de la entidad, existe un segundo representante con la experiencia necesaria que lo pueda reemplazar? ¿Quiénes conforman el CPIP del MTC? ¿cuáles son los órganos internos del MTC encargados de emitir opinión respecto de los Contratos de APP? ¿Existe una planificación para que el MTC gestione sus proyectos bajo el enfoque de PMO? ¿Qué correcciones debe realizar la entidad en su Reglamento de Organización y Funciones para permitir una gestión más eficiente del Sistema de APP? ¿Cuáles son los plazos que demora el MTC en la atención de las solicitudes vinculadas al Sistema? ¿Existe un libro blanco que recopile las lecciones aprendidas del Sector en materia de APP?

Cualquier usuario del sector público que pueda acceder a este portal, podrá recibir información de primera mano sobre el desempeño del Sistema y, por tanto, la duda sobre cuál es el origen de los problemas ya no será tan difícil de responder. Al conocer el origen de la problemática, el Estado podrá poner en agenda el análisis sobre nuevos cambios regulatorios o de gestión que solucionen cualquier traba que se identifique y que ponga en riesgo la consecución de los objetivos de cierre de brechas del Estado peruano. Por otro lado, esta transparencia generaría los incentivos suficientes para que las entidades que conforman el Sistema mejoren su gestión interna y coadyuven con el logro de los objetivos, pues esta vez, se encuentran bajo la mirada del país en general y, a su vez, bajo la mirada de los inversionistas privados y organismos multilaterales a nivel internacional.

Precisamente, bajo los objetivos de promoción de la inversión privada, este portal sería de mucha ayuda, toda vez que mejoraría la reputación del Estado Peruano en lo que respecta a sus estándares de transparencia y la seriedad, importancia y el orden con la que el país

gestiona su Sistema de APP. Asimismo, este portal permitiría generar políticas que permitan al ente rector premiar y/o reconocer públicamente a aquellas entidades que demuestren una gestión eficiente de sus proyectos de APP, generándose un ambiente competitivo para la generación de valor dentro del SNPIP.

Como propuesta de segunda mejora regulatoria, consideramos que, para efectos de que este portal de transparencia logre una rápida obtención de información a favor del portal web, PROINVERSION y cada ETP debe contar con un profesional destacado por el EESI del MEF dentro de sus filas, pues dada la variedad de órganos internos y de funciones que ejercen las ETP dentro del proceso de APP -incluyendo el MTC- es a nivel interno en donde se generan la mayor cantidad de trabas y demoras.

Este profesional destacado debe cumplir las mismas funciones que actualmente cumple el funcionario de enlace del EESI⁸⁴, pero debe cumplir su rol dentro de las oficinas de cada entidad, a efectos que tenga un contacto más cercano con la gestión de los procesos de APP y su labor no solo se limite a la recepción de reportes. Esta es una práctica muy común en organismos multilaterales, los cuales destacan personal dentro de entidades públicas estratégicas de cada país, a efectos de recabar información sobre la gestión de estas entidades.

El funcionario de enlace debe contar con la capacitación necesaria- acreditada por el ente rector- y su rol debe ser recabar constantemente información actualizada para el portal web, así como detectar y analizar posibles fallas dentro del funcionamiento interno de las entidades, con la obligatoriedad de emitir pronunciamientos vinculantes ante la detección de ineficiencias dentro del proceso, pronunciamientos que deben ser de ejecución inmediata por parte de la ETP, sea que se trate de un Ministerio, Gobierno subnacional o cualquier otra ETP con competencias vinculadas al Sistema.

Estos funcionarios de enlace deberán ser evaluados constantemente por el Sistema y deberán competir entre ellos para medir la eficiencia que vayan logrando dentro de las ETP. Esta eficiencia puede ser medida a partir del tiempo de duración de los procesos de APP, el número de proyectos que se adjudican, el tiempo de respuesta a las solicitudes, el número de proyectos en cartera con la que cuenta cada ETP, entre otros indicadores.

La administración de un Sistema tan trascendente para el país -conforme al rol que le ha otorgado el PNIC a las APP para lograr el cierre de la brecha de infraestructura- no debe dejarse a la suerte. La administración general del Sistema debe ser asumida por el ente rector y debe supervisar muy de cerca que el EESI administre correctamente el portal de

⁸⁴ Conforme al artículo 3° del Decreto Supremo N° 104-2013-EF.

transparencia. Dicho portal debe contener el mayor detalle posible a través del importante rol que deben cumplir los funcionarios de enlace. Estos últimos deben a su vez revisar de manera aleatoria la calidad de los Informes y realizar un control constante respecto de la eficiencia y desempeño de las entidades a las que son destacados.

Lamentablemente, a nuestra consideración, el ente rector se encuentra enfocado en duplicar el rol que le corresponde a la Unidad APP del Perú, contraviniendo así uno de los principios más importantes que rigen actualmente la Modernización de la Gestión Pública: el principio “de eficacia y eficiencia”⁸⁵. Al existir más de una entidad responsable del diseño contractual, finalmente ninguno termina asumiendo una verdadera responsabilidad.

Por último, cabe precisar que las mejoras regulatorias propuestas en esta sección, orientadas a repotenciar el rol que cumple actualmente el EESI, no deben generar mayores retrasos en los procesos de APP, toda vez que se trata de actividades de gestión que deben llevarse a cabo de manera paralela a los procesos de APP, sin que ello signifique que se deban crear nuevos hitos de evaluación dentro del proceso que incrementen los retrasos e ineficiencias que se busca eliminar.

3.2.4 Hipótesis 4: La inestabilidad de los cargos públicos impacta negativamente en el Sistema de APP.

3.1.4.1 Planteamiento del problema.

Conforme a lo revisado en nuestro segundo capítulo – y conforme a lo recomendado por el Banco Mundial- uno de los elementos más importantes para un Sistema de APP exitoso, es la predictibilidad que se pueda generar tanto para los actores que ejercen funciones dentro del Sistema, como para aquellos inversionistas que observan el desempeño desde afuera. La predictibilidad genera confianza.

Los constantes cambios y la inestabilidad política que se han venido suscitando en los últimos tiempos en el Perú, tienen un impacto negativo directo en el Sistema de APP. En la actualidad, el cambio de la máxima autoridad jerárquica del MTC no se observa como un suceso extraordinario, dada la responsabilidad política que reviste al cargo de Ministro - conforme al marco constitucional vigente-. Sin embargo, el problema radica en que dichas

⁸⁵ Conforme al principio de “Mayor eficiencia en la utilización de los recursos del Estado” contemplado en el artículo 5° de la Ley N° 27658 – “Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado”, se elimina la duplicidad o superposición de competencias, funciones y atribuciones entre sectores y entidades o entre funcionarios y servidores.

remociones o renuncias, en la práctica traen como consecuencia la inestabilidad del funcionamiento interno de la entidad, toda vez que el nuevo ministro cuenta con prerrogativas para remover de su cargo a los principales directores de línea de la entidad, entre ellos, al funcionario que ejerce competencias vinculadas a Sistema de APP⁸⁶, por tratarse de “cargos de confianza”.

La remoción recurrente del director de línea que ejerce estas competencias, tomando en consideración que el nuevo director actualmente no cuenta con mayores limitaciones para remover a los profesionales a su cargo, pone en riesgo la velocidad con la cual se tramitan los proyectos de APP, la formación de una memoria institucional dentro de la entidad, así como el cumplimiento de objetivos a largo plazo, limitando a su vez la rendición de cuentas que se le puede exigir a este funcionario.

Conforme sucede en la actualidad, si un director de línea no tiene certeza sobre el tiempo que durará en el cargo, ¿cómo puede el Sistema exigirle una planificación seria de actividades para el cumplimiento de metas de largo plazo? Es por ello que en el MTC, más allá del Informe Multianual de Inversiones en APP -que establece una cartera de inversiones al corto plazo-, no existen documentos de planificación que determinen actividades y objetivos al mediano y largo plazo en lo que respecta a las funciones que cumple la ETP dentro del Sistema. Ello, a nuestra consideración, es consecuencia de la poca predictibilidad con la que cuenta el director de línea sobre su permanencia en el cargo, por lo que resulta una tendencia hacia atender los temas “urgentes” vinculados a la agenda política, desatendiéndose así las labores de planificación al mediano y largo plazo. Esta tendencia guarda vinculación también con la ausencia de un autodiagnóstico dentro del Sistema, que permita trazar un norte a este tipo de funcionarios.

En el caso particular del MTC, la Dirección General de Programas y Proyectos en Transporte -órgano de línea que ejerce funciones vinculadas al Sistema de APP- además de participar en todas las actividades vinculadas a las cinco (05) fases del proceso de promoción a través de la Dirección de Inversión Privada en Transporte, cuenta además bajo su cargo con una unidad orgánica dedicada exclusivamente a la planificación y realización de actividades necesarias para la oportuna liberación de predios e interferencias que permitan la ejecución de los proyectos de infraestructura bajo la modalidad de APP.

⁸⁶ Dichas competencias actualmente las ejerce la Dirección General de Programas y proyectos, conforme a lo dispuesto por el Texto integrado del Reglamento de Organización y Funciones y Organigrama del MTC, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 785-2020-MTC/01 de fecha 02 de noviembre del 2020.

Esta última Dirección, denominada Dirección de Disponibilidad de Predios⁸⁷, es la encargada de realizar el reconocimiento de las áreas necesarias para los proyectos de APP y de proyectar las actividades y tiempos necesarios para la obtención dichas áreas necesarias y la liberación de las interferencias que puedan entorpecer la ejecución oportuna del proyecto. Para el cumplimiento de dichas labores, además de llevarse a cabo por personal multidisciplinario especializado, se contratan servicios que coadyuven con sus actividades -por ejemplo, servicios de vuelos dron que generen fotografías con gran detalle sobre las áreas del proyecto.

Un cambio del director responsable de esta unidad orgánica, puede traer consigo la paralización de todas estas actividades que evidentemente requieren de continuidad en su realización, pues existe de por medio una planificación y distintos compromisos que devienen de la gestión de diferentes contrataciones internas, que de no cumplirse conforme a lo previsto en determinado momento, pueden generar toda clases de controversias y retrasos que ponen en riesgo los objetivos de largo plazo trazados por el SNPIP.

Más allá de las causales que pueden generar los cambios de directores dentro de la entidad, es importante reflexionar sobre el riesgo que se genera en la continuidad de los proyectos, la memoria institucional y el cumplimiento de objetivos a largo plazo trazados dentro del Sistema de APP.

A nuestra consideración, conforme a la actual situación regulatoria, bajo un escenario de inestabilidad política como el actual -en el que la vacancia presidencial se ha convertido en una herramienta posible de ser invocada sin mayores restricciones- no resulta posible ser optimistas en lo que respecta al cumplimiento de las metas de cierre de la brecha de infraestructura que se ha trazado el Estado peruano. No tiene mucho sentido haber logrado contar con una cartera de proyectos estable a través del PNIC si los directores y/o profesionales encargados de hacerlos realidad no cuentan con la estabilidad necesaria que reclama el Sistema.

La problemática se agudiza aún más dado que -como vimos anteriormente- el Sistema no cuenta con un constante evaluador sobre su desempeño, que se encargue de verificar el nivel de capacitación de los profesionales y directores, así como sobre su cantidad ideal, pues muchas veces las entidades públicas no cuentan con la capacitación ni con la cantidad de personal suficiente para afrontar la enorme responsabilidad e importancia que ha asumido el Sistema de APP en el Perú.

⁸⁷ Dirección creada por el Texto integrado del Reglamento de Organización y Funciones y Organigrama del MTC, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 785-2020-MTC/01 de fecha 02 de noviembre del 2020.

3.1.4.2 Recomendación.

En vista de lo expuesto, a nuestra consideración, los directores de línea de los Ministerios, encargados de asumir funciones sustanciales vinculadas al SNPIP -como, por ejemplo, las direcciones encargadas de planificar la liberación de los predios e interferencias, la dirección encargada de opinar y/o gestionar los trámites de carácter socio- ambiental, la dirección encargada de opinar sobre los parámetros mínimos de ingeniería, o la dirección encargada de consolidar la opinión sobre la redacción del Contrato de Concesión- deben contar con un mínimo de continuidad en el tiempo, a través de una contratación a plazo indeterminado, a efectos que los procesos de APP no se vean retrasados o, en el peor de los casos, reiniciados cada vez que se produzca un cambio en alguno de estos responsables.

En el caso específico chileno, por ejemplo, podemos verificar que el Director General de Concesiones de Obras Públicas- órgano con competencias vinculadas a la promoción de Asociaciones Público - Privadas en dicho país⁸⁸- cuenta con una estabilidad de tres (03) años en su cargo, los cuales pueden ser renovables previo sustento. Dicho director, para efectos de asumir el cargo, debe atravesar previamente por un concurso público de méritos, en el marco de una normativa específica que regula la política aplicable a los funcionarios públicos en dicho país⁸⁹.

En el caso peruano, la propuesta de mejora regulatoria que se plantea evidentemente guarda mucha vinculación con la reestructuración organizacional que en la actualidad viene promoviendo la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR en la administración pública del Perú. Al respecto, no es materia del presente trabajo ahondar sobre la compatibilidad del “Sistema administrativo de gestión de recursos humanos” que promueve SERVIR⁹⁰ con el Sistema de APP en el Perú.

Sin embargo, consideramos que la reestructuración organizacional que aplique a los directores y/o profesionales que desempeñan funciones vinculadas al Sistema de APP deben, en primer lugar, recibir la estabilidad necesaria que mitigue la falta de planificación a largo plazo, continuidad de las actividades inherentes al Sistema, la ausencia de rendición de cuentas y las demás actividades esenciales que se ponen en riesgo con cada cambio de estos

⁸⁸ Conforme a lo dispuesto por la Ley N° 21044, vinculada al Ministerio de Obras Públicas de Chile, que “Crea la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas”, publicada con fecha 25 de noviembre del 2017.

⁸⁹ Ley N° 19882, vinculada al Ministerio de Hacienda de Chile, que “Regula la nueva política de personal a los funcionarios públicos” publicada con fecha 23 de junio del 2003.

⁹⁰ Conforme a lo dispuesto por la Ley N° 30057 – “Ley del Servicio Civil”, de fecha 03 de julio del 2013.

directivos; ello tomando en consideración la importancia que actualmente el Estado peruano le ha asignado a los proyectos de APP para lograr el crecimiento económico del país.

En segundo lugar, para el caso en particular de estos directores y/o funcionarios, a nuestra consideración, deberán cumplir con requisitos mínimos de capacitación y experiencia -lo suficientemente flexibles para permitir la formación de nuevos especialistas- en materia de APP, requisitos que deberán ser previamente establecidos a nivel general por la DGPPIP en su calidad de ente rector.

Para efectos de que se concreten las propuestas planteadas, resulta necesario que el DL 1362 reconozca la estabilidad laboral de estos funcionarios clave, los mismos que deberán ser debidamente identificados y evaluados constantemente por el EESI, en virtud de su nuevo rol de evaluador de desempeño del Sistema de APP -conforme a la propuesta anteriormente planteada-, nuevo rol que también debe ser reconocido por la modificatoria del DL 1362.

3.2.5 Hipótesis 5: El rol de la Contraloría no se encuentra adecuadamente delimitado.

3.2.5.1 Planteamiento del Problema.

Finalmente, conforme a lo revisado también en nuestro segundo capítulo, el Banco Mundial recomienda como quinto elemento indispensable, que los gobiernos realicen los arreglos institucionales que resulten necesarios con la finalidad de que se determine la participación de entidades complementarias -como aquellas vinculadas a la función de auditoría- definiendo cómo estas contribuyen con el éxito del Sistema y cómo se responsabilizan por el impacto de sus decisiones y acciones.

En el caso peruano, uno de los actores del Sistema que ha venido mostrando una participación muy activa, pero a su vez controversial, es la CGR, pese a las limitaciones que el propio Sistema ha establecido para su participación.

Como vimos anteriormente, el actual DL 1362 limita la opinión previa de la CGR “únicamente a aquellos aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado”, calificándola como “no vinculante, sin perjuicio del control posterior”. Esta limitación no se trata de una innovación del vigente DL 1362, sino que es una regulación que ha venido siendo heredada desde el año 2008, con la entrada en vigor del DL 1012.

A nuestra consideración, -en la línea de lo expuesto en el presente trabajo- esta regulación resulta acertada, pues le otorga un objetivo claro al pronunciamiento de la CGR: la

verificación de que el proyecto de APP no comprometa de manera irresponsable el crédito o la capacidad financiera del Estado, es decir, sin previa evaluación y sustento correspondiente por parte de la entidad competente como es el MEF, en mérito a uno de los principios fundamentales del Sistema de APP en el Perú: la responsabilidad presupuestal⁹¹.

Sin embargo, la primera crítica que encontramos a la actual regulación es que, en la práctica, la misma no ha logrado cumplir con el objetivo de delimitar los alcances del pronunciamiento de la CGR. Conforme analizaremos en la casuística vinculada a este tema, el Informe Previo que en la actualidad viene emitiendo la CGR puede comprender cualquiera de las materias que componen el Contrato de APP.

Ello toda vez que la limitación referida a “aquellos aspectos que comprometen el crédito o la capacidad financiera del Estado” – de manera similar a lo que ha venido ocurriendo con las demás entidades opinantes- se viene interpretando por la CGR de manera extensiva, nuevamente en perjuicio de los objetivos de eficiencia del Sistema.

3.2.5.2 Análisis sobre casuística asociada al problema.

En el marco del proceso de promoción del Proyecto “Ferrocarril Huancayo -Huancavelica” -más reciente proyecto respecto del cual se ha emitido un Informe Previo- la CGR, con fecha 23 de octubre del 2020, emite su Informe Previo⁹², el mismo que, conforme el propio título de dicho documento indica, se realiza sobre “operaciones que en cualquier forma comprometan el crédito o capacidad financiera del Estado”.

A partir de la revisión de dicho Informe Previo, podemos verificar que el mismo emite recomendaciones sobre temas como “incertidumbre en la fecha de inicio de explotación del proyecto, que puede generar controversias en la aplicación de penalidades”, “riesgo de incertidumbre en el inicio de la etapa integral del proyecto que puede generar controversia en la aplicación de penalidades”, “incumplimiento de obligaciones del Concedente vinculadas al área de la concesión”, “riesgo de incumplimiento en la aprobación de los Estudios Definitivos de Ingeniería dentro del plazo máximo”, entre otros temas, que como podemos verificar, guardan vinculación con el diseño contractual del proyecto en diferentes materias, pero no guardan vinculación directa con el capacidad de crédito o financiera del Estado, materia respecto de la cual la CGR debería limitar su opinión.

⁹¹ Conforme a lo regulado por el artículo 4°, numeral 5 del DL 1362.

⁹² Informe Previo N° 00017-2020-CG/APP emitido por la CGR mediante Oficio N° 001125-2020-CG/DC de fecha 23 de octubre del 2020.

Conforme al contenido del Informe Previo analizado, la vinculación con la capacidad financiera del Estado, se realiza interpretando que el mal diseño del Contrato puede generar controversias entre el Concedente y el Concesionario, que finalmente podrían afectar la capacidad financiera del Estado a través de la determinación de pagos adicionales a favor del Concesionario, como producto de un arbitraje perdido. Es decir, la CGR realiza una proyección sobre las posibles controversias que se podrían generar entre las partes y asume además un supuesto en el que las partes no llegarían a una solución amigable, supuesto bajo el cual, ante el supuesto de un laudo o fallo desfavorable para el Estado, se podrían ver comprometidos mayores recursos del Estado en el proyecto.

Conforme lo indicamos anteriormente, no consideramos negativa per se la participación activa de las entidades dentro del proceso. El problema radica en que actualmente el Sistema de APP en el Perú se encuentra en crisis debido a la falta de predictibilidad dentro del proceso. Precisamente, este tipo de opiniones realizadas en el marco de interpretaciones extensivas, le restan predictibilidad al proceso de APP. La CGR emite pronunciamiento respecto de materias sobre las cuales ya debería existir una aprobación o pronunciamiento previo por parte del OPIP y alguna de las entidades opinantes, conforme a la afinidad de sus competencias.

Si bien en la práctica, la opinión emitida por la CGR aportó positivamente en el Contrato de APP del mencionado proyecto “Ferrocarril Huancayo – Huancavelica”, generando incluso una nueva Versión Final del Contrato por parte del OPIP a través de la cual se atienden sus recomendaciones, esta participación desordenada de las entidades es la que viene generando demoras dentro del proceso de APP. En este caso en particular -tal como lo vimos anteriormente- PROINVERSION necesitó recibir una nueva opinión favorable vinculante tanto del MTC como del MEF, respecto de la nueva redacción de las cláusulas modificadas.

La situación descrita podría haber encontrado una solución más eficiente si PROINVERSION fuera el responsable final de la redacción del Contrato de Concesión, quien al recibir la última opinión del proceso -Informe Previo- por parte de la CGR, hubiera podido sustentar la adecuación del Contrato y proceder con la licitación o concurso correspondiente.

Por otro lado, a nuestra consideración, el hecho de que la CGR -última entidad opinante sin mayores responsabilidades respecto del Contrato de APP-, haya detectado dichos riesgos en la Versión Final del Contrato-, es consecuencia de la ausencia de responsabilidades claras dentro del proceso de APP. Tal como se dijo antes, PROINVERSION estructura el proyecto, pero finalmente no cuenta con poder de decisión sobre su diseño final, lo que

genera muy bajos incentivos para que el OPIP realice un trabajo a detalle durante la fase de estructuración, pues esta entidad conoce de antemano que la decisión sobre el diseño final del Contrato recaerá en manos de otra entidad.

3.2.5.3 Recomendación.

En vista de la situación actual expuesta, en la que la participación de la CGR no cuenta con una adecuada delimitación, generando desincentivos para la toma rápida de decisiones dentro del proceso de APP, consideramos que el marco regulatorio actual debe adecuarse a efectos de precisar el rol que debe ejercer la CGR dentro del Sistema. Para ello consideramos existen dos opciones.

La primera sería precisar en la normativa vigente que el rol que cumple la Contraloría debe restringirse exclusivamente a analizar el pronunciamiento que debe emitir el MEF respecto de los impactos que genera el proyecto de APP en la capacidad de crédito y presupuestal del Estado, no pudiendo extenderse dicha opinión a los posibles riesgos o contingencias económicas que se puedan derivar de una futura controversia entre las partes como producto del diseño del Contrato, por ser materia de la opinión previa que debe emitir cada entidad.

De esta manera el Sistema estaría optando por restringir la participación de la CGR a temas puntuales, pese a que, durante la etapa de ejecución contractual ejercerá competencias de fiscalización posterior, en el marco de las competencias que le otorga la Ley Orgánica 27785⁹³.

La segunda opción, es que el Sistema reconozca la interpretación extensiva que en la práctica realiza actualmente la CGR y reconozca con claridad que esta entidad puede pronunciarse sobre cualquier aspecto o materia del Contrato que pueda comprometer a futuro la capacidad de crédito o presupuestal del Estado peruano. A nuestra consideración, esta opción resultaría como la más pertinente, toda vez que -sin perjuicio de que la responsabilidad última sobre el diseño del Contrato debe recaer en PROINVERSION- se genera la posibilidad de que el Contrato reciba la mayor cantidad de retroalimentación posible, incluyendo a la CGR, pero sin la necesidad de que el OPIP deba continuar rindiendo cuentas a ninguna otra entidad respecto del diseño contractual que es de su exclusiva responsabilidad.

Otra de las ventajas de esta segunda opción es que de esta manera se produce una participación extensiva de la CGR durante la etapa previa, promoviendo que se comprenda

⁹³ Ley 27785 - Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

el diseño del Contrato y evitando el ejercicio de un control irrazonable por parte de la CGR durante la etapa de control posterior en la ejecución contractual.

Al ser el principal objetivo del Sistema Nacional de Control la detección de errores en la aplicación de normas, así como perjuicios al Estado producto de las actuaciones de la administración, se genera en los funcionarios de la CGR grandes incentivos para encontrar toda clase de errores, incluso sin mayores argumentos objetivos que puedan sustentar los supuestos errores que se detectan.

Esta situación ha venido a su vez generando desincentivos dentro del Sistema de APP, pues a consecuencia de ello, los funcionarios de este último Sistema evitan tomar decisiones importantes, por el temor a ser sancionados en un futuro por la CGR, impactando negativamente en los objetivos de cierre de la brecha de infraestructura del país.

En tal sentido, la normativa que regula la actuación de la CGR debe contemplar nuevas sanciones para aquellos funcionarios que inicien procedimientos sancionadores sin mayor sustento objetivo y/o contraviniendo el principio de discrecionalidad contemplado en el DL 1362. De esta manera se generaría un importante contrapeso respecto de los grandes incentivos que actualmente existen para la detección de errores durante los procesos de APP, a través de la creación de un nuevo equipo dentro de la propia CGR encargado de detectar estas actitudes radicales y sancionarlas en beneficio del SNPIP.

Por último, a efectos de generar un equilibrio de incentivos, consideramos necesario que los seguros de responsabilidad administrativa, civil y penal que el DL 1362 dispone sean contratados a favor de los funcionarios que toman decisiones dentro de PROINVERSION, sean contratados también para los profesionales que toman decisiones en las demás entidades que conforman el Sistema.

De esta manera se generarían mayores incentivos para que los profesionales puedan tomar decisiones sin mayor temor dentro de los procesos de APP, y así coadyuvar con el logro de los objetivos de cierre de la brecha de infraestructura. Asimismo, esta nueva regulación generaría también que profesionales de la mejor calidad cuenten con incentivos para formar parte del sector público, en beneficio del desarrollo del Sistema de APP en el Perú.

CONCLUSIONES

- 4.1 La experiencia de diversos países, así como los estudios realizados hasta la fecha, demuestran que uno de los principales pilares que promueven el crecimiento económico es la inversión en infraestructura. En particular, el nivel de inversión en infraestructura de transportes es uno de los índices que se utilizan a nivel mundial para medir el nivel de crecimiento y competitividad de los Estados, dados los grandes beneficios que el transporte genera para la competitividad y el crecimiento económico sostenido, generando empleo productivo y elevando los estándares de calidad de vida de la población.
- 4.2 Las Asociaciones Público-Privadas constituyen un mecanismo de contratación que permite al sector público acelerar sus programas de inversión en infraestructura y servicios de carácter público y mejorar los estándares de calidad de estas inversiones. Esto se logra a partir de la compartición de riesgos entre el sector público y el sector privado que fomenta el modelo APP. Bajo este tipo de contratos, el Estado confía en el socio privado la realización de componentes importantes del proyecto como la obtención del financiamiento, el diseño de la ingeniería, la ejecución de las obras, el mantenimiento de la infraestructura y la prestación del servicio de carácter público vinculado a la infraestructura.
- 4.3 Los cincuenta y dos (52) proyectos priorizados por el Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad aprobado en julio del año 2019, contienen en su gran mayoría proyectos del subsector transporte (36) y la modalidad de ejecución preferida para la implementación de estos proyectos es la asociación público – privada. Sin embargo, luego de un análisis sobre los tiempos históricos de demora en los procesos de APP del subsector transporte, se verifica que no existe mayor predictibilidad con respecto a su tiempo de duración, siendo el caso que los proyectos APP tardan muchos años en ser adjudicados, con un promedio histórico de poco más de tres (03) años por proyecto.
- 4.4 Sin perjuicio del promedio histórico, actualmente en la cartera de proyectos del subsector transporte existen proyectos en proceso de promoción que tienen un promedio de duración de nueve (09) años, los cuales se vienen tramitando desde antes del cambio normativo ocurrido en el año 2015. Como consecuencia de estas dilataciones en el proceso, actualmente el gobierno ha optado por la búsqueda de

nuevos mecanismos de contratación tales como los Contratos “Gobierno a Gobierno” para implementación de importantes megaproyectos del subsector transporte, situación que hemos denominado “la crisis de las Asociaciones Público – Privadas”.

- 4.5 Las buenas prácticas internacionales demuestran que no existe una receta única e infalible en lo que respecta a los procesos de APP en el mundo. Entidades intergubernamentales de prestigio establecen una serie de requisitos y recomendaciones para este tipo de procesos, a lo cuales el Perú se encuentra alineado, en líneas generales. Como consecuencia de ello, se verifica que las ineficiencias del proceso de APP en el Perú en el subsector transporte, no se derivan de una falta de adherencia del marco regulatorio peruano a las buenas prácticas internacionales.
- 4.6 Como consecuencia de ello, la solución a los retrasos que se vienen presentando en los procesos de APP en el Perú tienen como origen la actuación en particular que vienen realizando las entidades que conforman el Sistema de APP peruano, así como ciertas peculiaridades regulatorias que vienen generando ineficiencias. En tal sentido, el presente trabajo presenta seis (06) recomendaciones que se pueden aplicar para mejorar el desempeño de los procesos de APP en el subsector transporte.
- 4.7 La primera recomendación guarda vinculación con la falta de claridad dentro del Sistema de APP peruano en lo que respecta a la falta de una distribución eficiente de responsabilidades. La Unidad APP del Perú -PROINVERSION- no cuenta con las facultades necesarias para defender su diseño del Contrato de APP, de cara a las observaciones y/o recomendaciones que plantean el MTC, OSITRAN y el MEF.
- 4.8 Por otro lado, el marco regulatorio no define claramente el alcance de las opiniones previas que emiten el MTC, OSITRAN, MEF y Contraloría, situación que genera incertidumbre pues estas entidades suelen interpretar que cuentan con competencias para pronunciarse respecto de cualquier materia del Contrato, situación que genera un gran trabajo a PROINVERSION, sin mayor posibilidad de que pueda defender su diseño contractual ante las opiniones vinculantes.
- 4.9 La segunda recomendación guarda vinculación con los espacios de coordinación previa que la regulación actual habilita para que las entidades opinantes adelanten sus observaciones y/o comentarios al diseño contractual de PROINVERSION. En la

actualidad, estos espacios de coordinación generan incentivos dilatorios que perjudican el tiempo de duración de los procesos de APP.

- 4.10 En tal sentido, se requiere que la regulación haga vinculantes las opiniones que las entidades emiten en dichas reuniones de coordinación a través de la celebración de Actas, que permitan a las entidades exonerarse de emitir opinión respecto de aquellos temas ya consensuados durante estas reuniones de coordinación. Asimismo, se requiere que la normativa establezca un máximo de tres (03) reuniones por proyecto y máximo de tres meses para la celebración de estas reuniones de coordinación.
- 4.11 Por otro lado, es necesario también que se elimine la posibilidad de que las entidades opinantes soliciten información adicional durante los primeros cinco (05) días desde que PROINVERSION les solicita su opinión previa. Ello toda vez que las reuniones de coordinación son precisamente el espacio para que las entidades soliciten todo tipo de información adicional que les permita formar una opinión y lograr los consensos necesarios respecto del Contrato de APP. Por tanto, mantener dicha regulación implica una duplicidad de actividades, por lo que carece de sentido.
- 4.12 La tercera recomendación se encuentra vinculada con la necesidad de repotenciar las facultades con las que cuenta el Equipo Especializado de Seguimiento (EESI), para lo cual se le debe reconocer como el órgano responsable de evaluar el desempeño del Sistema y de proponer las mejoras regulatorias que resulten necesarias para mejorar su eficiencia. Para dichos efectos, resulta necesaria la creación de un portal web con los mejores estándares tecnológicos internacionales, que sea administrado y actualizado constantemente por el EESI.
- 4.13 Asimismo, a efectos de crear los incentivos suficientes dentro del Sistema, el ente rector debe encargarse de fiscalizar y monitorear de cerca las actividades no solo del EESI, sino de las responsabilidades distribuidas entre las entidades que operan dentro del Sistema, dejando de lado la duplicación que actualmente ejerce respecto de la labor de estructuración que realiza PROINVERSION. Esto va de la mano con la necesidad de que PROINVERSION, en su calidad de Unidad APP del Perú alcance el nivel de madurez y de responsabilidad sobre el proceso de APP que requiere el Sistema. Ello sin perjuicio de que el MEF conserve su responsabilidad sobre el análisis de la capacidad presupuestal de los proyectos.

- 4.14 La cuarta recomendación se encuentra vinculada con la necesidad de que el Sistema de APP peruano invierta mayores esfuerzos en la detección de proyectos autofinanciados, dados los beneficios que generan este tipo de proyectos al permitir que el Tesoro Público cuente con mayores recursos presupuestales para la ejecución de otros proyectos de infraestructura o de cualquier otro tipo, a favor de la población y de la competitividad del país.
- 4.15 La quinta recomendación, se encuentra vinculada con la necesidad de que el Sistema brinde estabilidad a favor de los directores de línea de las ETP que cumplen un rol fundamental dentro del proceso de APP, a efectos de mitigar los perjuicios que se generan por la pérdida de continuidad en las gestiones vinculadas a los procesos de APP y así aumentar las probabilidades de éxito de los proyectos.
- 4.16 En tal sentido, se requiere que el actual marco regulatorio reconozca un régimen especial para los directores de línea vinculados a funciones esenciales dentro del proceso de APP, a efectos que el EESI les pueda exigir la definición de sus objetivos una vez que inicien su gestión y, a su vez, se les exija el reporte sobre el cumplimiento de sus metas al final de su gestión, debiendo inclusive ser premiados con algún tipo de incentivos aquellos directores que demuestren un desempeño óptimo de sus funciones, a favor del desarrollo del Sistema de APP en el Perú.
- 4.17 Como sexta y última recomendación, se propone un sinceramiento sobre la labor que actualmente debe ejercer la Contraloría General de la República dentro del Sistema. En la actualidad esta entidad viene cumpliendo un rol muy activo en la detección de incumplimientos normativos dentro del proceso de APP, pese a la limitación que el marco normativo vigente establece para su accionar durante el proceso de APP. Este rol que viene ejerciendo la Contraloría tiene dos consecuencias paralelas. Por un lado protege al Estado respecto de cualquier riesgo de mala praxis o corrupción que pueda perjudicar el interés público y, por otro, genera desincentivos para los profesionales que ejercen funciones dentro del proceso de APP, quienes evitan tomar decisiones por temor a que la CGR les inicie un procedimiento sancionador de manera irrazonable.
- 4.18 Bajo este contexto, resulta importante que la regulación actual sincere el rol que debe cumplir la CGR dentro del proceso de APP. A nuestra consideración, se deben

eliminar las restricciones a su opinión sobre el Contrato de APP, pero a su vez, dentro de la Ley Orgánica de la CGR se deben estipular sanciones para aquellos funcionarios de la CGR que inicien procedimientos sancionatorios de manera aleatoria y sin mayor sustento objetivo en perjuicio de los funcionarios del Estado. De esta manera se genera un contrapeso a los altos incentivos de iniciar procedimientos sancionatorios con los que cuentan los funcionarios de la CGR.



BIBLIOGRAFÍA

- Asian Development Bank Institute, Yoshino, N., Helble, M., & Abidhadjaev, U. (2018). *Financing infrastructure in Asia and the Pacific. Capturing impacts and new sources* (1.a ed.). <https://www.adb.org/publications/financing-infrastructure-asia-capturing-impacts-and-new-sources>
- Baca, E. (2017). *Las asociaciones público - privadas en el Perú ¿Beneficio público o negocio privado?* (Grupo Propuest Ciudadana ed., Vol. 1). <http://propuestaciudadana.org.pe/wp-content/uploads/2017/09/Estudio-APP.pdf>
- Baca, V., & Ortega, E. (2013). Los esquemas contractuales de colaboración público-privada y su recepción por el Derecho peruano. *Círculo de Derecho Administrativo*, 13, 33-49. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13466>
- Banco Asiático de Desarrollo. (2001). *Developing Best Practices for Promoting Private Sector Investment in Infrastructure*. <http://hdl.handle.net/11540/1081>
- Banco Interamericano de Desarrollo. (2019). *Evaluación del entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe: el Infrascopio 2019*. The Economist Intelligence Unit. https://infrascopio.eiu.com/wp-content/uploads/2019/04/EIU_2019-IDB-Infrascopio-Report_FINAL_ESP.pdf
- Banco Interamericano de Desarrollo, Brichetti, J., Cavallo, E., & Vila, J. (2020, abril). *El efecto de la infraestructura en el desempeño de seis economías de América Latina: Una evaluación con modelos de Equilibrio General Computado*. Banco Interamericano de Desarrollo. <https://doi.org/10.18235/0002290>
- Banco Interamericano de Desarrollo, de Michelle, R., Prats, J., & Losada, I. (2018, octubre). *Efectos de la corrupción en los Contratos de Asociaciones Público - Privadas. Consecuencias de un*

enfoque de tolerancia cero. Banco Interamericano de Desarrollo.

<https://doi.org/10.18235/0001355>

Banco Interamericano de Desarrollo, Fioravanti, R., Lembo, C., & Queiroz, C. (2018).

Asignación de riesgos en Contratos de Asociaciones Público - Privadas en Infraestructura de Transporte: Consideraciones sobre América Latina y el Caribe.

<http://dx.doi.org/10.18235/0001510>

Banco Interamericano de Desarrollo, & Melo, A. (2003, octubre). *La competitividad de Perú*

después de la década de reforma: Diagnóstico y propuestas. Banco Interamericano de

Desarrollo. [https://publications.iadb.org/es/publicacion/15021/la-](https://publications.iadb.org/es/publicacion/15021/la-competitividad-de-peru-despues-de-la-decada-de-reforma-diagnostico-y)

[competitividad-de-peru-despues-de-la-decada-de-reforma-diagnostico-y](https://publications.iadb.org/es/publicacion/15021/la-competitividad-de-peru-despues-de-la-decada-de-reforma-diagnostico-y)

Banco Interamericano de Desarrollo, Tamayo, G., Barrantes, R., Alonso, J., Chong, A.,

Benavides, J., Paredes, R., Sanhueza, R., Távora, J., & Zavala, V. (2002, diciembre).

Medios privados para fines públicos: Participación privada en infraestructura en América Latina.

Chong, Alberto E.; Sánchez, José Miguel.

[https://publications.iadb.org/es/publicacion/14229/medios-privados-para-fines-](https://publications.iadb.org/es/publicacion/14229/medios-privados-para-fines-publicos-participacion-privada-en-infraestructura-en)

[publicos-participacion-privada-en-infraestructura-en](https://publications.iadb.org/es/publicacion/14229/medios-privados-para-fines-publicos-participacion-privada-en-infraestructura-en)

Banco Mundial. (2017). *Asociaciones público-privadas: Guía de referencia Versión 3.*

<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/29052>

Benavente, P., Escaffi, J., Segura, A., & Távora, J. (2017, noviembre). *Las Alianzas Público -*

Privadas en el Perú: Beneficios y Riesgos. Pontificia Universidad Católica del Perú.

[http://files.pucp.edu.pe/departamento/economia/Las-APP-en-el-Peru-PUCP-](http://files.pucp.edu.pe/departamento/economia/Las-APP-en-el-Peru-PUCP-1.pdf)

[1.pdf](http://files.pucp.edu.pe/departamento/economia/Las-APP-en-el-Peru-PUCP-1.pdf)

- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo UNCTAD. (2020).
Informe sobre las inversiones en el mundo 2020. Naciones Unidas.
https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020_overview_es.pdf
- Consejo Económico y Social. Naciones Unidas. (2019, 21 enero). *Principios rectores sobre las Asociaciones Público-Privadas “Primero las personas” en apoyo de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas*. Naciones Unidas.
https://unece.org/DAM/ceci/ppp/Standards/ECE_CECI_2019_05-es.pdf
- Consejo Privado de Competitividad. Perú Compite. (2021). *Informe de Competitividad 2021*.
Punto Aparte Editores. <https://www.compite.pe/wp-content/uploads/2021/01/Informe-de-Competitividad-2021-CPC.pdf>
- Escuela de Gestión Pública de la Universidad del Pacífico, Urrunaga, R., Bonifaz, J., Aguirre, J., & Urquiza, C. (2015, octubre). *Un Plan para salir de la pobreza. Plan Nacional de Infraestructura 2016-2025*. Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional.
https://lampadia.com/assets/uploads_documentos/02ffe-afin-estudio-plan-nacional-de-infraestructura-2016-2025-documento-politica-de-financiamiento.pdf
- Esquivel Monge, M., & Loaiza Marín, K. (2018). Inversión en infraestructura y crecimiento económico, relevancia de factores institucionales. *Economía y Sociedad*, 23(53), 40-61.
<https://doi.org/10.15359/eyS.23-53.3>
- Guasch, J. L. (2005). *Concesiones En Infraestructura. Cómo Hacerlo Bien*. Antoni Bosch.
- Martin, R. (2013). El Laberinto Estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú. *Círculo de Derecho Administrativo*, 13, 305-353.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13483>

- Mercado, E. (2009). Los Secretos Comerciales y el Know How en las Iniciativas Privadas de Inversión. *Círculo de Derecho Administrativo*, 07, 397-406.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14037/14659>
- Naciones Unidas. CEPAL. División de Recursos Naturales e Infraestructura. (2004, octubre). *Desarrollo de infraestructura y crecimiento económico: revisión conceptual*. CEPAL.
<https://www.cepal.org/es/publicaciones/6441-desarrollo-infraestructura-crecimiento-economico-revision-conceptual>
- Naciones Unidas. CEPAL. División de Recursos Naturales e Infraestructura. (2005, agosto). *Provisión de infraestructura de transporte en América Latina: experiencia reciente y problemas observados*. CEPAL. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/6290-provision-infraestructura-transporte-america-latina-experiencia-reciente>
- Naciones Unidas. CEPAL. División de Recursos Naturales e Infraestructura, Lardé, J., & Sánchez, R. (2014, abril). *La brecha de infraestructura económica y las inversiones en América Latina*. CEPAL. <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/37286>
- Naciones Unidas, Sánchez, R., Cipoletta, G., & Pérez, G. (2010). *Políticas integradas de infraestructura, transporte y logística: experiencias internacionales y propuestas iniciales* (1.a ed., Vol. 150). CEPAL. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/6350-politicas-integradas-infraestructura-transporte-logistica-experiencias>
- Nieto, E. (2004). La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido. *Revista de Administración Pública*, 164, 389-406. <https://www.cepc.gob.es>
- O'Neill, C., & Aguirre, J. (2014). *Reformas institucionales para fomentar la inversión privada mediante asociaciones público-privadas (APP)*. Universidad del Pacífico, Centro de Investigación. <https://repositorio.up.edu.pe/handle/11354/2319>

- OCDE. (2014). *Inversión pública efectiva en todos los niveles de gobierno. Principios de Acción*.
<http://www.oecd.org/effective-public-investment-toolkit/>
- OCDE. (2015). *Revisión multidimensional del Perú Volumen 1. Evaluación inicial*.
<https://doi.org/10.1787/9789264243279-en>
- OCDE. (2016, noviembre). *Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública: Perú Gobernanza integrada para un crecimiento inclusivo*. <https://www.oecd.org/countries/peru/estudios-de-la-ocde-sobre-gobernanza-publica-peru-9789264265226-es.htm>
- Unidad de Transporte de la Comisión Económica Para América Latina y el Caribe (CEPAL), & Thomson, I. (1995, diciembre). *Integración en el sector transporte en el Cono Sur: Los ferrocarriles y su contribución al comercio internacional*. INTAL.
<https://publications.iadb.org/es/publicacion/13610/integracion-en-el-sector-transporte-en-el-cono-sur-los-ferrocarriles-y-su>
- Villafranqui, G. (2020, 9 julio). *Infraestructura y APP: ¿Qué nos falta? | Prometheo*. Prometheo |. <https://prometheo.pe/infraestructura-y-app-que-nos-falta/>
- World Economic Forum. (2019, octubre). *Informe de Competitividad Global 2019: Cómo poner fin a una década perdida de crecimiento de la productividad*.
<https://www.weforum.org/reports/how-to-end-a-decade-of-lost-productivity-growth>
- Zambrano, V. (2008). Los usuarios de servicios públicos como fin último de la regulación. *Círculo de Derecho Administrativo*, 5, 116-131.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14493>

LISTA DE ABREVIATURAS

APP: Asociaciones Público – Privadas.

CGR: Contraloría General de la República.

DGPPIP: Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada.

EDI: Estudio Definitivo de Ingeniería.

ETP: Entidad Titular de Proyecto.

MEF: Ministerio de Economía y Finanzas.

MTC: Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

OPIP: Organismo Promotor de la Inversión Privada.

OSITRAN: Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público.

OR: Organismo Regulador.

DL: Decreto Legislativo.

SNPIP: Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada.

