

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Aplicación de Dosis para Dinamizar las APP, en la reactivación económica post pandemia

Tesis para optar el Título de Abogado que presenta la Bachiller:

José Francisco Inga Párraga

Asesor:

Jorge Elías Danós Ordóñez

Lima, 2022

AGRADECIMIENTO

Ante todo, deseo transmitir mi eterna gratitud al Dr. Jorge Danós Ordoñez, por su invaluable apoyo, asesoría técnica, y tiempo brindado para el desarrollo de la presente investigación; sobre todo en esta coyuntura de Pandemia que siempre significó un reto. Sus consejos, me permitieron avanzar procurando el mayor rigor técnico-jurídico posible, pero sin perder la curiosidad científica y pasión por el derecho que compartimos. Asimismo, me dieron la oportunidad de conocer un poco más su gran calidad humana que, desde las aulas, motivan a la mejora continua de los que tuvimos el gusto de haber sido uno de sus estudiantes. De él solo agregar, que es un excelente docente, y una mejor persona.



A Dios y María Auxiliadora, que siempre me acompañó,
ella es la que lo hace todo.

A mis padres, Isabel Margarita y José Octavio,
por su apoyo constante y guía, de los que nunca dejaré de aprender.

A mi hermana, Isabel del Rosario,
por darme la inspiración para seguir la carrera de Derecho.



“El orden marcha con paso lento,
pero el desorden anda siempre apurado”

Napoleón Bonaparte



RESUMEN

Sobre la base fáctica actual de estancamiento en la realización de Asociaciones Público Privadas (APP) en el Perú, la presente investigación busca responder, desde una perspectiva jurídica, como dinamizar el desarrollo de proyectos bajo este régimen. Esto, afín de que se contribuya en general con el cierre de brechas en infraestructura, servicios públicos, servicios relacionados a estos e innovación tecnológica, y en particular, con la reactivación económica *post* pandemia mediante el aprovechamiento de los beneficios de la colaboración entre el Estado y los privados. Para ello, se propone que de: simplificarse el procedimiento durante las fases de planeamiento - programación y formulación, reformularse la emisión de opiniones de las Entidades, establecerse el uso gradual obligatorio de los mecanismos de solución de controversias junto a un Sistema de Alertas Tempranas, y re-empoderarse a Proinversión; entonces, se logrará el objetivo perseguido. La investigación tuvo un alcance correlacional, aplicando la Metodología Jurídica de Investigación funcional, dogmática y exegética, que transcurrió entre la toma de un problema en el desenvolvimiento actual del régimen APP, el análisis del trasfondo jurídico de los ámbitos planteados en contraste con la regulación actual, y el análisis de la propuesta normativa presentada para superar el problema indicado. De tal manera, arribamos a la conclusión de la existencia de problemas normativos que obstaculizan el desarrollo dinámico de las APP, tales problemas pueden ser superados con la implementación de la propuesta, solo requiriendo ajustes parciales, conservando lo pertinente, y cimentándose tanto en los principios de enfoque por resultados, planificación, distribución de riesgos o preservación del valor por dinero esperado; como en criterios de especialidad y prevención de controversias, que viabilicen la continuidad del proyecto.

Palabras clave: Asociaciones Público Privadas, dinamización del régimen, principios, simplificación del procedimiento, opiniones de entidades intervinientes, solución de controversias, re empoderamiento de Proinversión.

ABSTRACT

Based on the current factual stagnation in the realization of Public Private Partnerships (PPP) in Peru, this research seeks to respond, from a legal perspective, how to boost the development of projects under this regime. This, in order to contribute in general with the closing of gaps in infrastructure, public services, services related to these and technological innovation, and in particular, with the post-pandemic economic reactivation by taking advantage of the benefits of collaboration between the State and the private ones. To this end, it is proposed that: the procedure be simplified during the planning - programming and formulation phases, the issuance of Entities' opinions be reformulated, the mandatory gradual use of dispute resolution mechanisms be established together with an Early Warning System, and re-empower Proinversión; then, the desired objective will be achieved. The research had a correlational scope, applying the functional, dogmatic and exegetical Legal Research Methodology, which took place between taking a problem in the current development of the APP regime, the analysis of the legal background of the areas raised in contrast with the current regulation, and the analysis of the normative proposal presented to overcome the indicated problem. In this way, we reach the conclusion of the existence of regulatory problems that hinder the dynamic development of PPP, such problems can be overcome with the implementation of the proposal, only requiring partial adjustments, keeping what is pertinent, and based on both the principles focus on results, planning, distribution of risks or preservation of expected value for money; as in criteria of specialty and prevention of controversies, which make possible the continuity of the project.

Keywords: Public Private Partnerships, revitalization of the regime, principles, simplification of the procedure, opinions of intervening entities, dispute resolution, re-empowerment of Proinversión.

TABLA DE CONTENIDO

	Página
I. ÍNDICE DE TABLAS	8
II. ÍNDICE DE FIGURAS	9
III. INTRODUCCIÓN	10
IV. DISEÑO METODOLÓGICO	18
V. ASPECTOS GENERALES DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS	19
5.1 Reseña Histórica	19
a. Ámbito internacional	19
b. Ámbito nacional	28
5.2 Naturaleza Jurídica, Principios y Definición	35
VI. EL PROCEDIMIENTO DE APP EN EL PERÚ Y <i>FIVE BUSINESS CASE MODEL</i>	43
6.1 Clasificación de APP	43
6.2 Fases del Procedimiento, Documentos “Hito” y Opiniones	47
6.3 Incorporación del <i>Five Business Case Model</i>	56
VII. MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	61
7.1 Amigable Componedor	61
7.2 La Junta de Resolución de Disputas	63
7.3 Arbitraje	64
7.4 Otros mecanismos: EL Sistema de Alertas Tempranas	66
VIII. MARCO INSTITUCIONAL APP Y GOBERNANZA	70
8.1 Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada	70
8.2 Gobernanza APP	80
IX. ANÁLISIS ENTORNO A LOS OBJETIVOS PROPUESTOS	86
9.1 Sobre la Simplificación de Procedimiento en la fase de Planeamiento – Programación y Formulación.....	86
9.2 Sobre la Reformulación de las Opiniones de las entidades intervinientes...	102
9.3 Sobre la Gradualidad obligatoria de los Mecanismos de Solución de Controversias y el Sistema de Alertas Tempranas	119
9.4 Sobre el Re empoderamiento de Proinversión	140
X. CONCLUSIONES	156
XI. PROPUESTA	174
XII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	183

I. ÍNDICE DE TABLAS

	Página
Tabla 1 <i>Ejemplo de APP según su clasificación y origen</i>	46
Tabla 2 <i>Comparación Sistemática entre IMI, IE y Opinión de Relevancia</i>	87
Tabla 3 <i>Informe Multianual de Inversión y Strategic Business Case</i>	94
Tabla 4 <i>Informe de Evaluación y Outline Business Case</i>	95
Tabla 5 <i>Opinión de Relevancia y Strategic Business Case</i>	97
Tabla 6 <i>Propuesta de Informe Multianual de inversiones</i>	99
Tabla 7 <i>Opiniones de las entidades intervinientes en las Fases APP</i>	103
Tabla 8 <i>Sentido de las Opiniones en la Fase I y II, respecto a los Objetivos del Esquema de Caso de Negocios (Five Cases Model)</i>	106
Tabla 9 <i>Sentido de las Opiniones en la Fase III y IV, respecto a los Objetivos del Esquema de Caso de Negocios (Five Cases Model)</i>	107
Tabla 10 <i>Sentido de las Opiniones en la Fase IV, respecto a los Objetivos del Esquema de Caso de Negocios (Five Cases Model)</i>	112
Tabla 11 <i>Propuesta de optimización de Opiniones Planeamiento-Programación y Formulación ...</i>	114
Tabla 12 <i>Propuesta de optimización de Opiniones en Fases de Estructuración y Transacción</i>	115
Tabla 13 <i>Propuesta de optimización de Opiniones en la Fase Ejecución sobre la Modificación Contractual</i>	118
Tabla 14 <i>Sentido de la Normativa del Mecanismos de Solución de Controversias – Amigable Componedor</i>	124
Tabla 15 <i>Sentido de la Normativa del Mecanismos de Solución de Controversias – Junta de Resolución de Disputas</i>	126
Tabla 16 <i>Sentido de la Normativa del Mecanismos de Solución de Controversias – Arbitraje</i>	128
Tabla 17 <i>Sentido de la Normativa del Sistema de Alertas Tempranas – Acorde al NEC4</i>	130
Tabla 18 <i>Propuesta de contenido para Incorporación del Sistema de Alertas Tempranas a APP</i>	133
Tabla 19 <i>Finalidad de las normas del Marco Institucional de APP – Sistema, EPTP y MEF</i>	142
Tabla 20 <i>Finalidad de las normas del Marco Institucional de APP – OPIP</i>	145

II. ÍNDICE DE FIGURAS

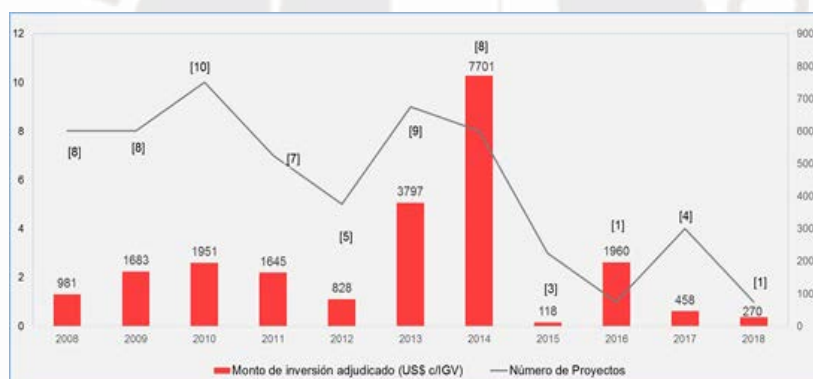
	Página
Figura 1 <i>Proyectos Adjudicados de APPs durante 2008-2018</i>	10
Figura 2 <i>¿Qué hechos pondrían en Riesgo los Resultados favorables del negocio?</i>	11
Figura 3 <i>Evolución de la inversión pública 2020</i>	12
Figura 4 <i>Planeamiento y Programación de APP</i>	13
Figura 5 <i>Análisis de opiniones de la Contraloría General de la República en el marco de una APP</i>	14
Figura 6 <i>Visión General del Proceso</i>	59
Figura 7 <i>Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada</i>	73
Figura 8 <i>IMI respecto a IE</i>	89
Figura 9 <i>IMI respecto a Opinión de Relevancia</i>	89
Figura 10 <i>IE respecto al IMI</i>	90
Figura 11 <i>IE respecto a la Opinión de Relevancia</i>	90
Figura 12 <i>Composición del IE</i>	91
Figura 13 <i>Contenido de la OR respecto IE</i>	91
Figura 14 <i>Distribución del Tiempo del Procedimiento (Fase - Planeamiento y Programación)</i> ..	92
Figura 15 <i>Distribución del Tiempo del Procedimiento (Fase - Formulación)</i>	92
Figura 16 <i>Sobretiempo por documentos adicionales al IE</i>	93
Figura 17 <i>Procedimiento Fase de Planeamiento y Programación - Iniciativa Pública</i>	101
Figura 18 <i>Procedimiento Fase de Planeamiento y Programación - Iniciativa Privada</i>	101
Figura 19 <i>Ciclo de Funcionamiento en el uso del Mecanismos de Amigable Componedor</i>	121
Figura 20 <i>Ciclo de Funcionamiento en el uso del Mecanismos de Junta de Resolución de Disputas</i>	122
Figura 21 <i>Ciclo de Funcionamiento en el general del Mecanismos de Arbitraje</i>	123
Figura 22 <i>Funcionamiento del Sistema de Alertas al Régimen en NEC4</i>	132
Figura 23 <i>Propuesta de funcionamiento del Sistema de Alertas Tempranas al Régimen de APP</i>	134
Figura 24 <i>Articulación actual de los mecanismos de solución de controversias</i>	136
Figura 25 <i>Propuesta de incorporación de gradualidad obligatoria de mecanismos de Solución de Controversias en APP</i>	137
.....	
Figura 26 <i>Articulación de entidades integrantes del SNPIP</i>	147
.....	
Figura 27 <i>Propuesta de Re empoderamiento de Proinversión</i>	151

III. INTRODUCCIÓN

Esta investigación se origina de la observación del fenómeno de paralización en el desarrollo de las **Asociaciones Público Privadas (en adelante, APP)**, durante los últimos años, en el Perú. Esto, pese a la ‘promoción’ que se realiza desde Proinversión, a las modificaciones que se hicieron en su normativa, y a la importancia que tiene para el desarrollo de sus fines (gran infraestructura, servicios públicos, proyectos relacionados a estos e innovación tecnológica) mediante la colaboración entre el Estado y la Inversión Privada; principalmente en momentos como el presente, donde por la Pandemia, se busca la ansiada Reactivación Económica.

Ello puede verse en las estadísticas del **Ministerio de Economía y Finanzas (MEF)**, que sobre las APP adjudicadas por el gobierno nacional entre los años 2008 - 2018, muestran una caída histórica en la realización de proyectos de inversión que hacen uso de este régimen, desde que tiene el nombre de APP y normativa propia.

Figura 1
Proyectos Adjudicados de APPs durante 2008-2018



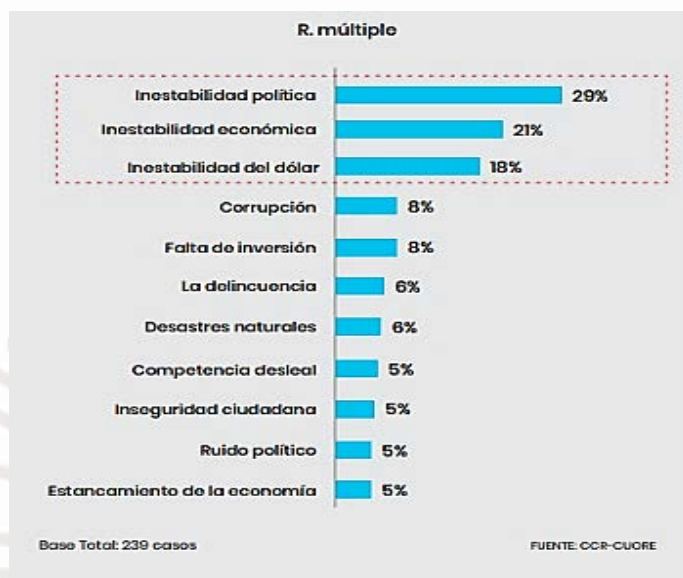
Nota: Esto se tomó de las Estadísticas realizadas por el MEF, respecto a las APPs adjudicadas por el gobierno nacional que fue publicada en julio del 2019. Fuente: Página Web MEF. Tomado el 24 de enero de 2020
https://www.mef.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=3975&Itemid=101155&lang=es

Este fenómeno se produjo, en el marco de sucesos como los escándalos de corrupción regional por el caso Lava Jato que vinculaba a autoridades de distintos niveles del gobierno (nacional, regional y local), cuyas investigaciones explotaron el 2017-2018; y que paralizaron proyectos, por la presión mediática, el énfasis casi “inquisitivo” sobre los proyectos, así como por la acción de la justicia.

A ello se agrega que, en los dos años siguientes, se sumaron constantes crisis políticas que enfrentaban al gobierno – o mejor dicho los gobiernos - del Poder Ejecutivo con el Legislativo, provocando incertidumbre económica y por ende desalentaron la inversión en infraestructura pública.

Este hecho se podía vislumbrar en los resultados expuestos en la XIX Encuesta Nacional de CEOs de 2019, realizada a petición de la Cámara de Comercio de Lima, por la Consultora CCR- Cuore, que señalaba como principales riesgos para sus negocios, la incertidumbre política, ya iniciada en ese momento.

Figura 2
¿Qué hechos pondrían en Riesgo los Resultados favorables del negocio?



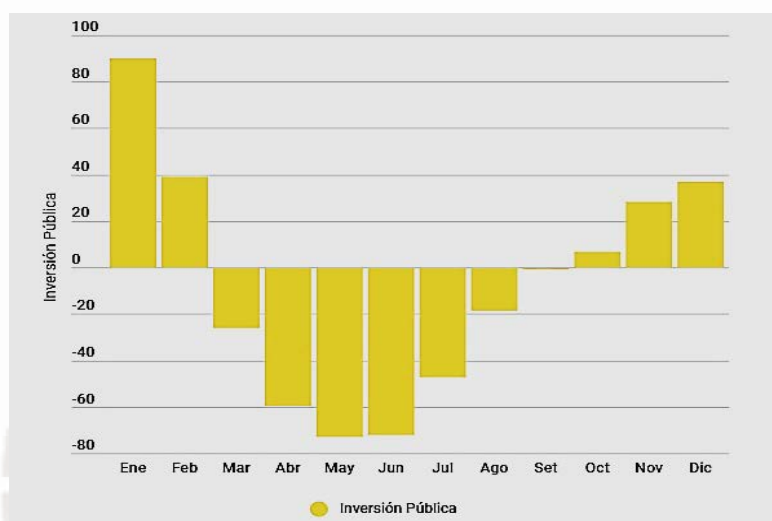
Nota: Esto se tomó de las Encuesta Nacional de Ejecutivos XIX, p. 9. Fuente: CCR- Cuore. Tomado el 24 de enero de 2020
<https://apps.camaralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/edicion908/edicion%20digital%20908.pdf>

A lo anterior, se sumó lamentablemente la situación de la Pandemia del COVID 19 -- declarada por la Organización Mundial de Salud (OMS) en marzo del 2020 -- que ocasionó la declaración del Estado de Emergencia por el Gobierno, ordenando una serie de restricciones en todos los sectores económicos para contener el contagio. Ello además de paralizar la economía -- incluyendo obviamente las áreas en las que se desarrolla una APP --, la puso en una crisis comparada con una situación *post* guerra, acarreado que el gasto público priorice la contención de la enfermedad (en el momento actual como en el futuro mediato), pasando a segundo plano el desarrollo de gran infraestructura, servicios públicos, servicios relacionados a estos e innovación tecnológica. Ello, a pesar de la brecha que vincula a ambas, así el Banco Interamericano de Desarrollo en sus últimos pronunciamientos, ha señalado entono a los hospitales en América Latina, que se requiere “las necesidades de inversión en el sector se estiman cercanas a 153.000 millones de dólares, sólo en nuevos hospitales y equipamiento y modernización de la infraestructura existente, y en términos generales (gastos de capital y corrientes) un promedio de gasto en salud que duplique el actual 4% del

PIB regional en los próximos 50 años debido a cambios demográficos y cambios en ingresos, avance tecnológico, productividad y políticas de salud” (2021, p. 3)

De esta manera, conforme a las cifras del MEF, el 2020 a pesar de que la inversión pública creció durante los tres últimos meses, no pudo registrarse desarrollo de inversiones como al inicio del año. Fue así que, se tuvo una caída acumulada del 9.4%, respecto a cómo se venían desarrollando.

Figura 3
Evolución de la inversión pública 2020



Nota: Esta tabla se tomó de la información del MEF, presentada por el diario El Comercio, en su nota del 01 de enero de 2021. Fuente: El Comercio. Tomado el 24 de enero de 2020

<https://elcomercio.pe/economia/peru/inversion-publica-siguio-creciendo-en-diciembre-pero-acumulo-una-caida-de-91-en-el-2020-nndc-noticia/?ref=ecr>

Eso ha conducido – como precisamos en el exordio -- a que este mecanismo de contribución, entre el Estado y la Inversión Privada mediante el régimen de APP, solo muestre proyectos paralizados o haya caído en el desuso por la pérdida de interés de ambas partes.

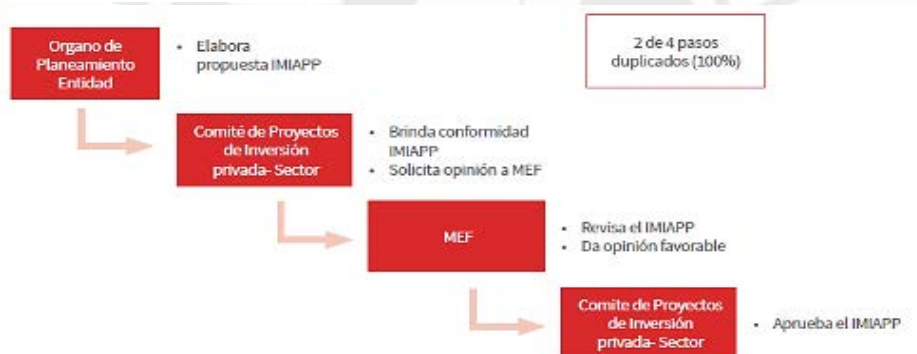
Respecto a las causas, se han señalado diversas posturas como: la falta de liderazgo del MEF (Yrivarren, 2020); la dificultad en la toma de decisiones por parte de los funcionarios (Castilla, 2020); la indecisión de los organismos estatales, así como en los arbitrajes (Castro, 2020); las constantes renegociaciones, falta de planeamiento y el deficiente de diseño institucional (Baca, 2017); los distintos problemas normativos (Mc Evoy, 2018); la inadecuada distribución de riesgos que hacen ineficiente el proyecto (Bel, Bel Piñana, y Rosell, 2017), o la deficiente normatividad, no planificación y vulneración de lo previsto en los contratos (Cairampoma y Villegas, 2016).

Asimismo, de una investigación preliminar que llevamos a cabo por medio de entrevistas a

especialistas que tienen trato directo con Asociaciones Públicas Privadas, se obtuvo como causas: la falta de gobernanza en entidades como Proinversión, así como el exceso en el ejercicio de las funciones por parte de órganos como la Contraloría General de la República o el MEF (Martín, 2021); el mal manejo institucional, la desconfianza existente y la falta de predictibilidad en el procedimiento, duplicando requisitos de la etapa preliminar, en el Informe de Evaluación de la etapa de formulación (Sánchez, 2021); un error de concepto entre el trasfondo de las APP como *Project Finance* y los incentivos de las partes que los llevan a controversias por intereses contrapuestos (Campos, 2021); o los problemas en la duplicidad de trámites, los escándalos de corrupción, la demora en la entrega de terrenos por parte del Estado y los trámites para hacer adendas (Maraví, 2021).

Por su parte, en lo señalado en el Informe de Competitividad 2021 realizado por el Consejo Privado de Competitividad, se indica como una de las causas, la duplicidad de trámites que llevan al retraso del procedimiento, como se muestra en la Figura Nro. 4.

Figura 4
Planeamiento y Programación de APP

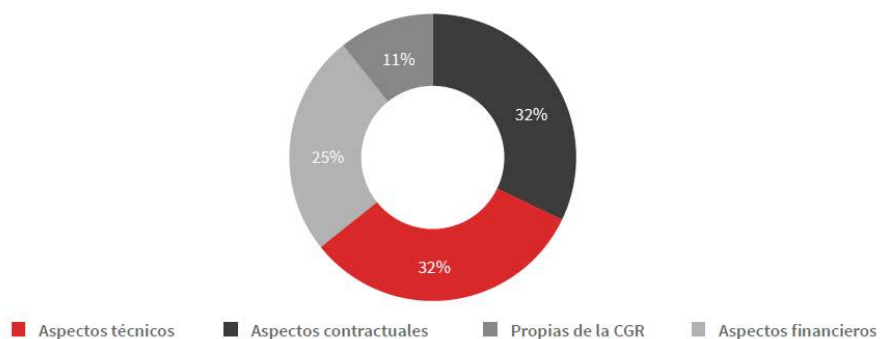


Nota: Esta tabla se tomó del Informe de Competitividad 2021 del Consejo Privado de Competitividad, con base en el Decreto Legislativo 1362.

Asimismo, se señala como causa el exceso en el uso de las funciones de las entidades intervinientes, **la Contraloría General de la República (en adelante, CGR)**, los **Organismos Reguladores (en adelante, OR)**, o el Ministerio de Economía. De esta manera, a manera de ejemplo se presenta la forma en que se viene dando las opiniones de la CGR.

Figura 5

Análisis de opiniones de la Contraloría General de la República en el marco de una APP



Nota: Esta tabla se tomó del Informe de Competitividad 2021 del Consejo Privado de Competitividad.

Teniendo esto, -- sin perjuicio de que el problema podría abordarse tanto a partir de otras ramas del conocimiento, como los estudios que desde la Antropología realizó Díaz-Guevara (2017) o desde la Economía se realizaron por Vergara (2019), Bel, Bel Piñana, y Rosell (2017), Hall (2015), Ruiz (2016), etc.; así como también, en su regulación a nivel **micro**, expuesta en cada contrato y a nivel **mezzo**, plasmada en la regulación sectorial de las APP, como los estudios llevados a cabo por Franco-Isaza, López, Medina (2020) sobre su uso para la infraestructura educativa, los de Vargas (2020) o de Suarez-Alemán, Astorga, Astesiano y Ponce de León (2021) para el sistema de salud, los de Cárcamo, Guarnizó, Mendoza, Pajares y Vignolo (2015) referente al uso de las APPs para el sistema penitenciario, los de Cairampoma y Villegas (2016) para el sector saneamiento, o los de Cairampoma, Sánchez y Villegas (2020) para el sector de electricidad en el Perú -- desde una perspectiva jurídica a nivel **macro** podemos agrupar las circunstancias adjudicadas como causas que dieron pie a la **paralización del desarrollo** de las Asociaciones Público Privadas en: a) la duplicidad de trámites en el procedimiento de planeamiento-programación y formulación, b) el exceso en las opiniones de las entidades intervinientes, c) la demora en la ejecución de proyectos por la dificultad en la realización de adendas o la realización de arbitrajes y d) las funciones difusas entre la actividad de Proinversión y el Ministerio de Economía y Finanzas.

Por tanto, al advertirse tales fenómenos **surge irremediablemente la interrogante: ¿cómo dinamizar el desarrollo de Asociaciones Público Privadas en el Perú, desde una perspectiva jurídica?** Siendo la búsqueda de su respuesta, la que conducirá esta investigación.

En ese sentido, **la presente investigación se encuentra principalmente motivada** en encontrar una manera de dinamizar la generación de gran infraestructura, provisión de servicios públicos,

desarrollo de tecnología e innovación científica en el país, mediante el desarrollo de las APP y con ello permitir el mayor desenvolvimiento de otras actividades comerciales y sociales en favor de la población. Ello afín de servir como un mecanismo para contrarrestar los males antes expuestos, acentuados en la circunstancia de la Pandemia, que han llevado a este régimen a una situación de estancamiento, con la disminución en la suscripción de nuevos proyectos y problemas en la ejecución de los ya suscritos. Dicho de otra manera, con este trabajo no solo se pretende realizar una agradable discusión académica, sino proponer un mecanismo jurídico que tenga efectos fácticos en la dinamización de las APP, y con ello detonar otras consecuencias que permitan **tanto el desarrollo económico como el goce de derechos**; haciendo uso de los beneficios que puede traer la sinergia entre el Estado y la Inversión Privada, cuando es llevada adecuadamente¹. Sin perjuicio de ello, existen otros motivos que justifican, y en los que también reside la importancia de llevar a cabo esta pesquisa.

Así, desde una **perspectiva social**, la presente investigación será útil para la generación de un ambiente propicio para el impulso de la economía, en particular en un contexto como el presente en el que a causa de la Pandemia del COVID 19, nos encontramos en una crisis económica comparada con tiempos de economía de guerra; existiendo un alza en la tasa de desempleo, cierre de negocios, y donde el presupuesto público prioriza el gasto en el sector salud. En consecuencia, la Inversión Privada en infraestructura, servicios públicos, servicios relacionados a estos e innovación tecnológica será vital para volver a recuperar el ritmo en que marchaba la economía e incluso mejorarlo comparativamente con nuestros pares regionales en el marco de la “reactivación económica”, pero para esto es preciso investigar técnicamente los cambios normativos que atraigan esta inversión. Empero, favorablemente el efecto de esto, no solo será para las personas que a futuro se beneficien del desarrollo de las APP, sino también para las que -- mediante externalidades positivas -- puedan empujar su economía doméstica con negocios alrededor del proyecto realizado, como: restaurantes, viviendas, transporte, centros de esparcimientos, educación masiva con mayor uso de TIC², mejora en la atención de salud,

¹ Al respecto, pueden verse la información presentada por Cairampoma, Sánchez y Villegas (2020), que dan cuenta de su uso en el sector eléctrico, donde “han sido un factor importante para desarrollar infraestructura y permitir el cierre de brechas; no obstante, a partir del proceso de desintegración vertical, el impacto no ha sido el mismo en todas las actividades. En el caso de la actividad de generación, (...) no han sido el mejor instrumento de desarrollo o promoción de las inversiones (...). En el caso de transmisión se puede afirmar que es el segmento en el que mejor han funcionado (...) por el número y calidad de proyectos, que han resultado exitosos. Finalmente, en el caso de distribución, las asociaciones público privadas son una tarea pendiente, pues no han sido utilizadas.” (p. 154)

² TIC. – Tecnologías de la información y la comunicación

etcétera; es decir, permitirá el ejercicio de otros derechos.

Por su parte, desde lo estrictamente **académico**, la investigación en curso contribuirá a profundizar más el estudio de una herramienta como las APP, que usualmente solo es abordada en sus reglas prácticas, ahondando sobre su naturaleza jurídica. Además, el análisis entre áreas del derecho permitirá encontrar formas para resolver la circunstancia de estancamiento por medio de la incorporación de algunas reglas, sin perder su enfoque de asociación estratégica o colaboración, como en el caso de la hipótesis propuesta. En adición a ello, los resultados de la investigación podrán ser extrapolados, en lo que les sea pertinente, a otros mecanismos para la realización de infraestructura o servicios públicos (como los de la Ley de la Contrataciones con el Estado, Proyectos en Activos, Obras por Impuesto, Proyectos Especiales de Inversión, Acuerdos Gobierno a Gobierno, etc.), con el propósito de que puedan desligarse de ciertas prácticas no acordes a la realidad actual y tengan oportunidades de mejora.

A su vez, en lo **metodológico**, de corroborarse la hipótesis de trabajo, la investigación contribuirá a que se genere una propuesta normativa para dinamizar el desarrollo de APP, sin perder la naturaleza ni el sentido de este régimen, sino más bien reforzándolo, dando pie al cierre de las brechas de infraestructura existentes, la mejora en la provisión de servicios públicos, desarrollo de tecnología e innovación científica. No obstante, en caso de que esto no suceda, la investigación ostentará el beneficio de poder señalar que este régimen debería de dejarse de usar, por tener errores sustanciales e insubsanables; haciendo posible que el Estado ahorre esfuerzos y dinero en la generación de políticas públicas al respecto, focalizándose en las otras alternativas a las Asociaciones Público Privadas para la realización de estos proyectos.

Sobre la base del problema de investigación antes formulado, se esgrimió como **Hipótesis Principal (Hi)**: Si: **a)** se simplifica el procedimiento durante las fases de planeamiento - programación y formulación; **b)** se reformula la emisión de opiniones de las Entidades intervinientes en las fases del procedimiento; **c)** se establece el uso gradual obligatorio de los mecanismos de solución de controversias, con la adición de un sistema de alertas tempranas; y **d)** se re-empodera a Proinversión; **entonces**, se Dinamizará el desarrollo de las APP desde una perspectiva jurídica, en el Perú.

De ello se disgregan como **Variables Independientes**: la simplificación del procedimiento durante las fases de planeamiento - programación y formulación, la reformulación de la emisión de opiniones de las Entidades intervinientes en las fases del procedimiento, el uso gradual obligatorio de los medios de solución de controversias, con la adición de un sistema de alertas tempranas, y el re-

empoderamiento a Proinversión; así como **Variable Dependiente:** a la Dinamización del desarrollo de las APP desde una perspectiva jurídica en el Perú. A todo esto, se tiene como **Hipótesis Nula (Ho)** que: No es posible dinamizar el desarrollo de las APP, al tener vicios insubsanables por lo que debería dejarse de usar el régimen y focalizarse en las otras alternativas.

En consecuencia, se estableció como **Objetivo General:** Determinar cómo se puede **Dinamizar el desarrollo de APP en el Perú**, mediante: **a)** la simplificación del procedimiento durante las fases de Planeamiento – Programación y Formulación; **b)** la reformulación de la emisión de opiniones de las Entidades intervinientes en las fases del procedimiento; **c)** el establecimiento del uso gradual obligatorio de los mecanismos de solución de controversias, con la adición de un sistema de alertas tempranas; y **d)** el re-empoderamiento de Proinversión.

Para llegar a este punto, los **Objetivos Específicos** serían: **(i)** Determinar si con la simplificación de procedimientos en las fases de Planeamiento - Programación y Formulación, para el Informe Multianual de Inversiones y el Informe de Evaluación; se pueden arribar a los mismos fines en menor tiempo; **(ii)** Determinar si con la reformulación de la emisión de opiniones de las Entidades intervinientes en las fases del procedimiento de APP; se pueden arribar a los mismos fines en menor tiempo; **(iii)** Determinar si con el uso gradual obligatorio de los medios de solución de controversias con la adición de un sistema de alertas tempranas; se pueden arribar a los mismos fines en menor tiempo, y **(iv)** Determinar si con el Re-empoderamiento de Proinversión se puede obtener los mismos resultados, con mayor especialización, evitando ineficiencias sociales y fiscales.

Finalmente, es preciso señalar que el presente trabajo se estructura conforme al 1) Índice, teniendo como partes: 2) Introducción (donde se expone la descripción del problema, su justificación, la motivación de la investigación, la hipótesis, los objetivos), 3) la Metodología usada, 3) el Marco Teórico de las Asociaciones Público Privadas, del *Five Business Case Model*, del Sistema de Alertas Tempranas y de Gobernanza APP, 4) los Resultados obtenidos con la investigación, 5) las Conclusiones, 6) la Propuesta, y 7) las Referencias Bibliográficas. Dicho esto, pasamos a desarrollar el Marco Teórico.

IV. DISEÑO METODOLÓGICO

Arribado a este punto, debemos indicar que la presente investigación se desarrolló considerando en general, la **Metodología de la Investigación** señalada por Hernández, Fernández y Baptista (2014); y en particular, los Métodos de Investigación Jurídica, postulados por Carlos Ramos Nuñez (2014). En ese sentido, esta Investigación tuvo un **Alcance Correlacional**, puesto que señaló la relación existente **entre** la aplicación de la **hipótesis propuesta y la Dinamización de las Asociaciones Público Privadas en el Perú.**

Para ello, la Metodología Jurídica de Investigación inicialmente fue el **Método Funcional**, ya que, partiéndose de los problemas identificados en la realidad, es decir, de cómo la práctica jurídica evidencia el no avance de las APP, desde una perspectiva jurídica se trabajó las cuatro dimensiones en las que se agrupan dichos problemas.

Luego, se hizo uso del **Método Dogmático**, puesto que se analizó el régimen (Decreto Legislativo 1362 y su Reglamento) en su: Procedimiento, opiniones emitidas por los organismos estatales intervinientes, mecanismos de Solución de Controversias y el rol de Proinversión; respecto al trasfondo y lógica jurídica perseguida para cada uno de estos tópicos en la institución jurídica de las APP; en comparación a su vez con nuestra propuesta. Todo esto, con miras a evaluar su compatibilidad en términos de tiempo, medios y objetivos, para su eventual aplicación en el régimen de APP.

En la última parte, se empleó el **Método Exegético**, debido a que, sobre la base de los resultados obtenidos, se elaboró una Propuesta normativa que habilita la realización de políticas públicas para la dinamización del desarrollo de Asociaciones Público Privadas en el Perú, a través de la aplicación de las dosis indicadas en la hipótesis.

V. ASPECTOS GENERALES DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS

Abordar lo concerniente a las Asociaciones Público Privadas, significa dar cuenta de las distintas formas históricas en que el Estado se ha relacionado con el sector privado para impartir servicios públicos o infraestructura. Así, es un punto común referirse a las experiencias de las últimas décadas, que mostraron un viraje del Estado en el manejo de la economía, desde una perspectiva omnicomprensiva e interventora, hacia un rol subsidiario en el que toma una función de garante y regulador; ello debido a ser donde se forjaron las APP como alternativa a la forma clásica de realizar tales funciones.

Sin embargo, en el tiempo de desarrollo de las APP (con diversos matices conforme al régimen que las utilizaba), se ha mostrado luces de que su uso (más allá del viraje) es el resultado de todo un camino de diversas figuras jurídicas que prefiguraron una nueva perspectiva evolutiva hacia un “Estado de Colaboración Público Privada”, es decir, una “expresión de que el rol prestacional del Estado, aún del que se precise ser ‘mínimo’ o ‘Regulador’, no puede estar ausente. (...) estamos asistiendo a un tránsito desde el Estado Regulador, que impone reglas que subordinan al privado (...), hacia un esquema que busca asociar al privado con el Estado mediante contratos para la consecución de objetivos de interés público (...), comparti[endo] espacios de beneficio y riesgo entre el particular y el Estado para obtener la prestación de mejores servicios públicos e infraestructura en beneficio de la sociedad” (Huapaya, 2013, p.19).

En consecuencia, cualquier estudio de las APP requiere no solo de la remisión a sus antecedentes recientes, sino también del recuento: de sus fuentes históricas (internacionales y nacionales), de su sustento dogmático-jurídico, así como de la manera en que funciona en nuestra realidad particular; afín de que se fijen las bases para un análisis del que se pueda obtener información lo más útil, panorámica y detallada. Siguiendo ese orden, pasamos a hacer una reseña histórica de los antecedentes y orígenes jurídicos de las Asociaciones Público Privadas.

5.1 Reseña Histórica

a. Ámbito Internacional

El tratamiento de los orígenes históricos de la APP, requiere retroceder no solo a su configuración en el Reino Unido como *Private Finance Initiative*, que luego se denominó *Public Private Project*, sino que es necesario acudir a estadios más remotos que exponen cual fue su razón de ser primigenia. Así en la **Edad Antigua**, de Grecia emanó la Enfiteusis (*ἐμφύτευσις*), **uno de los contratos**

de índole privado de más larga data, por el cual se “constituía un derecho estable sobre la tierra en manos del concesionario, pero no (...) perpetuo ni de plena disposición; (...) [con] la obligación básica de atenderse una pensión o renta, o canon (...), el *emphyteuta* quedaba subordinado respecto al *dominus*, con cuyo consentimiento no gratuito y opción preferente había de contar para disponer de su propio derecho, (...) adquiriría en todo caso nuestro *emphyteuta* un derecho estable a su cultivo y disposición” (Clavero, 1986 p. 471).

La situación que llevaba al uso de este contrato, era la imposibilidad o no deseo de realizar directamente la explotación de bien por parte de su titular, de modo que lo cedía—como prestación— a un particular para que lo explote y obtenga – como contraprestación – parte de lo que se produzca – usualmente productos agrícolas – de donde el particular tome a su vez su renta. Como era un contrato sobre un bien futuro, implicaba un riesgo para ambas partes, sujetándose la eficacia del contrato conmutativo a la condición suspensiva de la existencia de la “*rei sperata*” frutos industriales. No tenía el *status* de contrato aleatorio, puesto que este último requiere que el riesgo sea “al mismo tiempo jurídico y económico: (...) que afecta la prestación en sí y por sí (y no solo su costo o valor); y la afecta de manera unilateral y desequilibrante, de modo que favorece a una parte y penaliza a la otra en el plano económico”(Roppo, 2009, p. 414); pero en la Enfitéusis únicamente se está sujeto a un riesgo jurídico en el que de no producirse la condición las prestaciones no se daban, con un riesgo económico neutral que afectaba a ambos.

Al respecto, es pertinente indicar que si bien este contrato, ya no se encuentra en el ordenamiento jurídico peruano -- pues se mantuvo solo hasta el anterior Código Civil de 1936 -- tiene símiles aún vigentes en los contratos denominados de “aparcería” o “al partir”, empleado frecuentemente en el sector agrícola. De esta manera, en estos contratos una persona titular de un bien, denominado concedente “se asocia con otra (aparcerero) para cultivar una parcela de terreno dividiéndose los productos y las utilidades. El concedente, a quien muchas veces le concierne la dirección de la empresa, aporta el capital inmobiliario y parte del ejercicio o agrario; el aparcerero en cambio, además de aportar el resto del capital agrario, entrega en forma esencial el propio trabajo y el de su familia. En esta combinación de personas económicas de la empresa es, por consiguiente, decisivo el carácter de comunidad de riesgo” (Gazzolo, 1960, p. 119).

Los antecedentes señalan que esta figura **viró en su uso en el ámbito público** en la Antigua Roma mediante el *ius in agro vectigalis* que consistió en la cesión de “tierras a largo plazo o a perpetuidad pertenecientes a la República, a las ciudades y municipios y, en tiempos del Principado, al Emperador.

El arrendatario paga una renta anual llamada *vectigal* (...). El vectigalista podía disponer de su derecho por actos inter vivos o mortis causa y se protegía con una *vindicatio utilis* y con los interdictos *uti possidetis* y *unde vi.*" (Padilla, 2008, p.115). Dicho derecho de explotación, de lo que luego se llamó bienes de dominio público, se mantuvo en el sector agrícola con la reserva de la propiedad por parte de la autoridad romana, en la línea de lo antes expuesto.

Por su parte, se recurrió a figuras análogas en la construcción de "una red de estaciones postales para acompañar la gran expansión del sistema de carreteras bajo las legiones romanas. Las estaciones postales, que en realidad eran pequeñas comunidades centradas en grandes establos, almacenes, talleres, hoteles y cuarteles militares, fueron construidas y administradas por un socio privado durante un período de cinco años, a veces incluido el mantenimiento de la carretera asociada, en virtud de un contrato denominado "*manceps*" y adjudicado por los municipios en licitación pública"³ (Public-Private Infrastructure Advisory Facility – PPIAF, 2009,34).

Ya, en la **Edad Media**, pese a que la focalización de la actividad de los reinos e imperios (carolingio, islámico y bizantino) era de índole bélico, se practicaron -- fundamentalmente en los de corte europeo -- algunas formas en la que se recurría a la colaboración pública-privada que mantenían las características antes señaladas. En ese sentido, en la alta edad media (s. V-X) se asentó el "*iure regalia*", que agrupaba a "dos clases de regalías: las "regalías mayores", que comprendían todas aquellas facultades vinculadas a las funciones fundamentales para el buen gobierno y administración (juzgar, hacer leyes, acuñar monedas, etc.), las que eran indelegables; y las "regalías menores", en las cuales no se manifestaba la majestad del rey (cuidado e impuestos de caminos, minas, bosques, tesoros, bienes abandonados, etc.), por lo que se permitía su concesión a los particulares" (Cordero & Aldunate, 2008, p. 365); esto a cambio de un canon por la realización.

Posteriormente, en la baja edad media (s. XI-XV) se realizaron actividades parecidas "durante los siglos XII y XIII, en el sur oeste del Reino de Francia, los habitantes de una villa establecían contratos con el Estado, para mejorar los servicios de las mismas. Así, se otorgaban concesiones en temas relacionados con el mantenimiento de puentes, caminos, entre otros" (Nalvarte, 2017, p. 322); siempre manteniéndose la titularidad regia de la obra, pero adquiriendo los realizadores el pago por

³ Traducción propia de:

"A network of postal stations was developed to accompany the vast expansion of the highway system under the Roman legions. The postal stations, which were actually small communities centered around large stables, warehouses, workshops, hotels and military barracks, were constructed and managed by a private partner for a five-year period, sometimes including maintenance of associated highway, under a contract referred to as "manceps" and awarded by municipalities under competitive bidding".

el peaje del uso, como compensación.

Más adelante, el paso a la **Edad Moderna** tuvo en uno de sus hitos, también la presencia de una figura con las mencionadas características, pero en una suerte de lo que se llamó después “concesiones de dominio”. En esa línea y con independencia de su actual calificación histórica, tanto las expediciones de Colón como la posteriores de Pizarro, se desarrollaron en el marco de la Capitulación de Santa Fe por los Reyes Católicos y la Capitulación de Toledo por el rey Carlos I de España y V de Alemania, que significarían la utilización de “antiguas concesiones territoriales por derecho de conquista, a las citadas ‘regalías’ y a los ‘beneficia principis’. Concesiones territoriales en las que no se otorgaba el pleno derecho de propiedad, sino un mero derecho transitorio y estrictamente personal: el objeto de la concesión era “tierras fiscales”, por lo que el Príncipe sólo podía ceder las facultades de uso y aprovechamiento que tenía en sus manos” (Rodríguez de Haro, 1979, p. 457). Teniendo los contextos señalados, la vigencia del derecho caducó generalmente con la muerte de los conquistadores, revertiéndose el territorio a la administración del régimen monárquico español.

Luego, con el desarrollo de la ilustración y el ocaso de las monarquías absolutistas; “en los siglos XVI y XVII, los soberanos europeos, mayormente en Francia, iniciaron concesiones para la construcción de canales, caminos pavimentados, recojo de residuos, alumbrado público, reparto de correo y transporte público. El impacto de la Primera Revolución Industrial produjo (...) la consecuente expansión de las redes públicas de transporte (vías férreas, de tranvías, rutas urbanas), agua alcantarillado y energía. En este proceso, la participación de privados emprendedores marcó la era dorada de las concesiones (para obras públicas) en Europa” (Alva, 2017, p. 9); impulsando de esta manera el desarrollo urbano de las metrópolis europeas, que, acompañadas de los cambios políticos del momento, caracterizaron a su época.

Cabe señalar que, en los periodos relatados aún no se configuraba el término “concesión”, encontrándose – como se dijo – sus características en otras figuras, principalmente en la “regalía”. Sin perjuicio de ello, se ha señalado que “la denominación *concession* fue ganando terreno en él a partir del siglo XVII; y apoya su conclusión en el hecho de que en la letra de contratos concluidos entre la corona francesa y ciertas compañías para la construcción de infraestructuras – como el *Canal de Briare* -, aparece utilizada una expresión como «*en notre lieu et place*»” (Matilla, 2018, p.32), término que hace referencia en castellano a la frase “poner en lugar de”, que permitía a los privados a ejercer actividades en lugar del monarca, pero bajo su venia y reserva de la actividad. Dichos contratos, eran a largo plazo (perpetuidad) y permitían el cobro de peaje por la construcción de la obra.

Una vez establecidos los Estados de Derecho con división de poderes, propios de la **Edad Contemporánea**, se fortaleció esta alternación del desarrollo de actividades públicas en consuno con privados. En ese orden de ideas, Gianinni (2000) precisa que se varió el sentido que se le daba antes del siglo XIX, a lo que conocemos ahora como concesión, que se entendía como “actos de gracia o condescendencia soberana, con los que se atribuían privilegios a personas (títulos nobiliarios, honores, cambios de apellido), empresas (empresas coloniales, fabricantes de armas, organizadores de servicios postales, etc.), y (...) unidades de origen feudal (condados, ducados, etc.). A partir del siglo XIX, el nombre pasa a significar un conjunto de procedimientos administrativos, regidos por normas, con los que otros sujetos, públicos o privados, gozan de ventajas particulares en materias propias de los poderes públicos”⁴ (citado por Matilla, 2018, p.33).

Es pues que, al parecer en esa época se configuró la concepción que se tiene de “concesión” en la actualidad, emanando de figuras como la *concession de travaux publics* en Francia. Es así que, “el siglo XIX (...) [conllevó] una expansión generalizada de la colaboración público privada en los temas de transportes (ferrocarriles y tranvías), así como temas relacionados al agua, saneamiento y energía. La construcción de ferrocarriles significó un uso mayor de la técnica de concesión” (Nalvarte, 2017, p. 322). Es pertinente indicar, que estas concesiones (distinguidas por la realización de actividades propias de los Estados por particulares, con reserva de la titularidad de este, por largos plazos, recibiendo lo correspondiente a su explotación y recuperación de su inversión) se produjeron fundamentalmente en la construcción de obra pública y de cesión para explotación de dominio público, sobre la base de la autorización del Estado, que en ocasiones se concretizaba en contratos.

Tal suceso se produjo, dado que las nóveles repúblicas al centrarse en fortalecer sus instituciones, no se abastecían para cumplir con las actividades de las que se habían hecho cargo; es entonces que, de manera coetánea “en torno a la figura de la concesión de obra pública se perfilaron —ya que no puede entenderse que nacieron— las más importantes instituciones del Derecho administrativo: el contrato administrativo, la expropiación forzosa, el servicio público, buena parte de la teoría del dominio público, la responsabilidad civil de la Administración, la misma teoría general de la concesión administrativa nacen o al menos se desarrollan a la sombra protectora de la obra pública”

⁴ Traducción propia de:

“erano atti di grazia o condescendenza sovrana, con cui si attribuivano privilegi a persone (p. es. titoli nobiliari, onorificenze, cambiamenti di cognome), ad imprese (compagnie coloniali, produttori di armi, organizzatori di servizi postali, ecc.), a corporazioni, a città, ad unità di origine feudale (contee, dicati, ecc.). Dal siglo XIX la denominazione passa a significare un grupo de procedimenti amministrativi, regolati da norme, con i quali si danno ad altri soggetti, pubblici o privati, particolari vantaggi in materie pertinenti ai pubblici poteri”.

(Morell, 1972, p. 172).

Es entonces que, parte importante del desarrollo del siglo XIX, fue que el incremento de las colaboraciones público-privadas “respondían al sistema de la concesión: en ferrocarriles, carreteras y otros sectores que comienzan a desarrollarse en la citada época. La ideología liberal de la época permite que la iniciativa y el capital privados asuman la construcción de obras públicas de gran calado, conservando el Estado la titularidad y el control de la actividad, exigiendo determinados requisitos técnicos y económicos a los concesionarios” (Concha, 2007, p. 49). Tal circunstancia no menguó, con el paso al siglo XX, los cambios sociales, además del desarrollo francés del concepto de “servicio público” desde la Escuela de Burdeos y Toulouse; la concesión en lugar de desaparecer, se adaptó y modificó para el nuevo contexto, de forma similar a sus antecesores.

Así pues, es de resaltar lo escrito por el profesor Maurice Hauriou, indicando que “el verdadero nombre de las concesiones que nos ocupan es entonces concesión de servicio público, y ella es ante todo un medio de asegurar un servicio público. Los servicios públicos se ejecutan, sea en *régie*, sea por concesiones. En seguimiento de una suerte de política administrativa, hay toda una serie de servicios públicos que no pueden ser ejecutados sino por el sistema de concesión. Estos son los servicios públicos que considero como empresas económicas. (...)” (1902, citado por Matilla, 2018, p.46). De tal forma, incluso podría señalarse que con el establecimiento y difusión del concepto de ‘servicio público’, dicha figura pasó a ser el eje de la concesión, pasando a segundo orden a la de obra pública y a la demanial.

La consecuencia de ello fue en primer lugar que fue justamente la concesión de dominio tomó rumbo propio en la explotación de recursos naturales, sobre la base principalmente de la concepción extensa de servicio público postulado por Leon Duguit, que condujo a que se precise que “el Derecho administrativo francés, *ad exemplum*, se ha constituido sobre el cimiento, ciertamente sólido, del servicio público, alrededor del cual se edifica y analiza la idea concesional. Más en su sistemática del Derecho administrativo, la concesión de dominio público aparece como una simple *permission de voirie*, que ninguna relación guarda con la idea autónoma de la concesión de servicio público” (Villar Palasí, 1951, p. 148).

A su vez, cabe enfatizar en segundo lugar que la figura presentada se desarrolló – en sus variantes de colaboración público-privada que se dieron a lo largo de la historia – dentro del marco de la tradición jurídica romano-germánica a la que pertenecemos, lo que no implicó que en los países del *common law*, no existieran también experiencias de este tipo; en ese orden, acorde a Klein, Daniel y

Goldon Fielding (1994), “entre 1792 y 1794 fue construida la primera carretera con cobro de peaje y responsabilidad total de una compañía privada en Estados Unidos. Unió a Filadelfia y Lancaster en el Estado de Pensilvania. Para 1800, ya habían entrado a participar en este negocio 69 compañías en 11 Estados, y en 1845 el número subió a 1. 562” (citado por Pérez, 2007, p.217). Tales obras se dieron sin perjuicio de la tradición jurídica de la que formaban parte, en el contexto histórico global del surgimiento de las repúblicas, aunque luego como es obvio siguieron sus propios matices.

Después de esto, con el arribo de las Guerras Mundiales (1914-1918 y 1939-1945), el efecto del Crack del 29, la Gran Depresión tanto en las potencias mundiales como en sus países dependientes, así como la creciente influencia del uso del Estado de Bienestar en un modelo económico keynesiano, se puso en relieve la presencia omnicompreensiva del Estado en la economía, que influyó en la reducción de la colaboración público-privada con características similares a las expuestas. Es entonces que, “las concesiones en muchos campos fueron canceladas y raramente restablecidas. La noción de empresas estatales (o públicas para nuestra realidad) se estableció para eliminar la vulnerabilidad financiera de los contratos a largo plazo tradicionales. En esa larga etapa, la nueva infraestructura pública estaba principalmente diseñada, construida y financiada por fondos públicos” (Alva, 2017, p. 10). Ello hasta los años 80, década en lo que desde el *common law* se empezó a aplicar en el mundo una nueva tendencia neoliberal, con miras a superar las circunstancias financiero estatales que habían acaecido con el anterior régimen.

Es así que, el punto de inflexión se lideró desde el Reino Unido mediante las políticas de la administración de Margaret Thatcher, y en los Estados Unidos de Norteamérica desde la de Ronald Reagan, con la implementación de programas de privatizaciones y venta de bienes, afín de equilibrar y poner en marcha sus presupuestos. Sin embargo, fue recién en los años 90, cuando las características de la figura presentada (que en el tiempo varió en sus nombres como: enfiteusis, *ius in agro vectaglia*, *beneficia principis*, *ius regalía*, concesión de obra, dominio, y luego de servicios públicos) se actualizó a su tiempo con el nombre de *Private Finance Initiative (PFI)*, con que formalmente se apertura la colaboración público-privada para el desarrollo de obras y servicios públicos, consistiendo no en una “innovación entera, sino únicamente son una etapa ‘2.0’ en los contratos de concesión y sus figuras similares de colaboración público privada (*jointventure*, arrendamientos operativos, ‘*affermage*’, gerencia, outsourcing)” (Huapaya, 2013, p. 21); siendo una 3.0 o 4.0 de las variantes anteriores, pero con la añadidura del uso no exclusivo de la concesión (pudiendo usarse distintas formas contractuales acorde al proyecto), el énfasis en principios puntuales (como el valor por dinero, el enfoque por

resultados, transparencia, etc.), la participación del Estado subsidiando el financiamiento del proyecto en caso de alta rentabilidad social y sobre todo la distribución de riesgos entre la parte que mejor pueda afrontarlos.

Esto último habría conducido a que “la PFI (*Private Finance Initiative*) se denomine PPP (*Public Private Partnerships*) en los últimos documentos del Gobierno laborista. El cambio de denominación quiere igualmente sugerir un trabajo en equipo entre los socios público-privado y, lo que es más importante, una compartición de riesgos o la búsqueda de la óptima asignación de los mismos” (Nieto, 2004, p. 398); pasando luego a llamarse para Iberoamérica, Asociación Pública Privada (APP).

Dicho régimen fue presentado por el entonces Primer Ministro del Reino Unido “John Major en la declaración presupuestaria de otoño de 1992. Esto dio inicio a un proceso (...) de reformas legales y burocráticas, dirigidas a promover el uso, por el sector público, del Modelo de Diseño, Construcción, Financiamiento y Operación (DBFO) para la entrega de capital en proyectos de inversión (...), el PFI permitió que el gasto de capital público evitará el requisito de endeudamiento del sector público (...), significó que los votantes podrían dotarse hoy de nuevas carreteras, cárceles y hospitales sin que la inversión relacionada tenga un impacto presupuestario”⁵ (Hellowell, 2010, p.307). En esta propuesta inicial como *Private Finance Initiative*, el Estado tenía como contraparte a una Sociedad de Propósito Especial (*Special Purpose Vehicle –SPV*), que era constituida por el inversionista solo para efectos del proyecto, con el objetivo de obtener financiamiento específico de capital o de terceros (bancos); aislar el riesgo de su propia empresa, tenga especialización en el proyecto y pueda lidiar con la multiplicidad de contratos que sobre el particular realizaba (con los constructores, proveedores, *sponsors*, accionistas, suministradores, seguros y -- por supuesto con el principal *stakeholder* -- el Estado).

Cabe hacer hincapié que, a esto contribuyó mucho el desarrollo exitoso en el ámbito privado del mecanismo del *Project Finance*, teniendo sus bases en el antiguo contrato de enfiteusis había seguido su trayectoria en el derecho privado, era entendido “como aquella técnica de financiamiento de proyectos (típicamente de largo plazo) basada en la capacidad del propio proyecto a financiar de

⁵ Traducción propia de:

“The PFI was introduced by John Major ’ s Conservative government in the autumn budget statement of 1992. This began a five- year process of legal and bureaucratic reforms intended to promote the use, by the public sector, of the design, build, finance, operate (DBFO) model for the delivery of capital investment projects, (...) the PFI allowed public capital spending to bypass the public sector borrowing requirement (...), it meant that the voters could be provided with new roads, prisons and hospitals today without the related investment having an immediate budgetary impact”.

generar flujos de caja positivos. Así, y a diferencia de lo que sucede con otras técnicas o modalidades de financiamiento que se basan en la solidez y solvencia de los patrocinadores del proyecto (...) o en el valor de los activos que los sponsors están dispuestos a aportar para el desarrollo del proyecto, el Project Finance está basado en la capacidad que tiene el propio proyecto para pagar la deuda contraída y retribuir el capital invertido por los sponsors” (Heros & Marín, 2016, p. 144); puesto que dio las bases para la comprensión de este régimen de APP.

En consecuencia, con arreglo al esquema de resultados auspiciosos del *Project Finance*; para el sector público “esta técnica sólo cobró importancia cuando el Estado vio en ella un potencial para desarrollar infraestructura sin tener que invertir recursos públicos o asumir compromisos presupuestales. Es así como el desarrollo del *Project Finance*, por ser aplicable a proyectos de gran envergadura encuentra su escenario natural precisamente cuando el Estado en cumplimiento de su rol subsidiario en la economía, permite al empresario participar en ciertos sectores tradicionalmente reservados para sí, como es el caso de los servicios o activos llamados públicos” (Mercado & Abusada, 2016, p. 168).

A partir de ello, se aplicó continuamente este régimen en el Reino Unido, irradiándose a distintos países y continentes del orbe con sus bemoles; para ello “documentos como el Informe Kinnock y el Informe Van Miert; así como la creación del Libro Verde Europeo, el cual se dio en el marco el Consejo Europeo, fueron los que dieron el impulso internacional para que este tipo de fórmulas capaces de eludir las limitaciones del presupuesto público, sean consideradas como el mecanismo ideal e inteligente para el desarrollo económico” (Martín, 2013, p. 343). En esa forma, ya en el 2016, “de acuerdo a información de la OECD (que agrupa a países tales como Estados Unidos, Reino Unido, Holanda, Canadá, Australia, Turquía, México y Chile), las APP en los 34 países miembros de su organización representa[ba]n alrededor de USD 0.8 trillones, con proyectos a ser ejecutados en los próximos años con un valor similar a la cantidad antes referida” (Tantaleán, 2016, p. 204).

De manera similar, la versión de colaboración público-privadas mediante las Asociaciones Público Privadas, retornó a los países de tradición jurídica romano-germánica y en específico a Latinoamérica “entre finales de los años ochenta y principios de los noventa. La primera generación de proyectos de este tipo se desarrolló en México, Colombia, Argentina y Chile, seguidos algunos años más tarde por Brasil, Perú y Costa Rica. De los países latinoamericanos pioneros en la implantación de las colaboraciones público-privadas solo algunos han seguido desarrollando este modelo establemente en los últimos años, llegando a un adecuado grado de madurez” (Cooperación Andina

de Fomento - CAF, 2018, p. 14). Ello considerando a su vez, los impactos que los fenómenos históricos antes reseñados tuvieron en los países de este lado del mundo, en mayor o menor medida dado los lazos económicos y comerciales que tenemos con Europa y Norteamérica.

Finalmente, puede verse como en el transcurso histórico, pese a las variantes usadas, persisten características aún presentes en el régimen de APP como: la asociación entre el titular (Estado) de un bien futuro (infraestructura pública) o una actividad (servicio público, innovación tecnológica o científica), con un particular (inversionista privado) para el diseño, construcción, operación o realización de estas; en el que el privado financie (más el aporte estatal en caso de cofinanciamiento) ejecución, y recupere su inversión de los flujos del proyecto, mientras que el Estado, asumiendo los riesgos correspondientes, obtenga la provisión de lo necesario para satisfacer las necesidades de la población, sin perder la titularidad sobre los bienes y servicios que le son revertidos al final del contrato.

b. Ámbito Nacional

En el caso específico de nuestro país, el empleo de figuras de colaboración público-privada tampoco da inicio con las Asociaciones Público Privadas, como se da cuenta en el excelente estudio sobre los contratos estatales realizado por Danós (2006), quien agrupa en tres períodos – entre otras modalidades contractuales – como se vino tratando con la figura de la concesión desde aproximadamente mediados del siglo XX hasta el primer lustro del siglo XXI. A tal punto, cabría añadirle el uso que – en línea con el contexto mundial – se dio a la concesión con los albores de nuestra República, que conformarían -- siguiendo la clasificación señalada -- tres grupos de desarrollo previo de dicha figura. En ese sentido, podemos demarcar su uso en la etapa del primer militarismo (1826-1870), en la etapa post prosperidad falaz y el primer civilismo (1870 -1885), y en la etapa de reconstrucción post guerra, hasta mediados del s. XX (1885-1950).

De tal modo, la génesis de la primera etapa puede señalarse con el ocaso del gobierno de Simón Bolívar en el Perú, hacia el año 1826, cuando “a una compañía particular, compuesta por Francisco Quiroz, Guillermo Cochrane y José Andrés Fletcher, fue hecha la concesión del ferrocarril de Lima a Callao. Fue la primera concesión ferroviaria en Sudamérica, como anota Alberto Regal” (Basadre, 2014, p.184); al cual se siguieron otros intentos en los gobiernos de Obergozo, Salaverry, Echenique, Castilla, Pezet, Prado Ochoa y Balta, como se recopila por Sosa (2020), pero que se realizaron de forma discontinua y acompañada por la inestabilidad en la sucesión del poder, característicos de la primera

mitad de siglo republicana. En estos primeros años de la República, la concesión como forma de colaboración público-privada, se usó como alternativa a la incapacidad del Estado de implementar nuevas tecnologías (ferrocarriles, telégrafos, etc.) de tendencia en el mundo durante el s. XIX, al estar formándose de tumbos las instituciones básicas de la república. Así, de manera similar a otras latitudes, en esta época se utilizó la concesión para la expansión y conexión de las ciudades, la realización de obra pública (en donde se contemplaba las vías férreas), seguidas de la concesión de dominio público.

Posteriormente, la segunda etapa comenzó alrededor de 1870, con la última parte del gobierno de José Balta y el inicio del gobierno de Manuel Pardo, etapa *post* prosperidad falaz y el primer civilismo. En tal momento, luego del derroche que se realizó con lo obtenido por la venta del guano, con el saldo se intentó dar impulso al país con la construcción de una serie de obras en las metrópolis (como puentes, pero sobre todo ferrocarriles), financiadas con fondos públicos para que en base a ello vengan otras inversiones. En tal sentido, en sus 'Estudios sobre la provincia en Jauja', Manuel Pardo señalaría la posibilidad de "atraer 'capitales europeos por medio de una garantía sólida y tentadora hacia nuestro país'. Ese era, según manifestó, el caso del Gobierno de Suiza y el de la Compañía Inglesa de las Indias. Pero en relación con el camino de fierro antedicho, juzgó más practicable y expedito y aún más conveniente la construcción por cuenta del Estado (...). Agregó 'Dedicando a ella el Gobierno 3 o 4 millones del producto anual del guano, podríamos encontrarnos (...) con una grande obra que tanta influencia debe ejercer en la prosperidad general del país (...)'" (Basadre, 2014, p.243).

Sin embargo, al notar insuficiencia en lo restante de lo obtenido por el guano, luego se terminó recurriendo a personajes como Enrique Meiggs, al que se le dieron las concesiones para construir un ferrocarril hacia Pasco, para explotar la plata y cobre, esto decir, concesión de dominio para explotación de recursos naturales y concesión de obra pública, enmarcadas como sus predecesoras con la reversión luego de un tiempo al Estado. *A posteriori*, con el segundo gobierno de Manuel I. Prado Ochoa y la subsecuente Guerra del Pacífico, esa y otras concesiones quedaron paralizadas.

Culminado el conflicto bélico, prosiguió la tercera etapa en torno a 1885 con la reconstrucción nacional. En tales circunstancias, en base a acuerdos con la casa Grace y otros, se realizaron concesiones para la explotación de recursos minerales y uso de ferrovías (concesiones de dominio y obra pública), como remedio para el re financiamiento del país, además del pago de la deuda externa contraída. Estas concesiones otorgadas principalmente a las sociedades formadas por la *Peruvian Corporation* y Cerro de Pasco *Copper Corporation*, les dio potestades casi leoninas en la zona centro (Junín, Pasco y Huancavelica) y sur (Cuzco) del país, donde expandieron su red ferroviaria, hasta

aproximadamente mediados del siglo pasado. Empero, como se precisa, “la época de los ambiciosos proyectos de construcción de vías férreas (...) lleg[ó] a su fin debido a la existencia de incumplimientos por parte de los contratistas y porque al parecer durante esta época hizo falta una mejor y mayor regulación en las contrataciones ya que muchas se negociaron en base a arrendamientos o a cambio del pago de la deuda externa como se ha visto, sin dejar de lado la falta de supervisión” (Sosa, 2020, p. 8).

Durante los años siguientes, en la década de los cincuenta existió una marcada dispersión normativa respecto a las disposiciones de los contratos usados por el Estado, teniéndose para el “régimen legal de las concesiones, especialmente las referidas a la explotación de algunos recursos naturales, como es el caso de la minería, [que] solo era regulado por algunas leyes sectoriales, careciéndose de un mínimo denominador común sobre la materia” (Danós, 2006, p. 10). Tal circunstancia, lamentablemente se mantuvo en el periodo consecutivo de ensamblaje normativo de los “contratos estatales”, a partir de la Constitución de 1979; donde los servicios públicos eran impartidos generalmente por entidades o Empresas Públicas y para la infraestructura se tomaban las -- aún en construcción -- normas de contratación de obra pública, quedando la concesión – como en parte del siglo XIX – fundamentalmente para la realización de explotación de recursos naturales.

Después de ello, el desarrollo en el tratamiento de las concesiones vino con el inicio de los años noventa, en el que – como indica Danós (2006) -- se produjeron “importantes modificaciones en el régimen de los contratos de concesión en orden a promover la inversión privada, principalmente, en actividades calificadas legalmente como servicios públicos o en obras públicas de infraestructura, y se perfecciona y amplía el marco legal de los denominados contratos - leyes utilizados para otorgar seguridades y garantías de estabilidad jurídica a los inversionistas”(p. 14). Para el efecto, un hito importante que dio paso a las reformas, fue la emisión en noviembre de 1991 del Decreto Legislativo Nro. 758- 91 que contemplaba las “Normas para la Promoción de la Inversión privada en Infraestructura y Servicios Públicos”.

En dicho Decreto se presentaba un paquete de normas de promoción a la inversión privada: igualdad de trato extranjero, seguridades, garantías y envío de remesas, libre competencia, venta empresas públicas, prohibición de competencia desleal, respeto propiedad privada, libertad de asociación, etc.; que se confirmaron luego con la Constitución de 1993.

Consecuentemente, se llevó a cabo una etapa de Privatizaciones, mediante la cual se realizó primordialmente la venta de activos, llevándose a cabo en julio de 1991 la primera transacción y creándose el Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI) que dirigía el Fondo de Promoción de la Inversión Privada (FOPRI), con la finalidad de viabilizar estas iniciativas.

En ese orden, dos operaciones a enfatizar son la realizada en 1994 con la transacción vía privatización de la Empresas Públicas CPTSA y Entel Perú, a la española Telefónica Internacional que ganó la subasta pública de venta de acciones, y la concesión de la Carretera Arequipa – Mataraní para el empalme de partes de Panamericana Sur en Mataraní y la Vía de Evitamiento de Arequipa. Al respecto, es pertinente reparar en que conforme al artículo 5 del DL 758, la concesión era concebida como un “**acto administrativo** por el cual el Estado, con el objeto que el concesionario realice determinadas obras y/o servicios fijados o aceptados previamente por el organismo concedente, le otorga el aprovechamiento de una obra para la prestación de un servicio público, por un plazo establecido” (énfasis nuestro).

Debe señalarse que, en la primera operación nombrada, en tanto los servicios públicos son siempre de “titularidad estatal (...), se le otorgó al adquirente (Telefónica), después de la venta, la concesión administrativa del espectro electromagnético, para que sea el privado el encargado de brindar el servicio público (...), dicha concesión no fue una concesión en el sentido de la Ley de Concesiones o de la Ley actual de APP, sino más bien algo parecido a una autorización administrativa: el Estado concedió permiso para la realización de una actividad determinada” (Nalvarte, 2017, p. 323), y en el segundo “al ser una de los primeros, fue concebido de manera similar a un contrato de obra pública, es decir, a la forma tradicional de contratación del Estado con los particulares, para la construcción de obras de infraestructura” (Umezawa & Reaño, 2013, pp. 56-57). Junto con las señaladas se realizaron aproximadamente 114 transacciones y 7 concesiones hasta el 96.

Subsecuentemente, se prosiguió con un uso más exhaustivo de la concesión para infraestructura y servicios públicos, por medio del Decreto Legislativo 839 de agosto de 1996 (Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y Servicios Públicos) y el Decreto Supremo 059 de diciembre de 1996 (Texto Único Ordenado de las Normas de la Concesión de Obras Públicas de Infraestructuras y Servicios Públicos); de manera separada a la concesión de recursos naturales, que siguió su curso con la Ley Nº 26821 (Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales) de junio de 1997, que a su turno derivaba a leyes sectoriales.

Es entonces que, en el artículo 11 del TULO referido, prevé que “(...) **el contrato de concesión** constituirá título suficiente para que el concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones (...)” (énfasis nuestro), creándose de paso la Comisión de Promoción de Concesiones Privadas (PROMCEPRI), aunque luego en el año 98 se pasaron sus facultades al antes mencionado COPRI. En consecuencia, se empezó a trabajar de una manera más parecida a la actual, en la que se reconoce el acuerdo de voluntades del Estado y del inversionista privado -- en un equilibrio económico financiero para ambos, distribución de riesgos, garantías, prestaciones recíprocas, entre otras -- pero con el uso focalizado de la “concesión”; realizándose aproximadamente 48 contratos hasta el 2008, entre los que están la concesión del Aeropuerto Jorge Chaves en el 2001, el Tramo Ancón Pativilca en el año 2003, o la -- ahora cuestionada -- Carretera Interoceánica desde el 2005.

Es de resaltar que con tales cambios se empezaron a dividir los proyectos en onerosos, cofinanciados y mixtos; y se hizo extensivo a este régimen lo previsto en el Decreto Legislativo Nro. 757 respecto al uso de los “convenios de estabilidad jurídica”. Además de que, “en el año 2002, a través del Decreto Supremo N° 027-2002- PCM, se unificaron las funciones del COPRI, FOPRI, los Comités Especiales, la Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras (CONITE) y la Gerencia de Promoción Económica de la Comisión de Promoción del Perú (PROMPERU), creándose la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión), organismo adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF)” (Banco Interamericano de Desarrollo – BID, 2016, p. 29); y en el año 2003 con la promulgación de la Ley Nro.28059 y su reglamento, se detalló y promovió el uso de las Iniciativas Privadas, que ya se venía mencionando en el DL 758.

Así, luego de lo señalado, en el mes de mayo del año 2008, todo el camino anterior desembocó con la promulgación del Decreto Legislativo Nro. 1012 y en diciembre su Reglamento (Decreto Supremo Nro. 146-2008-EF), en el comienzo del empleo en nuestro país de la figura de las Asociaciones Público Privadas. Con ello, se dio lugar a la ampliación del espectro de modalidades de colaboración público-privada a usarse, dejándose la utilización en solitario del contrato de concesión para este régimen y se adoptó una perspectiva de repartición de riesgos. Asimismo, se asentó la división en las modalidades autosostenible y cofinanciada, a partir de iniciativas público privadas, tomándose en el artículo 9.3, el término “**contrato de Asociación Público-Privada**, a cargo del Organismo Promotor de la Inversión Privada correspondiente (...)” (énfasis nuestro).

Por su parte, en el artículo 9.2 se señaló que “los proyectos de inversión, a través de la modalidad

de Asociación Público - Privada, que resulten clasificados como cofinanciados deberán cumplir con todos los requisitos y procedimientos establecidos en la Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública, la Ley del Sistema Nacional del Endeudamiento y sus modificatorias y demás normas correspondientes. El diseño del proyecto, incluyendo el análisis de su modalidad de ejecución será responsabilidad del respectivo Organismo Promotor de la Inversión Privada (...)” (énfasis nuestro), siendo que para proyectos de ámbito nacional el OPIP⁶ era Proinversión y para los Gobiernos Regionales o Locales eran los órganos que designen. En lo demás se fijaron los principios de: asignación adecuada de riesgos, valor por dinero, competencia, transparencia y responsabilidad presupuestal.

A continuación, dada la permanencia de otras normativas relacionadas a concesiones de infraestructura y servicios públicos, que permitían interpretaciones incluso en conflicto con el DL 1012, y afín de alinear la norma con los objetivos OCDE, “en el año 2014, con la aprobación del nuevo Reglamento de Organización y Funciones del MEF, se creó la Dirección General de Política de Promoción de Inversión Privada como el órgano de línea encargado de formular y proponer la política nacional para el desarrollo y la promoción de la inversión privada” (Banco Interamericano de Desarrollo – BID, 2016, p. 29), mediante el cual el Ministerio de Economía y Finanzas empezaba a asumir el control de política para este régimen, sumándose a lo que ya en el 2013, había sucedido con la creación del Equipo Especializado de Seguimiento de la Inversión (EESI) para verificar la continuidad en la ejecución de estos proyectos desde el MEF.

Tal punto se consolidó con la reforma de setiembre del año 2015, con la promulgación del Decreto Legislativo Nro. 1224 – Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, y de su Reglamento (Decreto Supremo Nro. 410-2015-EF) en diciembre del mismo año. A través de este marco normativo, se creó el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, especificándose -- acorde al art. 5.2 del DL 1224 -- que el Ministerio de Economía y Finanzas es “el ente rector y máxima autoridad técnico normativa del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada. Tiene como función asegurar el cumplimiento de la política de promoción y desarrollo de las Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, con la participación de todas las entidades del Estado, en los distintos niveles de gobierno” (énfasis nuestro), a través de la Dirección General de Políticas Públicas. De tal manera, se trataron de compatibilizar en una sola norma los puntos (como los Proyectos en Activos, el seguimiento de proyectos, la liberación de predios, el Equipo Especializado de Seguimiento de la Inversión, entre otros)

⁶ Organismo Promotor de la Inversión Privada

que – como se señaló -- habían quedado como rezagos de las disposiciones anteriores y que hasta colisionaban.

Asimismo, producto de que “en diciembre de 2014, Perú suscribió con la OCDE un *Programa País*, acuerdo que fue ratificado mediante Decreto Supremo N° 004-2015-RE, publicado el 27 de febrero de 2015. (...) [Que,] se compone de un ambicioso conjunto de proyectos que se llevarían a cabo durante un plazo de dos años (2015-2016) con el objetivo de fortalecer las políticas públicas (...), [y que] entre los instrumentos legales a ser tomados en consideración se encuentra la *Recomendación del Consejo sobre Principios para Gobernanza Pública de las APP*” (Banco Interamericano de Desarrollo – BID, 2016, p. 42); con la modificación del 2015 se realizaron una serie de reformas entre las que resalta, además de crear el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, la ratificación del rol de los Organismos de Promoción de la Inversión Privada (reiterándose a Proinversión como OPIP para los proyectos de índole nacional, y empoderando a los Comités de Inversiones para los de índole regional o local), y la incorporación del *Five Cases Business Model* para la planificación, selección y formulación de los proyectos (teniendo como eje al Informe de Evaluación y añadiendo previamente el Informe Multianual de Inversiones). Sobre el particular, es importante señalar que en este modelo se explicitó en el artículo 1 del DL 1224, que el régimen abarca “(...) el desarrollo de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a estos, proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica (...)”, sobre los cuales no se segregó al uso único del contrato de concesión.

Los principios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE u OECD con sus siglas en inglés) adaptados en ese momento, fueron: A. Establecer un marco institucional claro y predecible apoyado por autoridades competentes y adecuadamente financiadas (...), B. Aplicar un criterio de selección de la modalidad APP basado en el valor por dinero (...), y C. Utilizar el proceso presupuestal de manera transparente, para minimizar riesgos fiscales y asegurar la integridad del proceso de licitación⁷ (2012).

Con la reforma, también se ratificó la participación activa en las distintas fases de la Contraloría General de la República, los Organismos Reguladores, y por supuesto el MEF por medio de sus opiniones. Entre esto, se puso en el Reglamento la norma – aún polémica -- que en caso de controversia obliga a los árbitros a incorporar como coadyuvante al Organismo Regulador con la Entidad Pública

⁷ Traducción propia:

A. Establish a clear, predictable and legitimate institutional framework supported by competent and well-resourced authorities (...), B. Ground the selection of Public-Private Partnerships in Value for Money (...), and C. Use the budgetary process transparently to minimise fiscal risks and ensure the integrity of the procurement process.

Titular del Proyecto.

Por último, en julio de 2018 con el Decreto Legislativo Nro. 1362-2018 que “Regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos” y su Reglamento (Decreto Suprema Nro. 240-2018-EF) de octubre del mismo año, se consolidaron diversas modificatorias que desde la anterior modificatoria se venían dando. Así, se legisló por separado las funciones de Proinversión y el MEF, reafirmando la dirección de esta última sobre las políticas entorno al régimen; además de añadir una serie de aclaraciones a la normativa previa y mecanismos como el Dialogo Competitivo, para los casos de proyectos en que por su complejidad y novedad requieran del acompañamiento privado desde la etapa de formulación.

5.2 Naturaleza Jurídica, Principios y Definición

Considerando lo anterior, corresponde abordar ahora la naturaleza jurídica y definición que en nuestro contexto tienen las Asociaciones Público Privadas; para lo cual comenzaremos haciendo énfasis en que, si bien esta figura tiene extensos antecedentes en la tradición jurídica europeo continental, su concepción actual proviene de la tradición europea insular. Este dato no menor, dio a sus bases un sentido más pragmático que esquemático, que pese a mantener su espíritu de colaboración público-privada, amplió sus mecanismos, reglas y principios, denotando una configuración particular; que a su vez se matizó por la lectura realizada con el retorno de la figura a los países de tradición romano germánica, y en específico a nuestro ordenamiento jurídico.

De tal manera, lo que en su reconfiguración anglosajona se presentó como una herramienta para sobrellevar una determinada circunstancia, como da cuenta Nieto (2004) al precisar que “la PFI no tiene una regulación legal, sino que es una forma de realización de la obra pública que, junto con la privatización de los servicios y el *contracting-out* (contratación con terceros), integra el nuevo modo de entender la gestión de los asuntos públicos, más conocido como el *New Public Management*” (p. 404), en los países del *civil law* trató de esquematizarse bajo los parámetros de su propia tradición jurídica; siendo eje fundamental para ello, la concepción del Principio de Subsidiaridad respecto a la intervención del Estado en la economía.

Conforme a este principio, surgido en la Doctrina Social de la Iglesia Católica, con la Encíclica

'*Quadragesimo Anno*' del Papa Pío XI de 1931⁸ (realizada por el aniversario de la Encíclica '*Rerum Novarum*' del Papa León XIII, que empezó a delinear este principio), que luego fue acogido en la concepción de Economía Social de Mercado⁹, así como por nuestra Constitución Política en sus artículos 58¹⁰ y 60¹¹; se entiende según lo señalado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia del Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, que "el Estado emerge como garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en la intervención directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, cuando la colectividad y los grupos sociales, a los cuales corresponde en primer lugar la labor de intervenir, no están en condiciones de hacerlo" (2003, fundamento 21), mientras que cuando si lo realizan, ejerce funciones de supervisor y regulador.

En ese sentido, según el Supremo Intérprete de la Constitución, el Principio de Subsidiaridad se manifiesta en un sentido vertical en "la relación existente entre un ordenamiento mayor -que puede ser una organización nacional o central- y un ordenamiento menor -que pueden ser las organizaciones locales o regionales-, según la cual el primero de ellos sólo puede intervenir en aquellos ámbitos que no son de competencia del ordenamiento menor (...). Por su parte, la subsidiaridad horizontal está referida a la relación existente entre el Estado y la ciudadanía, en la cual el cuerpo político, respetando la autonomía y la libre determinación de los individuos, reduce la intervención pública a lo esencial" (2003, fundamento 19); siendo el eje por el cual se articulan diversos pilares (libre competencia, propiedad, libertad de contratar, libertad de empresa, libertad de comercio, etc.) de la Economía Social de Mercado dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho.

⁸ Numeral 80: "conviene, (...) que la suprema autoridad del ***Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, (...), con lo cual logrará realizar más*** libre, más firme y más ***eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia***, (...). Por lo tanto, tengan muy presente los gobernantes que, mientras más vigorosamente reine, salvado este ***principio de función "subsidiaria"***, (...) tanto más firme será no sólo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación" (p.23) (énfasis nuestro).

⁹ "La doctrina de la Escuela de Freiburg, que dio origen en Alemania al nacimiento de lo que se denomina 'economía social de mercado', consagra como elementos claves de su caracterización a la protección de la competencia económica, el control del banco emisor y el principio de subsidiaridad (...), la economía social de mercado es un concepto económico y social fruto de la liberalidad protestante unida con la solidaridad católica, estructurada sobre el principio de subsidiaridad, en donde ambos elementos se conjugan y complementan mutuamente" (Kresalja, 2015, pp. 187-189).

¹⁰ "Artículo 58.- Economía Social de Mercado La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura".

¹¹ "Artículo 60.- Pluralismo Económico El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional".

En consecuencia, sobre la base de estos carices filosóficos, económicos y constitucionales, se integró a las Asociaciones Público Privadas (en las variantes de sus nombres) a la normatividad de ordenamientos de tradición jurídica romano-germánica, permitiendo a los privados mediante la colaboración público-privada, la gestión de servicios públicos y construcción de infraestructura pública (además de los servicios vinculados a estos e innovación tecnológica), a partir de diversas modalidades contractuales (concesión, *joint venture*, contrato de gerencia, etc.), de manera autosostenible o subsidiada; actividades que antes se reservaba el Estado generalmente por medio de Empresas Públicas.

La lectura que se hizo de la figura de las APP, se esquematizó de los resultados de su aplicación británica, con su incorporación a las normas de los países europeos continentales y posterior tratamiento por la doctrinaria jurídico-administrativa. A tal efecto, se identificaron como principios:

- **Principio de Valor por Dinero.** – Este es el principio eje de la figura, del cual se desprenden los demás, que “tiene como objetivo la búsqueda de la combinación óptima entre los costos y la calidad del servicio público ofrecido a los usuarios, (...) y puede darse, entre otros, en el momento de: Priorizar los proyectos que generen un mayor valor para la sociedad (...). Seleccionar la modalidad de ejecución más adecuada para llevar a cabo el proyecto, (...). Identificar los riesgos y distribuirlos a aquella parte con mayores capacidades para administrarlos. Asegurar las condiciones de competencia, a través de un proceso de promoción” (Banco Interamericano de Desarrollo - BID, 2016, p. 33); lo que deja claro su importancia en todas las fases del procedimiento APP.
- **Principio de Distribución de Riesgos.** – Por este principio se expresa la coparticipación público-privada en el desarrollo del proyecto, mediante la asunción de riesgos (financieros, jurídicos, comerciales, sociales, etc.) y responsabilidades por quien este en mejor capacidad de hacerse cargo, esto es, bajo criterio de especialidad. Ello que se relaciona directamente con el financiamiento y viabilidad de los mismos, requiere a las partes efectuar un análisis de los mismos en cada caso, que les permita conocer: “(i) Qué riesgos conlleva cada proyecto. (ii) Quiénes van a asumir los riesgos y si los van a poder asumir apropiadamente. Los riesgos deben ser distribuidos a aquellas partes que están en mejor aptitud de controlarlos y minimizar sus efectos. (iii) Si el retorno que van a obtener de su inversión los privados es adecuado para compensar los riesgos que van a asumir. La correcta distribución de riesgos hace que los costos de cada parte disminuyan” (Heros & Marín, 2009, p.389).

En ese sentido, corresponde hacer mención, como precisan Bel, Bel-Piñana y Rosell (2017), que los riesgos pueden clasificarse en: riesgos en la construcción y los operacionales. En los primeros se encuentran los riesgos de expropiación de terrenos, permisos y licencias, diseño del proyecto, y riesgo geológico; mientras que en los segundos se tienen a los riesgos de demanda, disponibilidad, financiero, y de progreso tecnológico. Asimismo, debe añadirse que la distribución adecuada de tales riesgos, resulta vital para el desarrollo de un proyecto por una APP, pues se evaluará objetivamente la capacidad para afrontarlos, y no caer en situaciones en las que esta modalidad ha sido cuestionada, por no alcanzar los efectos esperados al haber tenido una deficiente evaluación técnica de riesgos.

- **Principio de Enfoque por Resultados.** – Este principio es entendido como que, durante las fases del procedimiento de APP, se deben tomar las medidas y decisiones que propicien la continuidad del proyecto, para llegar a los resultados esperados; los que deben “ser visualizado como la provisión de la infraestructura y/o del servicio; y no, así como la adjudicación del proyecto o la firma del contrato, los cuales, por sí solos, no generan un beneficio concreto para la sociedad. Siempre es bueno recordar que un Contrato de APP es un medio, no un fin” (Nalvarte, 2017, p. 325). En consecuencia, su aplicación no se agota con los intervinientes en el procedimiento, sino que abarca incluso a las reglas procedimentales y de marco orgánico, pues junto con los otros deben siempre mantener la perspectiva de ser vías para el resultado; así este principio es esencial para el desarrollo del procedimiento y la concreción de la finalidad pública del proyecto APP.
- **Principio de Competencia.** – Este principio promueve la igualdad de trato a los inversionistas que presentan sus propuestas, afín de que en ‘competencia’ se obtenga mayor calidad en términos de valor por dinero, reflejando criterios del principio de subsidiariedad, además de permitir que se contrarreste el monopolio que se dará con la adjudicación y suscripción del contrato, que luego será supervisado por el Estado, acorde con la Economía Social de Mercado.
- **Principio de Planificación.** – Por el que se plantea que los proyectos respondan a evaluaciones objetivas, prudentemente analizadas y viables, conforme a las necesidades del país y a los fines públicos; eso a través de un procedimiento con la intervención de diversas entidades, donde se miren objetivos a largo plazo y no coyunturales.
- **Principio de Responsabilidad Presupuestal.** – Por el cual se establece que, en la planificación de los proyectos, se tenga en cuenta la capacidad de pago y presupuestal estatal; conforme a los fines de la APP que justamente se diferencian, de otras alternativas de realización de

infraestructura o servicios públicos, por el no gasto único del Estado.

La aplicación de este principio goza de importancia desde el origen del desarrollo de este régimen en el Reino Unido, pues sirvió para contrarrestar sobre la base de una evaluación previa sólida, una de las objeciones a su uso referida a que con esta modalidad se “compromete para el futuro opciones políticas de prestación de servicios públicos o de realización de actividades típicamente administrativas. En este punto el debate se centra en la delegación de funciones públicas en sujetos privados y, en consecuencia, en la definición de políticas públicas adoptadas por contratistas privados” (Nieto, 2004, p. 405). Para lo cual, se retoma lo señalado en el principio de distribución de riesgos.

- **Principio de Transparencia e Integridad.** – Principio de particular importancia en Latinoamérica, donde muchos mecanismos fueron objetados, no por sus ventajas o desventajas intrincadas, sino por las personas que los utilizaron mal; siendo lineamiento rector de las entidades del Estado y sus integrantes, actuar con integridad conforme a derecho, además de publicar los documentos de los hitos del procedimiento en distintos registros, por ser objetivo nacional la lucha contra la corrupción.

Además de ello, se caracteriza por utilizar contratos de largo plazo, la combinación de experiencia privada y el control estatal, el financiamiento privado al que puede adherirse el Estado, tener como objeto el desarrollo de la infraestructura pública o servicios públicos, la permanencia de la titularidad del Estado que supervisa el cumplimiento del contrato y otras que conforme a cada ordenamiento jurídico varían.

De lo que se extrae que, aparte de no contemplar un tipo específico de contratos de APP¹², su **naturaleza jurídica** se encontraría en ser una ‘alternativa de realización de obra pública o prestación de servicios públicos, por medio de la colaboración público-privada’. Asimismo, esta figura desarrollada como expresión evolutiva de la concesión --a la que contiene en sus filias contractuales--, puede ser ya concebida como una ‘institución jurídica administrativa’, en mérito a que sus principios y características, se forjaron siguiendo el método del dogmatismo jurídico, además de haber adoptado una autonomía temática en el derecho público, como toda institución jurídica que --conforme a

¹² Más allá de lo indicado en el artículo 21 numeral 1 del DL 1362 que hace referencia al “**contrato** que se celebra para desarrollar un proyecto **bajo la modalidad de Asociación Público Privada**” (énfasis nuestro), y el numeral 2 sobre los bienes objeto de estos contratos; y a diferencia de algunas latitudes que aún no han podido desprenderse de su antecesor, la concesión (como ocurrió en su momento con la regalía).

nuestra tradición romano germánica -- dan base a su respectivo sistema.

Es así que, las APP transcurrieron espontáneamente por el método de formación del dogmatismo jurídico¹³, que consiste en “apreciar – en primer término - cuál es el tratamiento de un concepto, figura o institución jurídica a lo largo de la Legislación, para luego llegar inductivamente a extraer una regla general o principio (denominado dogma), en el que converjan todos los casos específicos examinados. (...) Una vez que se ha llegado al dogma, que en realidad puede ser un principio, una regla general (...), debe pasarse a la segunda etapa que consiste en extraer las consecuencias que este dogma entrañe” (Cornejo, 2004, p. 247); consecuencias que son desarrolladas por la doctrina, en este caso la administrativa.

En tal marco actualmente se ubica la Ley de APP (Decreto Legislativo 1362) y su Reglamento (Decreto Supremo 240-2018-EF), definiéndola en el artículo 20.1 de la Ley, 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 privados” (énfasis nuestro). Sin perjuicio de que, junto a ella circundan también concepciones, que indican que “se trata de proyectos que combinan la construcción y el mantenimiento de una infraestructura con la operación de algún servicio público (...), habitualmente de larga duración (...), se determinan por parte del sector público, que contrata con un operador privado para que este (...) se haga cargo de un conjunto de tareas, que pueden ir desde la financiación hasta la operación del servicio, pasando por la construcción y el mantenimiento de la infraestructura” (Cooperación Andina de Fomento - CAF, 2018, p. 14).

A ellas se le añaden, las que la definen como un “contrato a largo plazo entre una parte privada y una entidad pública, para brindar un activo o servicio público en el que la parte privada asume un riesgo importante y la responsabilidad de la gestión, y la remuneración está vinculada al desempeño” (Banco Mundial - WB y otros., 2014, p.18); y otras que la señalan como “toda asociación entre parte pública y privada, para el desarrollo de una infraestructura pública y/o el desempeño de un servicio público, que cumpla las siguientes características: Participación privada (en la financiación y/o en la gestión), transferencia de riesgos, y relación contractual a largo plazo” (Banco Interamericano de Desarrollo-BID, 2009, p. 8). Tales circunstancias hacen necesario detenerse en tomar posición sobre el particular, a efectos de establecer una definición operativa para el presente estudio; para ello usaremos los criterios aristotélicos para definir, determinando su género próximo y diferencia

¹³ Originado en la pandectística alemana con Rudolf Von Ihering primigeniamente para el derecho privado, pero cuyo método trascendió estableciendo las bases de las áreas del derecho de la tradición jurídica romano-germánica.

específica.

En ese orden de ideas, puede señalarse como genero próximo, a los contratos de obra pública que siguen lo previsto por el TUO de la Ley 30225 – Ley de Contrataciones con el Estado, las Obras por Impuesto – Ley 29230, los Proyectos en Activos que no involucren disposición (cesión en uso, arrendamiento, usufructo, arrendamiento, usufructo, superficie u otras modalidades) - Capítulo II del DL 1362, los Proyectos Especiales de Inversión - Decreto de Urgencia N° 021-2020 (que implican el uso de acuerdos G2G, contratos FIDIC, NEC, etc.), en el sentido que permiten la realización de infraestructura pública. Asimismo, debe considerarse la normativa de concesiones de recursos naturales que parte de la Ley 26821 – ‘Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales’ y las normas sectoriales que parten de esta, en el sentido de la cesión de potestades públicas a privados a cambio de un canon y provenir del tronco común de la regulación antecedente de concesiones. Todas estas, además de ser alternativas para la realización de actividades propias del Estado, mediante alguna forma de relación con el sector privado por un “contrato estatal”¹⁴ y un “acto administrativo”¹⁵, respectivamente. De lo que, en cuanto a este punto corresponde – en la línea de lo señalado precedentemente – su género se encontraría en ser un mecanismo de alternativo a los señalados para la realización de infraestructura, servicios públicos, servicios vinculados a estos e innovación tecnológica.

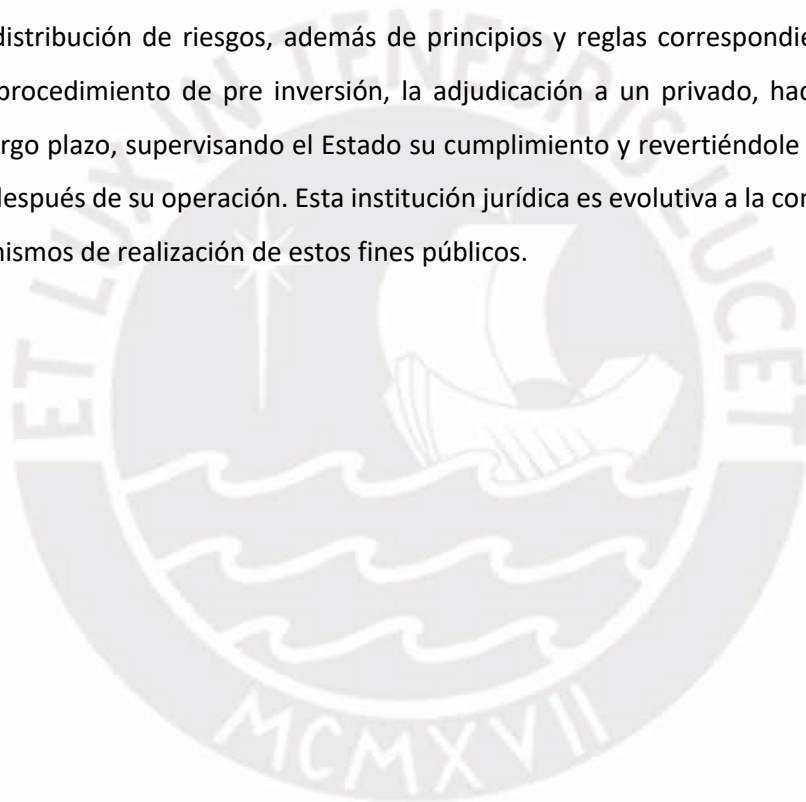
Por su parte, en lo que respecta a su diferencia específica, debe indicarse a su característica de colaboración público-privada de largo plazo para la realización de sus fines, en el que se distribuyen riesgos y roles con el Estado coparticipe, siguiendo sus principios propios. En adición a ello, se diferencia, por no ser un contrato estatal en específico (al no referirse a un tipo contractual particular que conlleve una relación jurídica patrimonial), ni tampoco un acto administrativo que otorga un

¹⁴ Nos referimos a “contratos estatales” y no a “contratos administrativos”, puesto que como bien señala Martín, “nuestro país no cuenta con una disposición legal que regule la naturaleza jurídica del contrato administrativo, lo que refleja la existencia de un régimen asistemático con respecto a la naturaleza de los contratos estatales” (2013, p. 353), a lo que añade Danós, en referencia a la Ley de Contrataciones con el Estado, que “no distingu[e] entre contratos administrativos ni entre contratos privados de la administración, porque adopta el concepto de un único tipo de contrato que podemos denominar contrato de estado o contrato estatal” (2006, p. 13).

¹⁵ Condición que es puntualizada para la concesión, por la Sentencia del Expediente 0048-2004-PI del Tribunal Constitucional Peruano, al indicar que “se trata de un acto administrativo de carácter favorable o ampliatorio para la esfera jurídica del destinatario, e implica la entrega, sólo en aprovechamiento temporal, de los bienes de dominio público, estableciéndose una relación jurídica pública subordinada al interés público, y no de carácter sinalagmático” (2005, fundamento 102)

derecho real (al significar una coparticipación continua del Estado, no solo la cesión de potestades, aparte de precisarse esto en el artículo 21.2 de la Ley de APP); sino que -- de acuerdo a la preminencia de fuente legislativa en nuestro sistema jurídico – es un régimen normativo por el que se congrega distintos contratos *numerus apertus*, que permitan asociar al inversor y al Estado, bajo lineamiento marco señalados en su ley y reglamento.

En suma, a la luz de lo antes expuesto, podemos tomar como definición operativa que las Asociaciones Público Privada son una institución jurídica administrativa, prevista como un régimen normativo que permite la realización de infraestructura, servicios públicos, servicios vinculados a estos e innovación tecnológica, mediante la colaboración de privados y el Estado (en el financiamiento del proyecto, la distribución de riesgos, además de principios y reglas correspondientes); para lo cual, luego de un procedimiento de pre inversión, la adjudicación a un privado, hacen uso de diversos contratos a largo plazo, supervisando el Estado su cumplimiento y revertiéndole la gestión del objeto del contrato después de su operación. Esta institución jurídica es evolutiva a la concesión y alternativa a otros mecanismos de realización de estos fines públicos.



VI. EL PROCEDIMIENTO DE APP EN EL PERÚ Y *FIVE BUSINESS CASE MODEL*

Otro punto que es importante tener en cuenta para la presente, es el referido a las normas procedimentales. Estas, que en ocasiones podrían aparentar ser meros trámites, tienen como trasfondo que se evalúen rigurosamente las iniciativas presentadas para el desarrollo óptimo del proyecto, por medio de una APP o su derivación a otra modalidad alternativa más acorde a su sentido. El control de esta correspondencia debe ser realizado constantemente por sus aplicadores, a fin de deslindar de normas que constituyen meros formalismos, y custodiar la evaluación necesaria de los proyectos en cada fase del procedimiento.

En nuestro ordenamiento, las normas procedimentales para APP han ido mutando desde el Decreto Legislativo 1012, detallando reglas por cada estadio y ampliando algunos puntos hasta la regulación actual. En ello se resalta, la incorporación de una nueva perspectiva alineada a estándares internacionales, a partir del Decreto Legislativo 1224 en el 2015, denominada *Five Business Case Model*; dicha inclusión que puso énfasis –entre otras cosas -- en el Informe de Evaluación y en las opiniones de las entidades intervinientes, permanece en el actual Decreto Legislativo 1362, con las modificaciones que se hicieron en este nuevo cuerpo normativo.

En ese sentido, en lo sucesivo trataremos sobre la manera en que se encuentra regulada la APP en la actualidad, en su Ley y en su Reglamento, además de como el *Five Business Case Model* ha influido en la construcción de su procedimiento en todas las fases.

6.1 Clasificación de APP

Como se da en toda área del conocimiento y las APP no han sido la excepción, existen diversas clasificaciones que se realizan desde la academia sobre el objeto de estudio, con miras a su mejor explicación didáctica, pero sobre todo para su mejor utilización práctica. Así, las Asociaciones Público Privadas, podrían clasificarse:

En atención al tipo de potestades o prerrogativas que se transfieren al sector privado: i) PPP de carácter colaborativo, ii) PPP de carácter operacional, iii) PPP de carácter contributivo, iv) PPP de carácter consultivo. (...). En función de la fuente de fondos a partir de la cual el operador privado recibirá su contraprestación: i) pagos provenientes de usuarios, ii) pagos o contribuciones abonadas por el Estado, iii) sistemas mixtos. Según el tipo de gestión: i) modelos PPP de gestión directa, y ii) modelos PPP de gestión indirecta. En función del plazo de

vinculación contractual: i) contratos PPP de corto plazo, ii) contratos PPP de mediano plazo, y iii) contratos PPP de largo plazo. En función del tipo de contrato PPP (y consecuentemente, tipo de riesgos asumidos por el sector privado): i) contratos de mantenimiento, ii) contratos de gestión, iii) contratos de construcción “llave en mano”, iv) contratos de arrendamiento de infraestructuras, v) contratos de leasing financiero aplicados a infraestructuras, vi) contratos de concesión, y vii) contratos plurilaterales de organización (esto es, mediante la constitución de entidades o sociedades instrumentales, con participación en su capital de los sectores público y privado). (Corporación Andina de Fomento – CAF, 1993, p. 19)

Puntos a los que puede añadirse la clasificación entre APP colaborativas y asociativas, como indican Huapaya y Vergaray (2007), donde en las primeras el Estado actúa colaborativamente con el privado mediante contratos – típicamente el de concesión – por el que otorga al privado la gestión directa de servicios públicos o infraestructura, mientras que en las segundas, el Estado y el inversor de consuno forman una persona jurídica con propósito especial, para la realización o mantenimiento de servicios públicos, infraestructura, entre otros; sirviendo esta clasificación junto con las demás para observar desde distintos enfoques y características el funcionamiento de las Asociaciones Público Privadas, en aras de su mejor comprensión.

Sin perjuicio de ello, nuestro ordenamiento ha tomado dos clasificaciones que se intersecan en su funcionamiento. La **primera clasificación** divide a las APP entre **autofinanciadas y cofinanciadas**, opción generalmente asumida por los ordenamientos dada su utilidad práctica, y que, si bien suele distinguir los proyectos por el modo de financiamiento, en puridad se rige más por un criterio de rentabilidad. Esto considerando que el financiamiento en un orden cronológico, se encuentra en una fase previa a la operación de la obra o servicio como se ve en los proyectos autofinanciados; pero sobretudo en proyectos con ‘cofinanciamiento’, donde “el Estado no financia ni total ni parcialmente el proyecto. El proyecto es íntegramente financiado por el privado. Lo que hace el Estado es que, luego de ejecutada la inversión, le provee un ingreso al privado en monto suficiente para hacer rentable el proyecto. Por ello, el término cofinanciamiento es errado y puede prestar a confusión. No hay un financiamiento *ex ante* por parte del Estado, sino un pago *ex post*, como una suerte de subsidio, que sirve para hacer sostenible el proyecto” (Nalvarte, 2017, p. 326); por lo que compartimos con tal autor, que el nombre apropiado para la clasificación es la distinción entre APP autosostenibles y subsidiadas.

Dicho esto, sobre las autofinanciadas, podemos señalar que hacen referencia a los proyectos con alta rentabilidad económica, que permiten el retorno de la inversión del privado solo con el flujo

que se obtenga de la explotación del proyecto, mediante el cobro de peaje o tarifas reguladas por el Estado. Este tipo de APP, no requiere garantías financieras¹⁶ o no financieras¹⁷ por el Estado, o las requieren por montos menores al 5% del Costo Total de Inversión (CTI) o Costo Total del Proyecto (CTP), y al 10% de la probabilidad de que ocurran, respectivamente.

Por su parte, las APP cofinanciadas requieren garantías del Estado (financieras o no financieras superiores a los límites señalados previamente), al estar ante la situación donde, aunque el proyecto tiene grandes beneficios para la población (o rentabilidad social, que no implica que en los autofinanciados no exista esto), los flujos a obtenerse por su explotación no satisfacen lo invertido. En consecuencia, el Estado interviene para subsidiar ello y establece normas específicas para su procedimiento (como la intervención del Ministerio de Economía y Finanzas, la Contraloría General del República, o que cuando son iniciativas privadas son llevadas solo por Proinversión), al involucrar el crédito y la capacidad financiero- presupuestal estatal; debiendo precisarse que – como señala el artículo 31.3 del Reglamento APP – la cesión en uso de infraestructura, los gastos por liberación de interferencias, de expropiación, el cobro de tarifas o figuras similares a las indicadas, no constituyen cofinanciamiento sino actos comunes a la realización de APP, que pueden darse también en las autofinanciadas.

La **segunda clasificación** usada en el ordenamiento jurídico para las APP se da respecto a su origen. Es así que podemos encontrar la división entre APP **de iniciativa estatal** e **iniciativa privada**, siendo el estatal producto de la evaluación de planificación de cada entidad, plasmadas en el Informe Multianual de Inversión, que son llevadas de acuerdo a su cuantía por el Organismo de Promoción de la Inversión Privada del Gobierno Local, Regional, Ministerio o Entidad Pública habilitada por ley, o por Proinversión en caso de proyectos nacionales, y a la que luego se suman los privados, durante el proceso de promoción.

A su turno, en las iniciativas privadas “se permite recurrir a los particulares para identificar las prioridades y en general, captar ideas innovadoras relacionadas con la explotación de un proyecto de inversión (obra pública o de un servicio público), la que, como todo emprendimiento empresarial,

¹⁶ Entendidas como el monto a aportar por el Estado de forma inmediata e incondicional, como respaldo a las obligaciones asumidas por el inversionista para su financiamiento o las obligaciones de pago asumidas por el Estado.

¹⁷ Entendidas como el monto a aporta por el Estado de ocurrir determinadas circunstancias contempladas como riesgos propios del proyecto.

basan su desarrollo en la relación costo-beneficio” (Morón, 2005, p. 278); estas iniciativas desde su presentación tiene la calidad de petición de gracia conforme al artículo 123 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo, esto es, la presentación deja a discrecionalidad de la entidad aceptarla o tomar otra propuesta de algún inversionista que en competencia venza luego de la promoción, no cabiendo impugnar la decisión. Puede ser presentada por personas jurídicas nacionales, extranjeras o consorcios de estas.

El entrelazamiento entre estas clasificaciones se da en formaciones de iniciativa estatal autofinanciada, iniciativa estatal cofinanciada, iniciativa privada autofinanciada, e iniciativa privada cofinanciada, como puede verse en la siguiente Tabla:

Tabla 1
Ejemplo de APP según su clasificación y origen

	INICIATIVA ESTATAL	INICIATIVA PRIVADA
Autofinanciado	<p>El proyecto es el resultado de un proceso público de planeación y demuestra un flujo de ingresos suficiente para sostener la inversión necesaria.</p> <p>Ejemplo: Proyecto planificado y priorizado por un gobierno regional para la construcción, operación y mantenimiento de una carretera de peaje, en el que lo cobrado por el peaje es recaudado por el privado y permite la recuperación total, de su inversión en el proyecto.</p>	<p>El proyecto es el resultado de una propuesta del sector privado al Estado, y demuestra un flujo de ingresos suficientes para sostener la inversión necesaria.</p> <p>Ejemplo: Proyecto presentado por un inversionista internacional, que tiene como objeto el diseño, construcción, financiamiento, operación y mantenimiento de un sistema de transporte público para las cuatro ciudades con mayor población de Perú, sin contar Lima ni Callao, mediante dos redes troncales de buses de alta capacidad. La inversión realizada será cubierta íntegramente por el cobro de las tarifas a los usuarios del servicio de transporte.</p>
	<p>El proyecto es el resultado de un proceso público de planeamiento y demuestra un flujo de ingresos insuficiente para sostener la inversión necesaria</p>	<p>El proyecto es el resultado de una propuesta del sector privado al Estado, y demuestra un flujo de ingresos insuficientes para sostener la inversión necesaria sin participación por</p>

Cofinanciado	sin participación por parte del Estado. Requiere algún tipo de apoyo financiero del Estado.	parte del Estado. Requiere algún tipo de apoyo financiero del Estado.
	Ejemplo: Proyecto de inversión que tiene como objeto el diseño, construcción, operación y mantenimiento de infraestructura ferroviaria y provisión de material rodante para prestar servicios de transporte de personas y mercancías en cinco regiones del país. El proyecto tiene cuatro etapas de obras y se concesionará por 30 años a un privado y el Estado se compromete a cubrir el costo de inversión de las dos primeras etapas y el costo de operación y mantenimiento de los cinco primeros años.	Ejemplo: Proyecto de inversión presentado a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN) por una empresa privada que tiene como objeto el mejoramiento, operación y mantenimiento de una Planta de Tratamiento de Aguas Residuales en una provincia del sur de Perú. La inversión en el proyecto será recuperada a través del pago de los arbitrios que cobre el municipio provincial.

Nota: Esta tabla se tomó del texto Asociaciones Público Privadas En Perú: Análisis Del Nuevo Marco Legal – Módulo 2 del Banco Interamericano de Desarrollo – BID (2016), pp. 18-19.

Esta clasificación sirve de base para la aplicación de normas particulares en el procedimiento de APP, como se indica en el inciso 5 del artículo 13.1 del Reglamento donde se señala que todos los proyectos cofinanciados de iniciativa privada son competencia de Proinversión, o que según el 29 numeral 5 y 6 del Reglamento, la inversión mínima de CTI o CTP para iniciativas estatales cofinanciadas regionales o locales es de 7 000 UITs, mientras que, para nacionales deben ser superiores a 10 000 UITs.

6.2 Fases del Procedimiento, Documentos “Hito” y Opiniones

En la normativa actual de Asociaciones Público Privadas, el procedimiento para su consecución se divide en cinco fases dirigidas a que el proyecto -- de iniciativa estatal o privada -- pueda ser evaluado a cabalidad, afín de que se reduzca al máximo el acontecimiento de contratiempos en la ejecución u operación, y se logren los objetivos públicos planteados.

De estas fases de Planeamiento y Programación, Formulación, Estructuración, Transacción, y Ejecución, se puede decir que aparte de ostentar – como se vino señalando – particularidades de acuerdo al tipo de clasificación de APP que se usa en cada caso, también se caracterizan por un documento “hito” en cada una, siendo de importancia que en la formación de tales documentos se optimice el cumplimiento de los principios APP, que vayan moldeando la idea del proyecto hasta su ejecución.

Dada esta importancia, es pertinente ahora desarrollar lo correspondiente al funcionamiento de estas fases, sus documentos hitos de cada fase y las opiniones se emiten al respecto.

a. Planeamiento y Programación

Esta es la fase inicial del procedimiento de Asociaciones Público Privadas, en las que conforme a su contexto (nacional, regional o local), se identifican necesidades relacionadas a infraestructuras, servicios públicos, servicios vinculados a estos e innovación tecnológica, que pueden ser cubiertas idóneamente mediante el uso de este régimen, es decir, con el concurso de la inversión privada en un balance de rentabilidad pública y rentabilidad social, o que tras su evaluación se deriven a algunas de sus alternativas.

Es entonces, que esa idea inicial del proyecto se plasma en el Informe Multianual de Inversiones (IMI), que para las iniciativas estatales (autofinanciadas o subsidiadas) es elaborado por el órgano encargado de planeamiento, bajo responsabilidad de Comité Promotor de la Inversión Privada de la Entidad Pública Titular del Proyecto (Ministerios, Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales, y entidades habilitadas por ley), teniendo una vigencia de 3 años, en los que son publicados en el portal de la entidad y del Ministerio de Economía y Finanzas.

Su contenido estriba en: (i) la estrategia para el desarrollo del proyecto, (ii) necesidades de intervención identificadas y consistencia con las metas de cierre de brechas prioritarias establecidas en la Programación Multianual de Inversiones, (iii) el monto referencial de inversión, (iv) el análisis de valor por dinero mediante criterios de elegibilidad, y (v) la proyección de flujos de los compromisos firmes y contingentes, debiendo remitirse al Ministerio de Economía y Finanzas para que emita opinión sobre la modalidad de APP escogida y la programación presupuestal. Luego de esto, el IMI -- en un contexto favorable – se aprueba por la entidad correspondiente, con una resolución y se da paso a la fase de formulación.

De otro lado, en las iniciativas privadas, la idea inicial se plasma en la Propuesta que se presenta

al Organismo Promotor de la Inversión Privada de la entidad donde se pretende realizar el proyecto, quien luego de la admisión a trámite, solicitará a las organismos estatales y demás entidades que se encuentren inmersas con el contenido, la emisión de una Opinión de Relevancia (en adelante, OdR) respecto a: la descripción del proyecto, su importancia y consistencia con las prioridades de su contexto además de los planes nacionales, la situación actual de la demanda y oferta de infraestructura o servicios públicos, la evaluación técnica preliminar del proyecto, la estimación de costos de supervisión, el cronograma de adquisición o expropiación de terrenos donde se realizará el proyecto, la descripción de los aspectos relevantes en las materias que aborda (económica, legal, regulatoria, organizacional, ambiental, etc.), la solicitud de dejar sin efecto el Plan de Promoción de la Inversión Privada, y sobre los terrenos sobre los que se realizará el proyecto pertenecen al Estado, conforme al artículo 81 del Reglamento del APP.

De no darse objeción en tales Opiniones, se aprueba el Cronograma para la realización del Informe de Evaluación y sus respectivos Estudios Técnicos, insertándose a su vez, la propuesta en el Informe Multianual de Inversiones, dándose paso a la fase de Formulación.

En el contenido de la Propuesta, el inversor privado deberá presentar adicionalmente: su nombre o razón social junto con los poderes de su representante legal, sus estados financieros auditados correspondientes a los dos últimos años, certificados de terceros que sustenten su capacidad técnica para el desarrollo del proyecto, una declaración jurada de los gastos para la elaboración de la propuesta, y el modelo económico financiero del proyecto. A ello, en específico para las iniciativas privadas cofinanciadas, debe agregarse los beneficios sociales del proyecto y la proyección anual de cofinanciamiento; requisitos formales que permiten un conocimiento más global de la idea concebida por el inversor privado, para que la contrastación con los puntos de la Opinión de Relevancia, sea lo más objetiva y custodie los fines públicos.

Es pertinente señalar que los actores que participan en esta fase son, en la iniciativa estatal la Entidad Pública Titular del Proyecto por intermedio de su órgano de planeamiento y su Comité de Promoción de la Inversión Privada cuando ejerce la condición de Organismo Promotor de la Inversión Privada (OPIP), Proinversión como promotor nacional, y el MEF, que emite opinión. Estos dos últimos también pueden intervenir dando asesoría a la entidad. Mientras que, en la iniciativa privada, los actores son la Sociedad con Propósito Especial que representa al inversionista privado, el Organismo Promotor de la Inversionista Privada, y las entidades convocadas para emitir la Opinión de Relevancia.

Se culmina indicando que sumadas a estas normas marco, existen lineamientos específicos para

la elaboración del IMI que emite Proinversión o el MEF, que dan pautas actualizadas, manteniendo el objetivo de presentar la idea inicial del proyecto.

b. Formulación

En esta segunda fase del procedimiento se realiza una evaluación más detallada del proyecto presentado en el Planeamiento y Programación; esto a partir de estudios técnicos en diversas áreas inmersas su desarrollo.

Para ello, se elabora un cronograma de para la realización de Estudios Técnicos, que son llevados a cabo para las iniciativas estatales por la Entidad Pública Titular del Proyecto, siguiendo los lineamientos del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada en los proyectos autofinanciados, y teniendo en cuenta el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones en los proyectos cofinanciados o subsidiados. Tales Estudios pueden ser encargados también a privados, y versen sobre el análisis de la descripción del proyecto, la evaluación técnica del proyecto, el análisis de la brecha de recursos que sustenta la modalidad del proyecto, y el Plan de implementación del proyecto, de acuerdo al art. 44.3 del Reglamento APP.

En lo que respecta a las iniciativas privadas, los Estudios Técnicos son realizados por el Proponente, pudiendo ser complementados por el Organismo Promotor de la Inversión Privada, siguiendo los parámetros para proyectos autofinanciados y subsidiados indicados anteriormente, pudiendo incluso contratar a terceros para su realización.

Así, con la información obtenida de los mencionados Estudios, se elabora el Informe de Evaluación por el OPIP de la Entidad Pública Titular del Proyecto o por Proinversión en proyectos de su competencia; este documento es de suma importancia al aportar data más consistente y comprensiva del contenido del proyecto; información que de haber sido generada correctamente permitirá que realizar una evaluación que “identifique en qué actividad del sector se debería implementar las Asociaciones Público Privadas, revisando su impacto en la satisfacción de necesidades y su viabilidad (...), debe presentarse una armonía entre las obligaciones establecidas en el contrato de Asociaciones Público Privadas y las contempladas en la normativa del sector. De esta manera, no se presentarán contradicciones en la regulación aplicable al proyecto” (Villegas y Carirampoma, 2016, p. 24). En tal sentido, su contenido hará factible descartar los proyectos que no deberían ser llevados por este régimen – e incluso por cualquiera de las otras alternativas para realizar obras o servicios públicos - siendo el documento hito de esta fase.

El Informe de Evaluación, según el artículo 44 del Reglamento APP, en su contenido se compone de: un resumen ejecutivo, la descripción del proyecto, la evaluación técnica del proyecto, el análisis de la brecha de recursos que sustenta la clasificación del proyecto, el análisis por el servicio que brinda el proyecto, el análisis preliminar de riesgos del proyecto, el análisis preliminar de bancabilidad, el análisis de capacidad presupuestal para dar cumplimiento con los compromisos firmes del proyecto, el análisis de valor por dinero a través de criterios de elegibilidad, el cronograma para el desarrollo del proceso de promoción, y el plan de implementación del proyecto.

El documento luego se remite al Ministerio de Economía y Finanzas, para que emita su opinión sobre la clasificación de proyecto como APP, la capacidad de pago del Estado, el valor por dinero a través de criterios de elegibilidad, y el impacto del proyecto en la competencia del mercado; y de ser favorable se aprueba el Informe de Evaluación por el Organismo Promotor de la Inversión Privada, pasándose al Proceso de Promoción. Esto último se hace con una resolución de la Entidad Pública Titular del Proyecto y en caso que la OPIP sea Proinversion se requiere acuerdo de su Consejo Directivo.

No debe dejarse de mencionar que, desde la modificación normativa de las Asociaciones Público Privadas del 2015, se dio énfasis en el Informe de Evaluación, poniéndolo como documento hito de esta fase del procedimiento, que dará conocer más concretamente, los detalles del proyecto planteado sobre la base del *Outline Business Case*, pero de ello trataremos en adelante.

c. Estructuración

El nombre de la tercera fase del procedimiento hace referencia a la estructuración de la Versión Inicial del Contrato (VIC), puesto que es el documento hito de esta fase, aunque para su concretización debe previamente elaborarse por el Organismo Promotor de la Inversión Privada, el Informe de Evaluación Integrado y el modelo económico financiero. El primero de estos documentos significa una profundización y actualización de los Estudios Técnicos realizados en la fase de Formulación, con la acentuación en la adecuada asignación de riesgos, la valuación de contingencias, la proyección de compromisos firmes y contingentes, así como, el análisis de las garantías de corresponder; mientras que el segundo de los documentos, consiste en el esquema de financiamiento y pagos.

Sobre esta base, que debería dar cuenta de la factibilidad del proyecto, se procede con el diseño del contrato, en el que se establece por escrito --aunque aun preliminarmente -- la idea concreta que se vino concibiendo desde las fases precedentes. Este documento, elaborado también por el OPIP, requiere de la opinión de más entidades estatales sobre aspectos de su competencia, debido a que

presenta una configuración preliminar de las obligaciones a las que se someterán las partes.

De tal manera, como precisa el artículo 51 del Reglamento, se remite la VIC y los otros dos documentos a: la Entidad Pública Titular del Proyecto, al Ministerio de Economía y Finanzas, y al Organismo Regulador en caso que el proyecto incumba a su sector. Contando con ello y en el caso de ser favorables, se continúa con la generación de las Bases para el Proceso de Selección que puede seguir la Licitación Pública, la Concurso de Proyectos Integrales, entre otros; las Bases deben señalar de manera elemental: el factor de competencia del proceso de selección, los plazos para la presentación de consultas y comentarios, los criterios de selección, los requisitos técnicos, el procedimiento de impugnación a la adjudicación, la garantía de impugnación y la garantía de seriedad de propuestas, afín de transcurrir a la fase de Transacción.

Ahora bien, estas normas generales que se aplican directamente a las iniciativas estatales, tiene variantes en las iniciativas privadas, en las que luego de la recepción de opiniones por las entidades intervinientes señaladas, se prosigue con la Declaratoria de Interés (DI) con la información precisada en el artículo 87 del Reglamento, es decir, un resumen del contenido del proyecto, los requisitos de precalificación del proceso de selección que se convoque, el factor de competencia, el modelo de carta a fianza y de expresión de interés, la Versión Inicial del Contrato con las opiniones, y la información técnica del proyecto; procediéndose con actividades promoción para la presentación de otras propuestas al respecto.

Luego de dicho acto, se pide al proponente su conformidad con la DI, requiriéndosele asumir los costos de publicación y el pago de la carta fianza de compromiso de suscribir el Contrato, en el caso de que se le dé la buena pro; empero, de no suceder alguna de esas cosas, el Estado puede asumir directamente el proyecto como una iniciativa estatal o incluso cancelarlo, restituyéndole en este supuesto los gastos por los Estudios al proponente.

d. Transacción

La cuarta fase del procedimiento concibe una idea similar a la fase de Estructuración, en el sentido de con el documento hito de esta fase, la Versión Final del Contrato (VFC), se completa el diseño contractual ya iniciado por el Organismo Promotor de la Inversión Privada. De tal manera, para su realización su vuelve a actualizar el modelo económico financiero y el Informe de Evaluación Integrado, pero ahora focalizándose en el factor de competencia correspondiente al proceso de selección y las variables que la conforman. Adicionalmente, puede recabarse las interrogantes que los

postores hayan realizado a la Versión Inicial del Contrato siguiendo las reglas de las Bases.

Considerando tal información el OPIP elabora la VFC y se remite a las entidades señaladas en la anterior fase (Entidad Pública Titular del Proyecto, Ministerio de Economía, Organismo Regulador) al que se añade el Informe no vinculante de la Contraloría General de la República; consecuentemente con el contenido de las opiniones como favorables -- que es parte de estudio de la presente investigación – se aprueba el Contrato, quedando a la presentación de propuestas. Estas se presentan sobre cerrado, y su recepción, así como el otorgamiento de la Buena Pro se realiza con presencia de notario en acto público; corresponde al OPIP la selección, teniendo en cuenta los criterios de las Bases, pero al Comité de Promoción de la Inversión Privada o el Comité Especial de Proinversión, el otorgamiento de la Buena Pro.

Es pertinente señalar que, tanto las consultas que se obtuvieron de los postores entorno a la VIC como las propuestas que estos presentan en el Proceso de Selección luego de aprobarse la VFC, tienen relación directa con el diseño del Contrato que está cargo del OPIP, pero sobre todo con el diseño de ingeniería del proyecto; teniendo para ello que “el diseño de la APP lo realiza el Estado. El diseño final se plasma en la versión final, valga la redundancia, del contrato de APP (...). El diseño de ingeniería lo realiza generalmente el privado, muchas veces a través de otro privado que es contratado para hacerlo, una empresa especializada en este rubro” (Nalvarte, 2017, p.330).

La asunción del riesgo de diseño por el privado – en aplicación del principio de distribución de riesgos -- que se manifiesta con el planteamiento de su propuesta en el marco indicado en la VFC y las Bases, es importante puesto que el conocimiento directo de la calidad y especificaciones técnicas propuestas, permitirá la mejor aplicación de lo acordado contractualmente, además de la reducción en la interpretación que evita el acaecimiento de controversias y renegociaciones posteriores.

El diseño de ingeniería se realiza a partir de seguir el esquema DFBOT (*Design, Finance, Built, Operate and Transfer*) proveniente del *Project Finance*, y que de adjudicársele prosigue en la ejecución y operación del proyecto. En tal sucesión de actividades, primero se hace el diseño de ingeniería, luego como precisa Nalvarte (2017) se financia el proyecto por el privado, después se construye en ejecución contractual, posteriormente se explota u opera la misma, y finalmente retorna o transfiere la posesión al Estado; empero, de las siguientes fases abordaremos luego.

Ahora bien, de manera similar a la anterior fase, estas normas generales aplicables a las iniciativas estatales, tienen variantes para las iniciativas privadas, en el que luego de la publicación de

la Declaratoria de Interés, los privados tienen noventa días calendario para presentar sus propuestas, a la que deben adjuntar la carta fianza y demás requisitos precisados en las Bases por el OPIP; de no presentarse propuestas se le adjudicará directamente al proponente de la iniciativa privada.

En caso contrario, se comunica al proponente original la existencia de otros postores, y se sigue lo señalado en las Bases respecto del Proceso de Selección. De ganar otra propuesta, se le reintegra los gastos efectuados al privado que propuso el proyecto; cabiendo incluso que por interés público se cancele el proyecto, sino sucede ello se suscribe el Contrato con la Entidad Pública Titular del Proyecto y bajo la supervisión de diversas entidades del Estado se continúa con la Ejecución Contractual.

e. Ejecución Contractual

La última fase es la concreción del proyecto que se vino formando durante todo el procedimiento, mediante la ejecución del contrato. Para esto, luego de la suscripción y el cierre financiero, donde la Sociedad con Propósito Especial (SPV¹⁸, por sus siglas en inglés) generada por el privado, tras conseguir el financiamiento (de la banca, sus accionistas o el mercado de valores), lo aplica en la ejecución de la obra.

En tal sentido, directamente o a través de un tercero especializado en ello, lleva a cabo lo diseñado, bajo la supervisión del Organismo Regulador respectivo, en caso de que la obra (infraestructura, servicio público, etc.) se encuentre dentro de su sector, o de un Supervisor privado designado en el contrato, cuando no suceda lo anterior.

Debe hacerse énfasis que el hecho de que el privado, a través de su SPV, subcontrate diversos servicios – en la etapa de *Built* -- que forman parte de las prestaciones del contrato, no implica que deje de ser responsable de tales prestaciones, por el contrario este sigue siendo titular de las obligaciones adquiridas, salvo el caso de la cesión de posición contractual.

Las controversias que puedan surgir durante la ejecución del contrato -- sobre los cuales ahondaremos en adelante y que son además parte de los objetivos de la presente investigación -- podrán resolverse obligatoriamente mediante el Arbitraje y alternativamente con el uso del Amigable Compondor o la Junta de Resolución de Disputas. Por su parte, las modificaciones contractuales que emanen dichas controversias o que provengan de renegociaciones durante esta fase, deberán realizarse de común acuerdo entre el Estado y el inversionista privado, respetando el equilibrio

¹⁸ SPV. – *Special Purpose Vehicle*

económico financiero previstos en el contrato, además de las condiciones de competencia del proceso de promoción.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 135 del Reglamento, no podrán hacerse modificaciones contractuales durante los tres primeros años desde la suscripción del contrato, salvo que se trate de corregir errores materiales, se hayan suscitado hechos sobrevinientes a la adjudicación de la Buena Pro que hagan imprescindibles las modificaciones, se deban precisar aspectos operativos imprescindibles para la ejecución, o se invoque por alguna de las partes el restablecimiento del equilibrio económico-financiero al superarse los límites de afectación previstos en el contrato.

Para la modificación contractual, debe seguirse un procedimiento – que también se analizó en el presente estudio --, por el que, tras presentarse la propuesta de modificación, se hace una evaluación conjunta con entidades estatales en la que puede participar el inversionista. Con la información adquirida, la Entidad Pública Titular del Proyecto remite la propuesta a Proinversión (cuando actuó como OPIP), al Ministerio de Economía y Finanzas, al Organismo Regulador respectivo de corresponder, y a la Contraloría General de la República, afín de que emitan opinión al respecto.

De aprobarse esto y superarse las controversias, se sigue con la ejecución contractual, aunque muchas veces eso implica variación en el tiempo; sobre el particular, solo señalar que, en contratos bajo el régimen de APP, las modificaciones *per se* no deben ser del todo extrañas, al ser contratos de largo plazo en los que la variación de circunstancias puede hacer necesario la renegociación.

Sin embargo, lo negativo es que ello sea una acción recurrente, que impida el normal desarrollo del proyecto por problemas con el contrato; a esto se reitera la importancia de la etapa de diseño contractual por el OPIP y del de ingeniería por inversionista privado, puesto que “el impacto de los diseños deficientes varía en forma considerable: puede conducir a renegociaciones, abandono de la concesión u otros resultados no deseados. Estos diseños también afectan al funcionamiento del sector al no permitir, demorar o disminuir la eficiencia y optimización que se esperaban o se prometieron cuando se planteó” (Guash, 2005, p. 74). El corolario de ello sería el no alcance de los fines públicos, lo que llevaría a la no satisfacción de necesidades públicas.

A continuación, con la finalización de la obra bajo los parámetros de calidad establecidos, se pasa a la explotación de esta por el inversionista privado -- concordante con la etapa de *Operate* --; tal hecho es el factor diferencial de las Asociaciones Público Privadas frente a las otras alternativas para la realización de obra pública, dado que como el inversionista privado buscará recuperar su inversión,

deberá seguir administrando la obra en niveles de calidad establecidos en el contrato, bajo la supervisión correspondiente. Esa situación no se da en las otras alternativas de realización de obra pública, donde después de entregada la obra al Estado, es frecuentemente la mala administración, deterioro, destrucción y hasta abandono que se hace de ella por parte de entidades públicas, que solo la recibieron pero que no están constreñidas a un estricto control de calidad de servicio.

Más allá de ello y culminando este apartado, debemos señalar que luego de cumplirse el plazo del contrato para la explotación, este culmina de manera ordinaria; teniendo que extraordinariamente podría terminar por incumplimiento grave del inversionista o del Estado, resolución por parte del Estado, destrucción total de infraestructura u otras causales que se estipulen en el Contrato. En cualquier caso, con el término se revierte la posesión – propio de la etapa de *Transfer* -- de los bienes y la obra al Estado, más no la propiedad pues siempre la mantuvo.

6.3 Incorporación del *Five Business Case Model*

Como se señaló en la reseña histórica, la emisión de la ley de APP del 2015 (DL 1224) y su Reglamento, significaron la incorporación de diversos cambios respecto a su antecesor. Estos cambios, en los que se buscó unificar la dispersión normativa relativa a las APP, fortalecer el régimen con un sistema y aplicar prácticas internacionales, se motivaron – entre otras cosas – debido a que el Estado había suscrito un acuerdo con la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico.

En tal sentido, en la Exposición de Motivos de la mencionada versión de la ley, se indicó que se gestó considerando que en ese momento “el Gobierno del Perú se enc[ontraba] realizando acciones con el objetivo de cumplir con el Programa País suscrito con la OCDE en diciembre de 2014. Dicho programa (...) ha[bía] sido establecido (...) como un nuevo instrumento para apoyar a economías dinámicas como la de nuestro país, en el diseño de sus reformas y en el fortalecimiento de sus políticas públicas” (Ministerio de Economía y Finanzas, 2015, p. 4).

Así, conforme a este Acuerdo, ratificado por el Perú en enero de 2015 con el Decreto Supremo Nro. 004-2015-RE, el Estado se comprometido a cumplir con el “Memorándum de Entendimiento del Acuerdo” (2014), que en su sección 3 señala que deberán adherirse a sus instrumentos legales la “Recomendación del Consejo sobre los Principios para Gobernanza Pública en Asociaciones Público Privadas” (2012). En este último, se recomienda que en el diseño de la normativa APP, se usen los

siguientes principios¹⁹: a) Establecer un marco institucional claro, predecible y legítimo apoyado por autoridades competentes y con recursos suficientes, b) Basar la selección de Asociaciones Público-Privadas en relación al valor por dinero, c) Utilizar el proceso presupuestario de forma transparente para minimizar los riesgos fiscales y garantizar la integridad del proceso de selección.

Fue entonces que, considerando el desarrollo por la OCDE del segundo principio, donde se decía: “una vez que el gobierno ha decidido seguir adelante con la inversión, el proyecto debe someterse a una evaluación previa de la propuesta. Afín de orientarse en la selección del modo de realización de la obra que probablemente ofrezca la mejor relación valor por dinero”²⁰ (2012, p. 11); que en la reforma de la ley APP del 2015, se dio énfasis al fortalecimiento de la ‘Evaluación Previa’ en todas las fases del procedimiento de APP anteriores a la ejecución contractual, realizándose progresivamente en cada fase, siendo el Informe de Evaluación eje de la realización de ello.

De tal manera, el cuerpo normativo de APP emitido el 2015, conforme a “las mejores prácticas internacionales, especialmente la Recomendación del Consejo sobre Principios para Gobernanza Pública de las APP de la OCDE (...), introdujo, entre otras cosas: (...) Eficiencia en la identificación, selección y formulación de proyectos a través de un **caso de negocios** que se plasma en el Informe de Evaluación” (énfasis nuestro) (Banco Interamericano de Desarrollo, 2016, p.43); punto de gran importancia, puesto que – además de prevalecer en la normativa actual de APP: DL 1362 y su Reglamento – incorporó una práctica internacional, denominada como **Five Cases Business Model** o Modelo de los Cinco Casos de Negocios, redefiniendo el procedimiento en su integridad tras esta perspectiva, que en nuestro ordenamiento jurídico con su estudio puede ser calificado como dogmático o *ratio legis*.

Por dicho Modelo, generado en el Reino Unido complementariamente al Libro Verde europeo, con el que se difundió el *Public Private Partnership* y que sirve de guía a muchos gobiernos en el mundo; para la realización de un proyecto -- como indica el *HM Treasury* (2013) en su *Public Sector Business Cases using the Five Case Model. Green Book supplementary Guidance on delivering public value from*

¹⁹ Traducción propia de:

“A. Establish a clear, predictable and legitimate institutional framework supported by competent and well-resourced authorities, B. Ground the selection of Public-Private Partnerships in Value for Money, y C. Use the budgetary process transparently to minimize fiscal risks and ensure the integrity of the procurement process”.

²⁰ Traducción propia de:

“Once the government has decided to move forward with the investment, a project should be subjected to a procurement option pre-test. This should guide government in selecting which mode of procurement is likely to deliver the most value for money”.

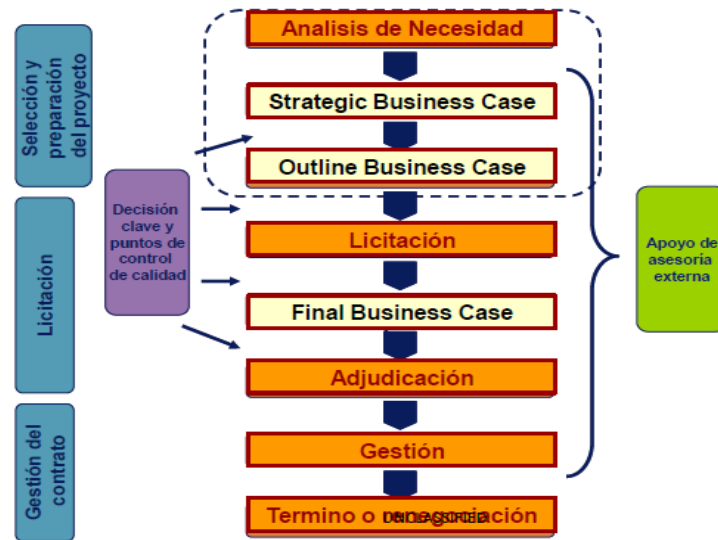
spending proposals -- es preciso que se transiten previamente tres estadios, en aras de que la propuesta sea evaluada a cabalidad en su:

- **Caso Estratégico.** - Por el que se analiza cuál es problema que se pretende solucionar, cuál es la relevancia de su tratamiento específico, y como se alinea con las prioridades locales, regionales o nacionales; debiendo describirse el proyecto junto con los demás requisitos básico exigidos por la autoridad, con objetivos específicos, medibles, factibles, relevantes y con tiempos establecidos (o SMART²¹ por sus siglas en inglés).
- **Caso Económico.** – Por el que analiza que opciones se tiene para tratar el problema, si tiene valor social, si es pertinente realizar una APP u otra modalidad en términos de Valor por Dinero, que modalidad de selección seguir, que riesgos será distribuidos y si demandará gastos del Estado o no.
- **Caso Financiero.** – Por el que se analizará si existe capacidad del Estado para asumir gastos por el proyecto (en subsidio de flujos, garantías, etc.), además de cuál es la prognosis de ingresos y costos que traerá.
- **Caso Comercial.** – Por el que se analiza si el proyecto es lo suficientemente rentable para atraer privados a invertir en el proyecto, bajo que términos contractuales y legales, así como, con que riesgos asumidos.
- **Caso Gerencial.** – Por el que se analiza si el Estado en la capacidad de facilitar en el marco de la ley, el desarrollo de inversión, examinándose los obstáculos legales, institucionales, de funcionarios y temporales.

La Evaluación de estos casos, se realiza escalonadamente en tres bloques, y se corresponden con los documentos hito de las fases del procedimiento de APP actual --- en continuidad de su precedente --, en la siguiente relación: *Strategic Business Case* – Informe Multianual de Inversiones, *Outline Business Case* – Informe de Evaluación, y *Final Business Case* – Versiones del Contrato. Tal como también puede verse en la siguiente figura:

²¹ SMART. - *Specific, Achievable, Measurable, Relevant, and Time constrained.*

Figura 6
Visión General del Proceso



Nota: Esta figura se tomó del documento de Javier Encinas, Metodología para la Preparación, Evaluación y Aprobación de proyectos APP del Reino Unido (2014)

En ese orden de ideas, el uso de los casos de negocio en cada estadio y el sentido de estos, se explican de la manera señalada a continuación. En el *Strategic Business Case* o Estrategia del Caso de Negocios, debería analizarse principalmente – valga la redundancia – el Caso Estratégico y someramente el Caso Económico, puesto que es finalidad de este primer momento, “evaluar el contexto estratégico del proyecto y demostrar cómo proporciona sinergia además de alineación holística con otros programas del portafolio estratégico de negocios de la entidad (...) y determinar la modalidad preferida a seguir”²² (HM Treasury, 2018, p. 12-13). De tal manera, se realiza un análisis de la justificación para realización de la propuesta, que los objetivos sean SMART, y si ante ello la elección de una APP es la pertinente.

Por su parte, en el *Outline Business Case* o Esquema de Caso de Negocios, además del Caso Estratégico, se debería ahondar más en el Caso Económico, junto con la evaluación progresiva del resto de Casos (Comercial, Financiero y Gerencial); ya que el objetivo de este estadio --- considerando lo indicado en la anterior etapa y con estudios técnicos desarrollados --- es “identificar la opción que optimiza el valor público ("la opción preferida") después de una evaluación más detallada; y establecer

²² Traducción propia:

The purpose of this stage is to assess the strategic context for the project and to demonstrate how it provides synergy and holistic fit with other programmes and projects within the strategic portfolio in support of the organisation’s business strategy (...), and to determine ‘the preferred way forward’.

el posible acuerdo al tiempo que se confirma la factibilidad y se establecen los arreglos de gestión para la entrega exitosa del proyecto”²³ (HM Treasury, 2018, p. 14), sirviendo esta información para el proceso de promoción del proyecto. En esa línea, el análisis va entorno a determinar el potencial valor por dinero del proyecto, la factibilidad a partir de Estudios Técnicos, la bancabilidad, los criterios elementales que se establecerán en el contrato, y lo necesario en autorizaciones, liberación de interferencias de terrenos, para llevarlo a cabo.

Por último, en el *Final Business Case* o Caso de Negocios Final, ya se deberían presentar en plenitud todos los Casos de Negocios, al ser esta información mostrada en el proceso de selección, siendo término de referencia inicialmente para la adjudicación, y términos obligatorios con la suscripción del contrato, al ser objetivo de esta fase, “registrar los resultados de la fase de contratación e identificar la opción que ofrece la ‘oferta económicamente más ventajosa’ (...) y el mejor valor público. Además, el FBC registra los arreglos contractuales, confirma la asequibilidad y establece los arreglos de gestión acordados para la entrega, el seguimiento y la evaluación posterior del proyecto”²⁴ (HM Treasury, 2018, p. 14). Por tanto, el análisis se orientará a establecer las cláusulas contractuales bajo el criterio de valor por dinero, distribución de riesgos, enfoque por resultados en los cinco casos de negocio.

Cabe acotar que, lo analizado en esta última etapa (*Final Business Case*) también debería ser observado en las modificaciones contractuales, debido a que las renegociaciones deben respetar el equilibrio económico financiero y condiciones de competencia del contrato original, sin desnaturalizarlo; en adición a ello, las opiniones que se emitan en el procedimiento deberían de guardar correspondencia con lo perseguido para cada fase, según este modelo que es la perspectiva adoptada por nuestro ordenamiento. Sin embargo, de ello se tratará más adelante, al ser parte del desarrollo de los objetivos del presente.

²³ Traducción propia:

“The purpose of this stage is (...) to identify the option which optimises public value (‘the preferred option’) following more detailed appraisal; and to set out the possible Deal while confirming affordability and putting in place the management arrangements for the successful delivery of the project.”

²⁴ Traducción propia:

“The purpose of the FBC is to record the findings of the procurement phase and to identify the option that offers the ‘most economically advantageous tender’ (MEAT) and best public value. In addition, the FBC records the contractual arrangements, confirms affordability and puts in place the agreed management arrangements for the delivery, monitoring and post-evaluation of the project.”

VII. MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Dado a su carácter de largo plazo, a las posibilidades de interpretación contractual, al cambio de circunstancias o a múltiples factores, las relaciones jurídicas provenientes de los contratos sujetos al régimen e institución jurídica APP son pasibles – con en toda relación humana – al acaecimiento de controversias. Al efecto, en el marco del principio de Enfoque por Resultados, nuestro régimen de Asociaciones Público Privadas prevé tres mecanismos para afrontar tales supuestos: el Amigable Componedor, la Junta de Resolución de disputas y el Arbitraje, dos de los cuales son facultativos y uno obligatorio.

Sin embargo, del devenir jurídico han surgido otros mecanismos que pueden contribuir a sobrellevar estas controversias en aras de la continuidad y concreción de los fines públicos del proyecto. Es así que se tiene al Sistema de Alertas Tempranas, emanadas de los contratos de construcción *New Engineering Contracts* (NEC), y que son parte también de esta pesquisa. Por tanto, en las siguientes líneas abordaremos sobre el funcionamiento de este último y los mecanismos regulados en la normativa APP vigente.

7.1 Amigable Componedor

El Amigable Componedor (en adelante, AC), es un mecanismo de incorporación facultativa en los contratos bajo el régimen de APP, que se estableció hacia la reforma del 2015 y que ha continuado en el artículo 56.2 del actual DL 1362 y en su Reglamento (artículo 119 en adelante). Sin embargo, “el principal antecedente legislativo de este mecanismo lo encontramos en Colombia. En dicho país, el A.C. ha sido regulado por Ley desde 1970 a través del artículo 677 del Código de Procedimiento Civil, pasando por diferentes modificaciones” (Talavera y Olórtegui, 2015, p.273), hasta su configuración vigente en la Sección Segunda de la Ley 1563 de 2012 – mediante el cual se emite el “Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”; con el que se trató de detener la confusión que la acercaba y alejaba del arbitraje o la conciliación

Ello en virtud de que, dicha figura se habría tomado del derecho español (amigables componedores), pero que hacía referencia al arbitraje de equidad; que derivaba a su vez de que ellos asumieron el término del derecho francés, en el que “la potestad del árbitro para fundamentar sus decisiones de conformidad con lo que considerara bueno o correcto, (...) [usó] la denominación de *amigable compositeur*, el cual era concebido como sinónimo del arbitraje en equidad o arbitraje en conciencia, por medio del cual las partes le otorgaban a un tercero digno de su confianza la facultad

para resolver la controversia por fuera de la justicia ordinaria” (Carreño, 2020, p.2).

Ahora bien, más allá de que el Amigable Componedor aplicado a las contrataciones estatales en la regulación colombiana actual²⁵, está más cerca de la conciliación que del arbitraje; en el ordenamiento jurídico peruano solo se encuentra previsto para las Asociaciones Público Privadas. Su funcionamiento para controversias técnicas (de equidad) o no técnicas (de derecho), se da en la etapa de Trato Directo, esto es, luego ocurrida la controversia, comenzando con la designación del Amigable Componedor o delegando esto a un Centro de Resolución de Controversias privado, quien propondrá sus honorarios a las partes para su aceptación.

Tendiendo lo anterior, las partes presentan sus posiciones respecto a la controversia por escrito reiterándolas en audiencia, después de la cual el Amigable Componedor tiene un plazo para preparar su propuesta que la informa en otra audiencia, pudiendo prorrogarse los tiempos o audiencias para que culmine de exponerla. Posteriormente, en caso que las partes acepten la propuesta, tiene el valor de transacción extrajudicial y siguen el procedimiento de modificación contractual de corresponder, pero en caso contrario, las partes están facultadas a recurrir al arbitraje no pudiendo usarse lo tratado en este procedimiento.

Para ello, los requisitos para ser Amigable Componedor según el artículo 128 del Reglamento APP son: tener como mínimo 10 años de ejercicio, 5 años de experiencia o docencia en el área de la controversia y una maestría; mientras que los impedimentos son la relación de parentesco (hasta cuarto grado o cónyuge), enemistad, conflicto de intereses o haber tenido relación de subordinación en los últimos años previos.

Para finalizar, solo enfatizar que la postura del Amigable Componedor no es vinculante para las partes, en tanto estas no decidan ello, por lo que, a pesar de presentar una propuesta, su rol es principalmente el de mediar entre las partes, para obtener de sus posiciones una solución.

²⁵ “Artículo 59. Definición. La amigable composición **es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición (...).** Artículo 60. Efectos. (...) La decisión del amigable componedor producirá **los efectos legales propios de la transacción (...)**” (énfasis nuestro)

7.2 La Junta de Resolución de Disputas

En adición a lo anterior, la Junta de Resolución de Disputas es otro mecanismo facultativo que puede pactarse en los contratos bajo el régimen de APP, que también se mantiene regulado desde la norma del 2015, previéndose actualmente en el artículo 56.4 de la Ley APP, en los artículos 130 y 131 del Reglamento, pero también en el TUO de la Ley de Contrataciones con el Estado. Dicho mecanismo, conocido también como *Dispute Boards*, tiene su origen en el *common law* estadounidense.

En ese sentido, “al inicio de la década de los años setentas, el DB fue utilizado (...) durante la ejecución de la segunda perforación del Túnel Eisenhower, en Colorado, Estados Unidos, a través del cual se lograron resolver tres conflictos. A partir de la década de los años ochenta ya se pueden destacar experiencias a nivel internacional con los DB (en 1988 se pudieron contabilizar un total de 1,100 proyectos que se desarrollaron con un *dispute* de por medio), en países como Honduras, Suecia, Neva Zelanda, Sudáfrica, Reino Unido, Francia, India China, Uganda, entre otros” (Sipan, 2017, p.15), con lo que se expandió su uso para proyectos de gran envergadura a nivel mundial, incorporándose en los conocidos contratos de la Federación Internacional de Ingenieros y Consultores (FIDIC).

En su utilización en el Perú, fue pionero el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con el apoyo de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción en el 2013, pero recién “el 11 de julio de 2014, se publicó en el diario oficial El Peruano, la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado, la cual incorp[oró] la Junta de Resolución de Disputas, como un nuevo mecanismo de resolución de conflictos durante la fase de ejecución contractual de obras, con la finalidad de coadyuvar a contar con decisiones expeditivas e inmediatas sobre su desarrollo” (Hurtado, 2015, p. 209); ello se hizo extensivo a la ley de APP en septiembre de 2015, teniéndose una norma estatal específica al año siguiente con la Directiva N° 020-2016-OSCE/CD.

Su funcionamiento en las APP, acorde al artículo 130 del Reglamento, puede desenvolverse, teniendo lo pactado en el contrato, como: **Junta Revisoras de Disputas** o *Dispute Review Board* (que actúa desde el inicio de la ejecución del contrato, con el acompañamiento de los adjudicadores a las partes sin que exista una controversia, afín de evitarlas con sus recomendaciones o absolución de consultas provenientes del conocimiento directo del proyecto, pero sin ser vinculantes), **Junta de Resolución de Disputas** o *Dispute Adjudication Board* (que actúa después de la controversia, sobre la cual los adjudicadores dirimen y emiten una decisión que es vinculante para las partes como una obligación contractual, pero en caso de que alguna de las partes no se encuentre de acuerdo, puede

recurrir al arbitraje en el plazo previsto contractualmente, siendo lo decidido un antecedente arbitral), o una combinación de ambas o *Combined Dispute Board* (que donde se aplica de manera conjunta la Junta Revisión de Disputas emitiendo recomendaciones o absolviendo consultas, pero también dirimiendo controversias con la Junta de Resolución de Disputas).

En ese orden de ideas, la Junta de Resolución de Disputas se conforma por designación de las partes en la proporción de uno a tres integrantes, o delegando esto a un Centro de Resolución de Conflictos privado, la Junta – en la normativa actual – solo puede utilizarse para proyectos con un Costo Total de Inversión superior a 80 000 UITs.

Por último, este mecanismo se caracteriza porque “sus integrantes tienen un conocimiento especial del proyecto de construcción durante su ejecución. (...) [, s]e utiliza en proyectos de gran envergadura o complejidad técnica. [, l]a actuación de la Junta se realiza a solicitud de parte y en los términos señalados en el contrato, sea emitiendo decisiones de ejecución inmediata que resuelvan los conflictos de las partes evitando que el proyecto de paralice, o absolviendo consultas” (Banco Interamericano de Desarrollo, 2016, p. 50). A todo esto, se resalta que ni en la ley de APP ni en el Reglamento, se indica el procedimiento a seguir para este mecanismo, siendo ello parte de esta investigación.

7.3 Arbitraje

El tercer mecanismo de solución de controversias en uso es el Arbitraje, su incorporación es obligatoria en los contratos bajo el régimen de APP desde el DL 1012 del año 2008, aunque la manera en que se reguló ha ido variando. En esa forma, en la primera norma (DL 1012 y DS 146-2008-EF) se indicaba que podrán someterse a este mecanismo materias de libre disposición refiriendo al DL 1071 norma que regula el Arbitraje, por lo que no pueden tratarse los pronunciamientos de Organismos Reguladores, habilitándose el arbitraje de derecho y de conciencia.

A su turno, en la segunda norma (DL 1224 y DS 410-2015-EF) se agregó la obligación del Tribunal Arbitral de incorporar al Organismo Regulador correspondiente en el proceso arbitral, cuando traten temas de su competencia, y de la Entidad Pública Titular del Proyecto de garantizar ello. En esto, el regulador debía actuar como coadyuvante, pero en autonomía, y debía elegirse a un profesional con por lo menos 5 años de experiencia en la materia o un abogado experto en concesiones como miembro del Tribunal Arbitral, dejándose la duda sobre la extensión de este artículo. Por su parte, en la tercera norma (DL 1362 y DS 240-2018-EF) se reitera lo previsto en las anteriores, pero enfatizando en la

incorporación del Organismo Regulador al proceso arbitral a razón de tratarse temas de su área, sin que puedan arbitrarse decisiones emitidas en su competencia, además de que en la elección de todos los miembros del Tribunal Arbitral se deberá tomar profesionales con por lo menos 5 años de experiencia en la materia o abogados expertos en concesiones.

Ahora bien, sobre el origen del Arbitraje podríamos tratar en extenso, dado que es uno de las figuras de más larga data en el derecho; empero, a efectos del presente, solo nos adentraremos en lo pertinente conforme a los fines trazados. Es así que, podemos indicar que este mecanismo heterocompositivo, “es una de las primeras formas de resolver conflictos, y su origen se remonta a la época de las sociedades primitivas. El arbitraje ha existido siempre, pues los hombres siempre han tenido conflictos y han buscado a terceros para dirimir sobre ellos de manera imparcial. La permanencia en el tiempo es entonces una característica del arbitraje que es anterior a la existencia de la justicia formal (...), se basa en la voluntad de las partes para elegir a un tercero que resuelva su controversia y sin acudir al fuero judicial” (Guzmán-Barrón, 2017, p.21).

La potestad de resolver conflictos en este mecanismo --- como en los previamente reseñados --- proviene de la manifestación de voluntad de las partes, que se acogen a él en una cláusula del contrato. No obstante, ostenta en nuestro ordenamiento la característica por ‘*voluntad de la Constitución*’ en su artículo 139.1²⁶, de jurisdicción excepcional, como lo señala el Tribunal Constitucional en su Sentencia del Expediente Nro. 6167-2005-PHC/TC, donde se “reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1° de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido *ex post*, es decir, a posteriori, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previstos en la Ley General de Arbitraje” (2006, fundamento 14).

Su funcionamiento en las controversias que acontezcan durante la ejecución de contratos bajo el régimen de APP, se realiza en aplicación de la cláusula arbitral obligatoria, iniciándose con la solicitud de una de las partes a un Centro de Resolución de Conflictos privado, o a un Arbitraje Ad Hoc. Para lo cual, ambas partes deberán designar a los árbitros de conformarse un Tribunal Arbitral o al árbitro

²⁶ “Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, ***con excepción de*** la militar y ***la arbitral***” (énfasis nuestro)

único de corresponder, siguiendo las normas procedimentales del Centro o las fijadas por las partes de acuerdo al Decreto Legislativo 1071, norma que regula el Arbitraje.

Finalmente, debemos señalar que, en el uso de este mecanismo de solución de controversias, se suele dividir el desarrollo del proceso, para custodiar la especialidad en el conocimiento de la controversia, en arbitrajes de conciencia (que son conocidos en los contratos de APP, por atender cuestiones de naturaleza técnica), y de derecho (que en los contratos APP, se les denomina que ven cuestiones de naturaleza no técnica).

Además, que la intervención del Organismo Regulador en el Arbitraje, se ha justificado en que este debe ser parte de la demanda, “no sólo por ser parte del Estado sino porque, en el supuesto que se asumiera que debe considerarse que es una entidad distinta, conforme al artículo 14° de la nueva Ley General de Arbitraje es parte del arbitraje, se le extiende el convenio arbitral” (Maraví, 2011, p. 56), que hace referencia a la tesis por la que “una parte será considerada como no signataria de un convenio arbitral extendiéndosele así el mismo, cuando pueda considerarse que consiente someterse a un arbitraje; lo cual se desprenderá de su participación activa y determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato, ligada esta participación siempre a la buena fe contractual” (Weston, 2019, p.63).

Sin embargo, esto ha generado controversia en la doctrina, pues este organismo debe actuar con autonomía técnica y no necesariamente apoyando a la Entidad Pública Titular del Proyecto, que adopta una postura específica en el proceso al ser parte signataria del contrato; esto es, si bien podría justificarse su ingreso en su actuación autónoma, aún existiría contradicción al ser coadyuvante, siendo este punto parte tratado en estudio adelante.

7.4 Otros mecanismos: El Sistema de Alertas Tempranas

En adición a lo señalado, del devenir de la práctica jurídica han surgido otros mecanismos para el tratamiento de las controversias que podrían surgir y obstaculizar la continuidad de la ejecución del proyecto. De estos mecanismos, a efectos de los objetivos de este estudio, ahondaremos en el “Sistema de Alertas Tempranas”, proveniente de los actualmente afamados *New Engineering Contract* (NEC), que en el Perú se usaron en las obras para los Juegos Panamericanos Lima 2019 mediante el Acuerdo de Gobierno a Gobierno (conocido también como G2G) con el Reino Unido, pero también las obras de los Juegos Olímpicos del 2012 y diversos proyectos en el mundo.

Dichos contratos NEC -- que contiene a este mecanismo --, se diseñaron por el Instituto de

Ingenieros Civiles del Reino Unido (ICE²⁷ por sus siglas en inglés), producto que 1991 el modelo contractual elaborado -- para estar más acorde a sus prácticas y que se había puesto en consulta -- tuvo buena acogida, por lo que se “lanzó la primera publicación en 1993 de una familia de contratos, considerado un nuevo contrato con una nueva visión en su interpretación. Así nacieron los nuevos contratos de ingeniería o *New Engineer Contract* (NEC). La segunda edición que fue resultado de una constante revisión de la primera, dándose la publicación en 1995. Dicha edición tuvo una importante aceptación, la que no tuvo relevantes cambios a lo largo de 10 años, para que finalmente en 2005 se marcara un hito con la publicación de los contratos NEC3” (Lama y Becerra, 2020, p. 132), que a su vez se actualizó en el 2017 con la publicación de los NEC4, que añaden a la *suite* de contratos, otros relacionados a servicios profesionales, subcontratos y otros útiles para la realización del proyecto.

Entre las características de estos contratos -- usados generalmente para modalidades de obra pública tradicional o similares -- se tiene: el lenguaje sencillo o pragmático de sus cláusulas, su carácter colaborativo entre las partes (entidad, contratista, gerente de la obra [o PMO²⁸ por sus siglas en inglés], supervisor, subcontratistas) para afrontar el desarrollo de la obra, y particularmente su gestión de riesgos, que “algunos llaman la ‘joya de la corona de los NEC’. Todos los contratos requieren que la entidad y el contratista (...) se notifiquen formalmente entre sí de una alerta temprana de ciertos tipos de eventos (...) que podrían, (...): aumentar los precios (...), retrasar la finalización (...), retrasar el cumplimiento de una fecha clave o perjudicar el desempeño de las obras. La alerta temprana permite que aquellos que puedan ayudar a evitar el evento o mitigar cualquier efecto negativo, se reúnan para averiguar cómo hacerlo²⁹” (Patterson, 2015, p. 1).

De tal manera, como parte de los mecanismos de gestión de riesgos, se tiene al Sistema de Alertas Tempranas, sobre los que cabe resaltar que es un mecanismo de gestión contractual para prevenir riesgos que podrían convertirse en controversias, contemplado en las cláusulas base o centrales de los NEC (*Core Clauses*), y no un mecanismo de solución de controversias previstos en las cláusulas W de los NEC, con los *Dispute Boards*. Ello dado que en su uso no espera a que exista una

²⁷ ICE. – *Institution of Civil Engineers*

²⁸ PMO. – *Project Manager Officer*

²⁹ Traducción propia de:

“Some call it the ‘jewel in the NEC crown’. The contracts all require the supplier and the contract administrator (...) to formally notify each other of an early warning of certain types of event (...) that could, if (...): increase the Prices (...), delay completion (...), delay meeting a Key Date or impair the performance of the works in use. The early warning allows those that might help avoid the event or mitigate any negative effects of the event to get together to work out how to do so.”

controversia, sino que detectada la alerta se realiza lo necesario para que esta ni siquiera comience a producirse.

El fundamento jurídico para el establecimiento de esta cláusula, además de la voluntad de las partes, reside en el artículo 8.1³⁰ del Reglamento APP y residualmente en el artículo 1362³¹ del Código Civil peruano, donde se dispone que “los Contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes (...), la buena fe se convierte en un deber de realizar las conductas necesarias para la correcta satisfacción de la utilidad buscada en el Contrato (...). El criterio desarrollado como buena práctica de la industria (...) recoge la necesidad de que las partes tengan el deber de comunicar situaciones conocidas que puedan impactar en el proyecto. Sobre este fundamento, las partes pueden pactar regulaciones específicas para (...) sistema de alerta temprana como herramienta del contrato” (Manyari y Ramírez, 2020, p. 149). En ese sentido, la no comunicación de la alerta en su momento por la parte que la conoció, será valorada desde el parámetro de la buena fe, en caso que acontezca la controversia, alegándose luego resarcimiento por el acaecimiento de una situación que pudo calificarse como riesgo y mitigarse.

Ahora, en lo concerniente a su funcionamiento, como se vino adelantando, inicia con la inclusión expresa en el contrato del establecimiento de un Sistema de Alertas, las consecuencias de su incumplimiento, la forma de implementación del registro de alertas y su seguimiento. Luego, en la ejecución de proyecto, en caso que las partes identifiquen una circunstancia de riesgo para el mismo (en el costo, el plazo de término, una fecha hito o el desarrollo programado), debe notificar la alerta a la otra, solicitándose que “se celebre una reunión de riesgos, en la que ambos deben cooperar para brindar y evaluar propuestas para evitar o reducir el impacto de los riesgos identificados, decidir las acciones que deben adoptarse y quién, conforme al contrato, debe asumirlas, así como para retirar del registro de riesgos aquellos que hayan sido superados” (Medina, 2019, p. 123), modificándose el contrato de ser necesario.

Culminamos haciendo hincapié en la directa relación de esta herramienta de gestión de riesgos con las Asociaciones Público Privadas y sus principios fundamentales, en los que debemos señalar en

³⁰ “Artículo 8.1 Los integrantes del SNPIP ***ejercen sus competencias y funciones*** en la oportunidad y dentro de los procedimientos establecidos en la Ley y en el presente Reglamento ***bajo los criterios de cooperación, buena fe y presunción de veracidad***” (énfasis nuestro)

³¹ “Artículo 1362.- ***Los contratos deben negociarse***, celebrarse y ejecutarse ***según las reglas de la buena fe*** y común intención de las partes” (énfasis nuestro)

primer lugar a la distribución de riesgos, previsto en nuestro ordenamiento solo para este régimen de realización de infraestructura o servicios públicos; a su vez el de enfoque de resultados, pues al evitar que se realice una controversia, no tendrá que llegarse a la confrontación y que se impida el normal desarrollo del proyecto o mejor dicho prevenir es mejor que lamentar; y la generación de valor por dinero conforme a lo programado, que se mella con el retraso de una controversia. En lo referente a si esta figura puede añadirse a la regulación de APP trataremos en adelante, al ser parte de los objetivos de la pesquisa.



VIII. MARCO INSTITUCIONAL APP Y GOBERNANZA

El último punto necesario para el desarrollo de lo planteado en la investigación, es el del Marco Institucional del régimen de APP. La importancia del tratamiento de este aspecto radica en que, como precisa Ruiz (2017), el desarrollo futuro de la Asociaciones Público Privadas requiere poner en el centro del análisis al sistema en sus entes participantes, pues tan necesario como tener un procedimiento dinámico, es tener una estructura orgánica que sostenga su funcionamiento. En tal sentido, existe una relación *sine qua non* entre los organismos que llevan a cabo la evaluación previa del proyecto, y el desarrollo de calidad en la construcción de infraestructura, servicios públicos, servicios relacionados a estos e innovación tecnológica.

Respecto al Marco Institucional de APP, se realizaron diversos análisis que, tomando en cuenta como se trabajó en distintos países han aportado elementos orientados a mejorar la Gobernanza de las entidades que integran este régimen; por lo que, resulta pertinente exponer tales elementos, de manera conjunta a lo anterior, a fin de que se complete el Marco Teórico necesario para pasar a lo siguiente.

En tal sentido, a continuación, abordaremos como se encuentra planteado el Marco Institucional de las APP en nuestro ordenamiento jurídico, para luego ahondar en los mencionados criterios de Gobernanza.

8.1 Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada

Como parte de los cambios realizados con el DL 1224 en el 2015, se estableció el denominado “Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada” (en adelante, el Sistema o SNPIP), el cual se concibió como un “sistema funcional” en referencia al Título V de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, que hace distinción entre sistemas funcionales y sistemas administrativos. Al respecto, cabe señalar que el primero, conforme al artículo 45 de dicha norma, “tienen por finalidad asegurar el **cumplimiento de políticas públicas** que requieren la participación de todas o varias entidades del Estado. El Poder Ejecutivo es responsable de reglamentar y operar los Sistemas Funcionales. Las normas del Sistema establecen las atribuciones del Ente Rector del Sistema” (énfasis nuestro); mientras que, el segundo acorde a su artículo 46, “tienen por finalidad **regular la utilización de los recursos en las entidades de la administración pública**, promoviendo la eficacia y eficiencia en su uso” (énfasis nuestro).

En ese orden de ideas, formaban parte de dicho Sistema, el Ministerio de Economía y Finanzas

(en calidad de ente rector mediante su Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada [DGPIP]), el Gobierno Nacional (con sus ministerios), los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales, con la intervención adicional de Proinversión, los Organismos Reguladores, la Contraloría General de la República. Esas entidades, se agruparon para el régimen de APP en mérito a la incorporación de las propuestas del *Programa País* de la OCDE con las anteriormente mencionadas “Recomendaciones del Consejo para Principios de Gobernanza en Asociaciones Público Privadas”, afín de articular las actividades para la promoción de la inversión privada en infraestructura, servicios públicos y demás.

Sin embargo, dado a falencias en la manera en que se reguló el Sistema, en las competencias asignadas al MEF y Proinversión que daban pie a contradicción, definiciones poco claras, falta de aprovechamiento de la experiencia de los inversores desde etapas gestoras del proyecto, y otras deficiencias que motivaron diversas modificaciones en los años siguientes, aderezadas por el escándalo de corrupción del caso “Lava Jato” en los que se mal usó este régimen por funcionarios deficientes, se arribó a la circunstancia que en el 2018 se promulguen nuevas normas de APP (DL 1362 y su Reglamento) que nos avocan ahora.

En la normatividad actual de APP, si bien se mantiene el SNPIP, se intenta dar un mejor planteamiento entorno a la técnica legislativa que evite las carencias de su predecesor; asignándose el segundo de sus cuatro títulos a la regulación del Sistema, sus entidades y Proinversión, a lo que se añade el Subcapítulo III del título III, sobre las opiniones de las entidades intervinientes durante las fases del procedimiento. Así, se ratifica su carácter de “sistema funcional” conformado por un conjunto de principios y normas, teniendo como objetivo el crecimiento de la economía nacional, el cierre de brechas de infraestructura y servicios públicos, generación de empleo productivo y competitividad del país.

Por su parte, señala como sus integrantes: al MEF con su DGPIP (ente rector que encabeza todo el sistema y determina sus políticas), a la Entidad Pública Titular del Proyecto - EPTP (que puede ser los Ministerios del Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales, Municipalidades o Entidades autorizadas por ley), a los Organismos Promotores de la Inversión Privada – OPIP (como entidad encargada de la promoción del proyecto, coordinación del mismo y realización del Informe de Evaluación con los Comité de Promoción de la Inversión Privada), a Proinversión (como OPIP de proyectos de alcance nacional y emisor de lineamientos entorno al proceso de promoción siguiendo las políticas del MEF), y adicionalmente de corresponder, a los Organismos Reguladores (con su opinión sobre la regulación

tarifaria y calidad de servicio acorde a sus normas técnicas) y a la Contraloría General de la República (con su informe sobre la capacidad de crédito estatal, garantías y el uso eficiente de los recursos públicos).

Estas entidades del SNPIP, deberán realizar sus actividades -- como se dijo -- en cooperación, buena fe, presunción de veracidad, pero también conforme a los artículos 8.2³² y 8.3³³ del Reglamento, siguiendo los principios del régimen de APP, en especial para la continuidad de los proyectos el de enfoque por resultados, e intercambiando información en el desarrollo del procedimiento.

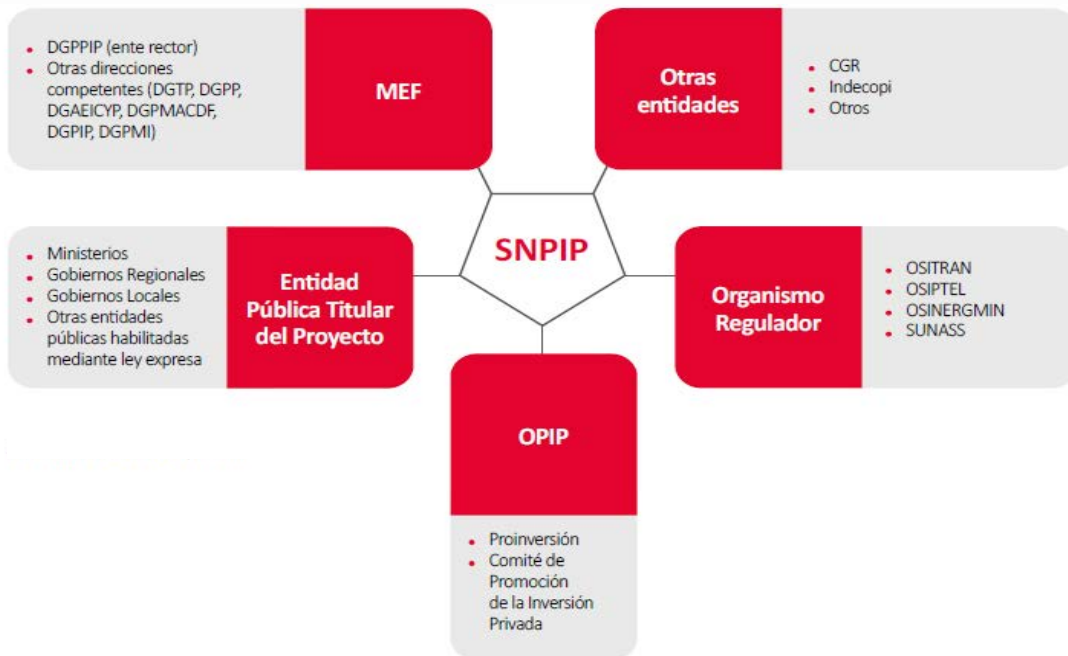
Por último, debe recalarse que el encabezamiento de todo el Sistema, queda en la Dirección General de Política de Promoción de Inversión Pública, que señala los lineamientos para el desarrollo y la promoción del procedimiento de APP, además ser el “supremo interprete” de toda la normativa de este régimen, sin perjuicio de lo que discrecionalmente decidan las entidades en el desarrollo del procedimiento o las decisiones judiciales en su autonomía; con esto se especifica el orden jerárquico frente a los lineamientos que en su sector realizaba Proinversión, y que generaron confusión con la anterior normativa de APP.

Asimismo, la DGPIP acorde al artículo 9 del Reglamento, también son sus competencias evaluar el cumplimiento de esta política promoción de la inversión privada y el desarrollo de APP, administrar el Registro Nacional de Contratos, brindar asistencia técnica de las APP, aunque no el seguimiento de la inversión, la contratación del soporte especializado solicitado por la EPTP, la opinión a cargo del MEF a los documentos hito del procedimiento, u otras que expresamente señale la ley. Sobre estas y las funciones de los integrantes del SNPIP trataremos a continuación.

³² “Artículo 8.2 Las coordinaciones y decisiones adoptadas por sus integrantes, están orientadas a la ejecución de los proyectos en los plazos que establece la Ley y el presente Reglamento, **en concordancia con los alcances del principio de Enfoque de resultados**” (énfasis nuestro)

³³ “8.3 A fin de optimizar los procesos al interior del sector público, las entidades públicas que conforman el SNPIP efectúan **intercambios de información, y retroalimentación de procesos y capacidades**, de manera periódica” (énfasis nuestro)

Figura 7
Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada



Nota: Esta figura se tomó de la *Guía Metodológica de Asociaciones Público Privadas* del MEF (2019)

a. Entidad Pública Titular del Proyecto

La Entidad Pública Titular del Proyecto (en adelante, EPTP) es el organismo estatal que asume la titularidad del proyecto, pudiendo ser: Ministerios para proyectos de su sector, Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales, y Entidades autorizadas por ley, como Essalud que ha desarrollado diversas Asociaciones Público Privadas, en su rubro que se encuentran en operación.

Tiene entre sus funciones, según lo señalado en el artículo 6, realizar el Informe Multianual de Inversiones; identificar, priorizar y formular proyectos pudiendo encargar a Proinversión la realización de estudios técnicos; coordinar con el OPIP el proceso de promoción; sustentar la capacidad presupuestal de compromisos; suscribir el contrato; acordar la modificación de los contratos; gestionar los contratos; cumplir con las obligaciones contractuales; efectuar el seguimiento de la fase técnica y financiera del proyecto informando de sus acciones al MEF, hacer efectiva las penalidades por incumplimiento del contrato con excepción que ello haya sido delegado al Organismo Regulador, declarar la suspensión o caducidad del contrato, además de las que pueda precisar la ley.

Debe acotarse que, si dos entidades se consideran competentes para llevar el proyecto, se debe llegar a un acuerdo para determinar quién asume la titularidad, siendo ello necesario para que el

proyecto continúe con el proceso de promoción; y que en caso que los proyectos tengan un Costo Total de Inversión supere los 30 000 UITs podrá establecerse un Órgano Especializado para la gestión de proyectos al interior de su estructura orgánica, para lo cual puede contratar a terceros o realizar directamente: la gestión del contrato, la aprobación de estudios técnicos necesarios para la ejecución del proyecto, gestionar la adquisición de predios y liberación de interferencias, ejecutar los pagos establecidos en el contrato, conducir el proceso de modificaciones contractuales, emitir opiniones y aprobaciones necesarias para el diseño y la implementación del proyecto, recomendar soluciones para resolver controversias, capacita en la gestión del proyecto al personal de la EPTP y otras que se le asigne.

Para el ejercicio de sus funciones, con excepción de la suscripción del contrato, la EPTP establece un Comité de Promoción de la Inversión Privada que actúa como Organismo Promotor de la Inversión Privada que desarrollaremos en adelante, así como coordinador con Proinversión cuando corresponda, y con los órganos de la EPTP en seguimiento a los trámites. En adición a ello, hace cumplir las decisiones del Consejo Directivo y demás Comités de Proinversión, entregar información solicitada por entidades o para el Registro de Contratos, emite conformidad a propuesta de Informe Multianual de Inversiones, entre otros, actuando siempre de manera colegiada.

b. Proinversión y Organismos Promotores de la Inversión Privada

A efectos de diseñar, conducir y concluir el proceso de promoción de los proyectos bajo el régimen de APP, se ha establecido la existencia de un Organismo Promotor de la Inversión Privada (OPIP), que es una condición que ostentan determinadas entidades conforme a su nivel de competencia. De tal suerte que para proyectos de alcance nacional ejerce el rol de OPIP la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – Proinversión, mientras que para el resto de proyectos es el Comité de Promoción de la Inversión Privada de los Gobiernos Regionales, Locales o las Entidades habilitadas por ley, quien asume la condición de OPIP de acuerdo a su respectiva competencia.

Los criterios para asignar competencia son: en el caso de Proinversión, los proyectos de alcance nacional provenientes de iniciativa estatal que sean multisectoriales o que tengan un CTI superior a 40 000 UIT, los de iniciativa privada autofinanciada de competencia nacional, los de iniciativa privada cofinanciada en todos los niveles de gobierno, los de competencia de las entidades públicas habilitadas por ley en iniciativas autofinanciadas, los que están en proyectos de Diálogo Competitivo y los que se le designe a Proinversión conforme a la normatividad. Por su parte, será de competencia de los

Gobiernos Regionales cuando el proyecto involucre a más de una provincia, y de los Gobiernos Locales cuando el proyecto se desarrolle dentro del territorio de su provincia.

Entre las funciones de Proinversión y del CPIP como OPIP se encuentra realizar un cronograma para la elaboración del Informe de Evaluación, dentro de los veinte días hábiles siguientes de referido el proyecto, sin contar con los Estudios Técnicos. Esos estudios, de acuerdo al tipo de iniciativa empleada podrán elaborarse por el privado proponente, la EPTP o Proinversión que sería el designado para ello. A ello se añade, en la situación particular de Proinversión – entidad que pasó de ser un organismo ejecutor³⁴ en la primera normatividad a un organismo técnico especializado³⁵ adscrito al MEF según la LOPE³⁶ en la segunda, cosa que se mantuvo en la actual --, que aparte de diseñar, conducir y concluir el proceso de promoción unificando la toma de decisiones; también tiene como sus funciones: intervenir en la fase de ejecución contractual, y brindar asistencia técnica en las fases del procedimiento de APP, para lo cual establece oficinas desconcentradas a nivel nacional.

Tales actividades se concretan mediante sus organismos, liderados por su Consejo Directivo (en adelante, el Consejo), máxima autoridad de Proinversión, que es conformada por cinco ministerios que tengan una mayor cartera de proyectos en el sector, siendo el Ministerio de Economía el que preside el colegiado. El Consejo, como parte de dirigir la estrategia de Proinversión (estableciendo objetivos, metas y planes de acción), debe de acuerdo al artículo 13.3 de la Ley APP: crear Comités Especiales de Inversiones (que apoyarán a cumplimiento de los fines de la entidad), proponer el ROF de Proinversión al MEF, proponer la escala remunerativa, decidir incorporación de proyectos al proceso de promoción, ratificar acuerdos de los Comités Especiales sobre proyectos con CTI mayor a 300 000 UIT, aprobar presupuesto de Proinversión, establecer objetivos estratégico en coordinación del MEF, aprobar

³⁴ “Artículo 30º.- Organismos Públicos Ejecutores Los Organismos Públicos Ejecutores ejercen funciones de ámbito nacional. Se **crean cuando existen las siguientes condiciones: 1. Se requiera una entidad con administración propia**, debido a que la magnitud de sus operaciones es significativa; o 2. **se requiera una entidad dedicada a la prestación de servicios específicos**. Los Organismos Públicos Ejecutores: 1. Están **sujetos a los lineamientos técnicos del Sector del que dependen**; y la formulación de sus objetivos y estrategias es coordinada con estos (...)” (énfasis nuestro)

³⁵ “Artículo 33º.- Organismos Técnicos Especializados Los Organismos Técnicos Especializados **se crean**, por excepción, **cuando existe la necesidad de: 1. Planificar y supervisar, o ejecutar y controlar políticas de Estado** de largo plazo, de carácter multisectorial o intergubernamental que requieren un alto grado de independencia funcional. 2. **Establecer instancias funcionalmente independientes** que otorgan o reconocen derechos de los particulares, **para el ingreso a mercados o el desarrollo de actividades económicas**; que resulten oponibles a otros sujetos de los sectores Público o Privado” (énfasis nuestro)

³⁶ LOPE. – Ley Orgánica del Poder Ejecutivo

directivas internas para la promoción y desarrollo de APP, y las que le señale la ley.

A ese organismo, se le agrega la Dirección Ejecutiva, cuyo director --- a diferencia de la normativa anterior, donde era designado por el Consejo Ejecutivo – es elegido por el Presidente de la República propuesta del MEF, para: ejecutar lo acordado por el Consejo Directivo, sustentar propuestas ante el Consejo para llevar a cabo los proyectos, dar conformidad y ratificar lo acordado por los Comités Especiales de Inversiones para proyectos con CTI superior a 300 000 UIT para elevarlos al Consejo, cumplir el ROF, administra el FONCEPRI, así como, dirigir y supervisar la marcha institucional de Proinversión. A todo esto, en adición se hace uso de organismos como la Dirección de Proyectos, que dirigen lo que se realice en la formulación y promoción, a lo que se añade los ya mencionados, Comités Especiales de Inversiones que generan los documentos de los hitos del procedimiento de APP.

Por otro lado, terminamos señalando que el Comité Promotor de la Inversión Privada se compone por tres miembros que son funcionarios de Alta Dirección o en su caso jefe de órganos de línea, para los Ministerios o las entidades habilitadas por ley, en cambio, en los Gobiernos Regionales o Locales, esta calidad de órgano se ejerce por un órgano designado por la entidad. Las designaciones se realizan por medio de resoluciones de la entidad correspondiente, siendo las funciones del CPIP conducir y concluir el proceso de promoción, además de coordinar con Proinversión y con los órganos internos de la EPTP, velar por el cumplimiento de las decisiones del Consejo, emitir conformidad a la propuesta de IMI, ejercer funciones durante la Ejecución Contractual y entregar oportunamente información de APP para el Registro Nacional de Contratos, el MEF u otras entidades.

c. Ministerio de Economía y Finanzas

Al margen que el MEF, ostenta la función precisada anteriormente como entidad que determina la política de la inversión privada con el uso de Asociaciones Público Privadas, por medio de su Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada; también tiene una función de entidad de análisis de riesgos del proyecto, garantías, cofinanciamiento de darse, entre otros.

Ello se da a través de las opiniones que emite obligatoriamente a los documentos hitos de cada fase del procedimiento. Así, ello puede verse en la opinión de la modalidad de APP escogida para el proyecto propuesto, la programación presupuestal y la capacidad estatal, en una comparación con realizarla mediante obra pública tradicional en el Informe Multianual de Inversiones; o en la opinión sobre la clasificación del proyecto, la capacidad de pago del Estado, el análisis del valor por dinero usando criterios de elegibilidad y el impacto en el mecanismo de competencia de los mercados, para

el Informe de Evaluación.

A lo que se suma, la opinión que hace a la Versión Inicial y Final del Contrato – a diferencia de la normativa previa donde solo era para la versión final del contrato -- y las propuestas de Modificaciones Contractuales, donde se manifiesta sobre el eventual cofinanciamiento, garantías, parámetros económicos y financieros, equilibrio económico financiero y eventuales contingencias fiscales. Ello a razón de la especialidad técnica del ministerio sobre el tema, siendo de vital importancia su control sobre los riesgos en los que podría encontrarse el proyecto; que en nuestro régimen se presenta en todas las fases del procedimiento APP.

d. Organismos Reguladores

El rol de los Organismos Reguladores en el SNPIP es hasta cierto punto similar a la del MEF, en el sentido de que su participación se concreta con la opinión que emiten a los documentos de ciertas fases del procedimiento, en cumplimiento de sus funciones (supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora, sancionadora, de solución de controversias y de solución de reclamos a los usuarios), previstas en la Ley 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

En consecuencia, puede verse conforme al artículo 41³⁷ de la Ley de APP y el artículo 55.1³⁸ de su Reglamento, que el Organismo Regulador emite opiniones a la Versión Inicial y Final del Contrato en temas como regulación tarifaria y calidad de servicio siguiendo sus normas técnicas. A su vez, se deberá recabar su opinión para las modificaciones contractuales, en base a lo previsto en el artículo

³⁷ “Artículo 41. Opiniones e informes previos en las fases de Estructuración y Transacción

41.1 El Organismo Promotor de la Inversión Privada, sin excepción y bajo responsabilidad, recaba las siguientes opiniones e informes sobre la respectiva Versión Inicial del Contrato de Asociación Público Privada: (...) 2. **Opinión previa no vinculante del organismo regulador**, exclusivamente sobre las materias de sus competencias (...)” (énfasis nuestro)

³⁸ “Artículo 55. Opiniones e informe previos en la fase de Transacción

55.1 El OPIP, sin excepción y bajo responsabilidad, recaba las siguientes opiniones e informe sobre la VFC de APP: (...) 2. **La opinión no vinculante del organismo regulador**, de corresponder, (...)” (énfasis nuestro)

55.4³⁹ de la Ley APP y 138.3⁴⁰ del Reglamento.

A lo anterior, debe agregarse que los Organismos Reguladores se involucran en la supervisión de la ejecución del proyecto en caso de abordarse materias de su sector, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 57⁴¹ de la Ley de APP. Sin perjuicio de la labor que realice el Equipo de Seguimiento Especializado del MEF para los proyectos priorizados, o del supervisor privado designado por las partes, cuando no se esté ante un área regulada.

Se culmina indicando que, dentro del procedimiento APP debe integrarse como parte coadyuvante de acontecer una controversia que se resuelva por Arbitraje, esta actividad la realiza por mandato del Reglamento de APP para apoyar al Estado, pero preservando su autonomía.

e. Contraloría General de la República

En lo concerniente a la Contraloría General de la República, en la normativa de Asociación Público Privada actual, su participación en el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada se da mediante las opiniones que emite a documentos hito de procedimiento, de manera similar a casos expuestos precedentemente, aunque con algunas precisiones que puntualizaremos a continuación.

De tal manera, su opinión solo se centra en la Versión Final del Contrato y no en su versión inicial,

³⁹ “Artículo 55. Modificaciones contractuales (...)

55.4 ***Culminado el proceso de evaluación conjunta, la entidad pública titular del proyecto evalúa*** y sustenta las modificaciones contractuales; asimismo, ***solicita la opinión no vinculante del organismo regulador respectivo***, así como la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, en caso se involucren materias de competencia de este último (...)” (énfasis nuestro)

⁴⁰ “Artículo 138. Opiniones previas (...)

138.3 Posteriormente, la entidad pública titular del proyecto, ***solicita la opinión no vinculante del organismo regulador*** respectivo en los proyectos bajo su competencia (...)” (énfasis nuestro)

⁴¹ “Artículo 57. Supervisión de los contratos de Asociación Público Privada

57.1 Tratándose de proyectos ***en sectores regulados, la supervisión se sujeta a*** lo dispuesto en ***la Ley*** N° 27332, Ley Marco ***de los Organismos Reguladores*** de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y la normatividad vigente.

57.2 ***Los contratos*** de Asociación Público Privada ***contienen las disposiciones necesarias para asegurar una supervisión oportuna*** y eficiente durante la fase de Ejecución Contractual, con la finalidad de ***salvaguardar*** primordialmente el cumplimiento de los ***niveles de servicio***” (énfasis nuestro)

como se da a entender en el artículo 41.4⁴² de la Ley APP y se explicita en el 55.6⁴³ de su Reglamento APP, salvo en el caso de las Iniciativas Privadas donde se requiere la expresión de su Informe a la Versión Inicial del Contrato antes de la Declaratoria de Interés, pues con esta será publicada los términos preliminares del proyecto para que otros inversores presenten sus propuestas, y las tengan como marco de referencia, como se extrae del artículo 41.5⁴⁴ del DL 1362.

La opinión de la Contraloría, que se realiza conforme a la función que se le asigna en el inciso I) del artículo 22 literal I⁴⁵ de la “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República” – Ley N° 27785, se manifiesta a través de un Informe, tiene carácter de no vinculante, no evita el control posterior de dicha entidad, y debe ser solicitada también en caso de modificaciones contractuales, en custodia del mismo tenor de lo realizado para las versiones del contrato. Al respecto, debe traerse a colación la recientemente promulgada “Ley que establece medidas para la expansión del Control Concurrente”- Ley N° 31358, por la que según su artículo 1⁴⁶, las Asociaciones Público Privadas son también objeto del control concurrente de la Contraloría durante su procedimiento, modalidad que se venía rigiendo por

⁴² “(...) 41.4 **El Informe Previo de la Contraloría General de la República** respecto de la Versión Final del Contrato, **se refiere únicamente a aquellos aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado**, de conformidad con lo previsto en el inciso I) del artículo 22 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. Dicho Informe Previo es no vinculante, sin perjuicio de control posterior (...)” (énfasis nuestro)

⁴³ “55.6 El informe previo de la Contraloría General de la República únicamente puede referirse a aquellos aspectos que **comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado relacionados al cofinanciamiento o garantías del proyecto**, de conformidad con el literal I) del artículo 22 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. Dicho informe previo no es vinculante, sin perjuicio del control posterior. **No se requiere informe previo de la Contraloría General de la República a la VIC**, con excepción de las IP (...)” (énfasis nuestro)

⁴⁴ “41.5 **Para el caso de iniciativas privadas**, el Informe Previo de la Contraloría General de la República **se emite respecto a la Versión Inicial del Contrato previa a la Declaratoria de Interés**. En caso se incorporen modificaciones a la Versión Inicial del Contrato contenida en la Declaratoria de Interés, se requerirá el Informe Previo de la Contraloría General de la República para la adjudicación (...)” (énfasis nuestro)

⁴⁵ “(...) **I) Informar previamente sobre** las operaciones, fianzas, avales y otras garantías que otorgue el Estado, inclusive los proyectos de contrato, que en **cualquier forma comprometa su crédito o capacidad financiera**, sea que se trate de negociaciones en el país o en el exterior (...)” (énfasis nuestro)

⁴⁶ “Artículo 1.- Objeto de la Ley. **La ejecución de inversiones** que genere el desembolso de recursos públicos y/o garantías financieras o no financieras por parte del Estado, lo **que incluye a las (...) asociaciones público privadas** u otros mecanismos de inversión, a cargo de los pliegos del gobierno nacional, regional y local, entidades de tratamiento empresarial, empresas públicas en el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE), fondos y toda entidad o empresa bajo el ámbito del Sistema Nacional de Control, cuyos montos superen los diez millones de soles, **son objeto de control concurrente por parte de la Contraloría General de la República**” (énfasis nuestro)

la Directiva N° 002-2019-CG/NORM "Servicio de Control Simultáneo", pero que aún sobre las APP no tiene una disposición específica.

El contenido del Informe, de acuerdo a los citados artículos 41.4 de la Ley de APP y 55.6 del Reglamento, solo deberá referirse a los aspectos que compromete la capacidad crediticia del Estado o su capacidad financiera, relacionados a cofinanciamiento y garantías; lo que debe entenderse, acorde al punto 5.2 de la Directiva N° 012-2016-CG/GPROD para la 'Emisión del Informe Previo establecido por el literal l) del artículo 22º de la Ley N° 27785', como "aquellas operaciones financieras o no financieras **que derivan en el incremento del stock y el servicio de la deuda pública, o generan pasivos o compromisos firmes o contingentes para el Estado**, según sea el caso" (énfasis nuestro). Sobre ello, existe una controversia en torno a los límites del pronunciamiento del Informe, y si ello desincentiva el actuar de los funcionarios para dar continuidad al procedimiento, pero de ello nos avocaremos luego al integrar un extremo de la investigación.

Ponemos fin a este apartado señalando que, la actividad de la Contraloría General de la República, aparte de lo anterior, aporta con el fortalecimiento de la transparencia en el procedimiento, y sobre todo con el principio de integridad, que recién se adherió a la normativa actual. Ello es un punto de vital importancia para recuperar la imagen de las APP y servir de 'garantía' frente a la lucha contra la corrupción, que trató de ensombrecer esta herramienta; aunque como en muchas circunstancias de estas en el país, el problema no reside en la herramienta sino en el ejecutor, situación que merece un estudio propio.

8.2 Gobernanza APP

Habiendo expuesto el *status* actual del marco institucional actual del SNPIP, es menester ahora abordar lo que desde otras áreas de la academia, como la ciencia política o la economía, se ha denominado como "gobernanza" que – más allá de disquisiciones teóricas, que puedan acontecer al respecto como en toda rama del conocimiento – a estos efectos "se entiende hoy, espontáneamente, [como] el proceso o conjunto de acciones mediante el cual el gobierno dirige o conduce a la sociedad" (Aguilar, 2015, p. 71); el cuál es un tópico de vital importancia para el desarrollo de las naciones en general y de las Asociaciones Público Privadas en particular. Así en el caso de nuestro país – como en muchos de nuestros vecinos de Latinoamérica --, se ha señalado reiteradamente que uno de los problemas endémicos que ha obstaculizado su desarrollo, es la debilidad de sus instituciones que son el vehículo para concretar políticas públicas.

Resulta un problema endémico puesto que, aunque – como se vio en los últimos tiempos – ha vuelto a la discusión coyuntural, nos ha acompañado desde los inicios de nuestra bicentennial República, que en lo concerniente a sus entidades, tiene costumbre en ir de marchas a contramarchas, que la pone en la condición de un “Estado Nación aun en formación, que ha adoptado la forma de un Estado Constitucional a partir de la Constitución de 1979, predecesora de la actual, que data de 1993, pero que aún no se encuentra plenamente consolidado como tal por una serie de factores, entre los que se pueden resaltar los siguientes: la falta de una conciencia y un compromiso colectivo de lo que ello significa; la ausencia de un verdadero sentimiento constitucional; la crisis de valores y principios existente; la precaria institucionalidad; (...)” (Blume, 2021, p. 209).

De esto no ha sido ajena – como se dijo – las APP, lo que se evidencia en estudios de organismos internacionales e incluso motivando la reforma de normativa en 2015, que se ha mantenido en general en la normativa actual, en base a lo indicado por la OCDE que en su primera recomendación para la gobernanza de este régimen señala la necesidad de “A. ***Establecer un marco institucional claro*** y predecible apoyado por autoridades competentes y adecuadamente financiadas” (énfasis nuestro).

En ese orden de ideas pasamos abordar, como se ha venido desarrollando los criterios de gobernanza o -- para estos efectos – institucionalidad de las APP, en base al estudio “La gobernanza de las alianzas público-privadas. Un análisis comparado de América Latina” del Banco Interamericano de Desarrollo - BID (2016) realizado por Joan Prats y algunos puntos de lo precisado en el estudio “Gobernanza del sector de infraestructura y de las APP” de la Corporación Andina de Fomento - CAF (2021).

a. Roles de los Actores del Marco Institucional APP

Tomando en consideración las maneras en cómo se ha planteado el Marco Institucional para llevar a cabo Asociaciones Público Privadas en los países de Latinoamérica, desde el estudio aludido del BID, se identificaron actores comunes en este tipo de régimen, que desempeñan un rol esencial en la evaluación del proyecto. Dicha actividad, se realiza de forma en que la función de un actor complementa la de otro, bajo la premisa de que el diseño del procedimiento y la articulación de las instituciones dentro del régimen de APP, tienen directa proporción con la puesta en marcha y continuidad del proyecto.

De tal suerte, en el transcurso de las tres etapas procedimentales sobre las que suelen atravesar los proyectos, de manera general en los países (identificación, análisis y evaluación, estructuración,

contratación, y gestión de contrato) que se corresponden con las cinco fases de nuestro procedimiento doméstico (planeamiento y programación, formulación, estructuración, transacción, ejecución); intervienen para objetivos específicos: la Unidad Contratante, la Unidad APP, la Unidad de Riesgos, además de la Unidad de Monitoreo y Seguimiento. Ello sin perjuicio, de que en cada ordenamiento puedan adherirse entidades adicionales, aunque son estos el núcleo básico de la evaluación a los proyectos; por lo que pasamos a su desarrollo en particular.

- **Unidad Contratante.** – Es la entidad del Estado que asume llevar a cabo el proyecto, planificándolo o tomando la idea de una iniciativa particular, participando en la generación de documentos para su evaluación, suscribiendo el contrato, cumpliendo sus obligaciones y gestionándolo.

A ello se suma, el aporte de la entidad a la estructuración del contrato desde su “conocimiento técnico para llevar a cabo el proyecto a nivel de ingeniería y conocimiento de la política pública” (Prats, 2016, p. 10), sobre todo en lo concerniente al sector sobre el que se realiza el proyecto del cual la entidad es especialista (V. gr.: salud, transportes, educación, saneamiento, etc.).

Las Unidades Contratantes, a nivel nacional suelen ser los ministerios, pero también de acuerdo a cada ordenamiento, pueden ser entidades sub nacionales u otras que se designe; teniendo que, para tópicos financieros o legales, se asista de los otros actores del marco institucional.

- **Unidad APP.** – Es la entidad estatal especializada en materia de Asociaciones Público Privadas, a partir de lo cual apoyan mediante su asistencia técnica a los demás actores del Marco Institucional, en particular a las entidades que tienen la condición de unidades contratantes.

La Unidad APP suele ser una entidad independiente que responde directamente a la Presidencia de la República, o una adscrita a un ministerio, pero con autonomía en sus actividades, aunque da cuenta a su sector; pues ello se requiere para la toma de decisión en la ejecución de la política.

Las funciones que suele desarrollar las Unidades APP, se tienen a “i) la promoción de las APP, (...); ii) la dirección política y técnica, (...); iii) la formulación técnica del proyecto (...); iv) el control y la aprobación final de un proyecto de APP en cuanto revisor de la documentación y los estudios técnicos que respaldan la decisión de financiar un proyecto vía APP; v) la estructuración contractual y financiera del proyecto , y vi) el

seguimiento y monitoreo del contrato” (Prats, 2016, p. 10).

- **Unidad de Riesgos.** – Es la entidad estatal que cumple un rol imprescindible para la correcta evaluación del proyecto, puesto que analiza las eventuales contingencias fiscales, garantías, valor por dinero, riesgos financieros y demás de similar índole.

Se actividad es ejercida por los ministerios de hacienda o economía, dada su especialidad en el área, debiendo dicha entidad delegar la función a su Dirección en específico.

La intervención que realizan tiene distinciones conforme al ordenamiento, “en algunos casos, la unidad de riesgos alcanza casi todas las fases del proyecto (...), incluida la supervisión y el monitoreo de los contratos de APP, mientras que en otros tiene una acción más concreta y determinada en la validación técnica en la fase de estructuración de riesgos” (Prats, 2016, p. 11); empero, siempre manteniendo su rol en el análisis de los riesgos que podrían obstaculizar el desarrollo de proyecto, para su consideración durante las fases del procedimiento.

- **Unidad de Monitoreo.** – Es una entidad estatal enfocada al seguimiento del cumplimiento de lo previsto para el proyecto en el contrato; su función se justifica en “el seguimiento es importante para asegurar los niveles de calidad de mantenimiento y atender a eventuales renegociaciones. (...) [considerando que], las tareas de fiscalización podrían entrar en conflictos de interés con las funciones de promoción y evaluación, por lo que deberían tener una separación orgánica y funcional de las anteriores” (Prats, 2016, p. 24).

Su rol suele ser cubierto por alguno de los otros actores del marco institucional o por el regulador en ocasiones, e incluso siendo establecido para el proyecto; siendo su función útil para que se concrete lo acordado durante el procedimiento.

Sobre este cimiento, cada ordenamiento considerando su contexto, escoge el modelo de marco institucional de APP, los cuales conforme a la manera en que sean llevados y al cumplimiento de la función de sus actores, tendrán mayores o menores resultados, siendo ello parte del análisis de esta investigación que veremos puntos adelante. No obstante, lo que si trataremos a continuación será los modelos de gobernanza que – en general – suelen presentarse para el marco institucional de las APP.

b. Modelos de Marco Institucional de APP

En la línea con lo anterior, del análisis comparado realizado por el Banco Interamericano de

Desarrollo se tamizan dos modelos que se prevén en abstracto en las experiencias de los países de Latinoamérica y el Caribe, cuya importancia se resalta al haber establecido el régimen de Asociaciones Público Privadas en su mayoría en países que comparten nuestra tradición jurídica.

De tal manera, los modelos de utilizados para el Marco Institucional se dividen en el modelo jerárquico y el descentralizado, teniendo que los primeros se utilizan en países con una estructura de estado unitario, donde exista “una UAPP central que promueva y estructure proyectos de manera centralizada es más viable en términos de aprovechamiento de las ventajas de especialización sin afrontar costos de coordinación demasiado elevados” (Prats, 2016, p. 17); mientras que los segundos se suelen dar en naciones con estados federales, en los que pese a existir una línea común tienen en ese marco cada estado independencia entre sí, por lo que en lo correspondiente a las APP, “en estos sistemas es más necesaria la flexibilidad y la autonomía de las unidades contratantes, mientras que los costos de coordinación de múltiples propuestas pueden ser especialmente grandes”(Prats, 2016, p. 17). Entorno a los detalles de tales modelos, nos adentramos en lo siguiente.

- **Modelo Jerárquico.** – En este modelo el centro del Marco Institucional es la Unidad APP, que se encuentra adscrita al ministerio de obras públicas o sus similares, o depende directamente de la Presidencia de la República. Ejerce sus funciones como entidad especialidad y avocada únicamente al desarrollo de proyectos de Asociaciones Público Privadas.

En razón a ello, participan directamente la evaluación de los proyectos, en el análisis de si necesariamente deben ser ejecutados por APP u otra forma, en el análisis para el análisis de valor por dinero, en la asesoría a las Unidades Contratantes para la continuidad y concretización de los proyectos, entre otros. Esto intercambiando información en coordinación constante con la Unidad de Riesgos, y los demás actores, que realizaron sus funciones complementando la evaluación en lo que les corresponda respectivamente.

Con el uso de esta entidad especializada, se ahorran costos de transacción para el desarrollo de cada proyecto, se evitan disparidad de criterios, se aprovechan las experiencias que adquieran para la mejora constante de sus protocolos, es decir, “este modelo aprovecha especialmente las economías de escala⁴⁷ en el apoyo técnico al ciclo de proyecto de APP y,

⁴⁷ Economía de escala. – Puede entenderse para estos fines, como aquella situación en la que el costo medio de producción, se reduce respecto a la producción, por el desarrollo alcanzado en la realización de la actividad, que aminora los costos variables.

especialmente, en la fase de formulación y posterior estructuración del proyecto , ya que bajo este enfoque las Unidades Contratantes de los distintos ministerios canalizan sus proyectos a través de una misma UAPP” (Prats, 2016, p. 16).

- **Modelo Descentralizado.** – En este modelo el centro del Marco Institucional es la Unidad de Riesgos, al pasar las Unidades APP solo a un rol de apoyo a la elaboración del proyecto, de colaboración al procedimiento, ejercicio de actividades mínimos o incluso no existen. Ello se produce, dado que son las Unidades Contratantes en la autonomía de sus estados, entidades o municipios, estructuran directamente sus proyectos, bajo los criterios por ellos definidos, y designan a una de sus entidades para que actúe como Unidad APP o contratando con privados esta labor, sin recibir asistencia o compartir criterios generales a nivel macro.

Es así que, la Unidad de Riesgos actúa evaluando la factibilidad y riesgos de las múltiples propuestas que por separado se realicen en las unidades contratantes, eso – a pesar del conocimiento sobre la materia específica del proyecto de cada entidad – basado en “la menor especialización en cuanto a la estructuración de APP de cada una de las unidades contratantes y la mayor cooperación técnica que dichas unidades contratantes dispersas pueden requerir en materia de análisis económico y social de los proyectos” (Prats, 2016, p. 17).

El uso de cualquiera de estos modelos – como se señaló – debe ir en concordancia con las características particulares de la organización de cada país, ya que ambas sostienen una lógica distinta, de cual analizaremos cual es tomada por el Perú como parte del cuarto objetivo de esta pesquisa.

En todo caso, culminados este punto y con ello el Marco Teórico necesario para la comprensión del presente documento, señalando que la evaluación sobre si es idónea la estructuración del Marco Institucional, deberá tomar en cuenta su importancia para llevar a la realidad los fines propuestos; eso ya que en situaciones “la principal falla está en los procesos institucionales para el diseño de proyectos, la selección y priorización de las inversiones y el seguimiento a las obras y a la infraestructura instalada. Las fallas de gobernanza de los procesos de decisión crean riesgos que se pueden manifestar de múltiples maneras. En algunos casos, se toman decisiones para favorecer intereses privados (corrupción) (...). Incluso cuando no se materializan casos de corrupción, las fallas de gobernanza en la toma de decisiones se traducen en ineficiencias” (Corporación Andina de Fomento - CAF, 2021, p. 8).

Tales ineficiencias, como indica el estudio del BID, pueden traer como consecuencia que se aprueben proyectos que no debieron haberse llevado, o lo contrario, que no se aprueben proyectos que debieron aprobarse, producto de una inadecuada evaluación en los que no se tenga beneficio social (valor social negativo) ni beneficio en relación costo y la calidad (valor por dinero negativo), al colocarse funciones de diversos de los actores mencionados, en una misma entidad -- dando pie a conflictos de interés -- o se combine modelos sin un criterio técnico.



IX. ANÁLISIS ENTORNO A LOS OBJETIVOS PROPUESTOS

Luego de haber examinado el estado actual del régimen e institución jurídica APP, así como los tópicos teóricos pertinentes a los fines de esta pesquisa; pasamos ahora al análisis de los puntos que le dan mérito. Para esto, en el marco del Alcance Correlacional, mediante el uso del Método de Investigación Jurídica Funcional, se tomó como base la situación fáctica de estancamiento en el desarrollo de Asociaciones Público Privadas, para recopilar información de su normatividad (Decreto Legislativo Nro. 1362 y su Reglamento) y focalizar el análisis en cada objetivo específico propuesto, aplicando el Método de Investigación Jurídica Dogmático.

De tal forma, el análisis se llevó cabo a partir de interrogantes planteadas en lógica jurídica y orientadas a la obtención de información de las actividades que disgregan los objetivos propuestos, de donde pueda emanar conclusiones lo más detalladas y universalizables. A las interrogantes se les denominó *Steps*, avanzando tramo a tramo, conforme se expone a continuación.

9.1 Sobre la Simplificación de Procedimiento en la fase de Planeamiento – Programación y Formulación

Los *Steps*, planteados en este punto, se correspondieron a actividades, que en conjunto llevaron a “determinar si con la simplificación de procedimientos en las fases Planeamiento – Programación y Formulación, para el Informe Multianual de Inversiones y el Informe de Evaluación; se pueden arribar a los mismos fines en menor tiempo” (primer objetivo específico), habiéndose desarrollado de la siguiente manera.

- Recopilar y Sistematizar la normativa de las APP, referente al contenido del Informe Multianual de Inversiones y el Informe de Evaluación

Step 1: ¿Cómo se encuentra sistematizado el contenido del IMI, el IE y la Opinión de Relevancia?

Step 2: ¿En cuánto coincide el contenido jurídico de los documentos presentados?

- Analizar el tiempo estimado del procedimiento y el sentido jurídico de las normas escogidas

Step 1: ¿Cuánto tiempo dura? y ¿cómo se distribuyen los tiempos?

Step 2: ¿Cuál es el sentido de tales normas? ¿a qué responde su semejanza de contenido?

- Evaluar la forma de arribar los mismos objetivos en menor tiempo con la simplificación de procedimientos, y comparar con la forma en que se viene trabajando.

Step 1: ¿Cómo se podría optimizar el contenido de los documentos y arribar a los objetivos de esta fase?

Step 2: ¿Cómo se podrían optimizar la normativa entorno al tiempo, manteniendo los objetivos de esta fase?

En este orden de ideas, discurrió el análisis, obteniéndose información como sigue a continuación:

- Respecto a la forma en que se encuentra sistematizada en el DL 1362 y su Reglamento (Decreto Supremo 240-2018-EF), se tiene que son dos los documentos principales de cada fase. Así, en el Planeamiento y Programación se tiene el Informe Multianual de Inversión (IMI) detallado el artículo 40 del Reglamento, mientras que en la fase de Formulación está el Informe de Evaluación (IE) previsto en el artículo 44 del Reglamento. Por su parte, en el caso de las Iniciativas Privadas el contenido de la Opinión de Relevancia (OR), se encuentra contemplado en el artículo 81 del Reglamento. En ese sentido, su contenido es el presentado a continuación.

Tabla 2
Comparación Sistemática entre IMI, IE y Opinión de Relevancia

DL 1362 Y REGLAMENTO		
OPINIÓN DE RELEVANCIA (ART. 81 REGLA.)	INFORME MULTIANUAL DE INVERSIÓN (ART. 40)	INFORME DE EVALUACIÓN (ART. 44 REG.)
i. Descripción general del proyecto, incluyendo como mínimo: entidad componente, antecedente, área de influencia del proyecto, objetivos y clasificación del proyecto.	1. Estrategia de la entidad pública titular del proyecto para el desarrollo del proyecto mediante las modalidades de APP o PA.	I. Resumen Ejecutivo
ii. Importancia y consistencia del proyecto con las prioridades nacionales, regionales o locales, según corresponda y su congruencia con los planes nacionales, sectoriales, planes de desarrollo concertado regionales y locales.	2. Potenciales necesidades de inversión identificadas para ser desarrolladas bajo la modalidad de APP y su consistencia con las metas de cierre de brechas prioritarias establecidas en la Programación Multianual de Inversiones, así como su articulación con los planes nacionales, sectoriales y de desarrollo regional y local según corresponda.	II. Descripción general del Proyecto, incluyendo como mínimo III. Importancia y consistencia del proyecto con las prioridades nacionales regionales o locales, según corresponda definidas en los planes nacionales, sectoriales, planes de desarrollo concertados regionales y locales. (...) IV. Diagnóstico sobre la provisión actual de la infraestructura o servicio público identificando las características de la demanda y la oferta existente en términos de cobertura y calidad
iii. Diagnóstico sobre la provisión actual de la infraestructura o servicio público identificando las características de la demanda y la oferta existente en términos de cobertura y calidad.	3. El monto referencia de la Inversión	V. Evaluación técnica del proyecto

iv. Evaluación técnica preliminar del proyecto, así como los Niveles de Servicio o niveles de desempeño esperados y las fuentes de ingresos de proyectos.	4. Para el caso de APP, el análisis de valor por dinero mediante la aplicación preliminar de los órganos de elegibilidad	VI. Análisis de la brecha de recursos que sustenta la clasificación del proyecto
v. Estimación de costos de supervisión.	5. Los compromisos firmes y compromisos contingentes cuantificables derivados de los Contratos de APP suscritos, incluyendo sus modificaciones contractuales. (...)	VII. Análisis de Riesgos preliminar del proyecto
vi. Cronograma de adquisición y/o expropiación de terrenos, reubicaciones o reasentamientos, servidumbres y liberación de interferencias, la proyección de gastos derivados de estos y gastos por supervisión.	6. Los PA a ser desarrollados.	VIII. Análisis preliminar de bancabilidad
vii. Descripción y evaluación de los aspectos relevantes en materia económica, legal, regulatoria, organizacional, ambiental y social para el desarrollo del proyecto, identificando de ser el caso los eventuales problemas que pueden retrasarlo.		IX. Análisis de la capacidad presupuestal para dar cumplimiento con los compromisos firmes del proyecto a ser asumido por la entidad pública respectiva, incluyendo:
viii. Solicitud para dejar sin efecto el Plan de Promoción de la Inversión Privada que se hubiera aprobado, en caso corresponda.		X. Análisis de valor por dinero, a través de la aplicación de los criterios de elegibilidad
ix. Indicar, en los casos en que la propuesta de la IP asuma que el Estado cuenta con la titularidad del bien necesario para la ejecución de la infraestructura o la prestación del servicio, si cuenta con la titularidad de los mismos y si estos no están afectos a necesidades de saneamiento físico legal de corresponder.		XI. Cronograma para el desarrollo del Proceso de Promoción el cual no excede los dieciocho (18) meses, salvo que el OPIP sustente la necesidad de un plazo distinto.
		XII. Plan de implementación del proyecto <ul style="list-style-type: none"> ➤ Identificación preliminar, diagnóstico técnico legal y estado de propiedad de los inmuebles, bienes y derechos (...). ➤ Cronograma preliminar para la liberación de interferencias (...) ➤ Descripción y evaluación de los aspectos relevantes en materia económica, legal, regulatoria, organizacional, ambiental y social para el desarrollo del proyecto. ➤ Identificación de eventuales problemas que pueden retrasar el proyecto de ser el caso. ➤ Meta de liberación de predios y áreas que requiere el proyecto para ser adjudicado.

Nota: Tabla de elaborada con abreviaciones pertinentes en base a lo previsto en el DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

- ii. Cada uno de los documentos en la regulación actual tienen una oportunidad de presentación, distinta y requieren el pronunciamiento de diversas entidades. De esta manera, el Informe Multianual de Inversión es realizado por la Entidad Pública Titular del Proyecto (Ministerio, Gobierno Regional, Gobierno Local, o entidad facultada por ley), el Informe de Evaluación por el Órgano Promotor de la

Inversión Privada (Proinversión o el Comité Promotor de la Inversión Privada), y la Opinión de Relevancia por todas las entidades que el OPIP estime que tienen competencia en la propuesta de proyecto. La relación existente entre los tres documentos es que buscan evaluar el proyecto en su fase inicial, siendo sujeto a opiniones de distintas entidades que vinculan la continuidad del proyecto.

- iii. En referencia al **sentido jurídico de las normas escogidas** se tiene, considerando como total a los seis ítems del IMI, frente a los doce del IE y a los nueve del contenido de la Opinión de Relevancia para las iniciativas privadas, que **se exhibe semejanza de fondo entre los distintos documentos presentados**, en específico en la **Figura 8**. Entorno al **sentido de las normas se advierte ser el mismo**, la diferencia del contenido estriba en la generalidad y concreción del proyecto, en el que mientras en el Informe Multianual de Inversiones se realiza una propuesta, en el Informe de Evaluación se presenta una Informe sustentado en Estudios Técnicos, más detallados. Para esto debe tenerse en cuenta que el porcentaje de diferencia entre IMI respecto a IE, solo hace referencia a los casos de Informes en Proyectos en Activos.

Figura 8

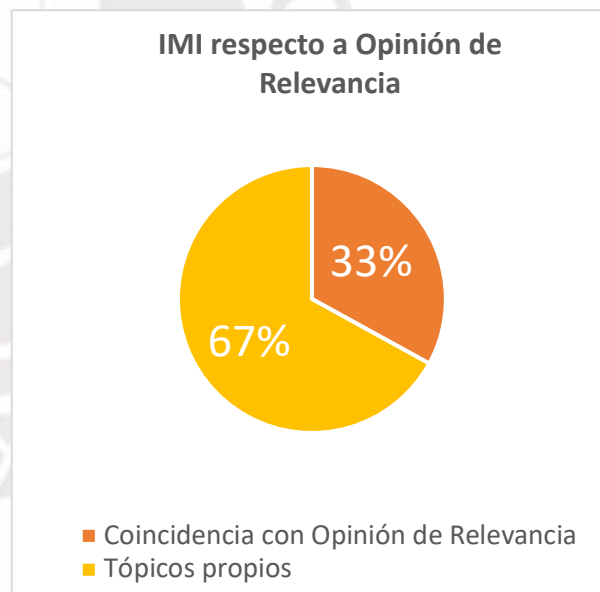
IMI respecto a IE



Nota: Figura elaborada en base al contenido del DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

Figura 9

IMI respecto a Opinión de Relevancia



Nota: Figura elaborada en base al contenido del DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

- iv. Por su parte, considerando como total a los doce ítems del IE, frente a los seis del IMI y a los nueve del contenido de la Opinión de Relevancia para las iniciativas privadas, **se exhibe la semejanza de fondo entre los distintos documentos presentados**, donde un **42% del IE es el mismo contenido que el IMI, y en las Opiniones de Relevancia es de 50% de semejanza**. El porcentaje de diferencia hace referencia

a datos propios como estudios de bancabilidad o de riesgos. De manera similar a lo anterior, la diferencia del contenido se encuentra en la generalidad y concreción del proyecto, en el que mientras en el Informe Multianual de Inversiones o en la Opinión de Relevancia se realiza una propuesta, en el Informe de Evaluación se presenta un informe sustentado en Estudios Técnicos, más detallados; el sentido de los requisitos es el mismo.

Figura 10
IE respecto al IMI



Nota: Figura elaborada en base al contenido del DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

Figura 11
IE respecto a la Opinión de Relevancia



Nota: Figura elaborada en base al contenido del DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

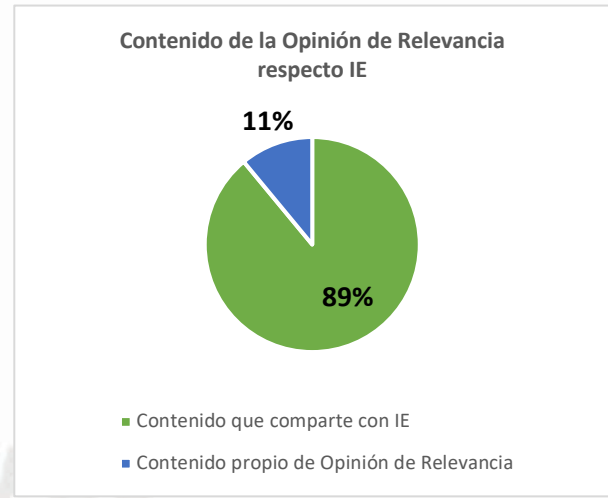
- v. Asimismo, teniendo como el total de doce ítems del IE, frente a los seis del IMI y a los nueve de la Opinión de Relevancia (para las Iniciativas Privadas); para la Figura 12; y en la Figura 13 como total a los nueve de la Opinión de Relevancia (para las Iniciativas Privadas) frente a los doce ítems del IE; se advierte que **casi todo el contenido (81%) de la Opinión de Relevancia es el mismo que se requiere para el IE, el distingo es su detalle**. En la Figura 12 es el que ilustra de mejor manera como solo un 25% del IE es propio de este documento, mientras que el restante 75% ya se encuentra en los otros tipos de documentos, principalmente en las Iniciativas Privadas (autofinanciadas o cofinanciadas). El sentido de las normas es la misma, son los Estudios Técnicos base de del IE los que diferencian una propuesta de un informe desarrollado.

Figura 12
Composición del IE



Nota: Figura elaborada en base al contenido del DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

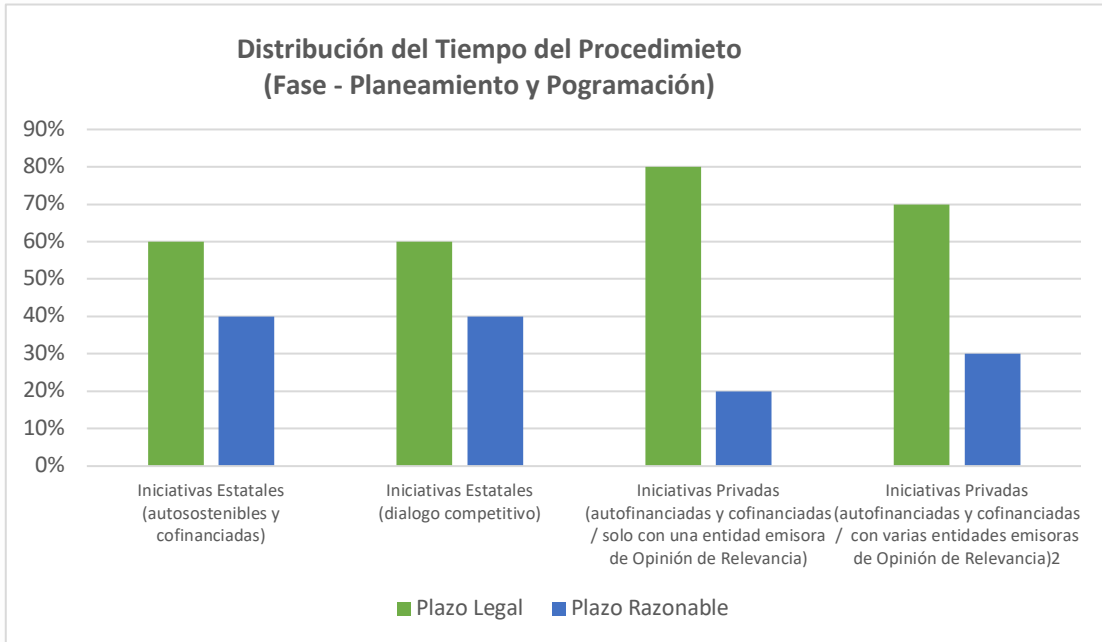
Figura 13
Contenido de la OR respecto IE



Nota: Figura elaborada en base al contenido del DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

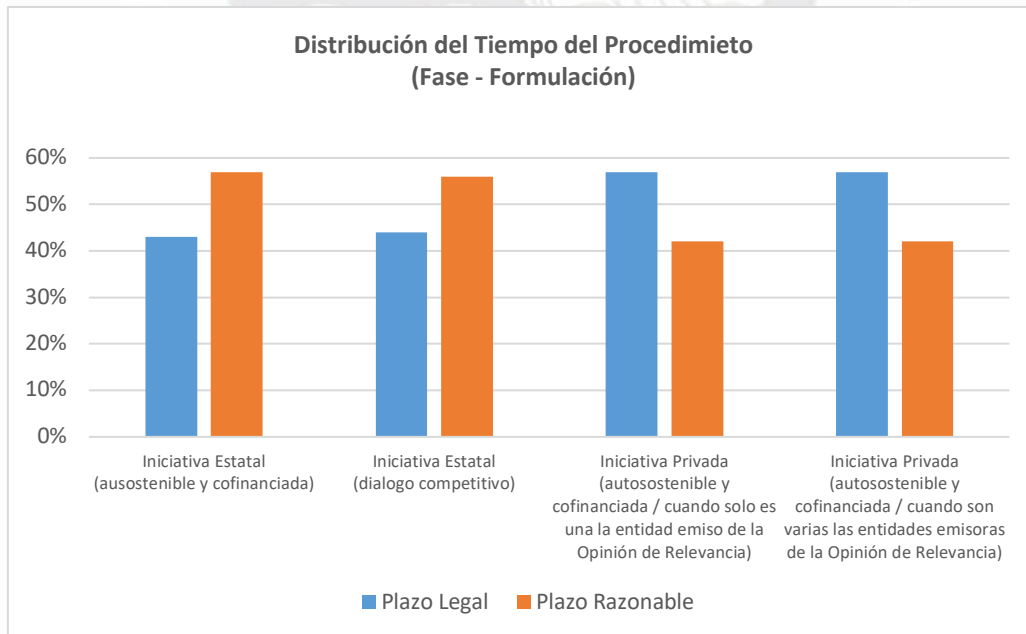
- vi. **En cuanto al tiempo estimado de duración y la distribución de tiempo;** para el **Figura 14** se tomó como total a los cinco puntos del procedimentales de la Iniciativas Estatales (incluido el diálogo competitivo) y a los diez puntos de las Iniciativas Privadas durante la Fase de Planeamiento y Programación. Por su parte, para en el **Figura 15** se tomó como total a los siete puntos procedimentales de las Iniciativas Estatales, los nueve puntos de las IE con diálogo competitivo, y a los seis puntos de las Iniciativas Privadas. **Se pudo advertir de los gráficos que se hace mayor uso del Plazo Razonable (no determinado por la norma) en la Fase de Formulación.** No obstante, siempre **se encuentra presente en todas las maneras de realización de APP, centrándose principalmente en los momentos de generación de los documentos IMI y IE.** La delimitación de los puntos, que hemos señalado como Plazo Razonable, es importante porque **otorga predictibilidad a la realización del procedimiento, al poder planificarse los plazos estimados, agilizar procesos y cumplirse con los fines de evaluación de proyectos,** propios de estas etapas iniciales.

Figura 14
Distribución del Tiempo del Procedimiento (Fase - Planeamiento y Programación)



Nota: Figura elaborada en base al contenido del DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

Figura 15
Distribución del Tiempo del Procedimiento (Fase - Formulación)

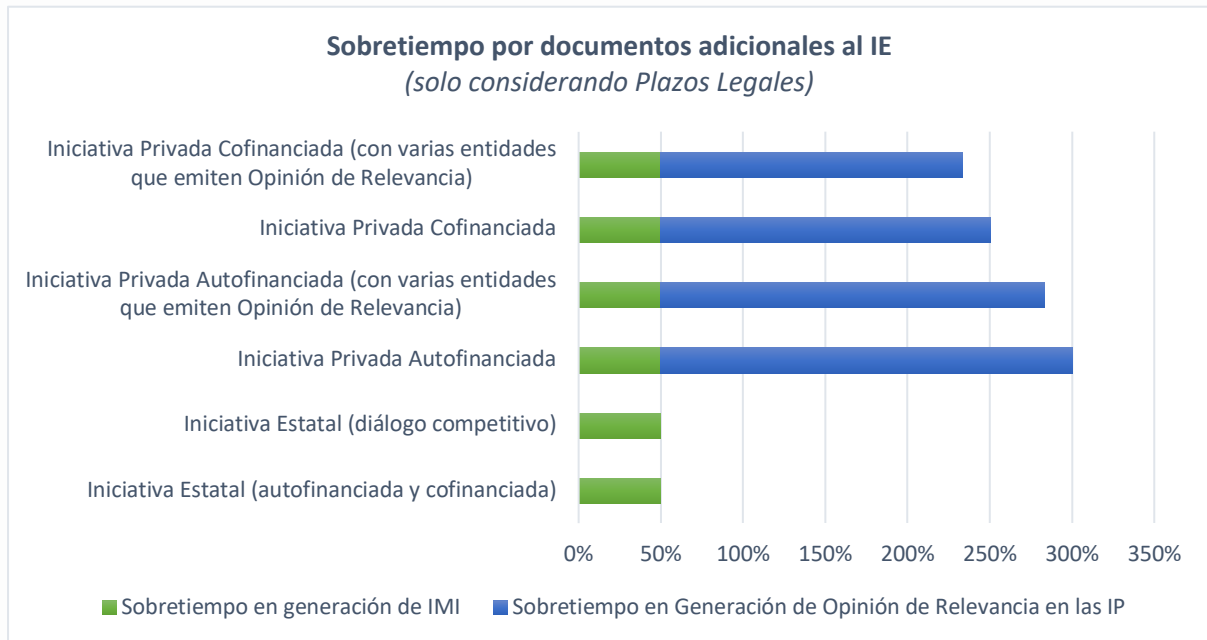


Nota: Figura elaborada en base al contenido del DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

- vii. Las figuras se realizaron teniendo en cuenta como total los 60 días hábiles (más Plazos Razonables) que conlleva la Etapa de Formulación, para principalmente la realización del Informe de Evaluación, frente a los 30 días hábiles (más Plazos Razonables) de la Etapa de Planeamiento y Programación, y los plazos variables de la emisión de la Opinión de Relevancia en la IP. A esto debe añadirse, en cada caso, cuanto demoran en la generación de documentos o procedimientos en los “Plazos Razonables”.

Figura 16

Sobretiempos por documentos adicionales al IE



Nota: Figura elaborada en base al contenido del DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

- viii. Pudo verse **como existe un gran sobretiempos en relación a lo usado por el IE -- un documento con información de la propuesta más concreta sustentada en Estudios Técnicos -- a diferencia del Informe Multianual de Inversiones y en las Iniciativas Privadas las Opiniones de Relevancia, que solo presentan concepciones generales de la Propuesta.** En tal sentido, se suele emplear de dos a tres esfuerzos para arribar a lo mismo, con la diferencia del paso de grandes espacios temporales. Se tiene también que mucho de este tiempo se emplea en la realización de los Estudios Técnicos y las Opiniones de Relevancia, esto último con la variante de cuantas entidades deberán emitir dicha opinión sobre una propuesta aún general.
- ix. Ahora bien, entorno al sentido de los requerimientos previstos en las normas de APP; tomando en cuenta que, desde la formación del Procedimiento de APP, como de *Private Finance Initiative* (PFI) a *Private Public Partnership* (PPP) en el Reino Unido, se adoptó el modelo de *Five Business Case* (FBC), y

que esto a su vez fue asumido en los ordenamientos del *civil law* de los cuales nuestro país ha tomado referencia para la regulación de las APP, se analizó el contenido del IMI, el IE y el contenido de la Opinión de Relevancia respecto a los tópicos del FBC para responder a la razón de la semejanza de contenido como fue expuesto precedentemente.

Así, se extrajo del actual contenido del IMI que la mayor parte de requisitos privilegian tópicos del Caso Económico (3/5), seguido del caso financiero (1/5) y del estratégico (1/5), lo que evidencia el sentido económico que se da al mismo. En este punto cabe señalar que acorde se planteó en su origen inglés, en este estadio debe preponderarse el Caso Estratégico, ya que los demás Casos de Negocio se enfatizarán en el *Outline Business Case* plasmado en el Informe de Evaluación, y en el Final Business Case expuesto en la Versión Final del Contrato. Por consiguiente, se tiene que la tendencia de darle un sentido económico al documento dista de su original finalidad, que es conocer el Contexto (problema actual, y necesidades a satisfacer), la propuesta (descripción preliminar general del proyecto) y si esta se alinea a la Programación Nacional.

Tabla 3
Informe Multianual de Inversión y Strategic Business Case

INFORME MULTIANUAL DE INVERSIÓN (ART. 40)	Strategic Business Case
1. Estrategia de la entidad pública titular del proyecto para el desarrollo del proyecto mediante las modalidades de APP o PA.	Caso Económico ¿Qué opciones de proyecto tengo? ¿Cómo se debe licitar la opción preferida? -Hacer nada -Hacer el mínimo -Podemos hacerlo solos -Licitación Convencional
2. Potenciales necesidades de inversión identificadas para ser desarrolladas bajo la modalidad de APP y su consistencia con las metas de cierre de brechas prioritarias establecidas en la Programación Multianual de Inversiones, así como su articulación con los planes nacionales, sectoriales y de desarrollo regional y local según corresponda.	Caso Estratégico ¿Cuál es el problema? • Justificación de estar alineado con Políticas Publicas
3. El monto referencia de la Inversión	Caso Económico ¿Cuánto costará? -Costos de las opciones -Riesgos ajustados al análisis VxD -Modelo PFI sombra (PSC)
4. Para el caso de APP, el análisis de valor por dinero mediante la aplicación preliminar de los órganos de elegibilidad	Caso Económico ¿Cuánto costará? -Costos de las opciones -Riesgos ajustados al análisis VxD -Modelo PFI sombra (PSC)
5. Los compromisos firmes y compromisos contingentes cuantificables derivados de los Contratos de APP suscritos, incluyendo sus	Caso Financiero ¿Podemos pagarlo? -Evaluación de la asequibilidad del proyecto

modificaciones contractuales. Asimismo, una proyección de los flujos Compromisos firmes y de ser posible, los Compromisos Contingentes cuantificables derivados de proyectos de APP incorporados o por incorporarse al Proceso de Promoción. -Estudio de costos e ingresos

6. Los PA a ser desarrollados.

Nota: Tabla elaborada en base al documento de Javier Encinas, Metodología para la Preparación, Evaluación y Aprobación de proyectos APP del Reino Unido (2014), y al contenido del DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

- x. En el caso del contenido del IE, se tiene una repartición entre los cinco Casos de Negocio (Estratégico, Económico, Financiero, Comercial y Gerencial); esto se corresponde con lo previsto en el *Five Cases Model*, donde sobre la base de Estudios Técnicos se realiza un análisis más detallado y macro de la propuesta del Proyecto, siendo imprescindible el minucioso estudio de Factibilidad del Proyecto para mitigar los eventuales contratiempos por una mala planificación del proyecto. Así, se advierte que los requerimientos normativos del IE tiene un sentido “multicasuístico” correspondiente al estadio de *Outline Business Case*, abordando casi todo lo señalado para los Casos de Negocio; sin perjuicio que, todo el contenido deberá ser completado en el *Final Business Case*, esto es, en la Versión Final del Contrato.

Tabla 4
Informe de Evaluación y Outline Business Case

INFORME DE EVALUACIÓN (ART. 44 REG.)	Outline Business Case
(i) Resumen Ejecutivo	
(ii) Descripción del proyecto	Caso Estratégico
(i) Descripción general del Proyecto, incluyendo como mínimo	¿Cuál es el problema?
- Nombre del Proyecto	• Justificación de estar alineado con Políticas Publicas
- Entidad competente	• Problema, explicación de las necesidades sociales a atender.
- Antecedentes	
- Área de influencia	
- Objetivos del proyecto	
- Clasificación del Proyecto	
(ii) Importancia y consistencia del proyecto con las prioridades nacionales regionales o locales, según corresponda definidas en los planes nacionales, sectoriales, planes de desarrollo concertados regionales y locales. Para el caso de APP cofinanciadas se consideran las metas de cierre de brechas prioritarias establecidas en la Programación Multianual de Inversiones de sector, gobierno regional o gobierno local.	
(iii) Diagnóstico sobre la provisión actual de la infraestructura o servicio público identificando las características de la demanda y la oferta existente en términos de cobertura y calidad	

<p>(iii) Evaluación técnica del proyecto</p> <ul style="list-style-type: none"> • Análisis técnico del proyecto • Evaluación de alternativas • Análisis preliminar para la definición de los niveles de servicios esperados • Tratándose de proyectos cofinanciados debe incluirse la declaración de viabilidad de acuerdo a las normas del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones 	<p>Caso Económico</p> <ul style="list-style-type: none"> ¿Qué opciones de proyecto tengo? ¿Cómo se debe licitar la opción preferida? ¿Cuánto costará? -Costos de las opciones -Riesgos ajustados al análisis VxD -Modelo PFI sombra (PSC)
<p>(iv) Análisis de la brecha de recursos que sustenta la clasificación del proyecto</p> <ul style="list-style-type: none"> • Análisis de la demanda por el servicio que brinda el proyecto • Proyección anual de ingresos • Inversiones y costos de operación y mantenimiento estimados durante el ciclo de vida del proyecto • Estimación de costos de supervisión • Mecanismo de recuperación de las inversiones propuesto vía tarifas, peajes, precios cobrados, directamente a los usuarios o indirectamente a través de empresas cofinanciamiento o combinación de estos y evaluación sobre la viabilidad legal de ejercer dichos cobros. • Evaluación económica financiera preliminar de proyecto como APP • Tratándose de proyectos cofinanciados debe incluirse una proyección anual de cofinanciamiento. 	<p>Caso Económico</p> <ul style="list-style-type: none"> ¿Cuánto costará? -Costos de las opciones -Modelo PFI sombra (PSC) <p>Caso Financiero</p> <ul style="list-style-type: none"> ¿Podemos pagarlo? -Evaluación de la asequibilidad del proyecto -Estudio de costos e ingresos
<p>(v) Análisis de Riesgos preliminar del proyecto</p> <ul style="list-style-type: none"> • Identificación preliminar de riesgos • Estimación preliminar de riesgos • Asignación preliminar • Mecanismos de mitigación 	<p>Caso Comercial</p> <ul style="list-style-type: none"> - Espec. SMART - Distribución de riesgo lógico -Fondos disponibles
<p>(vi) Análisis preliminar de bancabilidad</p>	<p>Caso Financiero</p> <ul style="list-style-type: none"> ¿Podemos pagarlo? -Evaluación de la asequibilidad del proyecto -Estudio de costos e ingresos
<p>(vii) Análisis de la capacidad presupuestal para dar cumplimiento con los compromisos firmes del proyecto a ser asumido por la entidad pública respectiva, incluyendo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Gastos estimados de adquisición y/o expropiación de terrenos y reubicaciones o reasentamientos • Gastos estimados para la liberación de interferencias • Gastos por supervisión • Fuentes de financiamiento para asumir los compromisos y gastos 	<p>Caso Financiero</p> <ul style="list-style-type: none"> ¿Podemos pagarlo? -Evaluación de la asequibilidad del proyecto -Estudio de costos e ingresos
<p>(viii) Análisis de valor por dinero, a través de la aplicación de los criterios de elegibilidad</p>	<p>Caso Económico</p> <ul style="list-style-type: none"> ¿Cuánto costará? -Riesgos ajustados al análisis VxD

(ix) Cronograma para el desarrollo del Proceso de Promoción el cual no excede los dieciocho (18) meses, salvo que el OPIP sustente la necesidad de un plazo distinto.	Caso Gerencial Compromiso de los interesados -Cronograma realista -Obstáculos legales
(x) Plan de implementación del proyecto <ul style="list-style-type: none"> ➤ Identificación preliminar, diagnóstico técnico legal y estado de propiedad de los inmuebles, bienes y derechos necesitados para el desarrollo del proyecto, identificado su naturaleza pública o privada, tal como de las interferencias y una estimación de su valorización según corresponda. ➤ Cronograma preliminar para la liberación de interferencias y/o saneamiento de los predios suscrito por el área responsable de la entidad judicial. ➤ Descripción y evaluación de los aspectos relevantes en materia económica, legal, regulatoria, organizacional, ambiental y social para el desarrollo del proyecto. ➤ Identificación de eventuales problemas que pueden retrasar el proyecto de ser el caso. ➤ Meta de liberación de predios y áreas que requiere el proyecto para ser adjudicado. 	Caso Estratégico ¿Cuál es el problema? <ul style="list-style-type: none"> • Requerimientos de la Autoridad Licitante Caso Gerencial Compromiso de los interesados -Cronograma realista -Obstáculos legales

Nota: Tabla elaborada en base al documento de Javier Encinas, Metodología para la Preparación, Evaluación y Aprobación de proyectos APP del Reino Unido (2014), y al contenido del DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

xi. A su vez, para el caso de las Iniciativas Privadas, donde conforme a la normatividad actual se requiere la emisión de la “Opinión de Relevancia”, se tiene que el contenido de este documento – a diferencia de lo mostrado en el IMI – antepone el Caso Estratégico (6/11), seguido del Caso Económico (5/11), combinándose con estos supuestos del Caso Gerencial (3/11). En ese sentido, se obtiene el sentido estratégico de los requerimientos normativos de las Opiniones de Relevancia, correspondiéndose con lo buscado en el *Strategic Business Case*. No obstante, este contenido – como se dijo – solo es solicitado en las Iniciativas Privadas; por lo que, su efecto es limitado.

Tabla 5
Opinión de Relevancia y Strategic Business Case

OPINIÓN DE RELEVANCIA (ART. 81 REGLA.)	<i>Strategic Business Case</i>
i. Descripción general del proyecto, incluyendo como mínimo: entidad componente, antecedente, área de influencia del proyecto, objetivos y clasificación del proyecto.	Caso Estratégico ¿Cuál es el problema? Caso Económico ¿Qué opciones de proyecto tengo? ¿Cómo se debe licitar la opción preferida? -Hacer nada -Hacer el mínimo -Podemos hacerlo solos -Licitación Convencional

<p>ii. Importancia y consistencia del proyecto con las prioridades nacionales, regionales o locales, según corresponda y su congruencia con los planes nacionales, sectoriales, planes de desarrollo concertado regionales y locales.</p>	<p>Caso Estratégico ¿Cuál es el problema? <ul style="list-style-type: none"> • Problema, explicación de las necesidades sociales a atender • Justificación de estar alineado con Políticas Publicas </p>
<p>iii. Diagnóstico sobre la provisión actual de la infraestructura o servicio público identificando las características de la demanda y la oferta existente en términos de cobertura y calidad.</p>	<p>Caso Estratégico ¿Cuál es el problema?</p>
<p>iv. Evaluación técnica preliminar del proyecto, así como los Niveles de Servicio o niveles de desempeño esperados y las fuentes de ingresos de proyectos.</p>	<p>Caso Económico ¿Qué opciones de proyecto tengo? ¿Cómo se debe licitar la opción preferida? ¿Cuánto costará? -Costos de las opciones -Riesgos ajustados al análisis VxD -Modelo PFI sombra (PSC) Caso Gerencial Compromiso de los interesados -Cronograma realista -Obstáculos legales</p>
<p>v. Estimación de costos de supervisión.</p>	<p>Caso Económico ¿Cuánto costará? -Costos de las opciones -Riesgos ajustados al análisis VxD -Modelo PFI sombra (PSC)</p>
<p>vi. Cronograma de adquisición y/o expropiación de terrenos, reubicaciones o reasentamientos, servidumbres y liberación de inferencias, la proyección de gastos derivados de estos y gastos por supervisión.</p>	<p>Caso Gerencial Compromiso de los interesados -Cronograma realista -Obstáculos legales</p>
<p>vii. Descripción y evaluación de los aspectos relevantes en materia económica, legal, regulatoria, organizacional, ambiental y social para el desarrollo del proyecto, identificando de ser el caso los eventuales problemas que pueden retrasarlo.</p>	<p>Caso Estratégico ¿Cuál es el problema? <ul style="list-style-type: none"> • Requerimientos de la Autoridad Licitante Caso Gerencial Compromiso de los interesados -Cronograma realista -Obstáculos legales</p>
<p>viii. Solicitud para dejar sin efecto el Plan de Promoción de la Inversión Privada que se hubiera aprobado, en caso corresponda.</p>	<p>Caso Estratégico ¿Cuál es el problema? <ul style="list-style-type: none"> • Requerimientos de la Autoridad Licitante </p>
<p>ix. Indicar, en los casos en que la propuesta de la IP asuma que el Estado cuenta con la titularidad del bien necesario para la ejecución de la infraestructura o la prestación del servicio, si cuenta con la titularidad de los mismos y si estos no están afectos a necesidades de saneamiento físico legal de corresponder.</p>	<p>Caso Estratégico ¿Cuál es el problema? <ul style="list-style-type: none"> • Requerimientos de la Autoridad Licitante </p>

Nota: Tabla elaborada en base al documento de Javier Encinas, Metodología para la Preparación, Evaluación y Aprobación de proyectos APP del Reino Unido (2014), y al contenido del DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

- xii. Finalmente, entorno a la forma de arribar los mismos objetivos en menor tiempo con la simplificación de procedimientos; teniendo que la estructura de la APP está basada en los lineamientos del Caso de Negocios, y que está en su etapa de *Strategic Business Case*, busca identificar: la necesidad a solucionar (contexto), la propuesta de solución general (proyecto, costo, financiamiento, compromisos, cumplimiento regulatorio, comercialización y capacidad de manejo), la alineación de esto con las prioridades públicas, ser la mejor alternativa para un determinado proyecto; **se contrastó como los requerimientos de las APP en el IMI y OR conllevan a una sobre exigencia, frente a esta etapa del Caso de Negocios, debiendo reformarse a la siguiente manera, para lograr los mismos objetivos.** En tal sentido, **los otros objetivos no son necesarios puesto que ya se encuentran en el IE – OBS; con la Propuesta de cambio en el contenido y en el plazo legal (descartando lo razonable), en solo el IMI, se busca contribuir a la reducción del tiempo, y la mayor precisión, en la aplicación del Principio APP de Enfoque por Resultados.**
- xiii. En este orden, **se observa como en la “Propuesta de Informe Multianual de Inversiones”** (en adelante, PIMI), se prepondera el abordaje del Caso Estratégico (3/5) de acuerdo a lo requerido en el estadio de *Strategic Business Case*. A ello se añade, los análisis preliminares del Caso Económico (1/5), el Caso Financiero (1/5), además de los Casos Comercial y Gerencial distribuidos entre los otros puntos. Es entonces que, **la Propuesta tiene un sentido estratégico, el cual se complementa con algunos tópicos generales y preliminares, con el objetivo de un mayor estudio y reflexión del proyecto.** Esta Propuesta de Informe Multianual de Inversiones, orientada principalmente una verificación de alineación a Prioridades, análisis de Necesidad y descripción Preliminar del proyecto, **siendo el eje de nuestra Propuesta de Optimización de Tiempo y se encuentra enmarcada en la aplicación del Principio APP de Enfoque por Resultados.**

Tabla 6

Propuesta de Informe Multianual de inversiones

Contenido Propuesto	<i>Strategic Business Case</i>
1) Descripción general del Proyecto, incluyendo como mínimo	Caso Estratégico ¿Cuál es el problema?
<ul style="list-style-type: none"> ○ Nombre del Proyecto ○ Entidad competente ○ Antecedentes y diagnóstico sobre la provisión actual de la infraestructura o servicio público identificando las características de la demanda y la oferta existente en términos de cobertura ○ Importancia, área de influencia y necesidades de inversión identificadas ○ Objetivos, y estrategia del proyecto por medio de APP ○ Clasificación del Proyecto 	<ul style="list-style-type: none"> • Problema, explicación de las necesidades sociales a atender Caso Económico ¿Qué opciones de proyecto tengo? ¿Cómo se debe licitar la opción preferida? -Hacer nada -Hacer el mínimo -Podemos hacerlo solos -Licitación Convencional

<p>2) Consistencia del proyecto con las prioridades sectoriales, nacionales, regionales o locales;</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ En APP cofinanciadas considerar el cierre de brechas prioritarias de la Programación Multianual de Inversiones 	<p>Caso Estratégico ¿Cuál es el problema?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Justificación de estar alineado con Políticas Públicas
<p>3) Evaluación técnica preliminar del proyecto, proyección de:</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Fuentes de ingresos de proyectos. ○ los niveles de servicios esperados ○ Adquisición y/o expropiación de terrenos, reubicaciones o reasentamientos, servidumbres y liberación de inferencias. ○ El estado físico legal del bien necesario en caso que el Estado cuenta con la titularidad. ○ Aspectos relevantes en materia económica, legal, regulatoria, organizacional, ambiental y social para el desarrollo del proyecto; señalando los eventuales problemas que pueden retrasarlo. ○ Estimación de costos y gastos de supervisión. ○ Solicitud para dejar sin efecto el Plan de Promoción de la Inversión Privada que se hubiera aprobado, en caso corresponda. 	<p>Caso Estratégico ¿Cuál es el problema?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Requerimientos de la Autoridad Licitante <p>Caso Comercial ¿El sector privado puede y quiere ejecutar este proyecto?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Especificación SMART <p>Caso Gerencial ¿Tenemos el equipo para desarrollar este proyecto?</p> <ul style="list-style-type: none"> • -Obstáculos legales • -Compromiso de los interesados
<p>4) Montos de referencia de inversión, análisis de valor por dinero mediante la aplicación preliminar de los órganos de elegibilidad</p>	<p>Caso Económico ¿Cuánto costará?</p> <ul style="list-style-type: none"> -Costos de las opciones -Riesgos ajustados al análisis VxD -Modelo PFI sombra (PSC)
<p>5) Los compromisos firmes y contingentes cuantificables derivados de los Contratos de APP suscritos, incluyendo sus modificaciones contractuales. Asimismo, una proyección de los flujos Compromisos firmes y de ser posible, los Compromisos Contingentes cuantificables derivados de proyectos de APP incorporados o por incorporarse al Proceso de Promoción.</p>	<p>Caso Financiero ¿Podemos pagarlo?</p> <ul style="list-style-type: none"> -Evaluación de la asequibilidad del proyecto -Estudio de costos e ingresos

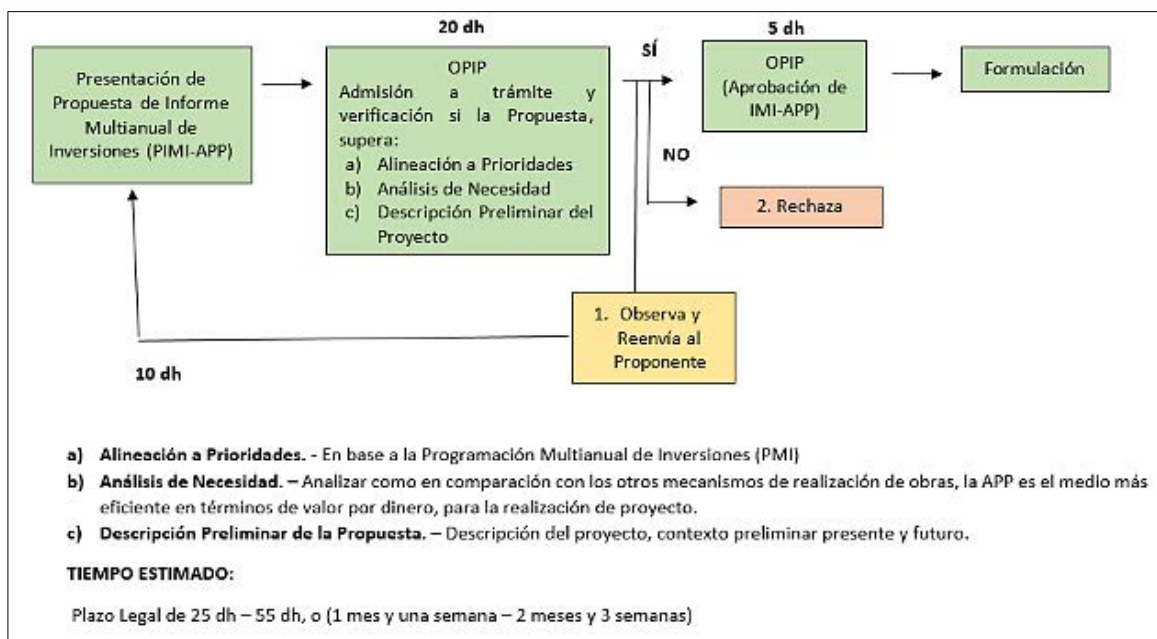
Nota: Tabla elaborada en base al documento de Javier Encinas, Metodología para la Preparación, Evaluación y Aprobación de proyectos APP del Reino Unido (2014), y al contenido del DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

xiv. En adición a ello, tras exponer nuestra Propuesta **se advierte que, respecto a las APP generadas por Iniciativa Pública, en la regulación actual la duración es de mínimo 30 días hábiles más una serie de plazos no definidos, (a los que hemos llamado plazos razonables); mientras que en nuestra propuesta se arriban a los fines esperados para un *Strategic Business Case*, en un plazo de 25 dh – 55 dh, o (1 mes y una semana – 2 meses y 3 semanas), en el supuesto de que se presenten iniciativas dentro del marco de la Programación Multianual de Inversiones (PMI). El Plazo a distinguo del ahora previsto, se realiza en un Plazo Legal, esto es, determinado o preestablecido, lo que fortalece la predictibilidad del procedimiento, a fin de dinamizar la Inversión Privada en base a la seguridad jurídica. Se dejan de lado las opiniones del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), en la línea base**

de un *Strategic Business Case*, teniendo estos puntos como aún preliminares y solo para identificar tópicos puntuales en la Propuesta de Informe Multianual de Inversiones.

Figura 17

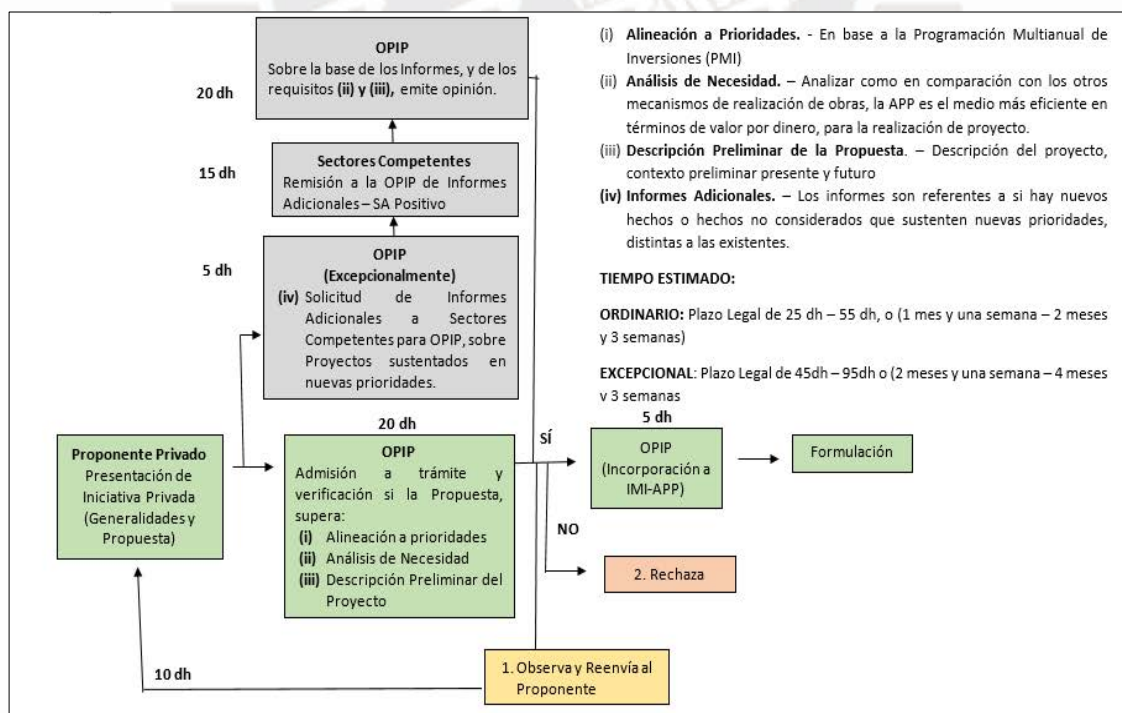
Procedimiento Fase de Planeamiento y Programación - Iniciativa Pública



Nota: Figura elaborada en base al contenido del DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

Figura 18

Procedimiento Fase de Planeamiento y Programación - Iniciativa Privada



Nota: Figura elaborada en base al contenido del DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

- xv. Por otro lado, sobre las APP generadas por **Iniciativa Privada**, en la **regulación actual la duración es de mínimo 30 días hábiles más una serie de plazos no definidos** (a los que hemos llamado plazos razonables); **mientras que en nuestra propuesta se arriban a los fines esperados para un *Strategic Business Case*, en un plazo de 25 dh – 55 dh**, o (1 mes y una semana – 2 meses y 3 semanas), en el supuesto de que se presenten iniciativas dentro del marco de la Programación Multianual de Inversiones, llamamos a estos Tiempo Estimado Ordinario.
- xvi. A su vez, **cuando se señale o advierta por el OPIP, que se ha presentado un proyecto basado en una prioridad nueva o no prevista, el plazo será de 45dh – 95dh** o (2 meses y una semana – 4 meses y 3 semanas), **en la que excepcionalmente se pedirá Informes Adicionales a los sectores señalados para que emitan opinión solo de estas nuevas prioridades; llamamos a estos Tiempo Estimado Extraordinario. La diferencia con lo ahora previsto, se encuentra en el Plazo Legal determinado o preestablecido, lo que fortalece la predictibilidad del procedimiento, a fin de dinamizar la Inversión Privada en base a la seguridad jurídica. Se dejaron de lado las opiniones del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) y de las Opiniones de Relevancia (en caso de las Iniciativas Privadas), en la línea base de un *Strategic Business Case*, teniendo estos puntos como aún preliminares y solo para identificar tópicos puntuales en la Propuesta de Informe Multianual de Inversiones.**

9.2 Sobre la Reformulación de las Opiniones de las entidades intervinientes

Los *Steps*, planteados en este punto, se correspondieron a actividades, que en conjunto llevaron a “determinar si con la reformulación de la emisión de opiniones de las Entidades en las fases del procedimiento de APP; se pueden arribar a los mismos fines en menor tiempo” (segundo objetivo específico), habiéndose desarrollado de la siguiente manera.

- Recopilar y Sistematizar la normativa de las APP, referente a la emisión de opiniones de las entidades en las fases del procedimiento.

Step 1: ¿Cómo está regulado la emisión de opiniones de las entidades intervinientes en el procedimiento de APP?

Step 2: ¿Cómo se encuentra sistematizado lo referente a la emisión de opiniones de las entidades en las fases del procedimiento?

- Analizar tiempo estimado del procedimiento y el sentido jurídico de las normas escogidas.

Step 1: ¿Cuál es el tiempo estimado de la emisión de cada procedimiento?

Step 2: ¿Cuál es el sentido de tales normas?

- Evaluar la forma de arribar a los mismos objetivos en menor tiempo, mediante la reformulación en la emisión de opiniones de las Entidades, en las fases de la APP

Step 1: ¿Cómo se podría optimizar el contenido y tiempo de emisión de Opiniones en las Fases de Planeamiento-Programación y Formulación?

Step 2: ¿Cómo se podría optimizar el contenido y tiempo de emisión de Opiniones en la Fases de Estructuración y Transacción?

Step 3: ¿Cómo se podría optimizar el contenido y tiempo de emisión de Opiniones en la Fase de Ejecución– Modificación Contractual?

En este orden de ideas, discurrió el análisis, obteniéndose información como sigue a continuación:

- De la sistematización de las opiniones emitidas por las entidades intervinientes en las Fases APP⁴⁸, se advierte que en la regulación actual **en todas las fases existe opinión del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF)**, lo que evidencia la Perspectiva Económica que se ha dado al desarrollo de las APP. Sigue a esto, las opiniones de la Entidad Pública Titular del Proyecto en cuatro de las cinco fases; además de la Contraloría y los Reguladores cuando corresponde.
- En cuanto a la distribución de tiempos, se ha obtenido que se dejan **muchos plazos no determinados** (Plazos Razonables)⁴⁹, en específico en el periodo en que el OPIP remite los documentos (IMI, IE, VIC, VFC, o Adenda) a la entidad que emitirá la opinión. Sin embargo, en la mayor parte de plazo para opiniones se tiene el efecto de si vencido el plazo sin emitir opinión, se considera como favorable.

Tabla 7

Opiniones de las entidades intervinientes en las Fases APP

DL 1362 (LEY) Y DS 240-2018-EF (REGLAMENTO)						
FASE	Planeamiento y Programación	Formulación	Estructuración	Transacción	Ejecución	
ARTÍCULO	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 36 de la Ley • Art. 40 y art. 41 del Reglamento 	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 37 de la Ley • Art. 45 y art. 41 del Reglamento 	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 39 y 41 de la Ley • Art. 50 y art. 51 del Reglamento 	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 40 y 41 de la Ley • Art. 53 y art. 55 del Reglamento 	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 55 de la Ley • Art. 138 del Reglamento 	
DOCUMENTO	Informe Multianual de Inversión	Informe de Evaluación	Versión Inicial del Contrato (VIC)	Versión Final de Contrato (VFC)	Modificación Contractual (Adenda)	
EMISOR	Entidad Pública Titular del Proyecto (EPTP)	OPIP (Comité Promotor de la Inversión Privada o Proinversión)	OPIP (Comité Promotor de la Inversión Privada o Proinversión)	OPIP (Comité Promotor de la Inversión Privada o Proinversión)	EPTP	

⁴⁸ Previstas en el Decreto Legislativo 1362 (Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos) y su Reglamento (Decreto Supremo 240-2018-EF).

⁴⁹ De manera similar al procedimiento de presentación del proyecto, visto en el Objetivo 1.

OPINIONES	<p>EPTP elabora propuesta de IMI (Órgano de Planeamiento)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Comité Promotor de la Inversión Privada (OPIP) da Conformidad • MEF da Opinión Favorable (sobre modalidad APP y capacidad presupuestal estatal) 	<p>OPIP elabora propuesta de IE en base a los Estudios Técnicos realizados por EPTP o Privado</p> <ul style="list-style-type: none"> • Si es Proinversión se envía a EPTP para Conformidad • Se MEF da Opinión Favorable (sobre la clasificación del proyecto, la capacidad de pago del Estado, el análisis del valor por dinero a través de criterios de elegibilidad, y el impacto del proyecto en la, competencia y desempeño de los mercados). 	<p>OPIP elabora propuesta de VIC en conjunto IEI, Modelo Económico Financiero y Bases</p> <ul style="list-style-type: none"> • EPTP da Opinión Favorable (conforme a sus competencias) • MEF da Opinión Favorable (conforme a sus competencias) • Organismo Regulador da Opinión No Vinculante (conforme a sus competencias, de requerirse) • Contraloría da Opinión No Vinculante (conforme a sus competencias) 	<p>OPIP elabora propuesta de VIF en conjunto IEI, Modelo Económico Financiero y Bases</p> <ul style="list-style-type: none"> • EPTP da Opinión Favorable (conforme a sus competencias) • MEF da Opinión Favorable (conforme a sus competencias, e imprescindible para aprobación) • Organismo Regulador da Opinión No Vinculante (conforme a sus competencias, de requerirse) • Contraloría da Opinión No Vinculante (solo sobre el crédito o capacidad de pago del Estado) 	<p>EPTP elabora propuesta (respetando el equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción con el Inversionista)</p> <ul style="list-style-type: none"> • EPTP da Opinión Favorable (conforme a sus competencias) • MEF da Opinión Favorable (conforme a sus competencias, e imprescindible para aprobación) • Organismo Regulador da Opinión No Vinculante (conforme a sus competencias, de requerirse) • Contraloría da Opinión No Vinculante (solo sobre el crédito o capacidad de pago del Estado)
APRUEBA	<p>EPTP aprueba IMI por resolución</p>	<p>OPIP aprueba IE e incorpora al Proceso de Promoción.</p>	<p>OPIP aprueba VIC y se pasa a la modalidad de transacción, incluida DI respectivamente.</p>	<p>OPIP aprueba VFC, EPTP lo suscribe y se pasa a su ejecución.</p>	<p>Con las opiniones favorables se suscriben con la EPTP, la modificación</p>

Nota: Tabla elaborada en base al contenido del DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

- iii. Del análisis conjunto de las Opiniones emitidas en las Fases de Planeamiento y Programación (Fase I) y Formulación (Fase II)⁵⁰ presentados en la Tabla 8, se extrae que en la **Fase I** -- además de la conformidad del OPIP solo sobre la realización del IMI -- la principal opinión la realiza el MEF en referencia a dos puntos: la capacidad estatal presupuestal para el pago y la modalidad de APP escogida. Esto si bien se corresponde con dos de los objetivos del Esquema de Caso Estratégico, tanto para la propuesta de Proyecto en su ámbito económico financiero, como para la Exposición del mecanismo a usarse en el proyecto en un análisis de Valor por Dinero; no dejan de privilegiar la custodia del Caso Económico, punto que dentro del *Five Cases Model*, no es el primordial en este estadio, que focaliza al Caso Estratégico, dado que es una etapa preliminar al no haberse realizado aún los Estudios Técnicos, teniéndose la propuesta aún en nivel general. En consecuencia, **la emisión de la opinión del MEF en la fase de Planeamiento y Programación, no guarda correspondencia con el análisis estratégico del proyecto** (en base a las prioridades nacionales, el contexto actual y el mecanismo elegido), **debiendo dejarse de lado**. En lo referente al objetivo de “Determinación del contexto del problema”, no se tiene prevista opinión al respecto salvo la del OPIP, pero esta solo hace seguimiento de la realización de la Propuesta de Proyecto por el Órgano de Planeamiento.
- iv. Respecto a las Opiniones emitidas en la **Fase II**, se tiene que el sentido de la **Opinión del MEF sí se corresponden lo perseguido para esta instancia en el Esquema de Caso de Negocios** (al realizar análisis en términos de Valor por Dinero, verificar los requisitos de financiación con la opinión sobre la capacidad de pago del Estado y verificar su asequibilidad al opinar sobre su impacto a la competencia en el mercado). La opinión sigue girando solo en torno al Caso Económico y Financiero, aunque más detallada que la primera. **La opinión del Entidad Pública Titular del Proyecto**, cuando Proinversión elabora el Informe de Evaluación en la fase de Formulación, **solo es sobre la conformidad del Informe Realizado, no adentrándose en ningún tópico buscado.**

⁵⁰ Al tratar ambos, aspectos preliminares de la propuesta de Proyecto de APP (orientados a verificar que se esté acorde a las prioridades previstas en cada área, el estudio del proyecto en general, su análisis en valor por dinero, entre otros tópicos), en consonancia respectivamente con el Esquema de Caso de Estratégico (*Strategic Outline Case*) y el Esquema de Caso de Negocios (*Outline Business Case*) del Modelo de 5 Casos de Negocio (*Five Cases Business Model*), en los por lo común se privilegia el Caso Estratégico.

Tabla 8

Sentido de las Opiniones en la Fase I y II, respecto a los Objetivos del Esquema de Caso de Negocios (Five Cases Model)

CONTENIDO DE LA OPINIÓN EMITIDA	SENTIDO DE ESTA NORMA	OBJETIVOS DEL <i>Five Cases Model</i>
FASE: PLANEAMIENTO Y PROGRAMACIÓN (respecto al Informe Multianual de Inversiones)		
<ul style="list-style-type: none"> • Comité Promotor de la Inversión Privada (OPIP) da Conformidad de la propuesta presentada por el Órgano de Planeamiento • El MEF emite opinión sobre la modalidad de APP, y sobre la programación presupuestal multianual, referida al análisis de Capacidad Presupuestal para asumir los proyectos contenidos en el IMIAPP 	<ul style="list-style-type: none"> • Hacer Seguimiento a la realización de la Propuesta. • Evaluar la elección de la APP en términos Vfm respecto de las modalidades de realización de obra pública; y la eventual capacidad de pago del Estado. 	<ul style="list-style-type: none"> • Lo buscado en esta primera fase de Esquema de Caso Estratégico (<i>Strategic Outline Case – SOC</i>) <ul style="list-style-type: none"> - Determinación del contexto del problema - Presentación de la propuesta de Proyecto, alineado a las necesidades prioritarias - Exposición del mecanismo a usarse en el proyecto, respecto a otros mecanismos.
FASE: FORMULACIÓN (respecto al Informe de Evaluación)		
<ul style="list-style-type: none"> • Si es Proinversión se envía a EPTP para Conformidad • La opinión del MEF sobre el IE comprende únicamente: <ul style="list-style-type: none"> • La verificación de la clasificación del proyecto como APP, • La capacidad de pago del Estado, de corresponder, • El análisis del valor por dinero a través de la aplicación de los criterios de elegibilidad (art. 44.8 del Regl.: 1) el nivel de transferencia de riesgos; 2) la capacidad de medición o verificación de la disponibilidad y calidad del servicio; 3) las ventajas y limitaciones de la obra pública tradicional; 4) el tamaño del proyecto que justifique los costos del Proceso de Promoción de APP; 5) la competencia por el mercado; 6) los factores relacionados al éxito del proyecto; y 7) el financiamiento por usuarios) • El impacto del proyecto en el mecanismo de competencia y desempeño de los mercados. 	<ul style="list-style-type: none"> • Hacer Seguimiento a la realización de la Propuesta. • Evaluar la elección de la APP en términos Vfm respecto de las modalidades de realización de obra pública; la eventual capacidad de pago del Estado, y su impacto en el mercado. 	<ul style="list-style-type: none"> • Lo buscado en la segunda fase de Esquema de Caso de Negocios (<i>Outline Business Case – OBC</i>) <ul style="list-style-type: none"> - Determinación del potencial en términos de Valor por Dinero (Vfm) - Preparación para el posible acuerdo - Verificación de la asequibilidad y los requisitos de financiación - Planeamiento de la ejecución exitosa (construcciones previas, liberación de terrenos, compromisos contingentes, garantías, reglas de competencia, etc.)

Nota: Tabla elaborada en base al contenido del DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

- v. Por su parte, del análisis conjunto de las Opiniones emitidas en las Fases de Estructuración (**Fase III**) y Transacción (**Fase IV**)⁵¹ en la Tabla 9, se recaba que **existe generalidad en lo previsto por el DL 1362 y su reglamento, respecto al contenido de las opiniones, tanto para la Versión Inicial como para la Versión Final del Contrato**. En tal sentido, se tiende a usar el término “*dentro de sus competencias*” en la descripción de las Opiniones del Ministerio de Economía y Finanzas, la Entidad Pública Titular del Proyecto y el Organismo Regulador; lo que deja en un estado de incertidumbre los extremos de las Opiniones que se puedan emitir.

Tabla 9

Sentido de las Opiniones en la Fase III y IV, respecto a los Objetivos del Esquema de Caso de Negocios (Five Cases Model)

CONTENIDO DE LA OPINIÓN EMITIDA	SENTIDO DE ESTA NORMA	OBJETIVOS DEL <i>Five Cases Model</i>
FASE: ESTRUCTURACIÓN (RESPECTO LA VERSIÓN INICIAL DEL CONTRATO)		
<ul style="list-style-type: none"> • Opinión previa favorable de la entidad pública titular del proyecto, conforme a sus competencias. • Opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, conforme a sus competencias. (art. 50 reglamento) 	<ul style="list-style-type: none"> • Verificación en el VIC del cumplimiento de las normas del Sistema Nacional de Programación Multianual de Gestión de Inversiones según corresponda • Verificación de la VIC respecto a las Garantías, Régimen Económico – Financiero, Equilibrio económico financiero del Contrato, Contingencias fiscales al Estado y Cofinanciamiento (en caso que se de); considerando que genere valor por dinero, sea fiscalmente prudente y sea acorde a las normas de la Política Nacional de Promoción de la Inversión Privada en APP. 	<ul style="list-style-type: none"> • Lo buscado en esta tercera fase de Caso Final de Negocios (<i>Final Business Case – FBC</i>) <ul style="list-style-type: none"> - Determinación de la aplicación del Valor por Dinero - Generación de los términos del acuerdo - Exposición del mecanismo a usarse en el proyecto, respecto a otros mecanismos. - Compromisos para ejecución exitosa del acuerdo (construcciones previas, liberación de terrenos, compromisos contingentes, garantías, reglas de competencia, etc.)
<p>---- (cuando implique un sector regulado)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Opinión previa no vinculante del organismo regulador, exclusivamente sobre las materias de sus competencias. <ul style="list-style-type: none"> - Conforme a la Ley 27332 – Ley de Organismos Reguladores y Reglamento 042- 2005- PCM Art 3. ➤ Función supervisora: (...) facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, (...) o resolución emitida por el Organismo Regulador (...); ➤ Función reguladora: (...) facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito; ➤ Función normativa: (...) facultad exclusiva de dictar, en el ámbito y 	<p>----(cuando implique un sector regulado) ---</p> <ul style="list-style-type: none"> • Teniendo en cuenta las “competencias” de los reguladores, el sentido sería verificar el cumplimiento en el VIC de sus normas, la fijación de tarifas y los mecanismos para la fiscalización de cumplimiento de las obligaciones que asumirá el concesionario. 	

⁵¹ Puesto que a que en ambos estadios se trata principalmente el Contrato en sus versiones Inicial y Final; lo que en la lógica del *Five Cases Business Model*, atañe al Caso Final de Negocios (*Final Business Case*), donde se aprecian ya el desarrollo de todos los Casos de Negocios (Estratégico, Económico, Financiero, Comercial y Gerencial) en plenitud.

en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, (...) referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;

- Función fiscalizadora y sancionadora: (...) **facultad de imponer sanciones (...) por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión;**
- Función de solución de controversias: **comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios (...)**
- Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.

FASE: TRANSACCIÓN (RESPECTO A LA VERSIÓN FINAL DEL CONTRATO)

- **Opinión previa favorable de la entidad pública titular del proyecto**, conforme a sus competencias.
 - **Opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas**, conforme a sus competencias. (art. 50 reglamento)
 - **Verificación en el VFC del cumplimiento de las normas del Sistema Nacional de Programación Multianual de Gestión de Inversiones** según corresponda
 - **Verificación de la VFC respecto a las Garantías, Régimen Económico – Financiero, Equilibrio económico financiero del Contrato, Contingencias** fiscales al Estado y Cofinanciamiento (en caso que se dé); considerando que genere valor por dinero, sea fiscalmente prudente y sea acorde a las normas de la Política Nacional de Promoción de la Inversión Privada en APP.
 - Lo buscado en esta cuarta fase de Caso Final de Negocios (*Final Business Case – FBC*)
 - Determinación de la aplicación del **Valor por Dinero**
 - **Generación de los términos del acuerdo**
 - Exposición del **mecanismo a usarse en el proyecto**, respecto a otros mecanismos.
 - Compromisos para ejecución exitosa del acuerdo (construcciones previas, liberación de terrenos, compromisos contingentes, garantías, reglas de competencia, etc.)
 - **Informe Previo no vinculante de la Contraloría General de la República, conforme a lo establecido en el numeral 41.4**
 - **41.4 El informe Previo de la Contraloría General de la República respecto de la Versión Final del Contrato** se refiere únicamente a aquellos aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado, **conforme a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.**
 - **LEY N°27785, Artículo 22.- Atribuciones**
- Son atribuciones de la Contraloría General, las siguientes:**
-

l) Informar previamente sobre las operaciones, fianzas, avales y otras garantías que otorgue el Estado, inclusive los proyectos de contrato, **que en cualquier** forma comprometa su crédito o capacidad financiera, **sea que se trate de negociaciones en el país o en el exterior.**

-- (cuando implique un sector regulado) --

- **Opinión previa no vinculante** del organismo regulador, **exclusivamente** sobre las materias de sus competencias.
 - **Conforme a la Ley 27332 – Ley de Organismos Reguladores y Reglamento 042- 2005- PCM**
 - **Art 3.**
 - **Función supervisora: (...) facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, (...) o resolución emitida por el Organismo Regulador (...);**
 - **Función reguladora: (...) facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito;**
 - **Función normativa: (...) facultad exclusiva de dictar, en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, (...) referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;**
 - **Función fiscalizadora y sancionadora: (...) facultad de imponer sanciones (...) por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión;**
 - **Función de solución de controversias: comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios (...)**
 - **Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.**

-- (cuando implique un sector regulado)

- Teniendo en cuenta las “competencias” de los reguladores, el sentido sería **verificar el cumplimiento en el VFC de sus normas técnicas, la fijación de tarifas y los mecanismos para la fiscalización de cumplimiento** de las obligaciones que asumirá el concesionario.

Nota: Tabla elaborada en base al contenido del DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

- vi. Sin perjuicio de lo anterior, recurriendo a las leyes sectoriales de tales entidades y en una interpretación sistemática con la normatividad de APP, se advierte que: **(i)** el sentido del pronunciamiento de la EPTP es principalmente la verificación del cumplimiento la Programación Multianual y Gestión de Inversiones, es decir, la verificación de que las Versiones del Contrato sigan alineados a las prioridades de inversión además de un seguimiento al trámite del proyecto, lo que se corresponde con el objetivo del Caso Final de Negocios (*Final Business Case*) de 'Generación de los términos del acuerdo', que será suscrito por la EPTP, esto siguiendo la interpretación; **(ii)** el sentido de la opinión del MEF va orientado que verificar -- entorno a criterios de valor por dinero, prudencia fiscal y la Política Nacional de Promoción de la Inversión Privada en APP -- las secciones del Contrato referente a las Garantías, Régimen Económico – Financiero, Equilibrio económico financiero del Contrato, Contingencias fiscales al Estado y Cofinanciamiento, aplicando una interpretación sistemática de los parámetros del Pronunciamiento del MEF en las Modificaciones Contractuales que persigue los mismos objetivos del Final Business Case para mantener la esencia del contrato; ello se corresponde con el objetivo del Caso Final de Negocios de 'Determinación de la aplicación del Valor por Dinero', aunque solo a partir de la interpretación.
- vii. Por su parte; **(iii)** el sentido de la opinión de los Organismos Reguladores, también se extrae de su norma sectorial que indica sus funciones, las que orientan su pronunciamiento en un proyecto de APP al verificar en las Versiones del Contrato, el cumplimiento sus normas técnicas, la fijación de tarifas y los mecanismos para la fiscalización de cumplimiento; dicho aspecto se correspondería con el objetivo de 'Generación de los términos del acuerdo', también desde la interpretación; y **(iv)** el sentido del pronunciamiento de la Contraloría General de la República --- en la VFC conforme a los artículos 51.1 y 55 del Reglamento --, puede advertirse al indicarse que versa sobre aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado, lo que se también se señala en una parte de su Ley; eso se corresponde con el objetivo del Caso Final de Negocios de ser una opinión sobre la 'Generación de los términos del acuerdo' y la 'Exposición del mecanismo a usarse en el proyecto'; pero a pesar de ello, se deja al funcionario el interpretar hasta que aspectos del contrato se influye en tales aspectos.
- viii. En consecuencia, se obtiene que **si bien las opiniones emitidas por las entidades intervinientes, pueden *ex ante* interpretarse como conformes a los objetivos buscados en un Caso Final de Negocios** (donde se encuentran presentes ya los cinco casos: Estratégico, Económico, Financiero, Comercial y Gerencial), **se deja mucho a la discrecionalidad del interprete, que se aleja de la predictibilidad y seguridad jurídica necesaria para la realización de proyectos de Asociaciones Público Privadas;** debiendo precisarse tales puntos afín de no superponerse el pronunciamiento de opiniones que

podrían devenir en contradictorias.

- ix. En lo referente a las Modificaciones Contractuales (**Fase V**) en la Tabla 10 en paragón al *Final Business Case*⁵², se advierte que se **mantiene la generalidad en el contenido previsto para las Opiniones de las Entidades Públicas Competentes o el Organismo Regulador**, con términos como “*emiten comentarios o consultas preliminares a la modificación contractual*” o “*bajo su competencia*”, **debiendo recurrirse a la interpretación sistemática de la misma norma de APP o de la norma sectorial**, para determinar - - tomando lo señalado para la EPTP -- que hace referencia a la verificación del mantenimiento del equilibrio económico financiero, las condiciones de competencia del Proceso de Promoción previamente identificadas en el IEI que sustentó la VFC, la asignación de riesgos, las disposiciones establecidas en el Contrato, los hechos sobrevinientes a la adjudicación de la Buena Pro, las condiciones no imputables al Inversionista y la naturaleza del proyecto; así como, a la verificación de que la adenda este acorde a sus normas técnicas, la fijación de tarifas y los mecanismos para la fiscalización de cumplimiento de las obligaciones del concesionario, respectivamente.
- x. Desde ese punto, las opiniones guardarían relación con los tópicos de ‘términos del acuerdo’, ‘mecanismo a usarse en el proyecto, respecto a otros mecanismos’, y los ‘compromisos para ejecución exitosa del acuerdo’, en armonía con la lógica del Five Cases Business Model para el Caso Final del Negocios. Empero, todo esto parte de la interpretación de diversas normas, a riesgo de la predictibilidad y seguridad jurídica, necesaria en estos proyectos. Por tanto, **debe puntualizarse estos aspectos, quitándose valor y efecto al pronunciamiento distinto**. En el caso de la **Opinión del MEF** se tiene que **su sentido se encuentra especificado** entorno a las Garantías, Régimen Económico – Financiero, Equilibrio económico financiero del Contrato, Contingencias fiscales al Estado y Cofinanciamiento, considerando que genere Valor por Dinero, lo que comparación con el Caso Final del Negocios, se corresponde con el punto de emisión de opinión sobre ‘términos del acuerdo’, ‘compromisos para ejecución exitosa del acuerdo’ y ‘determinación de la aplicación del Valor por Dinero’. Por consiguiente, **su opinión si guarda relación en este punto**.
- xi. Por su parte, **en el contenido de la Opinión de la CGR**, se tiene que, **si bien su sentido se encuentra más especificado** en la normatividad entorno al ‘cofinanciamiento o las garantías del contrato’ acorde a su normatividad sectorial, teniendo correspondencia con lo perseguido en el *Final Business Case* sobre ‘los términos del acuerdo’ y el ‘mecanismo a usarse en el proyecto, respecto a otros

⁵² En el que se aprecian ya el desarrollo de todos los Casos de Negocio (Estratégico, Económico, Financiero, Comercial y Gerencial), puesto que se busca mantener la esencia de la Versión Final del Contrato, no vulnerándose el equilibrio económico-financiero, la competencia, asignación de riesgos, ni la naturaleza del proyecto.

mecanismos'. Sin embargo, se deja a la discrecionalidad interpretativa del funcionario, los extremos del contrato que se referirían a tales puntos. Adicionalmente, es preciso señalar que tanto Proinversión, como la EPTP y el MEF, llegan a emitir opinión sobre los mismos tópicos, esto es, el mantenimiento del equilibrio-económico financiero, la asignación de riesgos, etc.; siendo el organismo más especializado el MEF. De tal modo, no resulta pertinente la confluencia de opiniones sobre un mismo punto, ya que pueden dar pie a resultados contradictorios que afecten la especialidad y la predictibilidad.

Tabla 10

Sentido de las Opiniones en la Fase IV, respecto a los Objetivos del Esquema de Caso de Negocios (Five Cases Model)

CONTENIDO DE LA OPINIÓN EMITIDA	SENTIDO DE ESTA NORMA	OBJETIVOS DEL <i>Five Cases Model</i>
FASE: EJECUCIÓN (SOBRE LA MODIFICACIÓN CONTRACTUAL)		
<ul style="list-style-type: none"> • Las Entidades Públicas Competentes, en el proceso de evaluación conjunta, emiten opinión (comentarios o consultas preliminares) a la modificación contractual. - Art. 134.1 Regl. → Las partes pueden convenir en modificar el Contrato de APP manteniendo el equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del Proceso de Promoción, procurando no alterar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto. - Art. 134.2 Y 134.3 Regl. → La EPTP debe sustentar el valor por dinero en favor del Estado de las Modificaciones Contractuales, incluyendo la evaluación de condiciones de competencia. ✓ Las condiciones de competencia del Proceso de Promoción previamente identificadas en el IEl que sustentó la VFC. ✓ Las disposiciones establecidas en el Contrato. ✓ Los hechos sobrevinientes a la adjudicación de la Buena Pro. ✓ Las condiciones no imputables al Inversionista que afecten el desenvolvimiento del proyecto. • Opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, en caso que las modificaciones contractuales generen o involucren cambios en: <ul style="list-style-type: none"> - Cofinanciamiento, - Garantías, - Parámetros económicos y financieros del Contrato, 	<ul style="list-style-type: none"> • Verificación de la Propuesta de Adenda, en términos que mantenga el equilibrio económico financiero, las condiciones de competencia del Proceso de Promoción, la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto. • Verificación de Propuesta de Adenda respecto a las Garantías, Régimen Económico – Financiero, Equilibrio económico financiero del Contrato, Contingencias fiscales al Estado y Cofinanciamiento (en caso que se dé); considerando que genere valor por dinero, sea fiscalmente prudente y sea 	<ul style="list-style-type: none"> • Lo buscado en esta quinta fase es que las modificaciones que se realicen no cambien la esencia del contrato. Por tanto, se mantiene lo requerido en el Caso Final de Negocios (<i>Final Business Case – FBC</i>) <ul style="list-style-type: none"> - Determinación de la aplicación del Valor por Dinero - Generación de los términos del acuerdo - Exposición del mecanismo a usarse en el proyecto, respecto a otros mecanismos. - Compromisos para ejecución exitosa del acuerdo (construcciones previas, liberación de terrenos, compromisos contingentes, garantías, reglas de competencia, etc.)

<ul style="list-style-type: none"> - Equilibrio económico financiero del Contrato o, - Contingencias fiscales al Estado. 	<p>acorde a las normas de la Política Nacional de Promoción de la Inversión Privada en APP.</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Opinión no vinculante de Proinversión (<u>en caso de que actúe como OPIP</u>), sobre la propuesta de modificación contractual, para lo cual Proinversión evalúa la asignación original de riesgos, las condiciones de competencia del Proceso de Promoción previamente identificados en el IEI que sustentó la VFC y la estructuración económica financiera del proyecto. 	<ul style="list-style-type: none"> • Verificación de la Propuesta de Adenda, en términos que mantenga el equilibrio económico financiero, las condiciones de competencia del Proceso de Promoción, la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto.
<ul style="list-style-type: none"> • Opinión no vinculante de la Contraloría General de la República, <u>en caso que la modificación incorpore o alteren</u> el cofinanciamiento o las garantías del contrato 	<ul style="list-style-type: none"> • Analizar que la Propuesta de Adenda en caso de comprometerse recursos públicos en una APP (en este caso cofinanciada), los use considerando al crédito y capacidad financiera.
<p>---- (cuando implique un sector regulado) ---</p>	<p>---- (cuando implique un sector regulado) -----</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Opinión no vinculante del Organismo regulador en los proyectos bajo su competencia 	<ul style="list-style-type: none"> • Teniendo en cuenta las “competencias” de los reguladores, el sentido sería verificar el cumplimiento en la Propuesta de Adenda, sus normas técnicas, la fijación de tarifas y los mecanismos para la fiscalización de cumplimiento de las obligaciones que asumirá el concesionario.

Nota: Tabla elaborada en base al contenido del DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

xii. Ahora bien, en lo concerniente a la **‘Propuesta de Optimización en el contenido y tiempo en las Fase de Planeamiento y Programación’**, se tiene que **mientras en la regulación actual** de la Fase de Planeamiento y Programación, **para la emisión de Opiniones sobre el Informe Multianual de Inversiones se emplea un tiempo estimado de 30 dh + el Plazo Razonable**; opinándose respecto a la modalidad de APP y la programación presupuestal multianual referida al análisis de Capacidad Presupuestal⁵³, preconizando el Caso Económico en lugar del Caso Estratégico; **en la ‘Propuesta’ se observa que todo el tiempo estimado se establece en un Plazo Legal max. de 25 dh, sujeto a declararse como favorable si se vence el plazo sin opinión, y pasando a ser el OPIP quien revise el IMI en lugar del MEF al no corresponder** con los objetivos del Esquema Estratégico de Negocios⁵⁴ que

⁵³ Además de hacerse seguimiento al proyecto por la OPIP

⁵⁴ Determinación del contexto del problema, presentación de la propuesta de Proyecto alineada a las necesidades prioritarias y exposición del mecanismo a usarse en el proyecto respecto a otros mecanismos

privilegia en esta instancia el Caso Estratégico por el Económico, en esta fase preliminar del análisis de la propuesta de proyecto. **Con ello se otorga mayor predictibilidad y seguridad jurídica al procedimiento, sin perjuicio de que la profundización en el Caso Económico se realizará en las siguientes fases, considerando los Estudios Técnicos del proyecto.** En tal sentido, **se determina que con la ‘Propuesta de Optimización en el contenido y tiempo en las Fase de Planeamiento y Programación’ se puede arribar a los mismos objetivos en menor tiempo, mediante la reformulación en la emisión de opiniones de las Entidades, en tal fase.**

Tabla 11

Propuesta de optimización de Opiniones Planeamiento-Programación y Formulación

PROPUESTA DE OPTIMIZACIÓN DE TIEMPO Y CONTENIDO	
FASE: PLANEAMIENTO Y PROGRAMACIÓN – Sobre el Informe Multianual de Inversiones (IMI)	
OPTIMIZACIÓN DE TIEMPO	
<ul style="list-style-type: none"> Se elimina pronunciamiento en esta fase de MEF Tiempo para admisión a trámite y aprobación de IMI por OPIP → Plazo Legal de max.25 dh 	
OPTIMIZACIÓN DE CONTENIDO	
Contenido de la admisión a trámite de OPIP:	Concordancia con objetivos del <i>Strategic Outline Case – SOC</i>
<ul style="list-style-type: none"> Descripción Preliminar del Proyecto Alineación a Prioridades Análisis de Necesidad 	<ul style="list-style-type: none"> Determinación del contexto del problema Presentación de la propuesta de Proyecto, alineado a las necesidades prioritarias Exposición del mecanismo a usarse en el proyecto, respecto a otros mecanismos
FASE: FORMULACIÓN– Sobre el Informe de Evaluación (IE)	
OPTIMIZACIÓN DE TIEMPO	
<ul style="list-style-type: none"> Se mantiene para la Opinión del MEF → Plazo Legal de max. 15 dh + 5dh para eventual pedido de información. Para conformidad de EPTP si el IE es realizado por Proinversión → Plazo legal 20 dh Para Aprobación de IE por OPIP y dar paso a Promoción → Plazo Legal de max. 5dh Para la solicitud de Opiniones por el OPIP → 3 dh 	
OPTIMIZACIÓN DE CONTENIDO	
Contenido de la admisión a trámite del MEF:	Concordancia con objetivos del <i>Outline Business Case – OBC</i>
<ul style="list-style-type: none"> El análisis del valor por dinero a través de la aplicación de los criterios de elegibilidad Verificación de la clasificación del proyecto como APP La capacidad de pago del Estado, de corresponder El impacto del proyecto en el mecanismo de competencia y desempeño de los mercados 	<ul style="list-style-type: none"> Determinación del potencial en términos de Valor por Dinero (Vfm) Verificación de la asequibilidad Verificación de requisitos de financiación Planeamiento de la ejecución exitosa (compromisos para ejecución: construcciones previas, liberación de terrenos, compromisos contingentes, garantías, reglas de competencia, etc.) Preparación para el posible acuerdo

Nota: Tabla elaborada en base al contenido del DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

- xiii. En cuanto a la **‘Propuesta de Optimización en el contenido y tiempo en las Fase de Formulación’ se observa que, se mantiene la opinión del MEF respecto al Informe de Evaluación**, en el Plazo Legal de máximo 15 dh, más 5dh para eventual pedido de información, pero en contraste con la regulación actual, **se postula la implementación del Plazo Legal de máximo: 5dh para Aprobación de IE por parte del OPIP y dar paso a Promoción, 3dh para la solicitud de emisión de Opiniones por el OPIP; teniendo un tiempo estimado total de máximo en un Plazo Legal de 28dh**, a diferencia de los 20 dh + PR actuales. Asimismo, en caso de que el IE lo haga Proinversión y se tenga que remitir el documento a la EPTP, el Plazo Legal para emisión de opinión será 20 dh, siendo favorable si vencido el plazo no se emite opinión, como en el primer caso; con ello en este supuesto **se tiene un tiempo estimado total de máximo en un Plazo Legal de 51 dh, a diferencia de los 50 dh + PR actuales.**
- xiv. En este orden de ideas, **se dota de una mayor predictibilidad temporal en lo concerniente a la emisión de Opiniones. Respecto al contenido, se mantiene el contenido actual de la opinión del MEF, al ser concordante con los objetivos del *Outline Business Case***, estos son, la determinación del potencial en términos de Valor por Dinero (Vfm), la verificación de la asequibilidad, la verificación de requisitos de financiación, el planeamiento de la ejecución exitosa (compromisos para ejecución: construcciones previas, liberación de terrenos, compromisos contingentes, garantías, reglas de competencia, etc.), y la preparación para el posible acuerdo.
- xv. A partir de esto, se **ajustan los tópicos esenciales para esta fase, cumpliéndose y optimizándose con lo buscado, en pro del fortalecimiento de la predictibilidad y la seguridad jurídica.** Adicionalmente, es preciso señalar que **las Propuestas solo requieren el ajuste de ciertos artículos *mutatis mutandis* (art. 36 de la Ley, 41 y 46 del Reglamento); determinándose que no implican un cambio total y que con esto se puede arribar a los mismos objetivos en menor tiempo**, mediante la reformulación en la emisión de opiniones de las Entidades.

Tabla 12

Propuesta de optimización de Opiniones en Fases de Estructuración y Transacción

PROPUESTA DE OPTIMIZACIÓN DE TIEMPO Y CONTENIDO	
FASE: ESTRUCTURACIÓN – Sobre la Versión Inicial del Contrato (VIC)	
OPTIMIZACIÓN DE TIEMPO	
<ul style="list-style-type: none"> • Se mantiene las Opiniones de cada entidad → Plazo Legal de max. 15 dh + 5dh para eventual pedido de información. • Para la solicitud de Opiniones por el OPIP → Plazo Legal de max. 5 dh • Para Aprobación de IE por OPIP y dar paso a Estructuración → Plazo Legal de max. 5dh 	
OPTIMIZACIÓN DE CONTENIDO	
Respecto al VIC y considerando lo señalado en el IEI: <ul style="list-style-type: none"> • Opinión previa favorable de la EPTP, sobre sus compromisos, obligaciones contractuales y el mantenimiento del cumplimiento de la Programación Multianual de Inversiones. 	Concordancia con objetivos del <i>Final Business Case – FBC</i> <ul style="list-style-type: none"> • Exposición del mecanismo a usarse en el proyecto, respecto a otros mecanismos. • Compromisos para ejecución exitosa del acuerdo.

- **Opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, en términos de Valor por Dinero, únicamente sobre los capítulos de la VIC referentes a: (i) Equilibrio Económico Financiero, (ii) Garantías, (iii) Contingencias Fiscales del Estado, (iv) Asignación de Riesgos, y (v) Cofinanciamiento.**
 - **Opinión previa *no vinculante* del organismo regulador, se refiere únicamente a los capítulos referentes a: (i) Régimen de Tarifas, y (ii) Calidad de Servicio respecto a sus normas técnicas.**
- Determinación de la aplicación del Valor por Dinero
 - Generación de los términos del acuerdo
- Los pronunciamientos ajenos de estos extremos, no serán considerados.

FASE: TRANSACCIÓN– Sobre la Versión Final del Contrato (VFC)

OPTIMIZACIÓN DE TIEMPO

- Se mantiene las Opiniones de cada entidad → Plazo Legal de max. 15 dh + 5dh para eventual pedido de información.
- Para la solicitud de Opiniones por el OPIP → Plazo Legal de max. 5 dh
- Para Aprobación de IE por OPIP y dar paso a Transacción → Plazo Legal de max. 5dh

OPTIMIZACIÓN DE CONTENIDO

Respecto al VFC y considerando la propuesta del inversor con la Transacción:

- **Opinión previa favorable de la EPTP, sobre sus compromisos, obligaciones contractuales y el mantenimiento del cumplimiento de la Programación Multianual de Inversiones.**
 - **Opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, en términos de Valor por Dinero, únicamente sobre los capítulos de la VIC referentes a: (i) Equilibrio Económico Financiero, (ii) Garantías, (iii) Contingencias Fiscales del Estado, (iv) Asignación de Riesgos, y (v) Cofinanciamiento.**
 - **Informe Previo *no vinculante* de la Contraloría General de la República, se refiere únicamente a los capítulos referentes: (i) Garantías, y (ii) Cofinanciamiento.**
 - **Opinión previa *no vinculante* del Organismo Regulador, se refiere únicamente a los capítulos referentes a: (i) Régimen de Tarifas, y (ii) Calidad de Servicio respecto a sus normas técnicas.**
- **Concordancia con objetivos del *Final Business Case – FBC***
 - Exposición del mecanismo a usarse en el proyecto, respecto a otros mecanismos.
 - Determinación de la aplicación del Valor por Dinero
 - Compromisos para ejecución exitosa del acuerdo.
 - Generación de los términos del acuerdo

Los pronunciamientos ajenos de estos extremos, no serán considerados.

Nota: Tabla elaborada en base al contenido del DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

- xvi. Se tiene que tanto en la **‘Propuesta de Optimización en el contenido y tiempo en las Fase de Estructuración’**, como en la **‘Propuesta de Optimización en el contenido y tiempo en la Fase de Transacción’**⁵⁵, en el aspecto temporal se mantiene las Opiniones de cada entidad, con un Plazo Legal de máximo para la emisión de 15 dh más 5dh para eventual pedido de información. Sin embargo, se agrega el Plazo Legal de máximo de 5 dh, para la solicitud de Opiniones por el OPIP, además del Plazo Legal de máximo de 5 dh, para Aprobación de IE por OPIP y dar paso a Estructuración.
- xvii. En consecuencia, **se obtiene un tiempo estimado máximo de 30 dh a diferencia de los 20 dh más Plazos razonables, de la regulación actual; consolidándose con esto la predictibilidad en este punto. Entorno al contenido** para ambas Versiones del Contrato **se delimita los extremos de las Opiniones de las entidades intervinientes**, puntualizándose las opiniones previas de la EPTP (sobre sus compromisos, obligaciones contractuales y el mantenimiento del cumplimiento de la Programación Multianual de Inversiones); del Ministerio de Economía y Finanzas (en términos de Valor por Dinero, únicamente sobre los capítulos de la VIC referentes a: (i) Equilibrio Económico Financiero, (ii) Garantías, (iii) Contingencias Fiscales del Estado, (iv) Asignación de Riesgos, y (v) Cofinanciamiento); del Organismo Regulador (únicamente a los capítulos referentes a: (i) Régimen de Tarifas, y (ii) Calidad de Servicio respecto a sus normas técnicas); y de la Contraloría General de la República para la VFC (únicamente a los capítulos referentes: (i) Garantías, y (ii) Cofinanciamiento), **todo esto bajo el lineamiento general de desestimar los pronunciamientos que disten de tales puntos.**
- xviii. De este modo, se contempla el retiro de la frase *“... conforme a sus competencias”*, que establecía de modo genérico y ambiguo los puntos en los que debían pronunciarse tales entidades, dando pie a posturas contradictorias, no especializadas o reiterativas. Es así que, **con las precisiones se hace notar que se cumplen y optimizan con los objetivos perseguidos, además de intensificar una mayor predictibilidad y seguridad jurídica en este punto.** Asimismo, se da cuenta que **las Propuestas, no implican un cambio total normativo**, sino solo al ajuste de los artículos 55.1, 55.3, 55.5 y 55.9 del Reglamento; ergo **significa solo un cambio de los necesario por vía reglamentaria** *mutatis mutandis*. Por tanto, se **determina que con estos ajustes se pueden arribar a los mismos objetivos en menor tiempo, mediante la reformulación en la emisión de opiniones de las Entidades.**
- xix. Se obtiene de la **‘Propuesta de Optimización en el contenido y tiempo en las Fase de Ejecución – Modificación Contractual’**, que en lo temporal **se mantiene las Opiniones Previas en su orden preestablecido** (con el Plazo Legal máximo de 10 dh más 3dh para eventual pedido de información),

⁵⁵ Tratados conjuntamente puesto que, en las Versiones Inicial y Final del Contrato, se centran en lo perseguido en el *Final Business Case*

también se mantiene el plazo para la solicitud de Opiniones, incluyendo al procedimiento de Evaluación Conjunta por la EPTP y demás entidades correspondiente (Plazo Legal máximo de 10 dh), **pero se agrega el Plazo Legal máximo de 5dh para la Aprobación de la Adenda por la EPTP.** Es entonces que, **se establece como tiempo estimado máximo, un Plazo Legal de 67 dh, sujeto a ser declarado favorable en caso no se emitan vencido el tiempo;** a diferencia de los 62dh más PR de la regulación actual. De lo anterior, se apunta que **se optimiza el tiempo usado para las opiniones sobre la Propuesta de Adenda,** fijándose en todo en plazos determinados.

Tabla 13

Propuesta de optimización de Opiniones en la Fase Ejecución sobre la Modificación Contractual

PROPUESTA DE OPTIMIZACIÓN DE TIEMPO Y CONTENIDO	
FASE: EJECUCIÓN – Sobre la Modificación Contractual - Adenda	
OPTIMIZACIÓN DE TIEMPO	
<ul style="list-style-type: none"> • Se mantiene las Opiniones Previas y en su orden → Plazo Legal de max. 10 dh + 3dh para eventual pedido de información. • Se mantiene el plazo para la solicitud de Opiniones, incluyendo Evaluación Conjunta por la EPTP → Plazo Legal de max. 10 dh • Para Aprobación de la Adenda por la EPTP→ Plazo Legal de max. 5dh 	
OPTIMIZACIÓN DE CONTENIDO	
Respecto al Propuesta de Adenda, considerando la VIC:	Concordancia con objetivos del <i>Final Business Case – FBC</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Opinión de la EPTP y las entidades públicas competentes en la Evaluación Conjunta, considerando el Valor por dinero a favor del Estado, sobre: (i) el mantenimiento de las condiciones de competencia del Proceso de Promoción, (ii) las disposiciones establecidas en el Contrato y la naturaleza del proyecto, (iii) los hechos sobrevinientes a la adjudicación de la Buena Pro, y (iv) las condiciones no imputables al Inversionista. • Opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, en términos de Valor por Dinero, únicamente sobre los capítulos de la VIC referentes a: (i) Equilibrio Económico Financiero, (ii) Garantías, (iii) Contingencias Fiscales del Estado, (iv) Asignación de Riesgos, y (v) Cofinanciamiento. • Informe Previo <i>no vinculante</i> de la Contraloría General de la República, se refiere únicamente a los capítulos referentes: (i) Garantías, y (ii) Cofinanciamiento. • Opinión previa <i>no vinculante</i> del Organismo Regulador, se refiere únicamente a los capítulos referentes a: (i) Régimen de Tarifas, y (ii) Calidad de Servicio respecto a sus normas técnicas. 	<ul style="list-style-type: none"> • Generación de los términos del acuerdo • Exposición del mecanismo a usarse en el proyecto, respecto a otros mecanismos. • Determinación de la aplicación del Valor por Dinero • Compromisos para ejecución exitosa del acuerdo. • Generación de los términos del acuerdo
El pronunciamiento ajeno de estos extremos, no serán considerados.	

Nota: Tabla elaborada en base al contenido del DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

- xx. **Respecto al contenido**, se advierte que **se delimita los puntos a opinar en la Evaluación Conjunta en función al Valor por dinero** (el mantenimiento de las condiciones de competencia del Proceso de Promoción, las disposiciones establecidas en el Contrato, así como la naturaleza del proyecto, los hechos sobrevinientes a la adjudicación de la Buena Pro, y las condiciones no imputables al Inversionista); de la misma manera, **se puntualiza la Opinión del MEF** (únicamente sobre los capítulos de la VIC referentes a: (i) Equilibrio Económico Financiero, (ii) Garantías, (iii) Contingencias Fiscales del Estado, (iv) Asignación de Riesgos, y (v) Cofinanciamiento), de la Contraloría General de la República (únicamente a los capítulos referentes: (i) Garantías, y (ii) Cofinanciamiento), y del Organismo Regulador (únicamente a los capítulos referentes a: (i) Régimen de Tarifas, y (ii) Calidad de Servicio respecto a sus normas técnicas); **todos estos con la regla general de que el pronunciamiento ajeno de tales puntos, serán tomados como no puestos. Cabe señalar que, se quitó la opinión de Proinversión, al ya pronunciarse en la Evaluación Conjunta,** debiendo ser un asesor continuo de la EPTP durante la ejecución, operación y transferencia.
- xxi. De esta manera, **se deja de utilizar el término “conforme a sus competencias”, especificándose los temas de los pronunciamientos**, emanados de sus propias normas sectoriales y de la normatividad de Asociaciones Público Privadas (APP). En adición a ello, se tiene que **las Propuestas, solo importan el ajuste los artículos 55. 3 de la Ley, 134, 136 y 138 del Reglamento, no siendo un cambio grueso en la normativa mutatis mutandis. Por lo tanto, se determina que mediante la Propuesta se arriba a los objetivos buscados, por medio de una optimización de tanto en tiempo**, como en contenido, contribuyéndose a la predictibilidad, y seguridad jurídica.

9.3 Sobre la Gradualidad obligatoria de los Mecanismos de Solución de Controversias y el Sistema de Alertas Tempranas

Los *Steps*, planteados en este punto, se correspondieron a actividades, que en conjunto llevaron a “determinar si con el uso gradual obligatorio de los mecanismos de Solución de Controversias, con la adición de un Sistema de Alertas; se pueden arribar a los mismos fines en menor tiempo” (tercer objetivo específico), habiéndose desarrollado de la siguiente manera.

- Recopilar y Sistematizar la normativa de las APP, referente al uso de los mecanismos de Solución de Controversias.

Step 1: ¿Cómo están regulados los mecanismos de Solución de Controversias en el procedimiento de APP?

Step 2: ¿Cómo se encuentra sistematizado lo referente a los mecanismos de Solución de Controversias?

- Analizar el tiempo estimado del procedimiento y el sentido jurídico de las normas escogidas.

Step 1: ¿Cuál es el tiempo estimado empleado por los mecanismos de Solución de Controversias?

Step 2: ¿Cuál es el sentido de tales normas?

- Analizar si el funcionamiento y sentido normativo del Sistema de Alertas, es compatible con la normatividad de la APP.

Step 1: ¿Cuál es el sistema de funcionamiento y sentido normativo del Sistema de Alertas?

Step 2: ¿Cómo podría compatibilizarse un Sistema de Alertas con la normatividad de APP?

- Evaluar si el uso gradual obligatorio de los mecanismos de Solución de Controversias permite arribar a los mismos fines en menor tiempo.

Step 1: ¿Cómo se encuentra articulados los mecanismos de Solución de Controversias en la regulación actual?

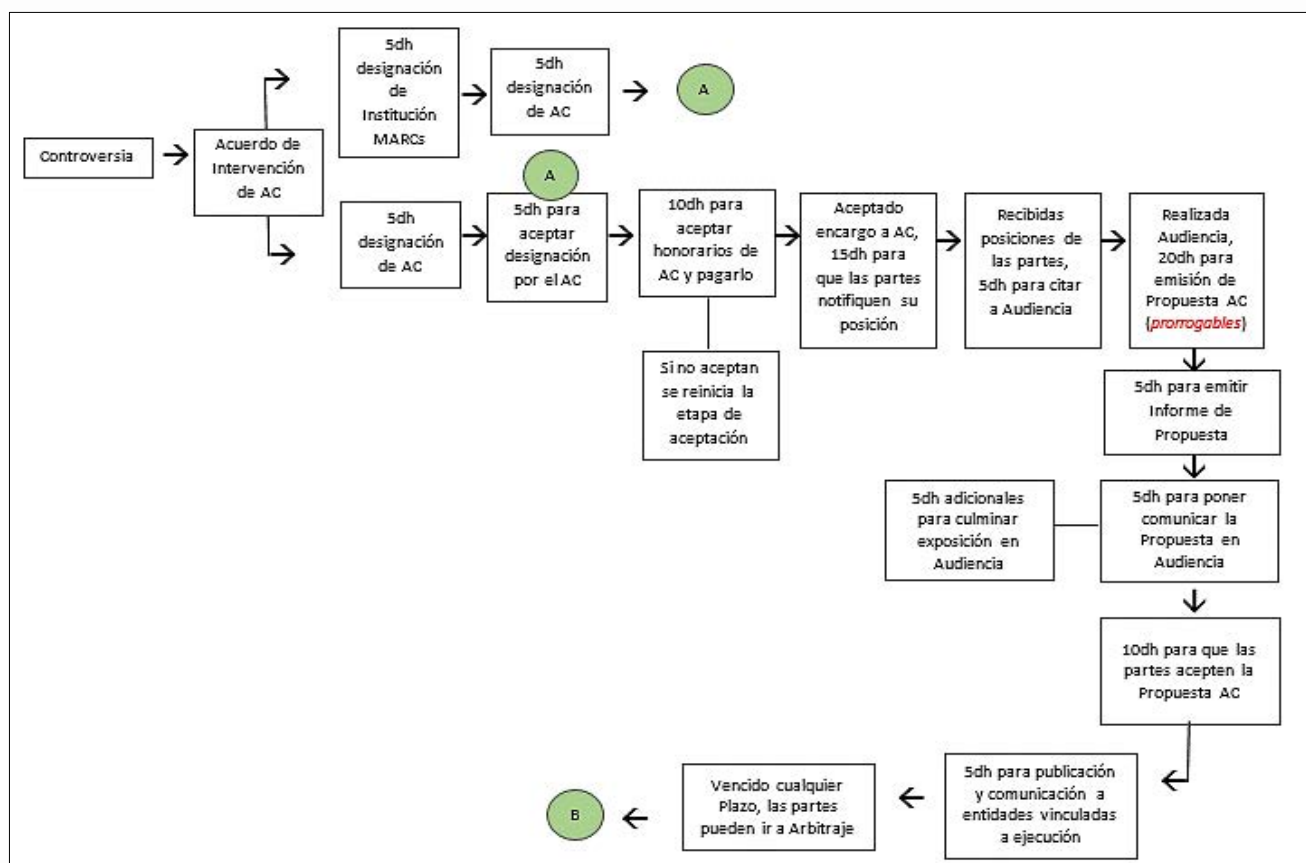
Step 2: ¿Cómo podría incorporarse la gradualidad obligatoria de los Mecanismos de Solución de Controversias en la normatividad de APP?

En este orden de ideas, discurrió el análisis, obteniéndose información como sigue a continuación:

- i. De la sistematización de la normativa correspondiente, además de las referencias entorno al Trato Directo de la “Primera Versión del Contrato estándar de Asociaciones Público-Privadas”, se advierte que sobre el **Amigable Compondor** (artículo 56 de la Ley APP y artículos 119 – 129 del Reglamento) la regulación establece que es un mecanismo facultativo durante el periodo de trato directo, sin restricción para su uso en base a montos, aunque si para controversias dentro del derecho internacional, se señala que es compuesto por un solo miembro con el deber de independencia y reserva de la información del procedimiento, así como el requisito de tener experiencia sobre el área del proyecto.
- ii. Respecto a la propuesta de solución que emite el Amigable Compondor, se tiene que de ser aceptada por las partes tiene la calidad de una transacción extrajudicial -- en caso que implique una modificación contractual, deberá seguirse el procedimiento respectivo--, pero en caso contrario o cuando se venzan cualquiera de los plazos previstos, puede recurrirse al Arbitraje sin considerarse como antecedente. De esta manera, puede verse que es un mecanismo pasible de ser usado por todo tipo de proyecto en el régimen de APP, que con la potestad de las partes de prorrogar los plazos se otorga cierta flexibilidad

al procedimiento, y que con el carácter de transacción extrajudicial se fortalecería la seguridad jurídica. Sin embargo, también se recoge que su **uso actúa como reacción a la controversia**, que establece una relación **adversarial entre las partes** al acudir a la ayuda de un tercero para resolver la controversia, que tiene una **amplia regulación procedimental**, y no se exige alguna especialidad en solución de controversias para el Compondor, dándose pie a que se elija miembros de reconocida trayectoria técnica, como también a miembros sin ello solo por afinidad a las partes.

Figura 19
Ciclo de Funcionamiento en el uso del Mecanismos de Amigable Compondor



Nota: Figura elaborada en base al contenido del DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

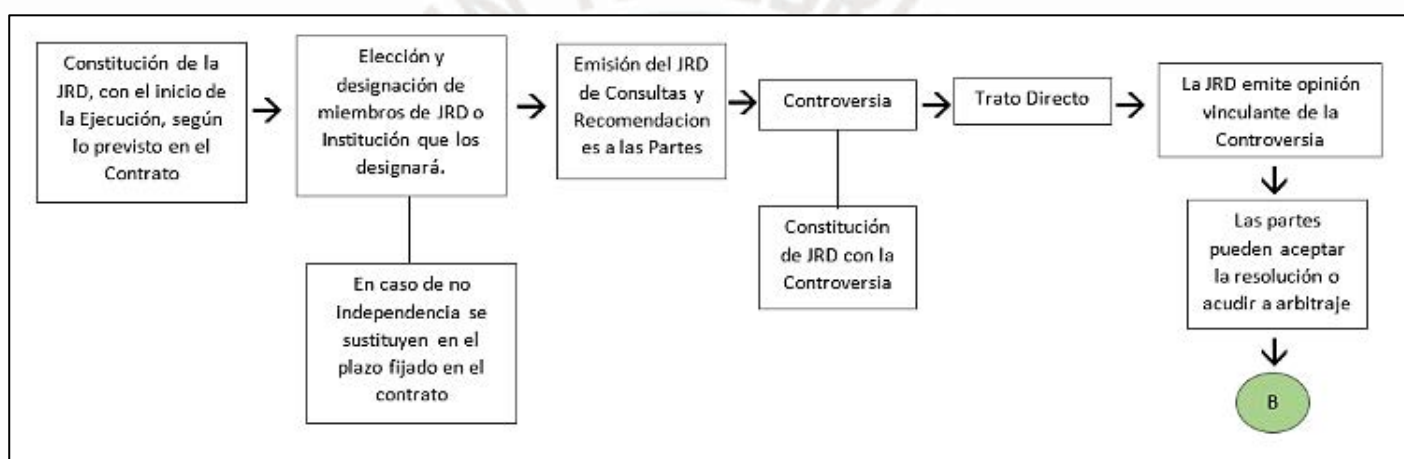
- iii. Lo que se tiene de sistematizar las normas sobre la **Junta de Resolución de Disputas** (artículo 56 de la Ley, y artículo 130 y 131 del Reglamento), es que: es conceptualizado como un mecanismo facultativo para las partes, dentro de la etapa de Trato Directo, está compuesto por tres miembros (uno elegido por cada parte y el tercero por los designados), que tienen el deber de ser imparciales e independientes, sujetos a deber de revelación. Entorno al procedimiento, **se observa que la decisión que emita es vinculante; sin embargo, en caso de desacuerdo puede recurrirse al arbitraje, puede**

usarse desde el inicio de la fase de Ejecución Contractual (con el cierre comercial) -- e incluso en la post ejecución (operación del proyecto) – siendo un órgano consultivo, en tanto, actúa preventivamente con sus recomendaciones e interpretaciones; así como, en reacción a la controversia de ocurrir.

No obstante, también sobre su procedimiento se extrae que su uso se **restringe a los proyectos de Costo Total de Inversión mayor a 80 mil UIT, tiene un carácter adversarial en su funcionamiento después de la controversia**. Adicionalmente, se prevé -- como para el AC -- que no se requiere especialización en solución de controversias a sus miembros, y que no aplica para controversias internacionales.

Figura 20

Ciclo de Funcionamiento en el uso del Mecanismos de Junta de Resolución de Disputas



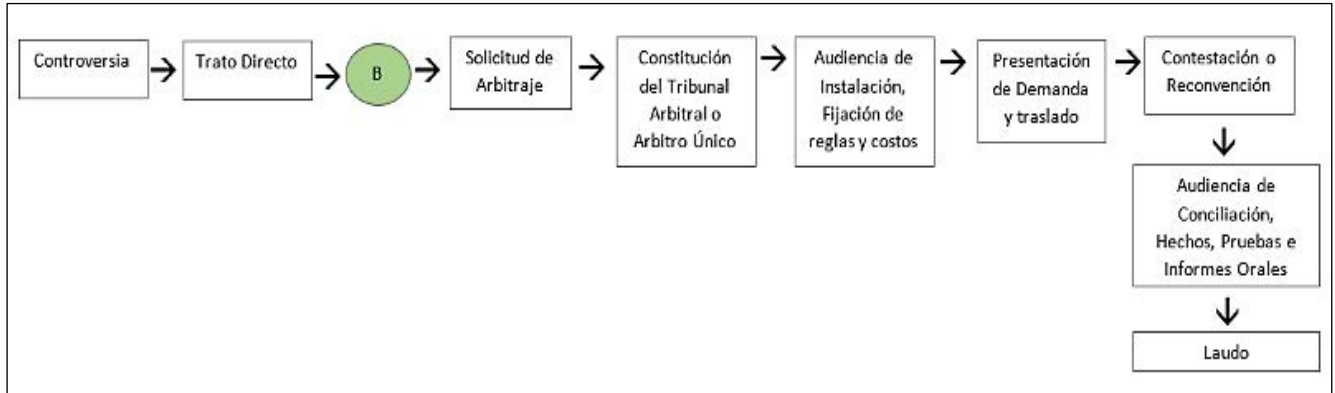
Nota: Figura elaborada en base al contenido del DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

- iv. Por su parte, de lo sistematizado de las normas del **Arbitraje** en APP (artículo 56 de la Ley y 132 del Reglamento), se tiene que es conceptualizado como un **mecanismo obligatorio en su inclusión en los Contratos del régimen de APP**. Su **funcionamiento es posterior al acaecimiento de la controversia**, es decir, después del trato directo que implica el uso de los otros mecanismos.

En lo concerniente a su procedimiento se obtuvo que tiene un **procedimiento** preestablecido y árbitros (de derecho o conciencia) especializados. **Se rige por su norma específica DL 1057**, con la excepción de las controversias internacionales, es adversarial y se **su laudo es vinculante** e inimpugnable (salvo anulación de laudo). Sin embargo, no se precisa previsión contra árbitros no especializados, dejándose al criterio de las partes; resaltándose su **carácter ex post, esto es, de reacción a la controversia**.

Figura 21

Ciclo de Funcionamiento en el general del Mecanismos de Arbitraje



Nota: Figura elaborada en base al contenido del DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

- v. **En cuanto al tiempo**, tomando en consideración la normativa actual de APP la “Primera Versión del Contrato estándar de Asociaciones Público-Privadas”, y en específico sobre la Junta de Resolución de Disputas: la ‘Directiva N° 012-2019-OSCE/CD’ y el ‘Reglamento de Juntas de Disputas del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú’, dado que abordan tanto el procedimiento como la distribución de tiempos en los Mecanismos de Solución de Controversias en el régimen de APP, y para tener una visión holística sobre el promedio de la duración de los mecanismos; **se tiene que el mecanismo de mayor duración es el Arbitraje**, aproximadamente entre 2 o 3 años de su duración usual + 85 dh de la etapa de Trato Directo cuando se da. **Le sigue el Junta de Resolución de Disputas**, cuando asume la modalidad Consultiva es de 42dh, mientras que para su versión conjunta (Modalidad Consultiva y Resolutiva) es de duración aproximada de 175 dh, incluyendo el trato directo. **Finalmente, en el Amigable Componedor** con una serie de normas para su conformación y procedimiento, teniendo un tiempo estimado de 145 dh.

En los tres casos se observa que se usa demasiado tiempo en normas procedimentales referentes a: composición de miembros, requisitos, audiencia, notificaciones, etc. A tales tiempos debe agregarse que, si la solución implica una modificación al contrato, implica someterse al procedimiento correspondiente, lo que aumenta el tiempo usado.

- vi. Respecto al **sentido normativo** del procedimiento de cada alternativa de los mecanismos de Solución de Controversias, mediante el análisis de lo estrictamente previsto en el Decreto Legislativo 1362 – Ley de APP y su Reglamento – Decreto Supremo 240-2018-EF; sobre el **Amigable Componedor**, se observa que, si bien se establece un mecanismo flexible por las partes al poder prorrogar los plazos, y les permite elegir al Componedor especializado, además de darles seguridad jurídica al acuerdo de ser

aceptado; también se advierte que tal flexibilidad se desarrolla en el marco de una serie de plazos, notificaciones, audiencias, entre otros, que lo enmarcan en un sistema cuasi procesal, lo que puede ir en contra de la esencia de ser un mecanismo justamente flexible y alejado de los protocolos, formalismos o solemnidades que dilatan la solución pronta de la controversia, en consecuencia, la continuidad prevista de la ejecución proyecto.

Para lo anterior, el Amigable Componedor solo tiene como parámetros: años de ejercicio, de especialización en el tema, una maestría y el criterio de las partes; advirtiéndose que **no se explica como el requerimiento de una maestría coadyuvará a la mejor propuesta de solución**. Sin embargo, se tiene que **no se prevé un conocimiento específico en solución de controversias pertinente para el supuesto**, con excepción de cuando el Amigable Componedor es designado por una institución que brinda servicios de medios alternativos de solución de controversias.

- vii. Asimismo, a lo anterior se le añade que, en caso de no aceptar, debe recurrirse a un arbitraje que de por sí, en la experiencia peruana conlleva otro tiempo más largo, en perjuicio del desarrollo preconcebido del acuerdo. Situación similar se tiene en el supuesto de que la Propuesta del Amigable Componedor conlleve una **modificación contractual**, ya que observa que **deberá proseguirse su procedimiento correspondiente, esto es, un desembolso adicional de tiempo**; se tiene una **seguridad jurídica relativa, condicionada a la aceptación del acuerdo**.

También se observa que la configuración de esta forma de procedimiento, **responde a la existencia de una controversia**, es decir, aunque se da en la fase de trato directo **implica una situación de tensión entre las partes adversarial**, que busca una solución reactivamente *ex post* controversia. Además, **al ser facultativo el uso del Amigable Componedor, existiendo la posibilidad que se termine recurriendo al Arbitraje de todas maneras, se desincentiva su uso**.

Tabla 14

Sentido de la Normativa del Mecanismos de Solución de Controversias – Amigable Componedor

CONTENIDO DE LA NORMA	SENTIDO DE LA NORMA
AMIGABLE COMPONEDOR	
<p>Ley</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 56.2 Los contratos de Asociación Público Privada pueden incluir una cláusula que permita la intervención, dentro de la etapa de trato directo, de un tercero neutral denominado Amigable Componedor, quien propone una fórmula de solución de la controversia que, de ser aceptada de manera parcial o total por las partes, produce los efectos jurídicos de una transacción. <p>Reglamento</p> <ul style="list-style-type: none"> • Artículo 119. Amigable Componedor (...) 119.2 El Amigable Componedor propone una fórmula de solución de controversias que, de ser aceptada por las partes, de manera parcial o total, tiene los efectos legales de una transacción y, en consecuencia, la calidad de cosa juzgada y exigible. 	<ul style="list-style-type: none"> • Brindar un mecanismo que responda eficazmente a una controversia durante el Trato Directo, sobre materias disponibles, que es facultativo, flexible en prorrogar sus plazos según acuerdo de las partes, permitir a las partes la elección del Amigable Componedor y especializado al dividir la naturaleza en procedimiento técnico o no técnico. • Ser obligatoria para las partes al tener el efecto de transacción, y por ende la calidad de cosa juzgada, dándole

• **Artículo 120. Procedimiento aplicable en caso de Amigable Componedor (...)**

120.2 Si el **Trato Directo se hubiera iniciado respecto de controversias** de naturaleza técnica y no técnica, de considerarlo necesario, **las partes pueden acumular aquellas de naturaleza técnica** y someterlas a un **Amigable Componedor** y, asimismo, acumular aquellas de **naturaleza no técnica y someterlas a un Amigable Componedor distinto.**

120.3 Solo **pueden someterse al procedimiento de Amigable Componedor aquellas controversias que pueden someterse a arbitraje**, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, o norma que lo sustituya.

• **Artículo 122. Posiciones de las partes y audiencia de exposición**

122.1 Una vez recibida la aceptación del encargo del Amigable Componedor, **cada parte tiene un plazo de quince (15) días hábiles para notificar** al Amigable Componedor y a la otra parte **su posición respecto de la o las controversias sometidas al procedimiento de Amigable Componedor.**

122.2 Una vez **recibidas las posiciones** de las partes, **el Amigable Componedor las cita a una audiencia (...).**

• **Artículo 123. Informe y audiencia de exposición**

123.1 Una vez realizada la audiencia, el Amigable Componedor tiene un plazo de **veinte (20) días hábiles para elaborar un informe que contenga su propuesta de solución debidamente sustentada. (...)**

123.2 Una vez **elaborado el informe**, el Amigable Componedor **cita a las partes a una audiencia** que debe realizarse dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes, **en la cual entrega y expone oralmente su informe** a las partes (...).

• **Artículo 124. Acuerdo sobre la propuesta de solución**

124.1 Una vez recibido el informe del Amigable Componedor, las partes tienen un plazo de diez **(10) días hábiles para aceptar de común acuerdo la propuesta de solución mediante acta suscrita por sus representantes.** En tal caso, la propuesta de solución forma parte integrante del acuerdo (...).

• **Artículo 127. Plazos, comunicaciones, documentos y declaraciones**

127.1 Al vencer cualquiera de los plazos establecidos en el presente Título, se entiende concluida la etapa de Trato Directo y **las partes pueden recurrir a la vía arbitral**, de acuerdo a lo establecido en el Contrato de APP correspondiente (...)

127.2 Sin perjuicio de lo anterior, todos **los plazos establecidos en el presente Título pueden ser prorrogados por acuerdo de las partes.**

seguridad jurídica a la decisión en caso de aceptar, o de lo contrario, permitir acudir al arbitraje

- Establecer un orden recurriendo al uso de notificaciones, diversas Audiencias y plazos para cada etapa procedimental.

Nota: Tabla elaborada en base al contenido del DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

- viii. En lo referente al **sentido normativo** del procedimiento de **Junta de Resolución de Disputas**, se da cuenta que se encuentra previsto un mecanismo especializado, elegido por las partes, facultativo -- como en el caso del Amigable Componedor -- que de aceptarse su **solución reactivamente ex post**

controversia, da una respuesta vinculante para las partes, dando seguridad jurídica. Asimismo, se tiene que el mecanismo puede actuar también desde el inicio de la fase de Ejecución Contractual, mediante una Junta de Revisión de Disputas – denominada incorrectamente en el Reglamento como Junta de Resolución de Disputas – que realiza actividades como un órgano consultivo a la interpretación del contrato y que emita recomendaciones sobre su aplicación, con esto funciona **preventivamente ex ante a la controversia** y evitando una situación de tensión adversarial de las partes; además de impedir dilaciones posteriores de lo previsto para el contrato.

Tabla 15

Sentido de la Normativa del Mecanismos de Solución de Controversias – Junta de Resolución de Disputas

CONTENIDO DE LA NORMA	SENTIDO DE LA NORMA
JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS	
<p>Reglamento</p> <ul style="list-style-type: none"> • Artículo 130. Junta de Resolución de Disputas 130.1 En los Contratos de APP con un CTI mayor a ochenta mil (80,000) UIT puede establecerse que las controversias <i>sean sometidas a una Junta de Resolución de Disputas</i>. 130.2 En la etapa de Trato Directo, a solicitud de cualquiera de las partes, pueden someter sus controversias a una Junta de Resolución de Disputas, que emite una decisión de carácter vinculante y ejecutable, sin perjuicio de la facultad de recurrir al arbitraje, salvo pacto distinto entre las partes. En caso se recurra al arbitraje, la decisión adoptada es considerada como un antecedente en la vía arbitral (...) 130.4 Conforme lo establezca el Contrato, la Junta de Resolución de Disputas puede constituirse desde el inicio de la Ejecución Contractual, con el fin de desarrollar adicionalmente funciones de absolución de consultas y emisión de recomendaciones respecto a temas y/o cuestiones solicitadas por las partes del Contrato. (<i>conformación de JRD - DAB</i>) • Artículo 131. Conformación de la Junta de Resolución de Disputas 131.1 La Junta de Resolución de Disputas está conformada por uno (01) o tres (03) expertos que son designados por las partes de manera directa o por delegación a un Centro o Institución que administre mecanismos alternativos de resolución de conflictos (...). 	<ul style="list-style-type: none"> • Brindar un mecanismo que responda eficazmente a una controversia durante el Trato Directo, para contratos de gran inversión que superen un CTI determinado, que es facultativo, y especializado con miembros elegidos por las partes. • Ser obligatoria para las partes, en caso de aceptar, o de lo contrario, permitir acudir al arbitraje, para darle seguridad jurídica a la decisión. • Establecer también un órgano consultivo y de recomendación, en caso de constituirse con el inicio de la Ejecución contractual, aclarado probables situaciones conflictivas. • Dejar la regulación de su funcionamiento a los centros y lo indicado por las partes.

Nota: Tabla elaborada en base al contenido del DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

- ix. No obstante, a su vez se observa que **no se regula su funcionamiento en concreto**, debiendo recurrirse por analogía a lo previsto por el Organismo de Contrataciones con el Estado (OCSE) entorno a su norma y otras disposiciones de centros de resolución de conflictos particulares; lo que en algún caso **encarece los costos de transacción** respecto al acuerdo de que reglas se aplicarán. En ese sentido, de lo recopilado previamente en esas normas (como la Primera Versión del Contrato estándar de Asociaciones Público-Privadas, la Directiva N° 012-2019-OSCE/CD o el Reglamento de Juntas de Disputas del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú) **se ve que se ha generado un procedimiento *cuasi procesal***, con largos plazos que podrían ampliarse de no aceptarse la solución recurriendo al arbitraje o de aceptarse requiriendo una modificación contractual. **Esto último, *perse* no concitaría observación en tanto equilibre el orden con la esencia flexible del mecanismo**, pero al no tenerse pronunciamiento en la normativa de APP al respecto, se deja a la incertidumbre y arbitrio de las partes que ello se dé o no; de esta manera, resultaría pertinente un desarrollo normativo más extenso de que precise el procedimiento, para la que bastaría un documento sectorial (Proinversión) con lineamientos al respecto.
- x. Respecto, a los miembros de la Junta de Resolución de Disputas, se tiene que salvo cuando se pide la designación de una Entidad de Solución de Controversias, los requisitos para la elección de los Adjudicadores solo quedan al criterio de las partes, no se establece desde la normatividad, requerimiento de experiencia en solución de controversias – aparte de ser experto en el tema -- punto importante para el buen desenvolvimiento de este mecanismo de solución de controversias. En adición, se tiene que en este mecanismo se restringe para proyectos con un Costo Total de Inversión mayor a 80 UITs, disposición que priva del uso de este mecanismo, sin razón aparentemente más que una cuantitativa, a proyectos que pueden tener alta rentabilidad, pero baja inversión. Así, se resalta sobretodo la limitación del uso de la función preventiva *ex ante* a la controversia, puesto que, podría evitar mayores costos y retrasos posteriores en favor de los fines principalmente públicos que se persiguen en las APP; y que, en la normativa actual, solo se encuentra en la Junta de Resolución de Disputas.
- xi. En línea con lo anterior, se percibe la tendencia **del uso de mecanismos de solución de controversias, *ex post* controversia** – como se aprecia en el caso de la normatividad de la Junta de Resolución de Disputas -- que, **en lugar de prevenir la tensión entre las partes, la dilación en la ejecución del proyecto, etcétera; con medios preventivos, solo buscan remediar una situación en ciernes**. A ello, se le añade que al ser facultativo y existir la posibilidad de que siempre se termine recurriendo al arbitraje, se reduce el incentivo para las partes de adoptarlo, por más características que pueda tener.

- xii. En referencia al **sentido normativo** de lo consignado en el régimen de APP para el **Arbitraje**, se advierte que es un **Mecanismo de Solución de Controversias especializado**, dividido en arbitraje de conciencia (controversia técnica) o de derecho (controversia no técnica), su previsión **tiene carácter obligatorio en el contrato**, funcionando después del Trato Directo de manera reactiva **ex post controversia**, siendo la decisión -- plasmada en el Laudo -- **vinculante para las partes y no impugnabile salvo anulación de laudo dándole seguridad jurídica**; además que, el laudo deberá ser publicado por transparencia.

Tabla 16

Sentido de la Normativa del Mecanismos de Solución de Controversias – Arbitraje

CONTENIDO DE LA NORMA	SENTIDO DE LA NORMA
ARBITRAJE	
Reglamento	
<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 132. Cláusulas arbitrales 	<ul style="list-style-type: none"> • Brindar un mecanismo que responda eficazmente a una controversia después del Trato Directo, para contratos todos los contratos del régimen de APP, que es obligatorio, y especializado en arbitraje de derecho y de conciencia, acorde al DL 1070, con miembros elegidos por las partes.
<p>1. Las cláusulas arbitrales a ser incluidas en los Contratos de APP se rigen por las siguientes disposiciones:</p>	
<ul style="list-style-type: none"> ○ Puede someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición de las partes, conforme a lo señalado en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje. 	
<ul style="list-style-type: none"> ○ Deben contemplar el arbitraje como mecanismo de solución de controversias. 	<ul style="list-style-type: none"> • Ser obligatoria para las partes, no cabiendo impugnación salvo anulación de laudo, afín de darle seguridad jurídica a la decisión.
<ul style="list-style-type: none"> ○ En caso se distinga entre controversias de naturaleza técnica y no técnica, las primeras son sometidas a arbitraje de conciencia y las segundas a arbitraje de derecho, pudiendo estas últimas ser sometidas a arbitraje de conciencia cuando ello resulte conveniente. <i>(requisitos)</i> 	<ul style="list-style-type: none"> • Establecer publicidad de sus laudos, para transparencia.
<p>2. Las entidades, para efectos de conformar el Tribunal Arbitral para las controversias de los Contratos de APP, eligen preferentemente a profesionales con experiencia mínima de cinco (05) años en la materia controvertida o a abogados con el mismo tiempo de experiencia en materia de regulación o Concesiones, según la naturaleza de la controversia.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Establecer que cuando la controversia trate sobre regulación tarifaria o calidad de servicio, tenga que el regulador intervenir en el proceso coadyuvando a la Entidad Pública Titular del Proyecto.
<p>4. Conforme con lo establecido en el párrafo 56.1 del artículo 56 de la Ley, los laudos arbitrales son publicados en el portal institucional de la entidad pública titular del proyecto, dentro de los quince (15) días hábiles de recibida la notificación correspondiente, sin perjuicio de las acciones legales que las partes puedan adoptar conforme con la normativa vigente.</p>	
Artículo 133. Intervención del organismo regulador	
<p>1. No pueden someterse a los mecanismos de solución de controversias establecidos en el presente Título, las decisiones de los organismos reguladores u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la vía administrativa.</p>	
<p>2. Tratándose de supuestos distintos a los establecidos en el párrafo precedente, y para efectos de lo dispuesto en el párrafo</p>	

56.3 del artículo 56 de la Ley, **la obligación de los árbitros de permitir la participación del organismo regulador** es para **los procesos arbitrales en los que se discutan decisiones y materias vinculadas a la competencia de dicho organismo regulador**. En estos casos, el organismo regulador debe actuar bajo el principio de autonomía establecido en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y sus leyes de creación.

Nota: Tabla elaborada en base al contenido del DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

- xiii. Por su parte, se observa que **no existe una regulación extensa** – como para el Amigable *Componedor* – en el Arbitraje, derivándose de manera poco clara y más por analogía a la aplicación del Decreto Legislativo 1070 – Ley de Arbitraje. En tal sentido, se indica que pueden ser sometidas las materias de derechos disponibles, y sus miembros son designados por las partes a su criterio, o la Entidad que brinde el servicio de Solución de Controversias. Ello si bien esta en un estándar más alto – que los miembros de los otros mecanismos de solución de controversias – porque la condición de árbitro conlleva una preparación previa, no tiene más filtros que ese, en el caso de que se establezca un arbitraje *ad hoc* dejándose al arbitrio de las partes elegir a los más capacitados.

De similar manera, se extrae que el carácter **del mecanismo es de reacción a una relación adversarial**, dado que responde a una situación de conflicto latente, y que demanda una serie de actos dentro del procedimiento arbitral, implicando un periodo un más extenso correspondiente a actuación de pruebas, juzgamiento, etc. Lo último se puede ampliar si el arbitraje se apega a reglas procesales ajenas a su carácter flexible.

- xiv. Adicionalmente, se tiene como obligatoria la incorporación del Organismo Regulador correspondiente en el procedimiento como ‘coadyuvante’ a la defensa del Estado y cuando se trate temas de su competencia. Sin embargo, **se deja sin precisar las competencias, debiendo remitirse a su norma general Ley 27332** – Ley de Organismos Reguladores, que para efectos de la APP son la verificación de sus normas, la fijación de tarifas y los mecanismos para la fiscalización de cumplimiento de las obligaciones que asumió el concesionario, **aunque al no existir precisión se da pie a la extralimitación en su intervención**. Ello, sin perjuicio de que podría solo pedirse un informe sobre la controversia, incorporándola al arbitraje al ser parte no signataria de la cláusula arbitral.

Debe señalarse que, muchas de las competencias de los Organismos Reguladores abordan temas proclives a controversias; pero que por mandato reglamentario se deriva al proceso contencioso administrativo, lo que dista de lo previsto en la Ley.

- xv. En lo concerniente al **Sistema de Alertas Tempranas**, dado la regulación más prolífica de este mecanismo en el *New Engineering Contract 4* (NEC 4), se tomó lo previsto en las Clausulas Fundamentales (*Core Clauses*) de tal contrato; así respecto al **sentido normativo** del mecanismo de Sistema de Alertas Tempranas, se advierte que es un **mecanismo preventivo *ex ante* controversia**, es decir, **busca evitar que se llegue a una situación de conflicto entre las partes, a través del trabajo colaborativo y no del juzgamiento**. Asimismo, se tiene que, el mecanismo se desarrolla en base a un esquema de Contratación de Obra privada – eventualmente pública con términos flexibles en el contrato --, donde de un lado el propietario (comitente) se incentiva por la culminación a tiempo del proyecto, bajo los términos de calidad y cronograma establecido en el contrato, mientras que el contratista se incentiva por el cumplimiento de sus obligaciones para la recepción del pago, mantener en la clientela al comitente, y continuar en la realización de otras obras.

Tabla 17

Sentido de la Normativa del Sistema de Alertas Tempranas – Acorde al NEC4

REGULACIÓN SISTEMA DE ALERTAS	
CONTENIDO NORMATIVO⁵⁶	SENTIDO NORMATIVO
<p>Core Clauses</p> <p>Alertas Tempranas – Clausula 15</p> <ul style="list-style-type: none"> • El Contratista y el Gerente de Proyecto dan una Alerta Temprana notificando a la otra parte, tan pronto como cualquiera de los dos tenga conocimiento de algún asunto que pudiera: <ul style="list-style-type: none"> • Incrementar el Costo Total • Retrasar la fecha de finalización, • Retrasar la realización de una fecha clave o • Afectar el desempeño de las obras en uso <p>El Gerente de Proyecto o el Contratista pueden dar una Alerta Temprana notificando al otro de cualquier otro asunto que pueda aumentar el costo total para el Contratista. El Gerente de Proyecto ingresa los asuntos de alerta temprana en el Registro de Alerta Temprana. No se requiere la alerta temprana de un asunto para el cual se haya notificado previamente un evento de compensación.</p> • El Gerente de Proyecto prepara el primer Registro de Alerta Temprana y lo comunica al Contratista dentro de una semana de la fecha de identificación de la circunstancia. El Gerente de Proyecto invita al Contratista para que asista a una Primera Reunión de Alerta Temprana dentro de las dos semanas posteriores a la fecha de identificación de la circunstancia. <p>Posteriormente se llevan a cabo reuniones de Alerta Temprana:</p> <ul style="list-style-type: none"> • independientemente de si el Gerente del Proyecto o el Contratista invitó al otro para que asista a una Reunión de Alerta Temprana y, en cualquier caso, • En un intervalo no superior al establecido en los previsto en el Contrato para la Finalización de los trabajos <p>El Gerente de Proyecto o el Contratista puede invitar a otras personas para que asistan a una reunión de Alerta Temprana si los demás están de acuerdo.</p> <p>El subcontratista puede asistir a la Reunión de Alerta Temprana si su asistencia ayudaría a decidir las acciones a tomar.</p> <ul style="list-style-type: none"> • En una Reunión de Alerta Temprana, los que asisten cooperan en: 	<ul style="list-style-type: none"> • Establecer un mecanismo que responda lo más pronto posible a posibles situaciones que afectarían el normal desarrollo del proyecto, y que podrían generar controversias. • Para el orden del mecanismo, se hacen uso de Reuniones y de un Registro, dentro de plazos estimados, que se realicen celeremente y preventivamente.

⁵⁶ Traducción Propia

- **realizar y considerar propuestas** sobre cómo evitar o reducir los efectos de cada asunto del Registro de Alerta Temprana,
- **buscar soluciones** que aporten ventajas a todos los afectados,
- **decidir sobre las acciones que se tomarán** y quién las tomará, conforme al Contrato,
- **decidir que asuntos pueden eliminarse** del Registro de Alerta Temprana y
- **revisar las acciones registradas** en el Registro de Alerta Temprana y decidir si es necesario tomar diferentes acciones y quién, de acuerdo con el contrato, las tomará.
- El Gerente de Proyectos revisa el Registro de Alerta Temprana para **registrar las decisiones tomadas en cada Reunión de Alerta Temprana** y comunica la Alerta Temprana revisada al Contratista **dentro de una semana de la reunión de alerta temprana. Si una decisión necesita un cambio en el Alcance, el Gerente de Proyecto comunica el cambio al mismo tiempo que se emite el Registro de Alerta Temprana revisado.**

- Encontrar soluciones y llegar a acuerdos, en base a cooperación, para evitar que se produzca las circunstancias que afecten el proyecto y los intereses de ambas partes. Las decisiones pueden comprender variar algunos aspectos, para evitar el riesgo mediante un contrato flexible.

Notificación de Eventos Compensables – Clausula 61

61.3 El Contratista notifica al Gerente de Proyecto de un evento que ha sucedido o que se espera que ocurra como un evento compensable si:

- el Contratista cree que el evento es un evento compensable y
- el Gerente de Proyecto no ha notificado el evento al Contratista

Si el Contratista no notifica un evento de compensación dentro de las ocho semanas posteriores a tener conocimiento de que el evento ha ocurrido, los costos, la fecha de finalización o una fecha clave no se cambian a menos que el evento surja del Gerente del Proyecto o del Supervisor dando una instrucción o notificación, emitir un certificado o cambiar una decisión anterior.

61.5 Si el Gerente del Proyecto decide que el Contratista no dio una Alerta Temprana de un evento que un contratista experimentado podría haber dado, el Gerente del Proyecto lo indica en la comunicación al Contratista para que presente cotizaciones.

Cotizaciones por Eventos Compensables – Clausula 63

63.7 Si el Gerente del Proyecto ha indicado en la comunicación para presentar cotizaciones **que el Contratista no dio una Alerta Temprana** del evento que un contratista experimentado podría haber dado, **el evento de compensación se evalúa como si el Contratista hubiera dado la Alerta Temprana.**

63.9 La evaluación del efecto de un evento de compensación **se basa en la suposición de que el Contratista reacciona de manera competente y rápida al evento** y que cualquier Costo Definido y tiempo debido al evento se incurrió de manera razonable.

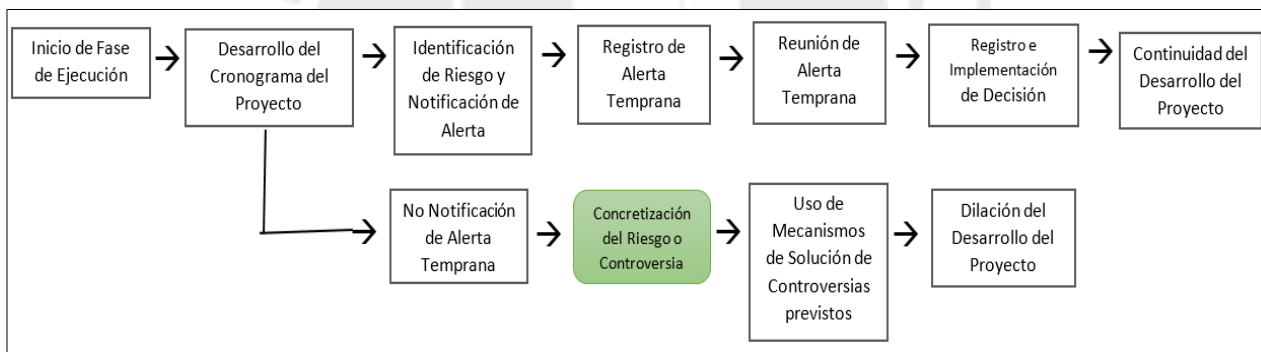
- Establecer como consecuencia que, si no se notifica, bajo un parámetro de conducta común (comportamiento de cualquier contratista experimentado), no se altera los plazos establecidos en el contrato; y que en caso de que luego se requiera compensación, se tratará de resolver con cooperación (como si se hubiera dado la Alerta), pero se considera la no comunicación para evaluación de la compensación.

Nota: Tabla elaborada en base al contenido del NEC49. Fuente: Elaboración Propia

xvi. De tal manera, se extrae que ambas partes encuentran incentivos para concretizar sus intereses con la prevención de la controversia, pudiendo variar términos de ser necesario. Se observa, que **se han establecido como obligaciones notificar a la otra parte, sobre posibles riesgos referentes al costo, tiempo, calidad o lo que afecte el normal desarrollo de la obra.** Así, se observa que el incumplimiento o retraso de tales obligaciones, desemboca en que tal actitud se considere en la evaluación de la compensación que se otorgaría de suceder el riesgo.

Entorno a su **funcionamiento**, se observa que se desenvuelve a través de tres acciones (**Identificación y Notificación de Alerta Temprana, Reunión de Alerta Temprana, e Implementación de decisiones de Reunión de Alerta Temprana**), en los tiempos más próximos y con flexibilidad en el procedimiento. No obstante, se tiene que, **dado que el diseño de las normas de este procedimiento se hizo para un esquema entre privados, se dista de esquemas practicados en el sector público, como la metodología para la modificación contractual, o la distribución de roles e incentivos perseguidos en las Asociaciones Públicos Privadas; las que deberán considerarse para su evaluar su implementación.**

Figura 22
Funcionamiento del Sistema de Alertas al Régimen en NEC4



Nota: Figura elaborada en base al contenido del NEC49. Fuente: Elaboración Propia

xvii. De lo expuesto en la **‘Propuesta de Incorporación del Sistema de Alertas Tempranas al Régimen de APP’**, puede verse que **responde al fin perseguido por los otros mecanismos de solución de controversias** regulados en el régimen de Asociaciones Público Privadas, esto es, **aportar una solución eficaz a una situación de conflicto entre las partes para continuar con la ejecución del proyecto**; pero **su método de respuesta es preventivo, ex ante controversia**, a través de la colaboración de las partes y el aporte técnico de los adjudicadores, producto de la **incorporación protagónica de la faceta consultiva de la Junta de Resolución de Disputas al Sistema de Alertas Tempranas**; lo que además de **fortalecer el funcionamiento preventivo de tal mecanismo** (ya previsto en el DL 1362 y su reglamento), evita que se arribe a una controversia que dilate la ejecución esperada del proyecto.

Tabla 18

Propuesta de contenido para Incorporación del Sistema de Alertas Tempranas a APP

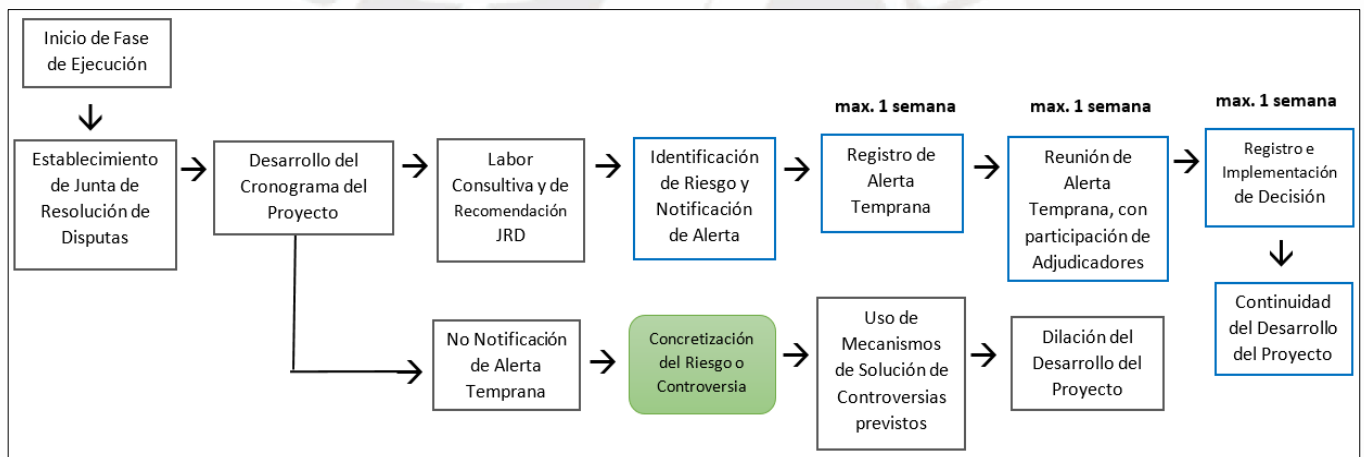
Alertas Tempranas en Asociaciones Público Privadas	
CONTENIDO NORMATIVO	SENTIDO NORMATIVO
<ul style="list-style-type: none"> • Las partes de la APP tienen la obligación de comunicar a la otra parte y a los Adjudicatarios de la Junta de Revisión de Disputas, mediante la emisión de una Alerta Temprana, tan pronta como tengan conocimiento de alguna circunstancia que pueda afectar: <ul style="list-style-type: none"> • El alcance del proyecto • El plazo establecido para la finalización o fecha clave • El costo del proyecto • La calidad del proyecto • Asimismo, las partes de la APP pueden emitir una Alerta Temprana, comunicando cualquier otro asunto, que puedan aumentar el costo, el plazo o la calidad; en desmedro del fin público privados de la APP. El representante de la Entidad Pública Titular del Proyecto, anota la alerta en el Registro de Alerta Temprana. • El representante de la Entidad Pública Titular del Proyecto realiza el primer Registro de Alerta Temprana, lo comunica al Inversionista dentro de una semana de la Alerta. Junto con ello, se invita al representante del inversionista a la Primera Reunión de Alerta Temprana dentro de las dos semanas posteriores a la alerta. • Las partes o los Adjudicadores, pueden invitar a participar al Subcontratista u otros terceros para que asistan a la Reunión de Alerta Temprana, si los demás están de acuerdo y si su asistencia ayudaría a decidir las acciones a tomar. • Las partes colaborativamente, con la recomendación de los Adjudicadores, en la Reunión de Alerta Temprana, cooperan en: <ul style="list-style-type: none"> • Realizar y considerar propuestas de solución que eviten o reduzcan los efectos de cada asunto del Registro de Alerta Temprana, en favor del proyecto y de ventajas a todos los afectados, • Decidir sobre las acciones que se tomarán conforme al Contrato, designando quien; se privilegia la interpretación contractual y residualmente la modificación contractual. El representante de la Entidad Pública Titular del Proyecto, registra la decisión en el Registro de Alertas. De requerirse modificación contractual se sigue el procedimiento correspondiente. • Revisar la implementación de decisiones, señaladas en el Registro de Alerta Temprana y decidir si es necesario tomar diferentes acciones, designando quien; así como que asuntos pueden eliminarse del Registro. • Si alguna de las partes no notifica oportunamente la Alerta Temprana, bajo el comportamiento de diligencia extraordinaria, la ejecución contractual continua conforme a lo previsto, y se considera su actuar frente a la circunstancia en caso de surgir una controversia, así como para la cuantificación del resarcimiento de darse. 	<ul style="list-style-type: none"> • Establecer un mecanismo preventivo, técnico y colaborativo, en el que se combine el Sistema de Alertas Tempranas con la faceta consultiva de la Junta de Resolución de Disputas, que responda oportunamente a posibles situaciones que afectarían el normal desarrollo del proyecto (entorno a su alcance, plazo, costo o calidad), y que podrían generar controversias. • Establecer un orden para el mecanismo, mediante el uso de un Registro, Plazos estimados y Reuniones, que se realicen célere y preventivamente; a la cual pueden adherirse terceros que contribuyan colaborativamente a la prevención del riesgo y donde para las decisiones se prefiera encontrar la solución dentro de los parámetros del contrato (interpretación) a la modificación contractual. • Establecer una consecuencia para el incumplimiento de la obligación de las partes, de notificar la Alerta Temprana, incentivándolas para su cumplimiento por la sanción; así como, por cumplir con los fines públicos de la APP conforme a lo acordado y obtener el retorno de la inversión.

Nota: Tabla elaborada en base al contenido del NEC49 y al DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

xviii. Por su parte, se observa en la ‘Propuesta de funcionamiento del Sistema de Alertas Tempranas al Régimen de APP’ que si bien existe enmarcado un procedimiento (con notificación de la alerta, emisión de reuniones, registro de alerta, etc.); **este no pierde su flexibilidad al establecerse plazos máximos en los que pueden moverse las partes, teniendo la potestad -- de estar ambas de acuerdo -- de convocar a terceros (adjudicadores) que ayuden a la búsqueda de soluciones, en el tiempo más pronto posible.** Eso puede verse también en ‘Propuesta de Incorporación del Sistema de Alertas Tempranas al Régimen de APP’, donde con la recomendación técnica a los Adjudicadores, se propone **que la solución se encuentre preferentemente a partir de interpretación del contrato, siendo residual la modificación contractual;** tales puntos mantienen la seguridad jurídica, la flexibilidad en la solución de contrato y promueve que la decisión emane de lo pactado originalmente por las partes en el contrato, no recurriendo directamente a la modificación contractual, que conlleva tiempo adicional a los planificado por sí mismo.

Figura 23

Propuesta de funcionamiento del Sistema de Alertas Tempranas al Régimen de APP



Nota: Figura elaborada en base al contenido del NEC49 y al DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

- xix. De tal manera, **se genera incentivos** en la lógica de las Asociaciones Público Privadas, por el que de notificar oportunamente la Entidad Publica Titular del Proyecto podrá **concretizar en el plazo y calidad esperado, el objetivo público social del Contrato que se realizó por este régimen** (infraestructura, servicios públicos, innovación tecnológica o servicios relacionados), **mientras que el Privado podrá tener el retorno de su inversión y utilidades en un plazo no dilatado, conforme a sus proyecciones.**
- xx. Respecto a la consecuencia jurídica ante el eventual incumplimiento, se extrae de la propuesta que, la no notificación de la Alerta Temprana, será valorada para el eventual resarcimiento para las partes de

cuantificarse el daño luego de la una controversia; eso genera un incentivo adicional para las partes para el uso del mecanismo, consistente en evitar consecuencias perjudiciales que reduzca su eventual resarcimiento o de cuenta de su comportamiento como medio probatorio en un Procedimiento Arbitral.

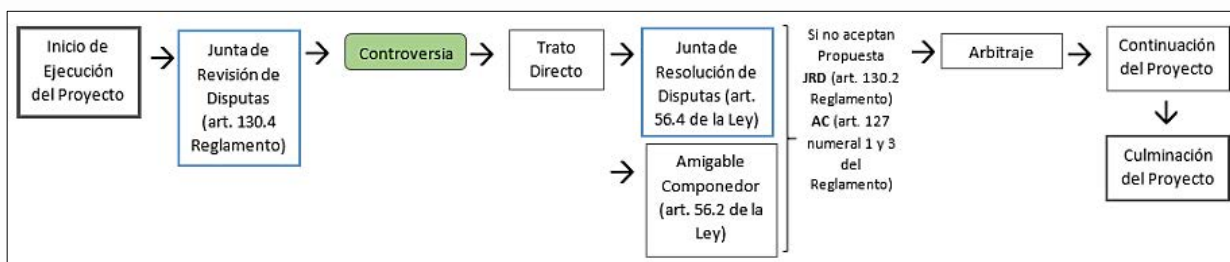
- xxi. Adicionalmente, **se aprecia que dichos incentivos, de la manera presentada en la Propuestas, si se pueden enmarcarse dentro de la normatividad actual de APP**, conllevando incluso **mayor incentivo en su uso, en contraste con los otros mecanismos de solución de controversias**, en los que no se encuentran presente. Sin perjuicio de que, dotan de una perspectiva, de características preventivas, técnicas y colaborativas, acorde a las prácticas internacionales actuales y al principio de Enfoque por Resultados – conforme al art. 4.1.3 literal c del DL 1362, que señala: **“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”** (énfasis nuestro) --, **siendo una forma preventiva de trato directo.**
- xxii. Esta Propuesta podrá complementarse con la recientemente normada ampliación del Control Concurrente de la CGR para las APP, conforme a la “Ley que establece medidas para la expansión del Control Concurrente”- Ley Nº 31358; que podrían acompañar a la Junta de Revisión de Disputas y a las partes mediante la incorporación a las APP del Sistema de Alertas Tempranas, con la identificación de riesgos con podrían devenir en una controversia y paralizar el proyecto. No obstante, los alcances de esta norma para el particular procedimiento de APP, aún no se encuentra regulado.
- xxiii. Finalmente, puede verse que las Propuestas, **no implican un cambio total normativo**, sino **solo la adición de unos numerales adicionales** a lo previsto para la Junta de Resolución de Disputas en el **artículo 56** de la Ley de APP- DL1362, y un literal adicional al **artículo 130 del Reglamento *mutatis mutandis***. Por lo tanto, se determina que, **si es posible compatibilizar el Sistema de Alertas al régimen actual de APP, fortaleciéndolo y dándole un cariz preventivo técnico.**
- xxiv. Se observa que, **respecto a los efectos de las resoluciones de cada mecanismo de Solución de Controversias**, que para el **Amigable Componedor de aceptarse la Propuesta se toma como una “transacción”** de índole extrajudicial entre las partes, que faculta al uso de una excepción en el marco de un procedimiento judicial; pero a su vez se tiene que se hace difusa su naturaleza jurídica, puesto que aunque por la forma en que terminan acordando las partes aparenta ser una mediación, también se requiere un largo procedimiento concluyendo en una Propuesta, que se asemeja a una Conciliación, lo que hace engorrosa la comprensión de los roles de cada parte, debiendo añadirse que **el hecho de**

que dependa de la aceptación mutua de las partes, le resta eficacia a que con la Propuesta se ponga fin a la controversia, esto es, no cumple con la finalidad de un mecanismo de solución de controversia.

- xxv. Por su parte, se advierte que, a lo resuelto por la **Junta de Resolución de Disputas**, en caso de ser aceptada, se le da el **efecto de “vinculante y ejecutable”** para las partes, siendo una forma de nueva obligación contractual, sujeta que ante incumplimiento sea requerida arbitral o judicialmente; empero, no se otorga el mismo *status* que a lo normado para el Amigable Componedor, ni tampoco goza del carácter jurisdiccional; a tal punto se le agrega que en caso que una de las partes puede acudir al arbitraje, para dirimir la controversia, mientras tanto lo señalado por la Junta es vinculante.
- xxvi. Estas circunstancias no se tienen **en el arbitraje**, ya que lo decidido en el **Laudo deviene en inimpugnable -- salvo el caso de Anulación de Laudo que cuestiona el procedimiento – teniendo el carácter de cosa juzgada** (art. 59 del DL 1071), así **como el de jurisdicción** (art. 139.1 de la Constitución Política del Perú), cerrando la controversia luego de la valoración de medios probatorios y la deliberación de los árbitros.
- xxvii. Respecto a la articulación entre los mecanismos de Solución de Controversias, puede verse que, en lo normado para el Amigable Componedor en caso de no aceptarse la Propuesta, se estableció la restricción del uso de la documentación vertida en el procedimiento en el Arbitraje que se realizará; mientras que, en lo contemplado para la Junta de Resolución de Disputas, lo resuelto se tiene como antecedente arbitral. En ese sentido, se extrae que **desde la normativa actual se demarca una división entre el procedimiento del Amigable Componedor y Arbitraje, debiendo recabarse de nuevo los medios probatorios para lo segundo**. Sin embargo, **ello no se produce en la Junta de Resolución de Disputas** donde se observa que, a través de la información, **se complementa con el Arbitraje**; lo que **deviene en la optimización de tiempo y esfuerzos para la resolución de la controversia**. En adición, se tiene que el mecanismo de **Amigable Componedor y el de Junta de Resolución de Disputas no se articulan gradualmente entre sí al ser una alternativa de la otra**.

Figura 24

Articulación actual de los mecanismos de solución de controversias



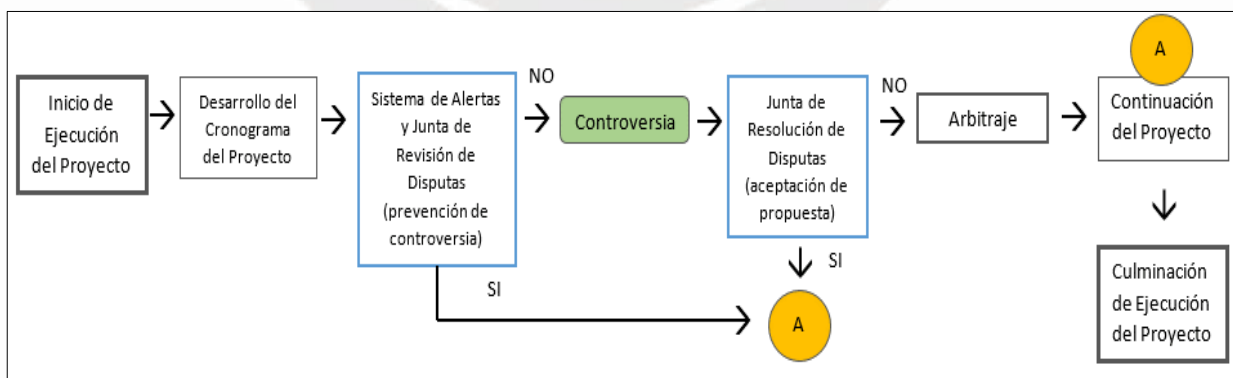
Nota: Figura elaborada en base al DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

Ahora bien, en contraste con los principios rectores de régimen de APP, se aprecia que **la articulación normativa actual del mecanismo de Amigable Componedor con el Arbitraje dista del principio de Enfoque de Resultados** por el que debe preferirse “las acciones que permitan la ejecución de la inversión privada dentro de los respectivos plazos (...)” (art. 4.1.3 del DL 1362), teniendo que conllevar volver a recabar medios probatorios por la restricción de uso establecida para el Arbitraje, **propiciándose la dilación del plazo** a lo que debe sumarse la duración propia del procedimiento arbitral y si la solución implica modificación contractual.

- xxviii. De otro lado, **en la Junta de Resolución de Disputas se da cuenta que tanto en su faceta preventiva *ex ante* controversia con la Junta de Revisión de Disputas como en su faceta reactiva *ex post* controversia, se busca evitar o mitigar la controversia concretizando el principio de Enfoque por Resultados**, priorizando la solución pronta y con rigor técnica, pero a la vez **complementándose gradualmente con el Arbitraje**, al tomarse como antecedente lo visto, lo que aportará un panorama más completo y célere del origen de la controversia, así como del comportamiento de las partes sobre la misma. En consecuencia, se tiene que **es el mecanismo que más se articula con el Arbitraje y se corresponde con los fines del régimen de APP, pero requiere más desarrollo normativo en cuanto a su funcionamiento.**
- xxix. Para la ‘**Propuesta de Articulación de los mecanismos de Solución de Controversias**’, se tomó en cuenta la forma de **compatibilizar el Sistema de Alertas con la regulación de APP** señalada previamente, y la manera en que se encuentran articulados los mecanismos de Solución de Controversias en el régimen de APP actual.

Figura 25

Propuesta de incorporación de gradualidad obligatoria de mecanismos de Solución de Controversias en APP



Nota: Figura elaborada en base al DL 1362 y su Reglamento, además de las características del Sistema de Alertas. Fuente: Elaboración Propia

- xxx. De lo expuesto en la '**Propuesta de Articulación de los mecanismos de Solución de Controversias**', puede verse que **se mantiene la actuación técnica de la Junta de Revisión de Disputas en acompañamiento al desarrollo de la Ejecución del Contrato**, pero además de quitarse la restricción de 80 mil UIT, **es establecido de manera obligatoria y se le integra el mecanismo del Sistema de Alertas Tempranas**; con ello se da cuenta que **se fortalecería, desde un enfoque técnico – colaborativo**, el manejo preventivo de las circunstancias que podrían devenir en una controversia durante la Ejecución de todo tipo de proyecto bajo el régimen de APP, significando un ahorro en el tiempo que podría demandar su solución y procurándose el análisis de trato directo entre las partes para evitar o mitigar el riesgo con la asistencia técnica de los Adjudicatarios. Asimismo, en tanto que no tienen mecanismos rígidos se otorga flexibilidad a las partes para arribar a pronto acuerdos y se continúe con todos los proyectos que adopten esta alternativa, incentivados por el alcance previsto de los fines públicos de la APP y el retorno de la inversión.
- xxxi. En referencia a la **faceta ex post controversia de Junta de Resolución de Disputas**, en la Propuesta se **aprecia la complementariedad entre este mecanismo y el Arbitraje, al asumir el primero las controversias de la cotidianidad de la ejecución -- principalmente de naturaleza técnica -- para luego dejarse al segundo las controversias en los que exista menor consenso en tópicos técnico-jurídicos**, siendo esta faceta facultativa a diferencia a la Junta de Revisión de Disputas y alternativa a lo normado para el Amigable Componedor; de esa manera podemos extraer que se potencia el mayor análisis crítico en el Arbitraje, además de que **con la información tomada como antecedente arbitral se concretiza el principio de Enfoque por Resultados**, es decir, **se recaba más rápidamente y como más detalle los medios probatorios emanados desde la Alerta Temprana, entorno al origen de la controversia y el comportamiento de las partes**.
- xxxii. Es de resaltar de todo lo anterior, que se advierte que **los lineamientos de conformación y procedimiento de las facetas de la Junta de Resolución de Disputas se derivan a documentos específicos que emita Proinversión**; supuesto que podría integrarse a la regulación actual ya que **evitaría mayor modificación normativa**, sin perjuicio de que propiciaría un desarrollo específico separado (en el que se indique: los estándares para la conformación de la Junta por Centros Especializados y con trayectoria acreditada en Solución de Controversias, el procedimiento a seguir, entre otros), **con la flexibilidad para la adaptación continua de los estándares internacionales en estos puntos**, a semejanza de los lineamiento sobre el particular de la OSCE para las Contrataciones con el Estado.
- xxxiii. En adición a ello, **sobre el Arbitraje** de la Propuesta también se extrae que, en el sentido de la

regulación actual, **se mantiene la no arbitrabilidad de materias de competencia del Organismo Regulador, pero se puntualiza en las competencias de regulación tarifaria e imposición de sanciones;** tal punto resulta compatible con el ordenamiento jurídico actual al ser competencias exclusivas y excluyentes de los Organismos Reguladores, correspondiendo eventualmente su impugnación por el proceso contencioso administrativo. Así, se deja a que las controversias sobre la calidad del servicio sean acreditadas y valoradas por los árbitros.

Por otra parte, debe señalarse a su vez que de la Propuesta se extrae un cambio entorno a la participación del Organismo Regulador en el procedimiento arbitral, **indicándose que intervendrá con un informe como un perito en los temas de su competencia, cuando la controversia entre las partes trate aspectos de tales puntos, pero no como otra parte al ser una no signataria.** De esto último, puede verse que no se afecta el procedimiento arbitral, en tanto que **el informe del Organismo Regulador no coadyuvará a una de las partes en perjuicio de otra por decreto, sino que será aportado al procedimiento para la consideración de ambas partes.**

xxxiv. **De la gradualidad obligatoria** que se presenta en la Propuesta, **se observa que se ha ubicado desde el supuesto *ex ante* controversia estableciéndose obligatoriamente la perspectiva técnico-colaborativa-preventiva con el Sistema de Alertas y la Junta de Revisión de Disputas** para evitarse el conflicto, **para luego en el supuesto *ex post* controversia se tome** – con alternancia a lo normado para el Amigable Componedor -- **la Junta de Resolución de Disputas preferentemente para las circunstancias cotidianas, y en caso de desacuerdo con la Solución se pase al Arbitraje como un antecedente pero se aplica mientras tanto lo resuelto;** así se tiene que se da aplicación específica a cada mecanismo privilegiando lo preventivo, además de compartirse información en pro de la continuidad del proyecto fin buscado en la APP. En lo referente al Amigable Componedor, se tiene en la Propuesta que no se profundiza que responde a la complejidad de su regulación, quedando su uso facultativo y de corresponder su desuso o derogación fáctica.

xxxv. Finalmente, se obtiene que la Propuesta, en adición a que permite arribar a los fines de todo mecanismo de solución de controversia y de las APP, **solo implica una modificación del artículo 56 numeral 3 y 4 de la Ley de APP, así como de los artículos 130, 131, 132 y 133 del Reglamento,** que conllevan desde una perspectiva **general solo un cambio parcial *mutatis mutandis*;** por lo tanto, **se determina que con el uso de la gradualidad obligatoria y la adición de un Sistema de Alertas es posible arribar a los mismos objetivos actualmente previstos, pero con una optimización en el tiempo desde lo preventivo de su uso,** para dinamizar el desarrollo de las APP.

9.4 Sobre el Re empoderamiento de Proinversión

Los *Steps*, planteados en este punto, se correspondieron a actividades, que en conjunto llevaron a “determinar si con el Re-empoderamiento de Proinversión se puede obtener los mismos resultados, con mayor especialización, evitando ineficiencias sociales y fiscales” (cuarto objetivo específico), habiéndose desarrollado de la siguiente manera.

- Recopilar y Sistematizar la normativa sobre el marco institucional de las APP.

Step 1: ¿Cuál es la regulación del marco institucional del régimen de APP?

Step 2: ¿Cómo se encuentran sistematizadas dichas normas?

- Analizar el sentido jurídico de las funciones de los actores, y su articulación en el marco institucional del régimen de APP

Step 1: ¿Cuál es el sentido o finalidad de tales normas?

Step 2: ¿Cómo se encuentran articuladas las funciones de los actores APP? ¿se satisfacen sus objetivos propuestos?

- Evaluar si con el Re empoderamiento de Proinversión, se puede arribar a los fines APP y evitar las ineficiencias fiscales y sociales

Step 1: ¿En qué consiste el Re empoderamiento de Proinversión?

Step 2: ¿Se pueden evitar las ineficiencias fiscales y sociales con el Re empoderamiento de Proinversión?

En este orden de ideas, discurrió el análisis, obteniéndose información como sigue a continuación:

- i. De la sistematización de tales normas se obtuvo que **en el DL 1362**, el Marco Institucional **se divide en dos grupos en los que se tocan temas generales relativos al Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada (SNPIP) y de Proinversión**; así en el primero se abordan como temas: las Generalidades del Sistema Nacional de Promoción de Inversión Privada, la Entidad Publica Titular del Proyecto, el Comité Promotor de la Inversión Privada, los Organismos Promotores de la Inversión Privada, el Seguimiento de la Inversión, la Prioridad de Trámites y la Facultad discrecional de las entidades públicas; mientras que en el segundo se tocan artículos sobre: las Generalidades sobre Proinversión, el Consejo Directivo, la Dirección Ejecutiva, los Comités Especiales de Inversiones, la Dirección de Proyectos y Direcciones Especiales, la Publicidad de acuerdos y opiniones, además del Fondo de Promoción de la Inversión Privada. **Con ello se presenta nominalmente la preminencia de**

Proinversión en el SNPIP, dándole un apartado específico para su organización, y agrupando a los otros integrantes del Sistema de manera separada. Sin embargo, del contenido de tales puntos, se extrae denotativamente que la presencia del Ministerio de Economía y Finanzas es constante.

- ii. Asimismo, se extrae de la sistematización del DL 1362 que, **existen otros artículos en los que se da cuenta de la participación de los organismos integrantes del SNPIP**, directamente vinculados con el manejo del procedimiento y al arribo de los fines APP en los tiempos previstos. En ese sentido, **se encuentran: la obligación de la EPTP de adquirir y liberar de interferencias los predios necesarios, las opiniones emitidas** respecto a los documentos de cada fase – de donde resalta la del MEF sin precisarse su contenido y la CGR sobre la capacidad financiera y crédito --, **y la supervisión de los contratos. No obstante, su regulación es marcadamente separada**, con derivaciones explícitas a la Ley de los Organismos Reguladores o del Sistema Nacional de Control, e implícitas con el constante uso del término “conforme a sus competencias” particularmente en lo concerniente a la emisión de opiniones y con la **denominación de “Sistema Funcional” señalado en los artículos 43, 44 y 45 de la LOPE**; por lo que **no hay claridad en la sistematización de la interconexión entre los organismos intervinientes.**
- iii. Por su parte, en el desarrollo de esta normativa realizada **en su Reglamento**, se tiene una **regulación por separado de cuatro de los organismos del SNPIP** (MEF, EPTP, OPIP, PROINVERSION). En la separación, **nominalmente se ubica** a la Agencia de Promoción de la inversión Privada – **Proinversión**, **ya no como un actor principal del Sistema sino como uno adicional con las OPIP**, además de precisarse un **apartado para la organización del MEF entorno a la dirección de la política de promoción y desarrollo de Asociaciones Público Privadas, mediante su Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada (DGPPIP)**. Empero, **no se expresa apartado específico para la Contraloría General del República o el Organismo Regulador**, más allá de lo concerniente a la emisión **de sus opiniones sobre los documentos de las fases del procedimiento**; a tal punto también se le añade que, si bien se señala la **opinión del MEF** sobre tales documentos, **no se diferencia que sub organismo realizará el análisis y emitirá dichas opiniones**. De esta manera, solo se indica que **la DGPPIP no es competente** para: realizar el seguimiento de la inversión, la contratación del soporte especializado, la emisión de opiniones y otras que señale el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del MEF; tal **punto se contradice con el literal e del artículo 228 del ROF**, que sí lo señala como la entidad encargada de la emisión de opiniones.
- iv. En adición, en el Reglamento se reitera: la responsabilidad de la EPTP de gestionar el contrato, adquirir predios y liberar interferencias, el encargo de supervisión de la ejecución de los contratos a los

Organismos Reguladores en caso que los proyectos se traten sobre sus sectores o por las entidades señaladas en el propio contrato en su defecto, y el registro de contratos por el MEF. Debe señalarse, que se observa tanto para la Ley como su Reglamento, el **trato también por separado del seguimiento de los contratos con el Equipo Especializado de Seguimiento de Inversión y la supervisión de los mismo, existiendo una sistemática dispersa al respecto.**

Tabla 19

Finalidad de las normas del Marco Institucional de APP – Sistema, EPTP y MEF

	REGULACIÓN ACTUAL	SENTIDO JURÍDICO	FASE DE ACTUACIÓN
SISTEMA NACIONAL DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 5 Ley APP (concepto del sistema y fines) • Art. 7 y 8 Reglamento APP (integrantes del Sistema, criterios y principio de relación) • Art. 43 y 45 de la Ley 29158 – LOPE (Sistema Funcional) 	<ul style="list-style-type: none"> • Tener un Sistema especializado, que formule, aplique y coordine las políticas orientadas principalmente al cierre de brechas de infraestructura y la provisión de servicios públicos mediante el régimen de APP. Para ello, los integrantes del Sistema deben relacionarse en de cooperación, buena fe y presunción de veracidad; y procurando la realización prevista del proyecto, conforme al principio de Enfoque por Resultados. 	<ul style="list-style-type: none"> • Todas las fases
	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 5 de la Ley APP (dirección de política) • Art. 9.1 numerales 1,2,3,4 y 7 del Reglamento APP (DGPPIP) • Art. 44 de la Ley 29158 – LOPE (Ente Rector) 	<ul style="list-style-type: none"> • Ser el director de la política de promoción y desarrollo del procedimiento de APP, por medio de su Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada, ente rector, autoridad técnico – normativa y máximo intérprete de la aplicación de la norma de APP; con sus lineamientos técnicos, evaluación de políticas. 	<ul style="list-style-type: none"> • Todas las fases
MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 9.1 y 9.2 de la Ley APP (seguimiento por el EESI en todas las fases para proyectos priorizados, con criterios del MEF) • art. 9.2. 1 del Reglamento APP (no dentro de las competencias de la DGPPIP) 	<ul style="list-style-type: none"> • Realizar el acompañamiento, y seguimiento de determinados proyectos priorizados, con un equipo especializado para ello. 	<ul style="list-style-type: none"> • Todas las fases
	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 9.1.5 y 9. 3 de la Ley APP (brindar soporte especializado para EPTP, a través DGPPIP) • Art. 9. 2.2 y 11 del Reglamento APP (brindar soporte especializado para EPTP, no a través DGPPIP sino por contratación) 	<ul style="list-style-type: none"> • Desempeñarse como asistencia técnica especializada y capacitación a los integrantes del Sistema al ser quien emite la política, pero conforme al reglamento por medio de la contratación de terceros. 	<ul style="list-style-type: none"> • Todas las fases

<ul style="list-style-type: none"> • art. 36, 37, 38, 39, 40, 41 y 45 de la Ley APP (sobre la opinión) • art. 9.2.3, 31.4, 41, 45, 51 y 55 del Reglamento APP (opinión sobre distintos documentos de cada fase, no por DGPPIP) • 228 del ROF - MEF 	<ul style="list-style-type: none"> • Actuar como unidad de análisis de riesgo, analizando la clasificación del proyecto, capacidad de pago del Estado en caso de cofinanciamiento, el análisis de valor por dinero, y el impacto del proyecto en la competencia. 	<ul style="list-style-type: none"> • Planeamiento y Programación → IMI • Formulación → IE • Estructuración → VIC • Transacción → VIF • Ejecución → Adenda
<ul style="list-style-type: none"> • Art. 9.1.5, 59, 60 y 61 de la Ley APP (llevar los registros) • Art. 139, 140 y 141 del Reglamento APP (llevar registros) 	<ul style="list-style-type: none"> • Llevar el Registro Nacional de Contratos, de compromisos y contable, para transparentar lo acontecido en el procedimiento, y formar una base informativa del trabajo realizado. 	<ul style="list-style-type: none"> • Ejecución Contractual

Nota: Tabla elaborada en base al contenido del DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

v. Tomando en cuenta lo mostrado, se observa que el **sentido jurídico del Sistema de Promoción de la Inversión Privada, es el de ser un sistema funcional** en la línea de lo indicado en el artículo 43 y 45 de la Ley 29158 – Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE), esto es, un **mecanismo de organización que pretende articular diversas entidades orientadas al cumplimiento de la política de cierre de brechas de infraestructura y de servicios públicos**, por medio del mecanismo de APP. Dicho Sistema **abarca todas las fases del procedimiento**, y señala como criterios de relación entre las entidades intervinientes: la cooperación, buena fe y presunción de veracidad de sus actos; todo ello en el marco del principio de Enfoque por Resultados que privilegia el cumplimiento de lo previsto para el proyecto, en sus plazos y calidad.

vi. A su turno, se tiene respecto al **Ministerio de Economía y Finanzas**, que el **sentido jurídico de su participación** en el procedimiento es diverso. De esta manera, **en primer lugar**, se le presenta como **director de la política nacional del promoción y desarrollo de APP**, mediante su Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada que rige técnico normativamente todo el Sistema y es el máximo intérprete de su normativa durante todas las fases del procedimiento; **se actúa, así como unidad especializada en APP.**

En segundo lugar, en base a lo anterior, **durante todas las fases hace seguimiento de proyectos priorizados con el Equipo Especializado del Seguimiento**, además de brindar asesoría y capacitación a los integrantes del Sistema; al respecto, es pertinente señalar que **no se llega a precisar en el Reglamento APP, los criterios del MEF para priorizar tales proyectos**, y sobre la asesoría, aunque en la Ley APP se da a entender que será realizada directamente por el MEF, en el Reglamento esto se deja

a terceros, siendo el mencionado ministerio, quien coadyuve a su contratación.

En tercer lugar, se extrae que **busca mitigar situaciones de riesgo y velar por el cumplimiento del principio de Valor por Dinero, a través del análisis de: la clasificación del proyecto, la capacidad de pago del Estado en caso de cofinanciamiento y el impacto del proyecto en la competencia, en las opiniones** que emite en referencia a los documentos de cada fase del procedimiento APP (IMI, IE, VIC, VFC y Adenda); **actuando de esta forma como unidad de riesgo**. De esta función – no contenida en el apartado del Marco Institucional de la Ley APP, pero si en el resto de dicho cuerpo normativo -- debe decirse que, si bien en el artículo 9.2 del Reglamento APP se indica que no corresponde a la DGPPIP la emisión de estas opiniones sino a otras unidades orgánicas del MEF, en el artículo 228 del Reglamento de Organización y Funciones del MEF, se señala que dicha dirección sí es encargada de tal función.

Por último, en cuarto lugar, **puede verse que, con la regulación del MEF**, también se persigue que, durante la fase de Ejecución Contractual, **aplicar el principio APP de transparencia, con la administración del Registro Nacional de Contratos, el Registro de Compromisos y el Registro Contable**; dejando al acceso público su conocimiento y control.

- vii. En lo concerniente a la **Entidad Pública Titular del Proyecto**, se observa que el **sentido jurídico de su participación** en todas las fases **actúa como unidad contratante**, desde las etapas iniciales, la suscripción del contrato y su ejecución. Sin embargo, **su actuación** generalmente no es realizada directamente sino **a través de la delegación al Comité de Promoción de la Inversión Privada**, una **unidad orgánica de la entidad designada** o durante la ejecución puede realizar sus funciones por medio de **un Órgano Especializado** para proyectos con un CTI mayor a 300 000 UIT; salvo en el caso de aprobación de para la promoción del proyecto o la suscripción del contrato. A su vez, **articula con otras entidades acuerdos cuando se comparte competencia en el Planeamiento y Programación**, así como, es responsable de la entrega de bienes para la realización de bienes conforme a lo previsto. Sobre esto último debe decirse que, no forma parte del marco institucional del régimen de APP, **sino que se encuentra de manera aislada**.

Tabla 20

Finalidad de las normas del Marco Institucional de APP – OPIP

	REGULACIÓN ACTUAL	SENTIDO JURÍDICO	FASE DE ACTUACIÓN
OPIP – PROINVERSIÓN	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 8.1, 8.2, 8.5 y 12.4.1 de la Ley APP (concepción de OPIP y condición Proinversión) • Art. 12, 13, 15 Y 23 del Reglamento APP (criterios para asignación de proyectos) 	<ul style="list-style-type: none"> • Actuar como unidad, perteneciente al MEF, encargada de la Promoción de proyectos en Asociaciones Público Privadas de competencia nacional: de iniciativa estatal (multisectorial o CTI superior a 40 000 UIT), de iniciativa privada, y de los organismos habilitados por ley. Además de los proyectos cofinanciados de todo nivel, y los que le encargue la EPTP. 	<ul style="list-style-type: none"> • Estructuración • Transacción
	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 12 Incisos 1, 2, 3, 4.3, 5, 6, 7, 8 y 9. Art. 13, 14, 15, 16, 17 y 19 de la Ley APP • Art. 24, 25, 26, 27 y 28 del Reglamento APP (criterios para asignación de proyectos) 	<ul style="list-style-type: none"> • Desempeñarse como una unidad especializada en APP, que, por medio de un organismo estructurado, concrete sus fines de: promoción de proyectos APP bajo competencia apoyado en el FONCEPRI, asistencia técnica a la EPTP en el desarrollo de los proyectos en sus oficinas descentralizadas, seguro a las decisiones de sus funcionarios, disuasión el abandono en el desarrollo de proyectos; ello aplicando desde su Dirección Ejecutiva, lo acordado por su Consejo Directivo, presidido por el MEF. 	<ul style="list-style-type: none"> • Todas las fases
	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 18 de la Ley APP (publicidad de los acuerdos del consejo directivo, y las opiniones del organismo regulador) 	<ul style="list-style-type: none"> • Mantener publicidad de los acuerdos, para transparentar lo acontecido en el procedimiento, y formar una base informativa del trabajo realizado. 	<ul style="list-style-type: none"> • Todas las fases
OPIP – COMITÉ PROMOTOR DE LA INVERSIÓN PRIVADA	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 7.1, 7.2.1, 7.3, 8.3, y 8.4 de la Ley APP (concepción de CPIP y condición como OPIP) • Art. 14, y art. 17 incisos 1, 2, 3, 5, 6, 7 y 8 del Reglamento APP (concepción CPIP y rol promoción) 	<ul style="list-style-type: none"> • Actuar como unidad, creada por la EPTP, para la Promoción de proyectos en Asociaciones Público Privadas de: Gobierno Regionales, Gobiernos Locales, y entidades habilitadas por ley; siempre que no sea competencia de Proinversión. 	<ul style="list-style-type: none"> • Estructuración • Transacción
	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 7.2.2, 7.4, y 7.5 de la Ley APP (funciones de coordinación) • Art. 17.4 del Reglamento APP (funciones de coordinación) 	<ul style="list-style-type: none"> • Ser una unidad de coordinación al interior de la EPTP para el seguimiento del procedimiento APP, y externamente compartiendo información con las otras entidades del SNPIP; cumpliendo las decisiones tomadas por Proinversión. 	<ul style="list-style-type: none"> • Todas las fases

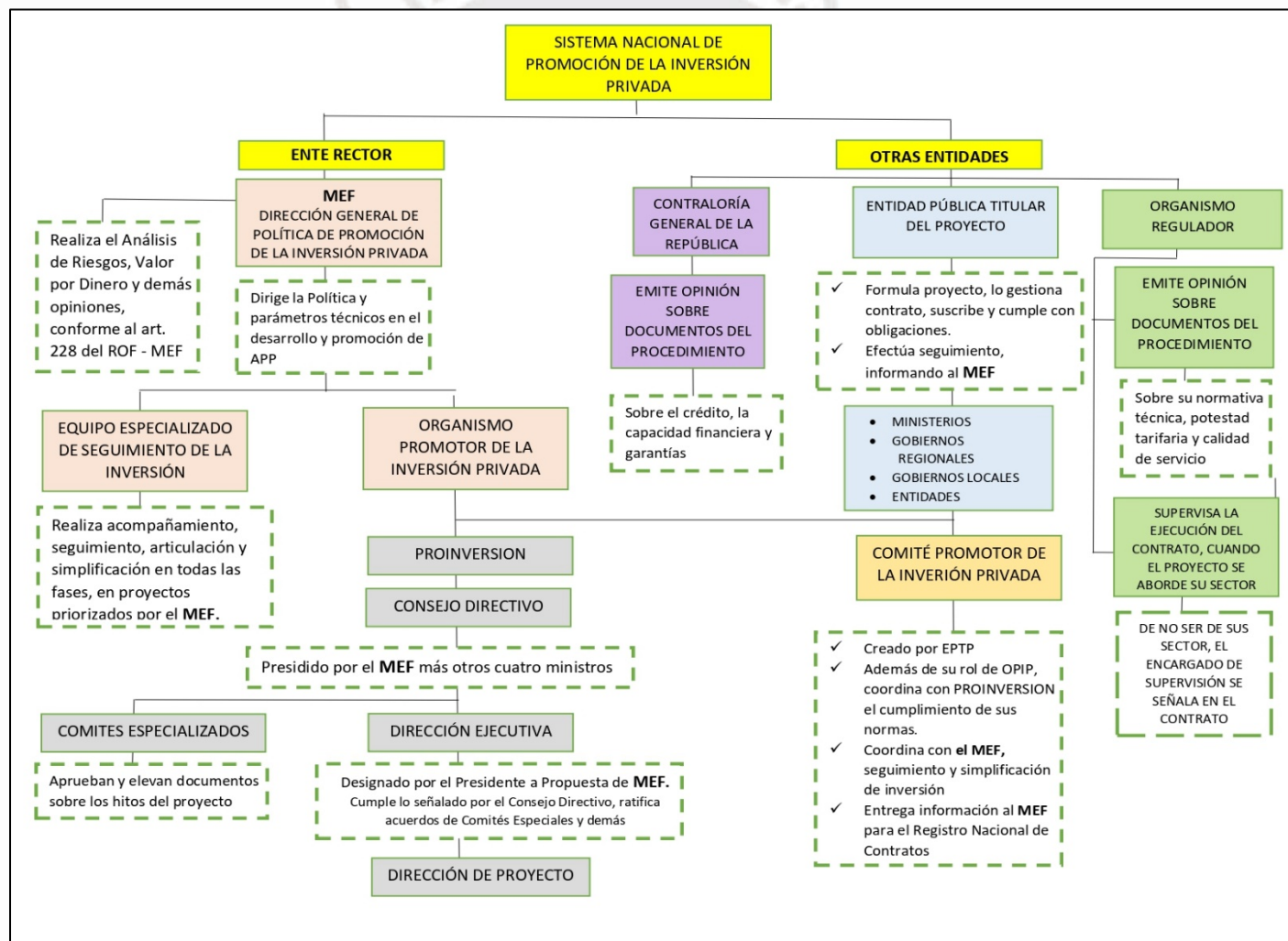
Nota: Tabla elaborada en base al contenido del DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

- viii. En cuanto, **al sentido jurídico** de la **intervención del Organismo Promotor de la Inversión Privada (OPIP)** se advierte de lo regulado que más que una entidad, **es una condición** que es ostentada para proyectos de **competencia nacional**, cofinanciados y por con un CTI mayor a 40 000 UIT por la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – **Proinversión**, mientras que para los **proyectos de Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales, entidades habilitadas por ley o los que no se encuentren en los anteriores supuestos**, por el Comité de Promoción de la Inversión Privada designado *ad hoc* por la EPTP correspondiente. La **función de estas OPIP** está orientada a la **Promoción de proyectos APP**, por lo que su actividad se realiza principalmente en las fases de Estructuración y Transacción.
- ix. Asimismo, se tiene **como sentido jurídico** sobre **Proinversión**, que se busca que actúe como una **unidad APP centralizada y especializada, brindando asistencia técnica** en sus oficinas descentralizadas sobre el funcionamiento del SNPIP, asumiendo la promoción de proyectos cuando la EPTP se lo solicite en las fases de estructuración y transacción, tomando medidas para el desarrollo de APP (como la administración del FONCEPRI o el seguro para las decisiones de sus funcionarios) y aplicando el principio de transparencia con la publicidad de sus acuerdos (a los que se añade los del organismo regulador). Al respecto, **se ve una duplicidad de acciones**, considerando **la labor realizada por el MEF desde su Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada**.
- x. En el caso específico del **Comité de Promoción de la Inversión Privada**, se advierte como su **sentido jurídico**, además de **llevar la promoción de proyecto luego de ser aprobado por la EPTP como un organismo especializado**, que es un **ente coordinador** entre los órganos internos de la entidad haciendo seguimiento del procedimiento, y a la vez coordina externamente con los requerimientos de información del MEF, Proinversión u otras entidades, cumpliendo en todo esto las normativas y acuerdos que establezca Proinversión. Esta actividad de coordinación, como el ejercicio de funciones de la EPTP, **se realizan durante todas las fases del procedimiento**.
- xi. De la regulación actual, se observa que el **sentido jurídico** de la participación **de los Organismos Reguladores** es de tutela al cumplimiento de sus normas sectoriales de índole legal, reglamentario y técnico, **mediante las opiniones que emite durante las fases** de Estructuración, Transacción (a las versiones del Contrato) y de Ejecución (a la eventual Modificación Contractual); esto es, tocando temas de calidad de servicio, y regulación tarifaria, aunque como se señaló precedentemente sin especificar tales aspectos, sino dejando al término **“en el marco de sus competencias”**.
- xii. A lo anterior se le añade que, se advierte que el **sentido jurídico de las actividades que realiza en la fase de Ejecución contractual**, es principalmente la **supervisión del cumplimiento de lo previsto**, cuando el proyecto se desenvuelva en sectores regulados; lo que si bien se corresponde con una de

sus competencias de acuerdo a la Ley 27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos – función supervisora -- **no concuerda con los aspectos del contrato no concernientes a su sector**. En el mismo sentido, se deja sin precisar el encargado de la supervisión en proyectos de ámbitos no regulados.

- xiii. Por último, para el caso de la **Contraloría** General de la República, el **sentido jurídico** de su rol en el SNPIP, es **similar al de los reguladores**, esto es, **tutelar el cumplimiento de sus normas sectoriales focalizándose en el control adecuado uso de los recursos públicos** en crédito otorgado o la capacidad financiera del Estado, para proyectos cofinanciados. Sin embargo, algo que no llega a tocar es el control del cumplimiento normativo de las entidades intervinientes durante las fases del procedimiento, punto importante considerando la necesidad de credibilidad y confianza que requieren el régimen de APP.

Figura 26
Articulación de entidades integrantes del SNPIP



Nota: Figura elaborada en base al DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

- xiv. A partir del **esquema** (Figura 26) elaborado **de la regulación actual sobre el Marco Institucional y las entidades integrantes del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada**, se observa el **rol omnicompreensivo del Ministerio de Economía y Finanzas en diferentes aspectos del Sistema**. Así, con su Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada, **lidera la política de APP** para todo el SNPIP como ente rector del Sistema Funcional; **a su vez, entorno a Proinversion** (entidad adscrita a tal Ministerio), **preside su Consejo Directivo** (máxima autoridad de tal organismo), **propone a su Director Ejecutivo y con ello dicta los lineamientos a cumplir en todo el resto de aspecto de promoción**; es por su **parte encargado de designar el Equipo Especializado de Seguimiento para proyectos priorizados** (sobre los cuales no se señala los criterios de priorización) **comportándose como Unidad de Monitoreo**; **coordina con los Comités de Promoción de la Inversión Privada** el seguimiento y pedidos de información de los proyectos bajo la competencia de estos, quienes *per se* tienen en sus funciones **hacer cumplir los acuerdos del Consejo Directivo, la Dirección Ejecutiva de Proinversión y las políticas de la DGPIIP, todas entidades vinculadas al MEF**.
- xv. En adición, en la normativa del DL 1362 y su Reglamento, se advierte que el **MEF emite opiniones sobre todos los documentos de cada una de las fases o ‘hitos’ (IMI, IE, VIC, VFC y Adenda) del procedimiento**, tanto de la modalidad de APP elegida como **actuando estrictamente como Unidad de Riesgos, que analiza el valor por dinero y riesgos fiscales del proyecto en caso de cofinanciamiento**. De estas opiniones se tiene que, aunque el reglamento precisa su emisión por unidades orgánicas del MEF, el Reglamento de Organización y Funciones de dicho ministerio, se atribuye tal función a la DGPIIP; **teniendo con esto que vuelve a redundar los vínculos en el Ministerio de Economía**. Sin embargo, de las funciones observadas, la de control de riesgos y análisis de valor por dinero, es la más cercana a la labor esencial del MEF.
- xvi. Sobre lo señalado, **se advierte un error de concepto ubicado en la piedra angular del Sistema**, y que ha coadyuvado a consecuencias como las descritas en el planteamiento del problema, es decir, la paralización del desarrollo de APP. Tal error de concepción consiste en que **el liderazgo y control del SNPIP, concebido como un sistema funcional que está orientado al “cumplimiento de políticas públicas que requieren la participación de todas o varias entidades del Estado” (artículo 45 LOPE), es entregado a un integrante de su similar antónimo, esto es, al MEF que pertenece eminentemente y preside un sistema administrativo**, que busca “regular la utilización de los recursos en las entidades de la administración pública, promoviendo la eficacia y eficiencia en su uso” (artículo 46 LOPE), en específico referido a **las materias de: Presupuesto Público, Tesorería y Endeudamiento**. Este hecho da pie a que **la generación de políticas públicas en infraestructura y servicios públicos mediante APP,**

no sea realizada desde la óptica de su promoción, mejora continua y desarrollo, sino desde una perspectiva de control de presupuesto y recursos, propia del mencionado Ministerio, así como de un sistema administrativo. En consecuencia, ya en este punto, considerando que el fin de la normativa del SNPIP es articular diversas entidades orientadas al cumplimiento de la política de cierre de brechas de infraestructura y de servicios públicos por medio del mecanismo de APP, se tiene que **la manera en que se plantea su organización desde el liderazgo de un ente administrativo, limita el arribo a dicho objetivo.**

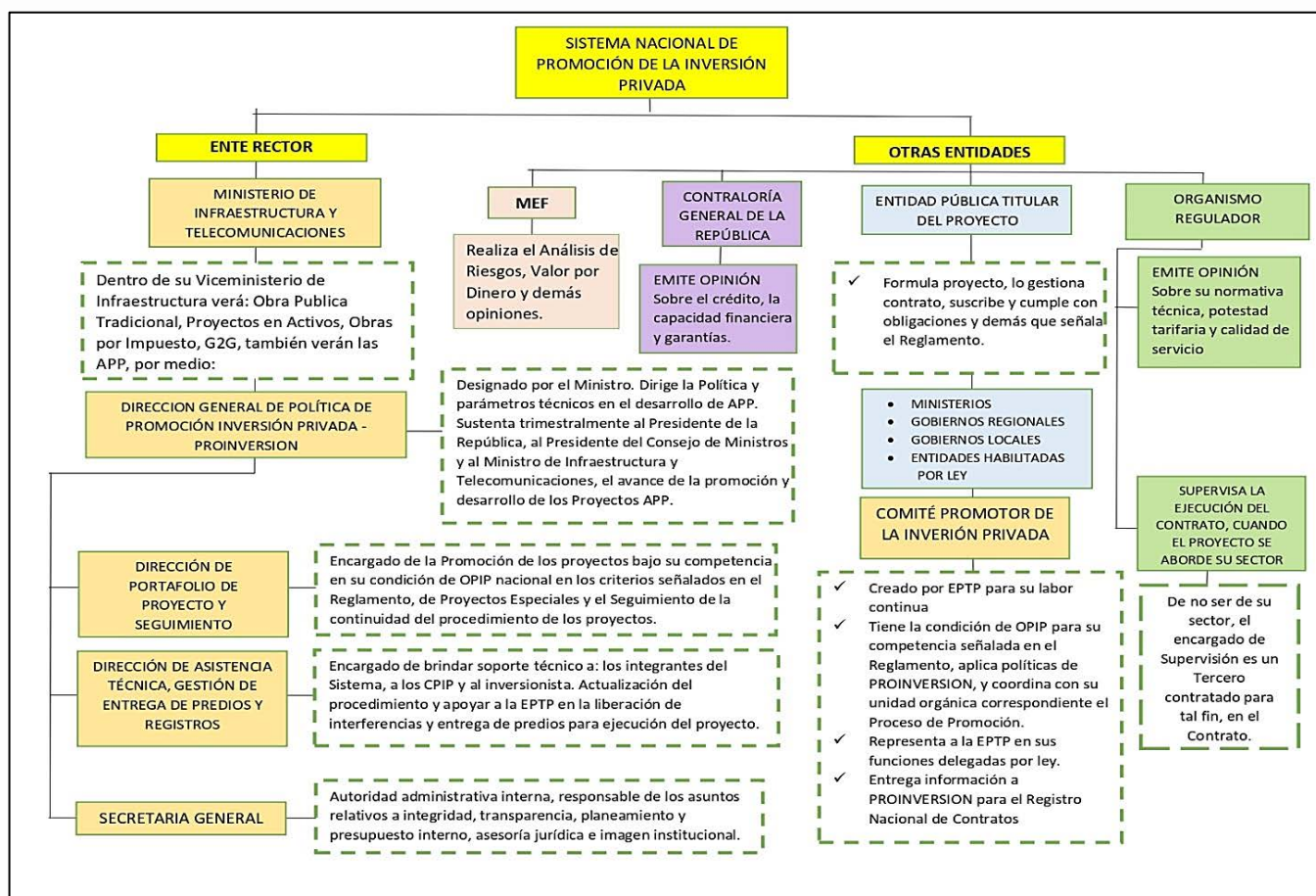
- xvii. Por su parte, se extrae de manera más específica para **Proinversión** y como consecuencia de lo anterior, el **sometimiento de esta entidad en su organización a lo señalado por el MEF, y su limitación de competencia a la promoción, como OPIP nacional** de proyectos que son aprobados por su Consejo Directivo presidido por el **Ministerio de Economía, teniéndose que este último es fácticamente la Unidad APP** (entidad especializada en el régimen, que y encarga de dirigir la política de su desarrollo), necesaria para dirección y control de sistemas que administran este tipo de regímenes, se encuentra una vez más en el **MEF, que asume el rol de Unidad de Riesgos, Unidad de Monitoreo y Unidad APP, a la vez.** La consecuencia de esto, es que se abre la puerta a conflictos de interés en las fases del procedimiento, como el de **evaluar favorablemente con sus opiniones, proyectos de los que previamente aprobó su promoción,** al presidir el órgano encargado de ello (Consejo Directivo) **o que desapruere de inicio proyectos que se promovieron sin su voto favorable,** pero si con el de los demás miembros del Consejo Directivo, **llevando a su vez a que** –en la línea de lo señalado por Joan Prats para el BID – se **den supuestos de ineficiencias sociales** (que no se realicen proyectos con costo beneficio positivo para la población o que se realicen proyectos que nunca debieron realizarse por APP) **o de ineficiencias fiscales** (no aprovechando el beneficio valor por dinero del proyecto, o que se realice un proyecto con valor por dinero negativo). Esto produciría que **no se cumpla la finalidad de Proinversión como unidad APP, especializada en el régimen, al reducirse su campo de acción.**
- xviii. Asimismo, **respecto** específicamente **al rol de los Comités de Promoción de la Inversión Privada,** se tiene que **en su condición de OPIP designada por Entidad Pública Titular del Proyecto,** ejerce funciones de **aplicación de los acuerdos de Proinversión que como se vio es conducida por el MEF,** realizando actividades de promoción **en su competencia:** Regional, Local o de Entidades Públicas habilitadas por ley. **Añadiéndose, su función de coordinador** interno como seguimiento de la continuidad del proyecto y externo compartiendo información con entidades del SNPIP (principalmente el MEF y Proinversión); **pero sobretudo las acciones que cumple en ‘representación’ de la EPTP** – salvo la aprobación para promoción del proyecto y suscripción del contrato – en todas las

fases del **procedimiento al ser el organismo especializado para ello**, es decir, como una Unidad APP descentralizada.

- xix. En esto, **se observa el modelo de organización del Sistema APP**, en el que, **si bien se establece un ‘modelo centralizado’ con una entidad que dirige la política de promoción y desarrollo de los proyectos** como Unidad APP (en nuestro caso el MEF), **se permite que un organismo *ad hoc*** (el Comité de Promoción de la Inversión Privada) **de la EPTP sea quien actué como entidad especializada** llevando la mayor parte del proceso, **en contraste con que el Estado peruano, sea “uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado”** (artículo 43 de la Constitución Política del Perú), a lo que **se añade que, un órgano *ad hoc* no gozará necesariamente de la especialización pertinente sobre este particular régimen, como si lo tiene Proinversión al dedicarse exclusivamente al punto**, pero que es dejado una vez más de lado. Al efecto, es pertinente señalar que la carencia de especialización de un órgano *ad hoc*, **puede desencadenar en los supuestos** mencionados previamente, **de ineficiencias sociales** (en el que no se realizan proyectos con costo beneficio positivo para la población o que se realicen proyectos que nunca debieron realizarse por APP) **o de ineficiencias fiscales** (al no aprovechar el beneficio por el valor por dinero del proyecto, o que se realice un proyecto con valor por dinero negativo); ello **llevaría a no cumplir con la finalidad** del Sistema, que es el cierre de brechas de infraestructura y servicios públicos.
- xx. De otro lado, la articulación **de la Entidad Pública Titular del Proyecto** en el Sistema, **se da solo como Unidad Contratante** encargada directamente de la aprobación de la promoción del proyecto – cuando no lo hace Proinversión -- y de la suscripción del contrato, siendo **llevadas el resto de sus funciones, por el: CPIP, una unidad orgánica o un órgano especializado**, esto último para la fase de Ejecución. En tal sentido, su actuación es limitada a tales puntos, además de plantear el proyecto, en caso de iniciativa estatal, **dejando su función de liberación de interferencias de los predios** donde se realizará el proyecto, a **el órgano especializado *ad hoc* en proyectos correspondientes**, pero la falta de conocimiento continuo no garantiza resultados.
- xxi. En lo concerniente a **la Contraloría General de la República**, se da una **participación puntual, relacionada a su opinión en proyectos cofinanciados**, pero no participa en otro punto adicional en el Sistema; a ello deberá agregarse lo señalado por la reciente “Ley que establece medidas para la expansión del Control Concurrente”- Ley N° 31358, que amplía el control concurrente de la Contraloría a las APP, pero – como se indicó en el Marco Teórico – aún no tiene regulación en detalle para este régimen en específico. **Situación similar** es mantenida por el **Organismo Regulador**, que también **emite opiniones entorno a sus competencias** sobre los documentos de la fase de **estructuración**,

transacción y ejecución del procedimiento, pero su participación no es directa en este aspecto. La salvedad se advierte en que el Organismo Regulador participa el supervisor de la ejecución de los contratos, lo que forma parte de lo correspondiente a la Unidad de Monitoreo, empero, este rol se encuentra disgregado de lo realizado por el Equipo Especializado de Seguimiento; lo que, si bien puede superarse con interpretación sistemática, obstaculiza la clara comprensión y articulación de sistema, con ello al logro de sus fines.

Figura 27
Propuesta de Re empoderamiento de Proinversión



Nota: Figura elaborada en base al DL 1362 y su Reglamento. Fuente: Elaboración Propia

xxii. De la **Propuesta de Re-empoderamiento de Proinversión**, se advierte que se articula en dos grupos, preservándose en el primero el Sistema Nacional de Promoción de Inversión Privada, como un sistema funcional que promueve la política de desarrollo de infraestructura y servicios públicos, pero encontrándose lo sustancial en el **cambio del Ente Rector, pasando a ser Proinversión** con el nombre de **Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada**, adscrita al Viceministerio de

Infraestructura del Ministerio de Infraestructura y Telecomunicaciones (actual Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC, que cambiaría de nombre y ampliaría su sentido), actuando como Unidad APP especializada en este régimen. Dicha entidad, cuyo director será designado por el Ministro, **dirigirá la política técnica – normativa del Sistema**, con el deber de informar trimestralmente: al Presidente de la República, al Presidente del Consejo de Ministros, y al Ministro de su sector, sobre el avance y desarrollo de los proyectos.

- xxiii. Será **integrada principalmente por: (i) la Dirección de Portafolio de Proyecto y Seguimiento**, que además de tener la **condición** de Organismo Promotor de la Inversión Privada (**OPIP nacional de los proyectos con las características que precise el Reglamento y de los Proyectos Especiales que se le asignen**, será **órgano de Seguimiento** de la realización de los proyectos, mediante sus sub unidades, a partir de su especialización en el régimen, **(ii) la Dirección de Asistencia Técnica, Gestión de Entrega de Predios y Registros**, que como consecuencia de su actuar **como Unidad APP asesora a los distintos intervinientes** en el procedimiento para su acercamiento y desenvolvimiento en la APP, **colabora con la EPTP** en el cumplimiento de su **obligación de entrega oportuna de predios** --- un aspecto fundamental para el desarrollo del proyecto--- para la ejecución del contrato, **(iii) la Secretaría General**, que se encargará de **aspecto administrativo** de Proinversión.
- xxiv. Sobre el particular, se puede ver que al ponerse al frente del Sistema a un organismo centrado únicamente en: la especialización, continuidad, mejora y desarrollo de las Asociaciones Público Privadas, se evidencia una relación directa “medio – fin” con el logro de los objetivos APP, esto es, **con la instauración de una entidad especializada (medio)** que no tenga el deber atender a la vez multiplicidad de funciones como se venía dando con el MEF, **se permite un mayor enfoque en el desarrollo de infraestructura y servicios públicos a través del régimen de APP, optimizando capacidades y recursos (finalidad).**
- xxv. De tal manera, resultando un medio idóneo para arribar a los fines APP y en ejercicio de su actuación como Unidad APP, **no se detiene primordialmente en la consideración del presupuesto o recursos como en el SNPIP actual, sino que se centra en promover la política APP, fortaleciendo las actividades que ya realizaba Proinversión** (como la asistencia técnica a los integrantes del Sistema y a los *stakeholders*⁵⁷), **pero a la vez**, atendiendo tópicos como la **publicación de los Registros** (contratos, compromisos y contables) o **coadyuvar a la EPTP** a la entrega oportuna de predios para la ejecución

⁵⁷ *Stakeholders*.- Partes con interés en el desarrollo del proyecto, pero que no necesariamente forman parte del marco institucional. V. gr. - inversores, población de área de influencia, población general, organismos públicos, etc.

del proyecto, punto básico para que se concrete todo lo planeado.

- xxvi. En la **perspectiva del Principio de Enfoque por Resultados**, con la Propuesta se reduce los costos temporales de coordinación entre el MEF y el Consejo Directivo o la Dirección Ejecutiva de Proinversión para una única actividad específica de promoción; llevándose todo a una sola entidad que sería el MTC por su afinidad con el régimen de APP, pero ampliándose su rubro de transportes a Infraestructura. Así, hasta este punto, se extrae que la Propuesta con los cambios no solo arriba a los mismos fines APP, sino que fortalece también lo que ya se tenía.
- xxvii. En lo concerniente al **segundo grupo** en que se articula la Propuesta, se observa que: (i) se ratifica la intervención la **Entidad Pública Titular del Proyecto** en su rol de **Unidad Contratante**, debiendo ser quien proponga el proyecto en Iniciativas Estatales, además de **participar en todas las fases del procedimiento** en Iniciativa Privadas y Estatales (formulación, estructuración del Contrato, suscripción, gestión del Contrato, y demás que señale el Reglamento), **por medio de su Comité de Promoción de la Inversión Privada**, (ii) este último **mantendrá su condición** de Organismo de Promotor de la Inversión Privada (**OPIP**) **para los proyectos de su competencia, coordinando** continuamente y aplicando las políticas emitidas por **Proinversión, y entregándole la información** pertinente para los **Registros** de contratos, contable y de compromisos, y (iii) **la Contraloría General de la República mantiene también su intervención con su opinión** sobre las versiones del Contrato en caso de cofinanciamiento o de eventual modificación contractual, **pero** tomando lo señalado en anteriores apartados, **se precisa sus áreas de opinión** en concordancia con la Ley del Sistema Nacional de Control.
- xxviii. Por su parte, (iv) tiene un tratamiento similar el **Organismo Regulador**, para el que **permanece su intervención emitiendo su opinión** (que como se dijo, **deberán delimitarse** acorde a un apartado anterior) a las versiones del contrato o una eventual adenda cuando el proyecto verse sobre su sector, **así como, su participación supervisando la Ejecución de los contratos**. No obstante, en caso de que el proyecto no trate respecto a su sector, se precisa que será una entidad privada contrata para el efecto, la que lleve supervisión del contrato, ejerciendo el rol de Unidad de Monitoreo, como lo hace el regulador de corresponderle; y (v) **se delimita la participación del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) a aspectos de su especialidad, evaluando** respectivamente en los documentos de los hitos del procedimiento: los **posibles riesgos, el valor por dinero, compromisos fiscales, capacidad de endeudamiento e impacto del proyecto en el mecanismo de competencia y desempeño de los mercados**, desempeñándose **como Unidad de Riesgos** que aseguren la viabilidad económico-financiera del desarrollo del proyecto por APP.

- xxix. En referencia a ello, se advierte en tanto que la participación de **la EPTP, la Contraloría General de la República y el Organismo Regulador**, no sufren grandes cambios sino precisiones pragmáticamente, **tienen ya acreditada la relación con sus fines respectivos como Unidad Contratante** (al ser un instrumento para tener una unidad responsable y beneficiaria directa del desarrollo del proyecto), como **entidad de control del uso adecuado de los recursos públicos** (al ser instrumento constitucionalmente autónomo especializado en la fiscalización de los recursos públicos), y como **entidad de control** de las normas técnico-normativas relacionadas a **la calidad de servicio o regulación tarifaria** (al ser un instrumento estatal centrado en la regulación de las actividades su sector).
- xxx. Ahora bien, **entorno a los cambios en la actividad del Comité Promotor de la Inversión Privada**; se tiene que el hecho de **ser un organismo “continuo”** de la EPTP que aplique los criterios y coordine frecuentemente con el nuevo Ente Rector Proinversión, **constituye un vehículo para concretar de forma más especializada sus finalidades de promoción de los proyectos y de representación cuando de la EPTP**, principalmente por contar **con personal avocado en específico a ello y no *ad hoc*** (con integrantes convocados para cada proyecto en específico); permitiendo a su vez mayor y mejor infraestructura o servicios públicos bajo el régimen APP. Por su parte, **respecto al cambio en la intervención del Ministerio de Economía y Finanzas**, se extrae que la delimitación a la evaluación en los proyectos de tópicos de su ámbito, **es una herramienta idónea para filtrar la realización de proyectos APP**, dando **pase solo a los que tengan valor por dinero positivo y viabilidad financiera**; lo que redundará en el mejor aprovechamiento de las **áreas en que se encuentra especializado el MEF, como parte de un sistema administrativo nacional** acorde a la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.
- xxxii. Adicionalmente, de esta **segunda parte de la articulación** de Otras Entidades en la Propuesta, **a la luz del Principio de Enfoque por Resultados** puede verse que, con los ajustes en la participación de las entidades ya contempladas en la actual Ley APP, y los cambios realizados, **se da prioridad a la ejecución del proyecto**: evitando costos temporales de coordinación que devienen en ser formalismos **por recargar de acciones al MEF, poniendo a la cabeza del sistema funcional a un organismo avocado únicamente a la realización de APP**, y distribuyéndose funciones en base **criterios de especialidad** en las distintas áreas que le corresponden a cada uno de los intervinientes. En consecuencia, **concuerta con lo señalado en tal principio**, teniendo que desde el pragmatismo la Propuesta se enfoca en que la articulación del Sistema no sea un óbice o solemnidad a cumplir, sino **una herramienta que facilite la continuidad de proyectos APP** y el inicio de otros.
- xxxiii. En adición a ello, considerando los supuestos de ineficiencias sociales (llevar a cabo una APP, con valor social negativo o no llevarla con valor social positivo) y fiscales (llevar a cabo una APP, con valor por

dinero negativo o no llevarla con valor por dinero positivo), planteados desde el BID; se observó que **la Propuesta permite una identificación más especializada y precisa tanto del análisis del valor social del proyecto a partir de su evaluación por Proinversión** (Unidad APP) desde su Dirección de Portafolio de Proyecto y Seguimiento o del Comité de Promotor de la Inversión Privada en su condición de OPIP en su competencia respectiva, **como del análisis del valor económico con su evaluación por el Ministerio de Economía y Finanzas** (Unidad de Riesgo) a través de su unidad orgánica correspondiente. De tal manera, se aprecia que **la redistribución realizada, impide** que las normas de la Ley y Reglamento de Asociaciones Público Privadas, sean usadas como herramientas para **que se lleven proyectos que nunca debieron realizarse o viceversa, no generando ningún beneficio para la sociedad ni teniendo una calidad óptima respecto a la inversión demandada.**

xxxiii. Asimismo, se tiene que con **la Propuesta se evitan circunstancias de conflicto de interés** entre las funciones de las **entidades que articulan su intervención en el SNPIP**, ello se da **al tener cada entidad un rol distinto y complementario con los demás, en lugar de que una misma entidad asuma muchos roles que en su esencia podrían derivar en el inadecuado desarrollo de APP.** Esto se ve en que, la función de dirección de política, asistencia técnica y promoción la tiene Proinversion, la función de evaluación de riesgos le corresponde al MEF, la de control en adecuado uso de recursos públicos la tiene la Contraloría y la de control con monitoreo de la calidad de servicios o potestad tributaria la tiene el Organismo Regulador. Con ello, **se da lugar a que la evaluación del proyecto sea lo más objetiva y diligente posible** evitando las ineficiencias sociales y fiscales señaladas, **que no sucede en la normativa actual, donde una misma entidad que dirige la política de promoción, evalué los riesgos, haga el seguimiento y determine la adecuada elección de la modalidad APP.**

xxxiv. Finalmente, se tiene que, si bien esta Propuesta conlleva mayores cambios que los indicados en apartados anteriores, a la manera como se viene trabajando actualmente con el régimen APP, **no significa un cambio total sino precisiones o ajuste en determinados artículos.** De esta manera, la Propuesta **solo requiere la modificación de los artículos 5, 7, 8, 9 y 30 de la Ley, y los artículos 9, 10, 11, 12, 13.1, 20.3, y 23 del Reglamento, mutatis mutandis.** Por lo tanto, **se determina que la Propuesta de Re empoderamiento de Proinversion, permite arribar los mismos fines APP, evitando ineficiencias sociales y fiscales, para dinamizar las APP.**

X. CONCLUSIONES

1. En el transcurso histórico-jurídico, las Asociaciones Público Privadas tienen antecedentes desde épocas muy remotas, dándose cuenta de su presencia en todas las etapas de la historia. Su uso comenzó entre privados con la enfiteusis en Grecia, para luego pasar al ámbito público en el resto de la Edad Antigua, y continuó durante la Edad Media, Moderna y Contemporánea. Para ello, se tomó figuras como: el *ius in agro vectigalis*, el *manceps*, el *beneficia principis*, el *iure regalía*, la concesión de dominio y trabajos públicos, la concesión de servicios públicos, el *private finance initiative* (influenciado por *Project Finance*), hasta las actuales APP. En sus variantes persisten como características: la asociación entre el titular (Estado) y un particular (inversionista privado) para el diseño, construcción, operación o realización de un bien futuro (infraestructura pública) o una actividad (servicio público, innovación tecnológica o científica). En esta relación, el privado financia, ejecuta y recupera su inversión de los flujos del proyecto, mientras que el Estado obtiene la provisión de lo necesario para satisfacer las necesidades de la población, cumpliendo a las obligaciones asumidas.
2. En el contexto histórico peruano, el empleo de figuras de colaboración público-privada tampoco se inició con las Asociaciones Público Privadas. De tal manera, puede verse el uso de la concesión: a inicios de la República y durante el primer militarismo (1826-1870) orientadas a obras públicas y dominio público, en la etapa *post* prosperidad falaz y el primer civilismo (1870 -1885) en el que se trató de potenciarlas con los caudales restantes de la explotación de guano, y desde la etapa de reconstrucción nacional *post* guerra del pacífico hasta mediados del s. XX (1885-1950) como forma de financiamiento estatal. Asimismo, en el periodo inmediato sucesivo (1950-1979) se hizo uso de ellas a pesar de la anarquía normativa, luego con los primeros intentos de unificación de la legislación de la contratación estatal (1979- 1990) se empleó las concesiones para recursos naturales y obra públicas, para que después (1979- 1990) se pongan en práctica de manera acelerada con de la liberalización de la economía, y finalmente se arribe a la regulación de APP (1990-2008) en la que se sucedieron tres regímenes hasta el momento. Este camino, en que se preservó las características planteadas, fue acompañado en su última parte por la regulación sectorial y desarrollo doctrinal sobre la materia.
3. En base a lo anterior, se tiene que la naturaleza jurídica de las Asociaciones Público Privadas, se encontraría en ser una '**alternativa** de realización de obra pública o prestación de servicios públicos, por medio de la colaboración público-privada'. Se desarrolla como expresión evolutiva de la concesión --a la que contiene en sus filas contractuales--, y se concibe como una 'institución jurídica

administrativa', con principios (valor por dinero, distribución de riesgos, enfoque por resultados, competencia, planificación, responsabilidad presupuestal, y transparencia e integridad) así como características propias forjadas bajo el método del dogmatismo jurídico (es decir, extraer del régimen los que principios que aplica, para luego desarrollarlos y posteriormente a sus consecuencias). En tal sentido, ha tomado autonomía temática en el derecho público, como toda institución jurídica que dan base a su respectivo sistema, conforme a la tradición romano-germánica

4. Las Asociaciones Público Privadas pueden ser definidas operativamente como “una institución jurídica administrativa, prevista como un régimen normativo que permite la realización de infraestructura, servicios públicos, servicios vinculados a estos e innovación tecnológica, mediante la colaboración de privados y el Estado (en el financiamiento del proyecto, la distribución de riesgos, respeto del valor por dinero, además de principios y reglas correspondientes); para lo cual, se utilizan diversos contratos a largo plazo, cuyo cumplimiento es supervisado por el Estado a quien se le revierte la gestión al culmen del contrato. Esta institución jurídica es evolutiva a la concesión y alternativa a otros mecanismos de realización de estos fines públicos.
5. En su planteamiento, entre las maneras en que pueden clasificarse las APP, nuestro ordenamiento ha tomado dos clasificaciones que se intersecan en su funcionamiento. La primera clasificación divide a las APP entre autofinanciadas y cofinanciadas, opción generalmente asumida por los ordenamientos por su utilidad práctica, y que se rige por un criterio de rentabilidad respecto a las ganancias obtenidas frente al dinero invertido. Así, nos encontramos en el primer caso si lo obtenido de la operación del proyecto de APP cubre lo invertido, mientras que en el segundo si no se cubre la inversión, pero se subsidia estatalmente por su alta rentabilidad social. Por su parte, la segunda clasificación se da respecto a su origen, distinguiéndose entre APP de iniciativa estatal (producto de la evaluación de planificación de cada entidad que se plasma en el Informe Multianual de Inversión, y presentadas al OPIP según su cuantía, para la participación de privados) y la iniciativa privada (emanada de la evaluación de particulares que presentan su propuesta a la Entidad Pública Titular del Proyecto respectivo o a Proinversión). Tales clasificaciones devienen en la aplicación de normas particulares de acuerdo a cuál de estas pertenece el proyecto.
6. El procedimiento se divide en cinco fases (Planeamiento y Programación, Formulación, Estructuración, Transacción, y Ejecución), dirigidas a que el proyecto pueda ser evaluado a cabalidad, se reduzca contratiempos en la ejecución u operación, y se alcancen los objetivos públicos planteados. Para ello, cada fase se caracteriza por un documento “hito” (Informe

Multianual de Inversiones, Informe de Evaluación, Versión Inicial del Contrato, Versión Final del Contrato, y la eventual Adenda, respectivamente), siendo de importancia que en la formación de tales documentos se optimice el cumplimiento de los principios APP, que vayan moldeando la idea del proyecto hasta su ejecución.

7. La normatividad de las APP en nuestro país, desde la segunda reforma legislativa del 2015, adoptó el *Programa País* de la OCDE por la que se comprometió a adherirse a la “Recomendación del Consejo sobre los Principios para Gobernanza Pública en Asociaciones Público Privadas”. Dicho documento, que se señala como principios para un desarrollo adecuado de proyectos APP: a) Establecer un marco institucional claro, predecible y legítimo apoyado por autoridades competentes y con recursos suficientes, b) Basar la selección de Asociaciones Público-Privadas en relación al valor por dinero, y c) Utilizar el proceso presupuestario de forma transparente para minimizar los riesgos fiscales y garantizar la integridad del proceso de selección; es la base de la estructura del procedimiento que hasta la fecha se mantiene en el Decreto Legislativo 1362 y su Reglamento, en aras de una mejor evaluación del proyecto mediante la generación de un caso de negocios, que sigue estándares internacionales y es el *ratio legis* de la regulación actual.
8. El caso de negocios, se hace referencia al *Five Business Case Model* o Modelo de los Cinco Casos de Negocios, generado en el Reino Unido complementariamente al Libro Verde europeo con el que se difundió el *Public Private Partnership*; a través del cual para la realización de un proyecto es preciso que se desarrolle: el Caso Estratégico (que analiza cuál es problema, su relevancia, su alineación a prioridades, así como si tiene objetivos específicos, medibles, factibles, relevantes y con tiempos establecidos [o SMART por sus siglas en inglés]), el Caso Económico (que analiza las opciones para afrontar el problema, su valor social, la idoneidad de la APP, o si demandará gastos estatales), el Caso Financiero (que analizará la capacidad del Estado para asumir gastos, la prognosis de ingresos del proyecto), el Caso Comercial (que analiza la rentabilidad del proyecto para la inversión privada, considerando términos contractuales, legales, y probables riesgos), y el Caso Gerencial (que analiza la capacidad del Estado para facilitar el desarrollo de la inversión, teniendo en cuenta los obstáculos legales, institucionales, de funcionarios y temporales).
9. Estos casos se tratan, durante la evaluación del proyecto, progresivamente en tres etapas que se corresponden con los documentos hito de las fases del procedimiento actual de APP, en la siguiente relación: Informe Multianual de Inversiones - *Strategic Business Case* (o Estrategia del Caso de Negocios, donde debería analizarse principalmente el Caso Estratégico y someramente el Caso Económico), Informe de Evaluación - *Outline Business Case* (o Esquema de Caso de Negocios, donde

deberían analizarse los Casos Estratégico y Económico, junto con la evaluación progresiva de los Casos Comercial, Financiero y Gerencial), y Versiones del Contrato - *Final Business Case* (o Caso de Negocios Final, donde se deberían presentar en plenitud todos los Casos de Negocios, siendo término de referencia inicialmente para la adjudicación, y términos obligatorios con la suscripción del contrato).

10. Nuestro régimen de APP prevé tres mecanismos para afrontar las posibles controversias que puedan acaecer en la ejecución de las APP, que son: el Amigable Compondedor, la Junta de Resolución de disputas y el Arbitraje, los dos primeros facultativos y el último obligatorio. El Amigable Compondedor es un mecanismo por el cual se convoca a un tercero para que dirima sobre el conflicto, teniendo la solución condición de transacción extrajudicial de aceptarse, pero en caso contrario, no es vinculante para las partes en tanto no decidan ello, pudiendo recurrir al arbitraje. Por su parte, la Junta de Resolución de Disputas es otro mecanismo que puede desenvolverse en una Junta Revisoras de Disputas o *Dispute Review Board* (que actúan desde el inicio de la ejecución del contrato, con el acompañamiento a las partes, afín de emitir recomendaciones o absolver consultas provenientes del conocimiento directo del proyecto), o en una Junta de Resolución de Disputas o *Dispute Adjudication Board* (que actúan después de la controversia, dirimiendo y emitiendo una decisión vinculante, que no inhabilita recurrir al arbitraje, pero que es obligatorio a las partes, hasta emitirse el laudo).
11. Asimismo, el Arbitraje es el tercer mecanismo dividido en arbitraje de derecho (o no técnicos) y de conciencia (o técnicos), mediante el cual podrán someterse a este mecanismo materias de libre disposición acorde al DL 1071, por lo que no podrían tratarse los pronunciamientos de Organismos Reguladores; tiene por 'voluntad de la Constitución' carácter de jurisdicción excepcional, por lo que sus laudos son vinculantes para las partes, solo procediendo con estos, recurso de anulación en el fuero ordinario. En la utilización de este mecanismo, es polémica la incorporación obligatoria del Organismo Regulador, como coadyuvante de la EPTP, tratando de justificarse su ingreso, bajo la teoría de las partes no signatarias.
12. En adición a lo anterior, del devenir jurídico han surgido otros mecanismos que contribuyen a sobrellevar estas controversias, permitiendo la continuidad y concreción de los fines públicos del proyecto. Así se tiene al Sistema de Alertas Tempranas, emanadas de los *New Engineering Contracts* (NEC), cuyo funcionamiento inicia con su inclusión expresa en el contrato, junto con las consecuencias de su incumplimiento, la forma de implementación del registro de alertas y su seguimiento. En ese sentido, de identificarse, durante la ejecución de proyecto, una circunstancia

de riesgo para el mismo (en el costo, el plazo de término, una fecha “hito” o el desarrollo programado), se debe notificar la alerta a la otra parte, para que se lleve a cabo una reunión en la que en cooperación se diseñe la estrategia para mitigarlo. Dicha alerta se registra, y a la aplicación de la estrategia se le hace seguimiento constante, evitando que se concreten riesgos.

- 13.** El Marco Institucional de las APP, en la normativa actual, es concebido como un sistema funcional denominado Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, que tiene como ente rector a la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada, entidad adscrita al MEF. Este Sistema, que fue establecido desde la segunda reforma legislativa del régimen de APP, tiene como objetivos: el crecimiento de la economía nacional, el cierre de brechas de infraestructura y servicios públicos, así como, la generación de empleo productivo y competitividad del país. Entre las entidades que integran el Sistema se encuentran: el MEF, la EPTP (que pueden ser los Ministerios del Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales, Municipalidades o Entidades autorizadas por ley), a los OPIP (como entidad encargada de la promoción del proyecto, coordinación del mismo y realización del IE con los CPIP), Proinversión (como OPIP de proyectos de alcance nacional y emisor de lineamientos entorno al proceso de promoción siguiendo las políticas del MEF), los Organismos Reguladores (con su opinión sobre la regulación tarifaria y calidad de servicio acorde a sus normas técnicas, además de la supervisión de los contratos) y la Contraloría General de la República (con su informe sobre la capacidad de crédito estatal, garantías y el uso eficiente de los recursos públicos).
- 14.** La gobernanza, esto es, la forma en que se ejerce el gobierno de una sociedad, es un tópico de vital importancia para el desarrollo de las naciones en general, dado los problemas de institucionalidad, y de las Asociaciones Público Privadas en particular, como da cuenta el BID, la CAF y la OCDE. Estas organizaciones, luego de haber recogido como se lleva el Marco Institucional APP en Latinoamérica, los han agrupado en dos modelos: el jerárquico y el descentralizado. En el primero, común en estados unitarios, la dirección del régimen se focaliza en una Unidad APP especializada, que complementándose con el rol específico de los demás integrantes (Unidad Contratante, Unidad de Riesgos, Unidad de Monitoreo), dirige la política de este sector, asesorando a las partes para que se lleve adelante el proyecto, el que se focaliza; mientras que los segundos, de uso común en naciones con estados federales, es cada Unidad Contratante la que en autonomía ve el tratamiento de sus proyectos, quedando la Unidad APP solo como un acompañante y la Unidad de Riesgos como un eje central que filtra los proyectos, a partir de las evaluaciones que realiza. Ambos modelos

sostienen que el marco escogido, debe ir en concordancia con las características orgánicas particulares de cada país, ya que ambas sostienen una lógica distinta.

15. En lo concerniente al primer objetivo específico, se concluye que existe semejanza en el contenido y sentido jurídico del Informe Multianual de Inversiones (IMI), el Informe de Evaluación (IE) y la Opinión de Relevancia (en las Iniciativas Privadas). Esto se puede verificar en las Figuras presentadas donde existe un 42% de semejanza de contenido del IE respecto al IMI, y de 50% respecto a las Opiniones de Relevancia, llevándose a que solo un 25% del IE es contenido propio de este documento, mientras que el restante 75% ya se encuentra en los otros tipos de documentos. Para esto, la diferencia del contenido estriba en la generalidad y concreción del detalle del proyecto plasmado en dichos documentos.
16. Entorno al tiempo estimado de realización, se obtuvo que en todas las formas de realización de APP se hace mayor uso del Plazo Razonable (no determinado por la norma), pese a que la delimitación temporal es importante para la predictibilidad en la realización del procedimiento. Existe un gran sobretiempo en la generación de documentos en la fase de Planeamiento y Programación, en relación a lo usado para el IE, empleándose de dos a tres esfuerzos para arribar a lo mismo, con la diferencia del transcurso de grandes espacios temporales. Mucho de este tiempo se usa en la realización de los Estudios Técnicos y las Opiniones de Relevancia, esto último con la variante de cuantas entidades deberán emitir dicha opinión sobre una propuesta aún general.
17. La semejanza de contenido responde a la adopción por nuestro procedimiento de APP del modelo de *Five Business Case* (FBC), que como se precisó anteriormente se incorporó desde la segunda reformulación del régimen, manteniéndose actualmente. En tal sentido, tras el contraste la normativa actual de APP (DL 1362 y su Reglamento), con su *ratio legis*, esto es, los casos de negocio desarrollados en el *Strategic Business Case*, *Outline Business Case*, y *Final Business Case*; se concluye que el Informe Multianual de Inversiones privilegia el sentido económico, situación que dista de su finalidad original que prepondera el Caso Estratégico, sobre exigiendo respecto a lo perseguido en esta fase y a lo que se aborda para el IE, contrario al principio de Enfoque por Resultados. Por su parte, la Opinión de Relevancia sí tiene un sentido estratégico correspondiente a lo buscado en el *Strategic Business Case*; así como, el Informe de Evaluación, tiene un sentido “*multicasuístico*” correspondiente al estadio de *Outline Business Case*, tratando casi todo lo señalado para los Casos de Negocio.
18. Respecto a la Propuesta de IMI, se concluye que permite arribar a los objetivos de *Strategic Business Case*, teniendo la optimización de contenido un sentido estratégico, el cual complementa tópicos

generales y preliminares del proyecto. Esto afín de que se realice un mayor estudio del mismo desde el inicio del procedimiento, mediante la verificación de alineación a Prioridades, el análisis de Necesidad y la descripción Preliminar del proyecto; enmarcado en aplicación del Principio APP de Enfoque por Resultados, de Planificación y de preservación del Valor por Dinero.

- 19.** En ese orden de ideas, sobre la Propuesta de Optimización de Tiempo -- que tiene como eje a la Propuesta IMI -- se concluye que permite arribar a los mismos objetivos, pero en un Plazo Legal determinado y predecible; de tal manera, para las Iniciativas Estatales o Privadas de APP que se presenten dentro del marco de la Programación Multianual de Inversiones, se tiene un tiempo estimado de 25 dh – 55 dh, (o 1 mes y una semana – 2 meses y 3 semanas), mientras que, en caso que la Iniciativa Privada se base en una prioridad nueva o no prevista, se tiene un tiempo estimado extraordinario de 45dh – 95dh (o 2 meses y una semana – 4 meses y 3 semanas), en el que excepcionalmente se pedirá Informes Adicionales a los sectores señalados para que emitan opinión solo de estas nuevas prioridades. Para todo esto, se dejó de lado las opiniones del Ministerio de Economía y Finanzas, teniendo que nos encontramos en una fase aún preliminar.
- 20.** En consecuencia, se determina que, con la simplificación de procedimientos en la fase de Planeamiento – Programación y Formulación, para el Informe Multianual de Inversiones y el Informe de Evaluación, se pueden arribar a los mismos fines en menor tiempo; debiéndose modificar el DL 1362, en el artículo 36, y principalmente el Reglamento, en sus artículos 40.5, 41, 76, 78, 79, 80, 81 y 82, *mutatis mutandis* afín de dinamizarse el procedimiento APP en estas fases. De tal manera, en contraste con nuestra hipótesis planteada, puede verse que se encuentra corroborada en su primer punto, con el que a su vez se satisface el primer objetivo específico.
- 21.** Respecto al segundo objetivo específico, se concluye que existe una marcada perspectiva económica en la regulación actual sobre “emisión de opiniones” en el procedimiento de APP, que se exhibe con la opinión del Ministerio de Economía y Finanzas, durante todas las fases. Asimismo, en su distribución de tiempos, pese a aplicarse el efecto de declarar como favorable las opiniones cuando se encuentre vencido el tiempo sin pronunciamiento, se dejan muchos plazos no determinados (Plazos Razonables) relativos principalmente al tiempo para solicitar opiniones o aprobar documentos; a lo que se añade que, existe falta de concordancia, generalidad y duplicidad en lo previsto para el contenido de las Opiniones de la Entidades intervinientes, circunstancias que pueden verse en lo siguiente. De esta manera -- como se indicó – el sentido de la opinión del MEF en la fase de Planeamiento y Programación, no guarda concordancia con el análisis estratégico del proyecto ni con su carácter preliminar, debiendo dejarse de lado; a distingo del sentido de su

opinión en la fase de Formulación, que si calza con lo buscado para esa instancia en el *Outline Business Case*.

- 22.** Por su parte, se tiene para las fases de Estructuración y Transacción, que existe generalidad en lo previsto para las opiniones las entidades intervinientes (EPTP, MEF, OR, CGR) tanto para la Versión Inicial como para la Versión Final del Contrato, mediante el uso reiterado del término “*bajo sus competencias*”; así como, duplicidad en los tópicos sobre los que emite opinión. Dicha situación que se comparte en la fase de Ejecución Contractual respecto a las Modificaciones Contractuales, si bien podría reconducirse mediante interpretación sistemática a sus leyes sectoriales, a los fines perseguidos para el Caso Final de Negocios, se deja mucho a la discrecionalidad interpretativa del funcionario los extremos de tales puntos; a lo que se añade que, en lo previsto para el contenido de las opiniones de la EPTP y el MEF, se observa duplicidad sobre un mismo punto (el mantenimiento del equilibrio-económico financiero, la asignación de riesgos, etc.), siendo el organismo más especializado el MEF y dando pie a que se emitan opiniones contradictorias. Esto de manera contraria a la predictibilidad necesaria para el desarrollo de APP, la adecuada evaluación del proyecto conforme al principio de planificación, a la preservación del valor por dinero esperado y al principio de Enfoque por Resultados.
- 23.** Ahora bien, en lo referente tanto a las Propuestas de Optimización en el tiempo para las fases del procedimiento de APP como a las Propuestas de Optimización en el contenido de las opiniones de las entidades intervinientes, se concluye permiten arribar a los mismos objetivos en menor tiempo, mediante ajustes a la normativa actual que permita una mayor dinámica y predictibilidad. En esa línea, se deja el uso de plazos razonables y se determinan de Plazos legales para la gestión de los documentos hito en cada etapa; teniendo que, para la fase de Planeamiento y Programación se establece un Plazo Legal máximo de 25 dh, para la Formulación (sin contar con el periodo para los estudios técnicos), un tiempo estimado total de máximo en un Plazo Legal de 51 dh, para la Estructuración se fija el plazo máximo de 30 dh, para la Transacción el plazo máximo de 30 dh, y para la Modificación Contractual en la Ejecución Contractual se propone un tiempo estimado máximo de 67 dh; todo esto, bajo la regla de que en caso de vencerse el plazo sin opinión, se declare como favorable.
- 24.** A ello se agrega que conforme a las Propuestas de Optimización en el contenido de las opiniones de las entidades intervinientes, aunque se mantiene la intervención de las entidades que venían participando con sus opiniones (salvo el caso del MEF en la fase Planeamiento y Programación), se establecen precisiones que delimitan el alcance de las opiniones conforme al sentido que se busca

- para cada etapa y a su normatividad sectorial, retirando el uso del término “*bajo sus competencias*”, además de establecer que toda extralimitación de lo previsto será tomada como no puesta; con esto aparte de rescatar lo positivo de la manera en que se viene trabajando, se fortalece la seguridad jurídica, conociéndose con claridad los criterios para la evaluación de los proyectos APP.
- 25.** En tal sentido, se determina que, con la reformulación de la emisión de opiniones de las Entidades intervinientes en las fases del procedimiento de APP; se pueden arribar a los mismos fines en menor tiempo; debiéndose modificar el DL 1362, en los artículos 36, 41 y 55, además del Reglamento, en sus artículos 41, 46, 51, 55, 134, 136 y 138, *mutatis mutandis* afín de dinamizarse el procedimiento APP en estas fases. Es así que, en contraste con nuestra hipótesis planteada, puede verse que se encuentra corroborado en su segundo punto, con el que a su vez se supera el segundo objetivo específico.
- 26.** En lo que respecta al tercer objetivo específico, se concluye que existe distintos niveles desarrollo normativo en cuanto a los mecanismos de Solución de Controversias; así el Amigable Componedor presenta una regulación más extensa sobre su concepción, procedimiento y composición, pero a su vez deja como únicos estándares para el tercero (que termina dirimiendo la controversia para presentar una propuesta) ser abogado, una maestría (no correspondiéndose cuál es la relación de esto con la solución de controversias) y experiencia en la materia, pero no sobre resolución de disputas, además de establecerse un largo procedimiento que tiende a ser *cuasi procesal* en perjuicio de la continuidad del proyecto de APP.
- 27.** De otro lado, para la Junta de Resolución de Disputas se tiene una regulación escueta (debiendo recurrirse a normativa de aplicación por analogía como de la OSCE o entidades privadas, para su uso), resaltándose la restricción de su uso para proyecto de CTI inferior a 80 000 UIT, sin tratarse su procedimiento y con solo referencias a la Junta de Revisión de Disputas; siendo de similar situación lo previsto para el Arbitraje donde sobresale una derivación indirecta a su ley específica (Decreto Legislativo 1071), y la obligación de incorporar al Organismo Regulador al procedimiento sin razón aparente, en el que no podrían tocarse temas de su competencia, sin precisarse cuales, pese a que temas como la calidad del servicio son proclives al surgimiento de controversias.
- 28.** Entorno al tiempo estimado empleado en cada mecanismo, se concluye que el de mayor duración es el Arbitraje con un tiempo aproximado de entre 2 o 3 años, más 85 dh de la etapa de Trato Directo cuando se da; a este mecanismo le sigue el Junta de Revisión de Disputas, con un tiempo estimado de 42dh, mientras que para la Junta de Resolución de Disputas es de aproximadamente de 175 dh, incluyendo el trato directo; y finaliza el mecanismo de Amigable Componedor, que con

una serie de normas para su conformación y procedimiento, teniendo un tiempo estimado de 145 dh. En los tres casos se usa demasiado tiempo en normas procedimentales referentes a: composición de miembros, requisitos, audiencia, notificaciones, etc. A tales tiempos debe agregarse que, si la solución implica una modificación al contrato, implica someterse al procedimiento correspondiente, lo que aumenta el tiempo usado.

- 29.** A su vez, se tiene que el sentido jurídico de la regulación de los mecanismos de Solución de Controversias es en la mayoría de los casos (Amigable Componedor, Junta de Resolución de Disputas y Arbitraje) de carácter adversarial y *ex post* controversia, es decir, como reacción a una situación de tensión entre las partes. La excepción es la Junta de Revisión de Disputas, que establece un mecanismo preventivo y consultivo, que acompaña a las partes en la fase de ejecución contractual en un Cronograma establecido. Todos estos mecanismos tienen como fin general dar por culminado la controversia, y que se dé continuidad del proyecto de APP en aplicación del principio de Enfoque por Resultados, preservando el valor por dinero y el principio de planificación. Sin embargo, al depender los mecanismos facultativos (Amigable Componedor y Junta de Resolución de Disputas), de la voluntad de las partes de aceptar o no la propuesta de solución (que de aceptarse tendrán la calidad de transacción extrajudicial o ser vinculante para las partes, respectivamente), tiene una seguridad jurídica relativa. Tal situación no se ve en el Arbitraje, mecanismo obligatorio que sí es reconocido como jurisdicción desde la Constitución y cuyo Laudo es inimpugnable (salvo la excepción de anulación de laudo que ve una cuestión procedimental), desincentivándose el uso de los mecanismos facultativos.
- 30.** En cuanto al Sistema de Alertas Tempranas, mecanismo cuyo origen se encuentra en las *Core Clauses* de los *New Engineering Contract*, se concluye que su sentido jurídico es prevenir las circunstancias que podrían afectar el costo, plazo, o calidad previstos para el proyecto, ello mediante la obligación de notificación oportuna de las partes, para que luego con reuniones y el arribo colaborativo de acuerdos se supere rápidamente tal situación; teniendo como incentivos: la continuidad prevista del proyecto, que en caso suceda la circunstancia se considere la conducta de las partes desde la notificación para la evaluación de la compensación, y que se obtenga información de toda la trazabilidad de lo acontecido para su solución rápida.
- 31.** Asimismo, se ha podido arribar que dicho Sistema es compatible de incorporarse a la regulación actual de Solución de Controversias de APP, combinándose con la Junta de Revisión de Disputas, dándole un cambio de perspectiva de una reactiva adversarial *ex post* controversia, a una preventiva técnica colaborativa *ex ante* controversia, mediante la notificación de alertas, y la

reunión para evitar el riesgo en un Trato Directo preventivo colaborativo de las partes, más la asistencia técnica de los Adjudicadores. Para ello, debe considerarse el deber de notificación bajo el parámetro de diligencia extraordinaria para la evaluación del eventual resarcimiento, además de que se preferirá la solución por la interpretación contractual y residualmente la modificación; teniendo que la incorporación no implica un cambio total normativo, sino solo la adición de unos numerales adicionales a lo previsto para la Junta de Resolución de Disputas en el artículo 56 del DL 1362, y un literal adicional al artículo 130 del Reglamento *mutatis mutandis*.

- 32.** Adicionalmente, se tiene que en la normativa del régimen de APP, los mecanismos de Solución de Controversias no se encuentran claramente articulados; de esta manera, en caso de no aceptarse la propuesta del Amigable Componedor, la información vertida durante el largo procedimiento de este mecanismo, no puede tomarse para el Arbitraje; mientras que en caso de ocurrir lo mismo con la solución de la Junta de Resolución de Disputas, aunque sigue vigente hasta la emisión del Laudo, solo se indica que se tomará lo tratado como un antecedente arbitral, pero no existe un tratamiento transversal desde lo preventivo. Con todo ello, el mecanismo que puede complementarse mejor con el Arbitraje es la Junta de Resolución de Disputas, al compartirse información y afín de que, con la solución pronta, se continúe con el proyecto.
- 33.** Considerando lo anterior, se tiene que la incorporación de la gradualidad obligatoria es compatible con la regulación actual de APP; tal obligatoriedad se establece con la combinación del Sistema de Alertas Tempranas a la Junta de Revisión de Disputas implementándose una perspectiva preventiva-técnico-colaborativa para los potenciales riesgos respecto al proyecto. En caso de darse la controversia, se propone que se resuelva preferente y facultativamente por la Junta de Resolución de Disputas, que conoce ya del fondo de la controversia, tratándose principalmente los problemas de la cotidianeidad; pasando los casos que conciten mayor desacuerdo, obligatoriamente al Arbitraje de derecho o conciencia, para que con los estándares de su procedimiento se dé por culminada la controversia. A este sistema gradual, puede fortalecer el acompañamiento de la Contraloría, que, en base a la ampliación del control concurrente a las APP, prevista en la reciente Ley que establece medidas para la expansión del Control Concurrente"- Ley Nº 31358; empero, sobre este punto no se ahondó más dado que aún se carece de lineamientos específicos de esta forma de control para las APP.
- 34.** En todo esto, se mantiene lo previsto para el mecanismo facultativo Amigable Componedor por lo engorroso de su procedimiento, dejándose a su desuso o derogación tácita; la intervención de los Organismo Reguladores en el Arbitraje, pero mediante un informe que ingrese como medio

probatorio al procedimiento, focalizando mejor su condición de parte no signataria; y que sus competencias no pueden ser arbitrables, pero puntualizándose en lo referente a regulación tarifaria e imposición de sanciones, al ser competencias exclusivas y excluyentes, permitiéndose la arbitrabilidad temas en lo que se discuta la calidad del servicio. Asimismo, se concluye para menor cambio normativo, en dejar la emisión de lineamientos la regulación del funcionamiento de la Junta de Revisión de Disputas y de la Junta de Resolución de Disputas para las APP, a Proinversión, así como, especificar que la regulación del Arbitraje se rige por su norma específica (DL 1071).

- 35.** En suma, de la manera señalada en la Propuesta, se determina que con el uso de la gradualidad obligatoria y la adición de un Sistema de Alertas es posible arribar a los mismos fines actualmente previstos, pero con una optimización en el tiempo desde lo preventivo de su uso, para dinamizar el desarrollo de las APP; a través de la aplicación de la nueva perspectiva que previene el conflicto, ahorra tiempo evitando dilaciones en su resolución, y procura dar continuidad a la fase de Ejecución Contractual, en aplicación de los principios APP de Enfoque por Resultados, Distribución de Riesgos entre las Partes y cuidado del Valor por Dinero previsto. Para el efecto, debe indicarse que su instauración solo implica una modificación del artículo 56 numerales 3 y 4 de la Ley de APP, así como de los artículos 130, 131, 132 y 133 del Reglamento, que conllevan desde una perspectiva general solo un cambio parcial *mutatis mutandis*. Con lo concluido en este apartado, en contraste con nuestra hipótesis planteada, puede verse que se encuentra corroborada en su tercer punto, con el que a su vez se supera el tercer objetivo específico.
- 36.** En lo referente al cuarto objetivo específico, de la manera en se encuentra actualmente regulado el Marco Institucional en el DL 1362 y su Reglamento, se concluye que este se encuentra organizado dentro del denominado Sistema Nacional de Política de Promoción de la Inversión Privada, en el que es preminente el rol rector del Ministerio de Economía y Finanzas. Tal punto, puede verse claramente en el contenido de dicha normativa, donde, aunque de la subdivisión del capítulo de Marco Institucional entre SNPIP y Proinversión, aparentemente se daría a entender un posible rol protagónico de este último, de su contenido se denota que el real protagonista es el MEF; dicha circunstancia se reitera en el Reglamento, en el que el tratamiento de Proinversión es de ser solo una variante más de OPIP, avocado principalmente a la promoción de proyectos de competencia nacional.
- 37.** En adición a ello, se concluye de la normativa APP vigente, que existe una inadecuada sistematización de los roles de los integrantes del SNPIP; así en el apartado correspondiente del DL 1362 y su Reglamento solo se da cuenta del MEF con su DGPPIP, la EPTP, el CPIP, el OPIP, el EESI, y

Proinversión, dejándose la referencia y desarrollo de la intervención del Organismo Regulador (en sus opiniones y como supervisor), de la Contraloría General de la República (en sus opiniones y ahora con su control concurrente), las obligaciones de liberación de inferencias, y el monitoreo de la supervisión de la ejecución de los proyectos, a disposiciones dispersas en lo restante del cuerpo normativo, que tampoco son del todo claras --- como se puntualizó precedentemente – pues su vaguedad, requieren en demasía para su comprensión de la interpretación sistemática de la Ley del Sistema Nacional de Control, la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, el Reglamento de Organización y Funciones del MEF, entre otros. Justamente sobre este último, en contraste con el Reglamento APP, no se llega a precisar que sub organismo realizará el análisis y emitirá las opiniones que le corresponde al MEF sobre los documentos hito, ya que el artículo 9.2.3 del Reglamento indica que no es competencia de la DGPIIP, mientras que el artículo 228 del ROF MEF, contradice lo anterior; dicha situación aunque podría superarse mediante interpretación – como se dijo – significa *per se* un obstáculo para la aplicación de las disposiciones aludidas y evidencia las imprecisiones normativas en la configuración del SNPIP.

- 38.** En lo relativo al sentido jurídico de las normas del Marco Institucional y a los fines de cada uno de sus integrantes, podemos afirmar que: sobre el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada se busca que actúe como un “sistema funcional”, en la línea de lo señalado en el artículo 45 de la LOPE, con el objetivo de que desarrolle y promueva la política de cierre de brechas de infraestructura y de servicios por medio de régimen de APP; en el caso de la Entidad Pública Titular del Proyecto se persigue que ejerza el rol de Unidad Contratante del proyecto, planteándolo en las iniciativas estatales o dándole seguimiento en las iniciativas privadas con el apoyo de su CPIP ostenta la condición de OPIP, afín de ser receptor de los beneficios públicos de su operación; y del MEF se espera que dirija el Sistema como su ente rector a través de su DGPIIP, unidad especializada en APP que haga seguimiento a proyectos, además de evaluar los posibles riesgos presupuestales estatales y financieros en todos los documentos hito del proyecto, con el propósito de aportar en la evaluación de la viabilidad del proyecto.
- 39.** Por su parte, se tiene que: de Proinversión se busca que sea una entidad encargada de la promoción de los proyectos nacionales o los que se le asignen, como OPIP nacional, condición que comparte con los CPIP, y que también brinde asistencia técnica especializada a los otros integrantes del SNPIP, con la finalidad de la mejor comprensión del régimen APP por sus aplicadores; en el caso de los Organismos Reguladores, se persigue que con sus opiniones al contrato o su adenda, auto tutele el

cumplimiento de sus normas técnicas sobre calidad de servicio y regulación tarifaria, en aras de contribuir a la evaluación previa del proyecto, pero también de la cumplimiento en la ejecución contractual de lo acordado, como supervisor; y finalmente, de la Contraloría, se espera que con sus opiniones, también auto tutele el cumplimiento de sus normas sobre el control del adecuado uso de recursos públicos, afín de que se dé una mejor evaluación del proyecto.

- 40.** Pese a ello, de cómo se plantea la relación entre estos en su normativa actual, se concluye que la articulación del SNPIP presenta errores que significan impedimentos para el logro del fin general, que es la concreción del proyecto de APP conforme a sus principios de enfoque por resultados y valor por dinero esperado, así como, de lo perseguido para el rol de cada una de las entidades integrantes. En ese sentido, de inicio se advierte un error de concepto en otorgarle la rectoría de un sistema funcional (dirigido a la puesta en marcha de una política pública) a una entidad que integra y lidera un sistema administrativo - MEF (dirigido al control presupuestario y de recursos), que conlleva a que la generación de políticas públicas en infraestructura y servicios públicos mediante APP, no sea realizada desde la óptica de su promoción, mejora continua y desarrollo, sino desde una perspectiva de control de presupuesto, limitándose el alcance de sus objetivos.
- 41.** Adicionalmente a ello, se advirtió para todo tipo de proyectos, la presencia omnicompreensiva del MEF, no solo como rector del Sistema y opinante a todos los documentos hito del procedimiento APP, sino que lidera el Consejo Directivo de Proinversión (que dicta los lineamientos de promoción), sugiere a su Director Ejecutivo (que aplica lo acordado por el Consejo Ejecutivo), coordina la promoción con los OPIP regionales y locales, administra los Registros del sector (de contratos, contable y compromisos) y designa al Equipo Especializado de Seguimiento de la Inversión Privada; situación que además de poner de manifiesto su real rol fáctico como ente rector, Unidad de Riesgos, Unidad de Monitoreo y Unidad APP, significa un riesgo para que se den supuestos de ineficiencias sociales o de ineficiencias fiscales, en las que podría evaluarse favorablemente, proyectos que no deberías continuar por este medio, pero de los que previamente aprobó su promoción o se descarte proyectos que deberían haberse llevado por su alto valor social y prognosis de valor por dinero positivo con el uso de APP, en perjuicio del cierre de brechas buscado.
- 42.** Otro obstáculo detectado, es el haber vaciado de contenido el rol de Proinversión, limitándolo a ser OPIP nacional, que también da asistencia técnica y emite lineamientos en duplicidad con la DGPPIP, pero de la que en general no se aprovecha su especialidad para todo el SNPIP, pues cada EPTP designa *ad hoc* su CPIP para que lleven sus proyectos por su parte aunque sus integrante no estén especializados en el régimen de APP; de ello se concluye la existencia de una mescolanza respecto

al modelo de gobernanza APP usado, pues si bien conforme a nuestro modelo centralizado (como sucede en estados unitarios) una sola Unidad APP debería dictar los lineamientos del sector, en nuestro país no queda claro si la DGPPIP o Proinversión asume por completo tal rol, a lo que se agrega que cada entidad tiene su propia Unidad APP adicional a la existente (como sucede en los modelos descentralizados de países federales), de manera contraria a nuestro modelo.

- 43.** Así, se tiene que en la aplicación del Sistema se manifiestan contradicciones, por combinar modelos que atollan la articulación de competencias de los integrantes, ya que actores no especializados asumen roles para los que no estuvieron proyectados, impidiendo el normal desarrollo del procedimiento y arribo de los fines APP, que en lo práctico podrían resultar incomprensibles pero que hacen que no se aprueben proyectos con valor social y valor por dinero positivo o viceversa (supuestos de ineficiencias fiscales o sociales). Parte de estos 'obstáculos' para la articulación de SNPIP es también el desarrollo escueto sobre los Organismos Reguladores o la Contraloría General de la República, pero aquí – como se apuntó en conclusiones anteriores – los puntos son salvables con la delimitación del contenido de sus opiniones y la referencia con integrantes del sistema.
- 44.** Teniendo dichas deficiencias y dado la existencia de puntos rescatables, se elaboró una Propuesta, de la que, en contraste con la versión actual de la normatividad, se concluye que permite una mejor articulación y complementariedad de las entidades intervinientes, correspondiéndose con la finalidad del sistema funcional, la promoción de política de desarrollo de infraestructura y servicios públicos bajo el régimen de APP para el cierre de brechas. Ello se realiza con el énfasis en la especialidad de cada función de los integrantes del SNPIP, cumpliendo cada uno un rol con el que se dé continuidad al proyecto según previsto en cada contrato, acorde al principio de Enfoque por Resultados y preservando puntos de la regulación actual.
- 45.** En ese orden, en la Propuesta de Re empoderamiento de Proinversión solo se realizan ajustes a la normativa vigente, se mantiene la articulación del SNPIP en dos grupos: entidades complementarias y el Ente Rector; pero este último pasa a ser Proinversión que ejerce como Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada, adscrita al Viceministerio de Infraestructura del Ministerio de Infraestructura y Comunicaciones (actual Ministerio de Transportes y Comunicaciones). Al efecto, Proinversión dirige la política nacional de desarrollo de APP, a través de su Dirección de Portafolio de Proyectos y Seguimiento (encargada de la promoción de proyectos bajo su competencia en su condición de OPIP nacional y del seguimiento al desarrollo de las APP), su Dirección de Asistencia Técnica, Gestión de Entrega de Predios y Registros (encargada de asesorar a los integrantes del SNPIP sobre el desarrollo de APP, coordinar con el CPIP

para que aplique sus políticas, apoyar a la EPTP a la liberación de predios para la fase de ejecución, así como de cumplir con el principio de transparencia administrando los Registros de contratos, contable y compromisos), y su Secretaría General (encargada del aspecto administrativo); desempeñándose de manera clara como Unidad APP especializada.

- 46.** Asimismo, en lo que respecta al efecto de la Propuesta en las otras entidades: el MEF pasa a asumir el rol exclusivo de Unidad de Riesgos, conforme al área de su especialidad, para evaluar los posibles riesgos del proyecto, conforme al principio de valor por dinero; el CPIP designado por la EPTP de manera continua, actúa especializado en la promoción de proyectos de su competencia, aplicando las políticas señaladas por Proinversion; la EPTP preserva sus funciones como Unidad Contratante apoyándose en su CPIP y en Proinversión para el cumplimiento de sus obligaciones como la liberación de interferencias previa al inicio del proyecto; se puntualiza la participación del Organismo Regulador como integrante del Sistema que opina con los límites previamente señalados, además de ejercer como Unidad de Monitoreo para la ejecución de contratos de proyectos de su sector; y la Contraloría a su vez preserva su opinión en los límites respectivos, más lo que precise la normativa de control concurrente. Con esta redistribución de roles, se permite una mejor evaluación de los proyectos, para que luego de transcurrir por múltiples análisis se reduzca el margen de aprobación de proyectos que nunca debieron haberse llevado por APP al no tener un valor social (ineficiencia social) o no tener una prognosis de valor por dinero positivo (ineficiencia fiscal).
- 47.** En consecuencia, se determinar que, con el Re-empoderamiento de Proinversión se puede obtener los mismos resultados, con mayor especialización, evitando ineficiencias sociales y fiscales; requiriéndose para la su implementación solo la modificación de los artículos 5, 7, 8, 9 y 30 de la Ley, y los artículos 9, 10, 11, 12, 13.1, 20.3, y 23 del Reglamento, *mutatis mutandis*. Es así que, en contraste con nuestra hipótesis planteada, puede verse que se encuentra corroborado en su cuarto punto, con el que a su vez se satisface el cuarto objetivo específico.
- 48.** Por todo lo antes expuesto, estamos en la capacidad de afirmar, en el marco del Alcance Correlacional propuesto, aplicado mediante el método de investigación jurídica funcional y dogmático, que existe una relación entre la hipótesis propuesta y una solución a la pregunta de investigación planteada; esto es, de aplicarse en el régimen de APP las “dosis” aquí planteadas, consistentes en la simplificación del procedimiento durante las fases de planeamiento - programación y formulación; la reformulación de la emisión de opiniones de las Entidades intervinientes en las fases del procedimiento; el establecimiento del uso gradual obligatorio de los

mecanismos de solución de controversias, con la adición de un sistema de alertas tempranas; y el re-empoderamiento a Proinversión; **entonces**, resulta viable que desde una perspectiva jurídica se dinamice el desarrollo de las APP en el Perú, contribuyendo a su reactivación económica post pandemia.

49. Claramente, debe también hacerse énfasis que esta analogía de “dos dosis” agrupadas en una primera relacionada al procedimiento (correspondiente a los tres primeros objetivos específicos) y una segunda relacionada al Marco Institucional (correspondiente al cuarto objetivo específico), son presentadas desde una perspectiva eminentemente jurídica, que no abarca otros puntos fuera de esta rama del conocimiento, como la ciencia política, y que pueden tener efectos en este como en el resto de regímenes jurídicos. Su influencia, como una suerte de “tercera dosis de refuerzo” es importante, pero al requerir de un análisis desde su óptica no forman parte del presente.
50. Ahora bien, es pertinente indicar que las conclusiones arribadas, en discusión con lo señalado por organizaciones internacionales, se coincide con lo entidades como el Banco Interamericano de Desarrollo - BID (2016) que precisa la importancia de fortalecer la gobernanza de las APP en Latinoamérica para el mejor aprovechamiento de sus beneficios para el cierre de brechas de infraestructura y servicios públicos, en los mismos roles aplicados en la investigación; o la Cooperación Andina de Fomento – CAF (2021) que resalta los beneficios de fortalecer el marco institucional y regulatorio, serán claves para la recuperación económica post pandemia; y lo señalado por la OCDE (2012) para las APP, que a su turno recomendaron A. Establecer un marco institucional claro y predecible apoyado por autoridades competentes y adecuadamente financiadas (...), B. Aplicar un criterio de selección de la modalidad APP basado en el valor por dinero (...), y C. Utilizar el proceso presupuestal de manera transparente, para minimizar riesgos fiscales y asegurar la integridad del proceso de licitación
51. Además, también concuerda con lo señalado en el prolegómeno, por Martín (2021) respecto a que el problema radicó en la falta de gobernanza en entidades como Proinversión, así como el exceso en el ejercicio de las funciones por parte de órganos como la Contraloría General de la República o el MEF, así como, lo indicado por Sánchez (2021), entorno a la existencia de falta de predictibilidad en el procedimiento, dado a la duplicidad en algunos requisitos de etapa preliminar, con el Informe Económico, presentado en la etapa de formulación, además de la desconfianza existente; o los problemas en la duplicidad de trámites, los escándalos de corrupción, la demora en la entrega de terrenos por parte del Estado y en los trámites para hacer adendas, aludidos por Maraví (2021).

52. Por tanto, visto la factibilidad de lo planteado desde una perspectiva jurídica, es preciso presentar nuestra Propuesta que recoge los cambios al Decreto Legislativo 1362 y su Reglamento, a los que se arribó en cada extremo de los objetivos específicos propuestos, y que permitirían concretizar lo planteado; usándose para esta última parte, el método jurídico exegético de una manera inversa, en la configuración de un cuerpo normativo, como se muestra en lo siguiente.



XI. PROPUESTA

Partiendo de la información obtenida y de las conclusiones arribadas, se han elaborado las presentes propuestas normativas que modifican la Ley de APP (Decreto Legislativo Nro. 1362) y su Reglamento (Decreto Supremo Nro. 240-2018-EF). En ellas se implementan ajustes que permitan desde una perspectiva jurídica la dinamización del desarrollo de las Asociaciones Público Privadas en el Perú, y contribuyan al alcance de sus fines (el cierre de brechas de infraestructura, servicios públicos, servicios vinculados a estos e innovación tecnológica).

PROPUESTA DE LEY QUE VIABILIZA LA DINAMIZACIÓN DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS, MEDIANTE MODIFICACIÓN NORMATIVA

Artículo Único. - Objeto de la Ley

Por la presente ley se modifican los artículos: 5, 7, 8, 9, 30, 36, 41, 55, y 56 del Decreto Legislativo 1362 que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, los cuales tendrán el texto siguiente:

“Artículo 5. Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada

5.3 El Ministerio de Infraestructura y Telecomunicaciones establece la política de promoción de la inversión privada.

5.4 El ente rector del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada es Proinversión, entidad adscrita al Ministerio de Infraestructura y Telecomunicaciones, que como tal se encarga de las siguientes funciones:

1. Establecer los lineamientos de promoción y desarrollo de la inversión privada en Asociaciones Público Privadas y en Proyectos en Activos,
2. Emitir opinión vinculante exclusiva y excluyente, en el ámbito administrativo, sobre la interpretación y la aplicación del presente Decreto Legislativo, en relación con los temas de su competencia, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. Esta disposición no limita la potestad interpretativa de los órganos jurisdiccionales ni del Congreso de la República.

Artículo 7. Comité de Promoción de la Inversión Privada

7.2 El Comité de Promoción de la Inversión Privada, según corresponda, asume los siguientes roles:

1. Organismo Promotor de la Inversión Privada, en los procesos de promoción bajo su competencia, conforme a lo establecido en el artículo 8. Es un órgano especializado que ejerce funciones de manera continua.
2. Órgano de coordinación con Proinversión, en los procesos de promoción bajo competencia o encargados a dicha entidad; y con su entidad correspondiente, en materia de seguimiento y simplificación de la inversión, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9.

7.4 El Comité de Promoción de la Inversión Privada, en calidad de órgano de coordinación, tiene las siguientes funciones:

3. Entregar dentro de los plazos respectivos la información solicitada por las entidades involucradas y por Proinversión, en este último caso, en el marco de lo establecido en el artículo 9.

Artículo 8. Organismos Promotores de la Inversión Privada

8.1 Los Organismos Promotores de la Inversión Privada se encargan de diseñar, conducir y concluir el proceso de promoción de la inversión privada mediante las modalidades de Asociación Público Privada y de Proyectos en Activos, bajo el ámbito de su competencia. Asimismo, admite a trámite y aprueba las iniciativas durante la fase de Planeamiento y Programación.

Artículo 9. Seguimiento de la Inversión y soporte especializado

9.1 Para los proyectos priorizados, según los criterios que establezca el Reglamento, Proinversión, a través de la Dirección de Portafolio de Proyecto y Seguimiento, realiza el acompañamiento, seguimiento, articulación y simplificación en todas las fases de los proyectos de inversión que se desarrollen bajo los mecanismos regulados en el presente Decreto Legislativo, para lo cual, puede convocar a entidades del sector público o privado.

9.3 Durante la fase de Ejecución Contractual, a solicitud de la entidad pública titular del proyecto encargada de la administración de los contratos de Asociación Público Privada, Proinversión, a través de la Dirección de Asistencia Técnica, Gestión de entrega de predios y Registros, brinda soporte especializado en materia legal, económica, financiera y técnica, sobre aspectos de alta complejidad, de acuerdo con los requisitos y procedimientos establecidos en el Reglamento.

Artículo 30. Fases

30.3 Es obligación de la entidad pública titular del proyecto iniciar tempranamente el proceso de identificación, adquisición, saneamiento, y expropiación de los predios y áreas necesarias y de respaldo para la ejecución del proyecto, así como la liberación de interferencias, bajo responsabilidad. Asimismo, la entidad pública titular del proyecto está facultada para realizar los procesos de reubicación o reasentamiento que permitan la liberación y saneamiento de terrenos y predios para la implementación del proyecto en los plazos previstos. El Organismo Promotor de la Inversión Privada establece en el Informe de Evaluación, la meta respecto a la liberación de predios y las áreas que requiere el proyecto para ser adjudicado, así como a la liberación de interferencias, bajo responsabilidad. Para todo esto, cuenta con la asistencia especializada de Proinversión.

Artículo 36. Opinión al Informe Multianual de Inversiones en Asociaciones Público Privadas

36.1 Tanto para la admisión a trámite, como para la aprobación de la iniciativa en la fase de Planeamiento y Programación, deberá presentarse esta únicamente al Organismo Promotor de la Inversión Privada Correspondiente, afín de que este verifique su alineación con las prioridades previstas en la Programación Multianual de Inversiones, la necesidad que se lleve por medio de APP y la descripción del proyecto, conforme a los criterios para el Informe Multianual de Inversiones que señale el Reglamento.

36.2 En caso que la iniciativa privada se presente proyectos fuera de la Programación Multianual de Inversiones, el OPIP solicitará informes adicionales a los sectores competentes, conforme al plazo establecido en el Reglamento.

Artículo 41. Opiniones e informes previos en las fases de Estructuración y Transacción

41.1 El Organismo Promotor de la Inversión Privada, sin excepción y bajo responsabilidad, recaba las siguientes opiniones e informes sobre la respectiva Versión Inicial del Contrato de Asociación Público Privada, los pronunciamientos ajenos de estos extremos, no serán considerados.

1. Opinión previa favorable de la EPTP, sobre sus compromisos, obligaciones contractuales y el mantenimiento del cumplimiento de la Programación Multianual de Inversiones
2. Opinión previa no vinculante del Organismo Regulador, se refiere únicamente a los capítulos referentes a: (i) Régimen de Tarifas, y (ii) Calidad de Servicio respecto a sus normas técnicas.
3. Opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, en términos de Valor por Dinero, únicamente sobre los capítulos de la VIC referentes a: (i) Equilibrio Económico Financiero, (ii) Garantías, (iii) Contingencias Fiscales del Estado, (iv) Asignación de Riesgos, y (v) Cofinanciamiento.
4. Informe Previo no vinculante de la Contraloría General de la República, conforme a lo establecido en el numeral 41.4.

41.4 Informe Previo no vinculante de la Contraloría General de la República a la Versión Final del Contrato, se refiere únicamente a los capítulos referentes: (i) Garantías, y (ii) Cofinanciamiento; teniendo que los pronunciamientos ajenos de estos extremos, no serán considerados.

41.9 Una vez suscrito el respectivo contrato, Proinversión publica los informes que emita sobre las respectivas versiones del contrato.

Artículo 55. Modificaciones contractuales

55.4 Culminado el proceso de evaluación conjunta, la entidad pública titular del proyecto evalúa la modificación contractuales y las sustenta, considerando el Valor por dinero a favor del Estado, sobre: (i) el mantenimiento de las condiciones de competencia del Proceso de Promoción, (ii) las disposiciones establecidas en el Contrato y la naturaleza del proyecto, (iii) los hechos sobrevinientes a la adjudicación de la Buena Pro, y (iv) las condiciones no imputables al Inversionista; asimismo, solicita la opinión no vinculante del organismo regulador respectivo, así como la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, en caso se involucren materias de competencia de este último.

55.6 Recabadas las opiniones del organismo regulador que se refiere únicamente a los capítulos referentes a: (i) Régimen de Tarifas, y (ii) Calidad de Servicio respecto a sus normas técnicas; del Ministerio de Economía y Finanzas en términos de Valor por Dinero, únicamente sobre los capítulos de la VIC referentes a: (i) Equilibrio Económico Financiero, (ii) Garantías, (iii) Contingencias Fiscales del Estado, (iv) Asignación de Riesgos, y (v) Cofinanciamiento; la entidad titular del proyecto solicita a la Contraloría General de la República la emisión del Informe Previo, en caso las modificaciones incorporen o alteren el cofinanciamiento o las garantías del contrato de Asociación Público Privada. Dicho Informe Previo se emite en el plazo máximo de diez (10) días hábiles.

55.7 El Informe Previo tiene el carácter de no vinculante y versa únicamente sobre a los capítulos referentes: (i) Garantías, y (ii) Cofinanciamiento, de conformidad con lo previsto en el inciso l) del artículo 22 de la Ley Nº 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

55.9 De no emitirse las opiniones señaladas en este artículo dentro de los plazos previstos, se considera que son favorables. El pronunciamiento ajeno de estos extremos, no serán considerados.

Artículo 56. Solución de controversias

56.1 Los contratos de Asociación Público Privada incluyen una cláusula referida a la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias. Los laudos arbitrales se publican en el portal institucional de la entidad pública titular del proyecto. Asimismo, deben incluir obligatoriamente en el contrato el Sistema de Alertas Tempranas y su uso en conjunto con la Junta de Revisión de Disputas, que prevengan las controversias, y permitan la continuidad del proyecto.

56.3 El árbitro o Tribunal Arbitral respectivo tiene en caso de que se discutan decisiones y materias vinculadas a materias de competencia del Organismo Regulador, pedirá que esté presente un informe al respecto, que se incorporará como medio probatorio al proceso.

56.4 Asimismo, las partes pueden someter sus controversias a una Junta de Resolución de Disputas sucedida la controversia, conforme a lo dispuesto en el respectivo contrato, siendo su decisión vinculante para las partes, lo cual no limita la facultad de recurrir al arbitraje “

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera. – La presente Ley entrará en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial “El Peruano”.

Segunda. – Para la aplicación de la presente Ley será necesario la modificación de la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones - Ley N° 27791, en lo pertinente.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

Única. – Las modificaciones que la presente norma introduce en los artículos 5 y 7 del Decreto Legislativo 1362 que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, relativos a la estructura institucional entrarán en vigencia a los 180 días hábiles de la publicación de la presente.

DISPOSICIONES DEROGATORIAS

Única. – Deróguese el artículo 36.3 del Decreto Legislativo 1362 que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO DEL DL 1362 PARA LA DINAMIZACIÓN DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS

Artículo Único. – Por la presente norma se modifican los artículos: 9, 10, 11, 40.5, 41, 55, 76, 78, 79, 80, 81, 130, 131, 132.1, 133 y 138 del Reglamento del Decreto Legislativo 1362 que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, los cuales tendrán el texto siguiente:

“Artículo 9. Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada

9.1 Proinversión como Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada, como ente rector del SNPIP, tiene las siguientes competencias: (...)

Artículo 10. Equipo Especializado de Seguimiento de la Inversión

El EESI depende funcional y administrativamente de Proinversión.

Artículo 11. Soporte especializado

11.1 Proinversión brinda soporte especializado mediante la contratación de servicios en materia legal, económica, financiera y técnica, a solicitud de la entidad pública titular del proyecto de APP, sobre aspectos de alta complejidad que se presenten durante el desarrollo de la fase de Ejecución Contractual.

11.2 El soporte especializado en aspectos de alta complejidad durante la fase de Ejecución Contractual, se brinda a los proyectos de APP en los que se verifique de manera conjunta las siguientes condiciones:

1. El CTP sea superior a trescientos mil (300,000) UIT. Este límite puede ser modificado mediante Resolución de Proinversión

Artículo 40. Planeamiento y Programación

40.3 La propuesta del IMIAPP es realizada por el órgano encargado de planeamiento de la entidad pública titular del proyecto, considerando entre otros aspectos, las metas de cierre de brechas prioritarias establecidas en la Programación Multianual de Inversiones elaborada en el marco de las normas que regulan el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, y los lineamientos para el desarrollo del IMIAPP que emite el Proinversión

40.5 El IMIAPP y sus modificaciones y actualizaciones, son aprobadas por el OPIP y ratificadas mediante Resolución Ministerial del sector, Acuerdo de Consejo Regional, Acuerdo de Concejo Municipal o resolución del titular de la entidad pública titular habilitada mediante ley expresa, según corresponda. El referido informe debe contener como mínimo lo siguiente:

1. Descripción general del Proyecto, incluyendo como mínimo
 - a. Nombre del Proyecto
 - b. Entidad competente
 - c. Antecedentes y diagnóstico sobre la provisión actual de la infraestructura o servicio público identificando las características de la demanda y la oferta existente en términos de cobertura
 - d. Importancia, área de influencia y necesidades de inversión identificadas
 - e. Objetivos, y estrategia del proyecto por medio de APP
 - f. Clasificación del Proyecto
2. Consistencia del proyecto con las prioridades sectoriales, nacionales, regionales o locales;
 - a. En APP cofinanciadas considerar el cierre de brechas prioritarias de la Programación Multianual de Inversiones
3. Evaluación técnica preliminar del proyecto, proyección de:
 - a. Fuentes de ingresos de proyectos.
 - b. los niveles de servicios esperados
 - c. Adquisición y/o expropiación de terrenos, reubicaciones o reasentamientos, servidumbres y liberación de inferencias.
 - d. El estado físico legal del bien necesario en caso que el Estado cuenta con la titularidad.
 - e. Aspectos relevantes en materia económica, legal, regulatoria, organizacional, ambiental y social para el desarrollo del proyecto; señalando los eventuales problemas que pueden retrasarlo.

- f. Estimación de costos y gastos de supervisión.
 - g. Solicitud para dejar sin efecto el Plan de Promoción de la Inversión Privada que se hubiera aprobado, en caso corresponda.
4. Montos de referencia de inversión, análisis de valor por dinero mediante la aplicación preliminar de los órganos de elegibilidad
 5. Los compromisos firmes y contingentes cuantificables derivados de los Contratos de APP suscritos, incluyendo sus modificaciones contractuales. Asimismo, una proyección de los flujos Compromisos firmes y de ser posible, los Compromisos Contingentes cuantificables derivados de proyectos de APP incorporados o por incorporarse al Proceso de Promoción.
 6. Los PA a ser desarrollados.

40.8 En un plazo de cinco (05) días hábiles posteriores a la aprobación del IMIAPP, la entidad pública titular del proyecto debe publicar el mismo en su portal institucional y remitirlo a Proinversión.

Artículo 41. Opinión al Informe Multianual de Inversiones en Asociaciones Público Privadas

41.1 Conforme a lo señalado en el artículo 36 de la Ley, las iniciativas deberán presentarse ante el Organismo Promotor de la Inversión Privada para su admisión a trámite, afín de que este verifique su alineación con las prioridades previstas en la Programación Multianual de Inversiones, la necesidad que se lleve por medio de APP respecto a otros regímenes en términos de valor por dinero y la descripción del proyecto, acorde a los criterios para el Informe Multianual de Inversiones que señalados. Para la admisión a trámite tiene un plazo de 20 días hábiles, declarándose como favorable en caso de vencerse el plazo sin la emisión de opinión. En caso de admitirse o vencido el plazo, deberá incorporar la iniciativa al IMI en el plazo de 5 días hábiles.

41.2 Excepcionalmente para las iniciativas privadas que no se encuentren dentro lo previsto en las prioridades de la Programación Multianual de Inversiones, el OPIP solicitará Informes Adicionales a los sectores competentes según lo señalado en el artículo 79 de este Reglamento.

Artículo 55. Opiniones e informe previos en la fase de Transacción

55.1 El OPIP, sin excepción y bajo responsabilidad, recaba las siguientes opiniones e informe sobre la VFC de APP. Los pronunciamientos ajenos de estos extremos, no serán considerados.

1. Opinión previa favorable de la EPTP, sobre sus compromisos, obligaciones contractuales y el mantenimiento del cumplimiento de la Programación Multianual de Inversiones.
2. Opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, en términos de Valor por Dinero, únicamente sobre los capítulos de la VIC referentes a: (i) Equilibrio Económico Financiero, (ii) Garantías, (iii) Contingencias Fiscales del Estado, (iv) Asignación de Riesgos, y (v) Cofinanciamiento.
3. Opinión previa no vinculante del Organismo Regulador, se refiere únicamente a los capítulos referentes a: (i) Régimen de Tarifas, y (ii) Calidad de Servicio respecto a sus normas técnicas.
4. Informe Previo no vinculante de la Contraloría General de la República, se refiere únicamente a los capítulos referentes: (i) Garantías, y (ii) Cofinanciamiento.

Artículo 76. Fase de Planeamiento y Programación

La fase de Planeamiento y Programación de una IP culmina con su incorporación en el Informe Multianual de Inversiones, luego de su admisión a trámite y aprobación por el OPIP.

Artículo 78. Identificación de entidades competentes

Es responsabilidad del OPIP identificar a todas las entidades competentes en el proyecto de IP en caso de tratar sobre prioridades no previstas en la Programación Multianual de inversiones, durante la admisión a trámite de la misma.

Artículo 79. Opinión de relevancia que involucra a una entidad pública titular del proyecto

79.1 Admitida a trámite la IP, en caso de que las iniciativas privadas excepcionalmente que no se encuentren dentro lo previsto en las prioridades de la Programación Multianual de Inversiones, el OPIP solicitará Informes Adicionales a los sectores competentes en el plazo de 5 días hábiles de evaluada su admisión. Los sectores competentes deberán remitir sus informes en el plazo de 15 días hábiles, declarándose como favorable en caso de vencerse el plazo sin la emisión de opinión. Con los informes o vencido el plazo, el OPIP emitirá opinión sobre las nuevas prioridades, en caso de ser favorable tiene 5 días hábiles para incorporar la iniciativa al IMI.

Artículo 81. Contenido de los informes adicionales

Los informes adicionales contienen los siguientes aspectos (...)

Artículo 130. Junta de Resolución de Disputas

130.1 En los Contratos de APP, debe establecerse obligatoriamente una Junta de Revisión de Disputas que acompañe a las partes en la ejecución y operación del proyecto, con la finalidad de absolver sus consultas y evitar controversias en un Trato directo previo. Para ello adicionalmente ejerce sus labores en conjunto con un Sistema de Alertas Tempranas, que permitan prevenir las controversias. Los lineamientos para la conformación y actividad de estos mecanismos, lo señala Proinversión.

130.2 En la etapa de Trato Directo, a solicitud de cualquiera de las partes, pueden someter sus controversias a una Junta de Resolución de Disputas, que emite una decisión de carácter vinculante y ejecutable, sin perjuicio de la facultad de recurrir al arbitraje, salvo pacto distinto entre las partes. En caso se recurra al arbitraje, la decisión adoptada es considerada como un antecedente en la vía arbitral.

130.3 Este procedimiento no es de aplicación cuando se trate de controversias a las que sean aplicables los mecanismos y procedimientos de solución de controversias a que se refieren la Ley N° 28933, Ley que establece el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión, o aquellos previstos en los tratados internacionales que obligan al Estado peruano.

130.4 Las partes de la APP tienen la obligación de comunicar a la otra parte y a los Adjudicatarios de la Junta de Revisión de Disputas, mediante la emisión de una Alerta Temprana, tan pronta como tengan conocimiento de alguna circunstancia que pueda afectar: el alcance del proyecto, el plazo establecido para la finalización o fecha clave, el costo del proyecto, y la calidad del proyecto

130.5 Asimismo, las partes de la APP pueden emitir una Alerta Temprana, comunicando cualquier otro asunto, que puedan aumentar el costo, el plazo o la calidad; en desmedro del fin público privados de la APP. El representante de la Entidad Pública Titular del Proyecto, anota la alerta en el Registro de Alerta Temprana.

130.6 El representante de la Entidad Pública Titular del Proyecto realiza el primer Registro de Alerta Temprana, lo comunica al Inversionista dentro de una semana de la Alerta. Junto con ello, se invita al

representante del inversionista a la Primera Reunión de Alerta Temprana dentro de las dos semanas posteriores a la alerta.

130.7 Las partes o los Adjudicadores, pueden invitar a participar al Subcontratista u otros terceros para que asistan a la Reunión de Alerta Temprana, si los demás están de acuerdo y si su asistencia ayudaría a decidir las acciones a tomar.

130.8 Las partes colaborativamente, con la recomendación de los Adjudicadores, en la Reunión de Alerta Temprana, cooperan en: realizar y considerar propuestas de solución que eviten o reduzcan los efectos de cada asunto del Registro de Alerta Temprana, en favor del proyecto y de ventajas a todos los afectados; decidir sobre las acciones que se tomarán conforme al Contrato, designando quien; se privilegia la interpretación contractual y residualmente la modificación contractual. El representante de la Entidad Pública Titular del Proyecto, registra la decisión en el Registro de Alertas. De requerirse modificación contractual se sigue el procedimiento correspondiente; Revisar la implementación de decisiones, señaladas en el Registro de Alerta Temprana y decidir si es necesario tomar diferentes acciones, designando quien; así como que asuntos pueden eliminarse del Registro. Si alguna de las partes no notifica oportunamente la Alerta Temprana, bajo el comportamiento de diligencia extraordinaria, la ejecución contractual continua conforme a lo previsto, y se considera su actuar frente a la circunstancia en caso de surgir una controversia, así como para la cuantificación del resarcimiento de darse.

Artículo 131. Conformación de la Junta de Resolución de Disputas

131.1 La Junta de Resolución de Disputas está conformada por uno (01) o tres (03) expertos que son designados por las partes de manera directa o por delegación a un Centro o Institución que administre mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

131.2 Los miembros de la Junta de Resolución de Disputas realizan sus actividades de manera imparcial e independiente, y pueden ser de nacionalidad distinta a la de las partes.

Artículo 132. Cláusulas arbitrales

132.1 Las cláusulas arbitrales a ser incluidas en los Contratos de APP se rigen por las siguientes disposiciones:

1. Puede someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición de las partes, conforme a lo señalado en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, norma aplicable en cuanto al procedimiento.
2. Deben contemplar el arbitraje como mecanismo de solución de controversias.
3. En caso se distinga entre controversias de naturaleza técnica y no técnica, las primeras son sometidas a arbitraje de conciencia y las segundas a arbitraje de derecho, pudiendo estas últimas ser sometidas a arbitraje de conciencia cuando ello resulte conveniente.

Artículo 133. Intervención del Organismo Regulador

133.1 No pueden someterse a los mecanismos de solución de controversias establecidos en el presente Título, las decisiones de los organismos reguladores u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la vía administrativa.

133.2 Tratándose de supuestos distintos a los establecidos en el párrafo precedente, los árbitros en caso que traten temas de competencia de los organismos reguladores, solicitaran un informe al organismo regulador pertinente, que se incorporara al proceso como un medio probatorio

Artículo 138. Opiniones previas

138.1 En base a la información proporcionada en el proceso de evaluación conjunta, la entidad pública titular del proyecto determina y sustenta las modificaciones contractuales.

138.2 Posteriormente, la entidad pública titular del proyecto, solicita la opinión obligatoriamente a las siguientes entidades. El pronunciamiento ajeno de estos extremos, no serán considerados.

1. Opinión de la EPTP y las entidades públicas competentes en la Evaluación Conjunta, considerando el Valor por dinero a favor del Estado, sobre: (i) el mantenimiento de las condiciones de competencia del Proceso de Promoción, (ii) las disposiciones establecidas en el Contrato y la naturaleza del proyecto, (iii) los hechos sobrevinientes a la adjudicación de la Buena Pro, y (iv) las condiciones no imputables al Inversionista.
2. Opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, en términos de Valor por Dinero, únicamente sobre los capítulos de la VIC referentes a: (i) Equilibrio Económico Financiero, (ii) Garantías, (iii) Contingencias Fiscales del Estado, (iv) Asignación de Riesgos, y (v) Cofinanciamiento.
3. Informe Previo no vinculante de la Contraloría General de la República, se refiere únicamente a los capítulos referentes: (i) Garantías, y (ii) Cofinanciamiento.
4. Opinión previa no vinculante del Organismo Regulador, se refiere únicamente a los capítulos referentes a: (i) Régimen de Tarifas, y (ii) Calidad de Servicio respecto a sus normas técnicas.

DISPOSICIONES DEROGATORIAS

Única. – Deróguese los artículos 41.3, 41.4, 41.5, 55.6, 78.2, 80 y 82 del Reglamento del Decreto Legislativo 1362 que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

XII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguilar, L. (2015). *Gobernanza y Gestión Pública*. Fondo de Cultura Económica.

Alva, C. (2017). *Ejecución de Obras Públicas mediante la modalidad Asociación Público – Privada (APP)*. Instituto Pacífico.

Baca, E. (2017). *Las asociaciones público privadas en el Perú ¿Beneficio público o negocio privado?* Grupo Propuesta Ciudadanía

Banco Interamericano de Desarrollo – BID (2009). *Experiencia Chilena en Concesiones y Asociaciones Público-Privadas para el desarrollo de infraestructura y la provisión de Servicios Públicos*. PIAPPEM

Banco Interamericano de Desarrollo-BID (2009). *Experiencia española en Concesiones y Asociaciones Público-Privadas para el desarrollo de infraestructuras públicas: marco general*. PPIAPPEM

Banco Interamericano de Desarrollo – BID (2016). Módulo 1. El Rol de las Asociaciones Público Privadas en la Promoción de la Inversión Privada en el Perú. *Asociaciones Público Privadas en Perú: Análisis del Nuevo Marco Legal*. MEF

Banco Interamericano de Desarrollo – BID (2016). Módulo 2. El Rol de las Asociaciones Público Privadas en la Promoción de la Inversión Privada en el Perú. *Asociaciones Público Privadas en Perú: Análisis del Nuevo Marco Legal*. MEF

Banco Interamericano de Desarrollo – BID (2016). Módulo 5. El Rol de las Asociaciones Público Privadas en la Promoción de la Inversión Privada en el Perú. *Asociaciones Público Privadas en Perú: Análisis del Nuevo Marco Legal*. MEF

Banco Mundial - WB, el Banco Asiático de Desarrollo - BASD y el Banco Interamericano de Desarrollo – BID. (2014). *Asociaciones Público-Privadas Guía de Referencia. Versión 2.0*. WB

Basadre, J. (2014). *Historia de la república del Perú 1822-1933*. Tomo I. Producciones Cantabria.

Basadre, J. (2014). *Historia de la república del Perú 1822-1933*. Tomo III. Producciones Cantabria.

Bel, G., Bel Piñana, P. , y Rosel, J. (2017), Myopic PPPs: Risk allocation and hidden liabilities for tax players and users. *Utilities Policy*, (48), 147-156.

- Blume, E. (2021). Significado, importancia y retos del Bicentenario para consolidar el Estado Constitucional peruano. *Reflexiones Constitucionales sobre el Bicentenario. Significado, importancia y retos en la forja del Estado Constitucional peruano*. Centro de Estudios Constitucionales Tribunal Constitucional del Perú.
- Cairampoma, A. y Villegas, P. (2016). El nuevo Régimen de Promoción de la Inversión Privada, las Asociaciones Público Privadas en el sector de agua potable y saneamiento. *Derecho Administrativo hacia un Estado más confiable. Libro de Ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Thomson Reuters.
- Cairampoma, A., Sánchez, L. y Villegas, P. (2020). Las Asociaciones Público Privadas en la Industria de Electricidad del Perú. *Las Asociaciones Público Privadas (APP) en el sector Minero-Energético: Experiencia Nacional e Internacional*. Universidad del Externado
- Campos, A. (04 de marzo de 2021). Situación actual de las APPs. Comunicación Personal. Lima
- Cárcamo, E., Guarnizó, A., Mendoza, M., Pajares, C. & Vignolo, G. (2015). *Asociaciones público-privadas en el sistema penitenciario. Una alternativa de solución para la inseguridad en el Perú*. ESAN.
- Carreño, S. (2020). *Amigable composición en la solución de controversias en los contratos de concesión en infraestructura*. [tesis maestría, Universidad Externado de Colombia]. Repositorio Institucional - Universidad Externado de Colombia.
- Castilla, M. (07 de abril 2020). Rompiendo el estatus quo para la reactivación. *La República*. <https://larepublica.pe/economia/2020/04/07/luis-miguel-castilla-rompiendo-el-estatus-quo-para-la-reactivacion/?ref=lre>
- Castro, M. (22 de octubre 2020). Retos y verdades: la reactivación de los proyectos de infraestructura pública y el arbitraje. *Enfoque Derecho*.
<file:///C:/Users/User/OneDrive/Documentos/RICERCA/EC/APP/3.%20PROBLEMA%20PUNTUAL/Retos%20y%20verdades%20la%20reactivaci%C3%B3n%20de%20los%20proyectos%20de%20infraestructura%20p%C3%BAblica%20y%20el%20arbitraje%20%20Enfoque%20Derecho%20%20El%20Portal%20de%20Actualidad%20Jur%C3%ADdica%20de%20THEMIS.html>
- Clavero, B. (1986). Enfiteusis, ¿qué hay en un nombre? *Anuario de Historia del Derecho Español*, (56), 457-519.

- Concha, M. (2007). La participación público-privada en la ejecución de infraestructuras. En, Segovia, A., et al. (Ed.). *Reflexiones Sobre el Contrato de Concesión de Obra Pública* (49-69). Hispatex.
- Cordero, E. & Adulnate, E. (2008). Evolución Histórica del Concepto de Propiedad. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (30), 345-385.
- Cornejo, C. (2004). El Dogmatismo y su influencia en el derecho. *Foro Jurídico*, (03), 247-250.
- Corporación Andina de Fomento - CAF (1993). *Financiamiento Privado de Infraestructuras. Estudio de Alternativas y experiencias en materia de proyectos de Participación Público-Privada para América del Sur. Sector Transporte*. CAF.
- Corporación Andina de Fomento - CAF (2018). *Asociación Público-Privada en América Latina. Afrontando el reto de conectar y mejorar las ciudades*. CAF
- Corporación Andina de Fomento - CAF (2018). *Asociación Público-Privada en América Latina. Guía para Gobiernos Regionales y Locales*. CAF.
- Corporación Andina de Fomento - CAF (2021). *Gobernanza del sector de infraestructura y de las APP*. CAF
- Danós, J. (2006). El régimen de los contratos estatales en el Perú. *Revista De Derecho Administrativo*, (2), 9-44.
- Díaz-Guevara, A. (2017). *Asociaciones Público Privadas en infraestructura vial: análisis y modelo de gestión en el Perú basado en una conceptualización Antropológica* [tesis doctorado, Universidad de Piura]. Repositorio Institucional - Universidad de Piura.
- Encinas, J. (2014). *Taller sobre Asociaciones Publicas Privadas (APPs). Metodología para la Preparación, Evaluación y Aprobación de proyectos APP del Reino Unido*. Infrastructure UK.
- Franco-Isaza, P., López, I & Acosta, C. (2020). Las Asociaciones Público Privadas (APP) para una educación de calidad en el marco de una Colombia en paz: revisión de literatura. *Revista Jurídicas*, 17(2), 220-239.
- Gazzolo, L. (1960). El Contrato de Aparcería. *Revista Derecho PUCP*. (19), 119-128.
- Guash, J. (2005). *Concesiones en Infraestructura. Como hacerlo bien*. Antoni Bosch.
- Guzmán-Barrón, C. (2017). *Arbitraje Comercial, Nacional e Internacional*. Fondo Editorial Pontificia

- Hall, D. (2015), *¿Por qué las asociaciones público-privadas (apps) no funcionan? Las numerosas ventajas de la alternativa pública*. Public Services International Universidad de Greenwich.
- Hellowell, M. (2010). The UK's Private Finance Initiative: history, evaluation, prospects. En G. Hodge, C. Greve & A. Boardman (Eds.). *International Handbook on Public-Private Partnerships*. (pp. 307-332). Edward Elgar Publishing Limited.
- Heros, J. & Marín, L. (2016). Una Revisión al Project Finance. *Revista Derecho Administrativo*. (16), 143-165.
- Hernández, R., Fernández, C. & Baptista, P. (2014). *Metodología de la Investigación*. Mc Graw Hill
- HM Treasury. (2013). *Public Sector Business Cases using the Five Case Model. Green Book supplementary Guidance on delivering public value from spending proposals*. UK Crown – Open Government License
- HM Treasury. (2018). *Guide to developing the Project Business Case. Better business cases: for better outcomes*. UK Crown – Open Government License.
- Huapaya, R. (2013). Diez Tesis sobre las Asociaciones Público – Privadas (APP) en nuestro régimen legal. *Circulo de Derecho Administrativo*, (13), 15-32.
- Huapaya, R. & Vergaray, G (2007). Algunos apuntes en relación con la "participación público-privada" y su vinculación con el derecho administrativo y la inversión en infraestructura y servicios públicos. *Revista de Derecho Administrativo*. (3), 95-126.
- Hurtado, J. (2015). De la Conciliación Decisoria a la Junta de Resolución de Disputas: Apuntes en relación a la Junta de Resolución de Disputas Como Nuevo Método de resolución de conflictos para un contrato de Obra Formalizado Bajo el ámbito de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado. *Derecho & Sociedad*, (44), 203-210.
- Kresalja, B. (2015). *¿Estado o mercado? El principio de subsidiaridad en la Constitución peruana*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Lama, J. y Becerra, I. (2020). Mecanismos multi-tier y el Dispute Avoidance en el entorno colaborativo de los contratos New Engineering Contract 4 (NEC4). *Derecho & Sociedad*, (55), 125-144.

- León XIII. (1891). *Encíclica 'Rerum Novarum'*. Libreria Editrice Vaticana
- Mantilla, A. (2018). La concesión administrativa. *Angel Polentini*.
- Manyari, A., y Ramírez, C. (2020). La implementación del sistema de alertas tempranas para el cambio de paradigma hacia la gestión eficiente y colaborativa del proyecto. *Derecho & Sociedad*, (55), 145-161.
- Maraví, M. (2011). ¿Son Arbitrables las Decisiones de los Organismos Reguladores? *Derecho & Sociedad*, (36), 53-57.
- Maraví, M. (05 de marzo de 2021). Situación actual de las APPs. Comunicación Personal. Lima
- Martin, R. (02 de marzo de 2021). Situación actual de las APPs. Comunicación Personal. Lima
- Martin, R. (2013). El laberinto estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú. *Arbitraje PUCP*, (3), 41-77.
- Mc Evoy, E. (08 de agosto de 2018). La inversión en infraestructura que no promueve el MEF. *ConexiónEsan*.
[file:///C:/Users/User/OneDrive/Documentos/RICERCA/EC/APP/3.%20PROBLEMA%20PUNTUAL/La%20Inversi%C3%B3n%20en%20infraestructura%20que%20no%20promueve%20el%20MEF%20\(Parte%20I\)%20%20Econom%C3%ADa%20%20Actualidad%20%20ESAN.html](file:///C:/Users/User/OneDrive/Documentos/RICERCA/EC/APP/3.%20PROBLEMA%20PUNTUAL/La%20Inversi%C3%B3n%20en%20infraestructura%20que%20no%20promueve%20el%20MEF%20(Parte%20I)%20%20Econom%C3%ADa%20%20Actualidad%20%20ESAN.html)
- Medina, J. (2019). El Acuerdo de Gobierno a Gobierno y los Contratos NEC: ¿Soluciones a las deficiencias de la normativa de contrataciones del Estado que puedan ser replicadas por todas las entidades? *Ius et Veritas*, (58), 110-127.
- Mercado, E. & Abusada, F. (2016). La Asociación Público Privada y el Nuevo Hogar del Project Finance. *Revista de Derecho Administrativo*, (16), 167-176.
- Ministerio de Economía y Finanzas (2015). *Exposición de Motivos. Decreto Legislativo 1224 que aprueba la ley marco de promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos*. MEF
- Ministerio de Economía y Finanzas (2020). *Guía Metodológica de Asociaciones Público Privadas*. MEF
- Morell, L. (1972). La concesión de marismas y el artículo 126 de la Ley de Patrimonio del Estado. *Revista de Administración Pública*, (68), 137-184.

- Morón, J. C. (2005). La generación por iniciativa privada de proyectos públicos: La nueva colaboración público-privada y el interés público. *Derecho & Sociedad*, (24), 277-297.
- Nalvarte, P. (2017). Conceptos y alcances básicos de las Asociaciones Público-privadas. *Derecho & Sociedad*, (49), 321-337.
- Nieto, E. (2004). La Financiación Privada de Obras y Servicios Públicos en el Reino Unido (*De Private Finance Initiative a Public Private Partnerships*). *Revista de Administración Pública*, (164), 389-406.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OCDE (2012). *Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships*. OCDE.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OCDE (2014). *Memorandum de Entendimiento relativo al Programa País entre el Gobierno de la República del Perú y la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico*. OCDE.
- Padilla, G. (2008). *Derecho Romano* (cuarta edición). McGraw Hill
- Patterson, R. (25 de junio 2015). *Making the most of your early warnings – sort out your TQs and RFIs...and what about the opportunities?* Recuperado el 18 de octubre de 2021 de <https://necstorageprod.blob.core.windows.net/mediacontainer/nec/media/nec/my%20one%20downloads/articles/early-warnings-article.pdf>
- Pratts, J. (2016). *La gobernanza de las alianzas público-privadas. Un análisis comparado de América Latina*. Banco Interamericano de Desarrollo
- Pérez, H. (2007). Historia y análisis de las concesiones viales. *Diálogos y saberes*. (27), 215-227
- Pío XI. (1931). *Encíclica 'Quadragesimo Anno'*. Libreria Editrice Vaticana
- Public–Private Infrastructure Advisory Facility – PPIAF (2009). Overview of PPP experience. Historical context. *Toolkit for Public-Private Partnerships in Roads and Highways*. World Bank.
- Ramos, C. (2014). *Como hacer una Tesis de derecho y no envejecer en el Intento*. Gaceta Jurídica.
- Rodríguez de Haro, F. (1979). La Concesión Administrativa de Servicios (reseña histórica). *Revista de Estudios de la Administración Local*, (203), 355-468.
- Roppo, V. (2009). *El Contrato*. Gaceta Jurídica.

- Ruiz, G. (2016), The contractual and administrative regulation of public-private partnership. *Utilities Policy*, (48), 109-121.
- Sánchez, M. (04 de marzo de 2021). Situación actual de las APPs. Comunicación Personal. Lima
- Sipan, M. (2017). *La eficacia de la Junta de Resolución de Disputas en el Sistema de Solución de Conflictos de las Contrataciones del Estado* [tesis maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Institucional – PUCP.
- Sosa, M. (2020). *Apuntes sobre la naturaleza jurídica de las concesiones y las Asociaciones Público-Privadas a la luz de la colaboración público-privada* [tesis bachillerato, Universidad de Piura]. Repositorio Institucional – Pirhua.
- Suarez-Alemán, A., Astorga, I., Astesiano, G. y Ponce de León, O. (2021). *Perfil de las Asociaciones Público Privadas en servicio e infraestructura de salud de América Latina y el Caribe. Principales cifras y tendencias del sector*. Banco Interamericano de Desarrollo.
- Talavera, A. & Olórtégui, J. (2015). ¿El Sistema del Amigable Composedor Podría Ser el Respaldo que Necesita el Procurador para Poder Transar las Controversias y No Someterlas a Arbitraje? *Derecho & Sociedad*, (44), 271-278.
- Tantaleán, M. (2016). Una Mirada Al Escenario Nacional e Internacional de las Asociaciones Público Privadas. *Revista De Derecho Administrativo*, (16), 201-215.
- Umezawa, A. & Reaño, M. (2013). Evolución de las Asociaciones Público Privadas – APPs, conforme a la regulación normativa: una visión a través de experiencias. *Circulo de Derecho Administrativo*, (13), 51-64.
- Villar Palasí, J. (1951). La eficacia de la concesión y la cláusula "sin perjuicio de tercero". *Revista de administración pública*, (5), 147-234.
- Vargas, V. (2020). *Asociaciones Público Privadas (App) y su relación con el servicio eficiente en el seguro social de salud en el distrito de Villa María Del Triunfo, Lima, Periodo 2017: Caso Hospital Guillermo Kaelin De La Fuente* [tesis maestría, Universidad Nacional Federico Villareal]. Repositorio Institucional – Universidad Nacional Federico Villareal.

Vergara, I. (2019). *Asociaciones Público Privadas en transporte y su impacto en su economía del Perú, periodo 1999-2017* [tesis bachillerato, Universidad Nacional de Trujillo]. Repositorio Institucional - Universidad de Trujillo.

Weston, C. (2019). *Inclusión del OSITRAN al arbitraje de concesiones de infraestructura* [tesis licenciatura, Universidad de Piura]. Repositorio Institucional – Piura.

Yrivarren, L. (24 de abril 2020). ¿Por qué están estancadas las APP en el Perú? *Porto Legal*.
<file:///C:/Users/User/OneDrive/Documentos/RICERCA/EC/APP/3.%20PROBLEMA%20PUNTUAL/%C2%BFPor%20qu%C3%A9%20est%C3%A1n%20estancadas%20las%20APP%20en%20el%20Per%C3%BA%20%20Porto%20Legal.html>

Leyes y Documentos legales

Ley N° 27332. Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. 29 de julio de 2000.

Ley N° 27785. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. 14 julio de 2002.

Ley N° 31358. Ley que establece medidas para la expansión del Control Concurrente. 16 de noviembre de 2021.

Ley N° 29158. Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. 21 de diciembre de 2007.

Ley N° 26821. Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. 11 de junio de 1997,

Ley N° 28059. Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada. 19 de julio de 2003,

Decreto Legislativo 839 [con fuerza de ley]. Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y Servicios Públicos. 20 de agosto de 1996.

Decreto Legislativo 1362 de 2018 [con fuerza de ley]. Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos. 23 de julio de 2018. Año XXXV - N° 14587

Decreto Legislativo 1224 de 2015 [con fuerza de ley]. Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos. 25 de setiembre 2015.

Decreto Legislativo 1012 de 2008 [con fuerza de ley]. Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público - Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los Procesos de Promoción de la Inversión Privada. 13 de mayo 2008.

Decreto Legislativo 758 [con fuerza de ley]. Dictan normas para la promoción de las inversiones privadas en la infraestructura de servicios públicos. 13 de noviembre de 1991

Decreto Supremo 059 [Presidencia del Consejo de Ministros]. Texto Único Ordenado de las Normas de la Concesión de Obras Públicas de Infraestructuras y Servicios Públicos. 27 de diciembre de 1996.

Decreto Supremo 027 [Presidencia del Consejo de Ministros]. Fusionan diversas entidades relacionadas a la promoción de la inversión privada incorporándose en la Dirección Ejecutiva FOPRI que pasará a denominarse Agencia de Promoción de la Inversión. 25 de abril de 2002.

Decreto Supremo 146 [Presidencia del Consejo de Ministros]. Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012 que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público - Privadas para la generación del empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada. 09 de diciembre de 2008.

Decreto Supremo 410 [Presidencia del Consejo de Ministros]. Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos. 27 de diciembre de 2015.

Decreto Supremo 240 [Presidencia del Consejo de Ministros]. Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos. 31 de octubre de 2018.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional del Perú. Pleno Jurisdiccional. Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, M.P. Alva Orlandini; 11 de noviembre 2003

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

Tribunal Constitucional del Perú. Pleno Jurisdiccional. Expediente N.º 0048-2004-PI/TC, M.P. Alva Orlandini; 01 de abril 2005

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. Pleno Jurisdiccional. Expediente N.º 6167-2005-PHC/TC, M.P. García
Toma; 28 de febrero 2006

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.pdf>

