

GUÍA ORIENTATIVA PARA LA APLICACIÓN DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1224, DECRETO LEGISLATIVO DEL MARCO DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA MEDIANTE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS Y PROYECTOS EN ACTIVOS

1. Contexto y objetivo de la nueva normativa de APP y Proyectos en Activos

A inicios de la década de 1990 el Perú realizó una serie de cambios en el marco legal e institucional de la promoción de la inversión privada en general, lo que incluyó un régimen especial para la disposición de activos del Estado y para la provisión de servicios públicos e infraestructura. En el primer caso, bajo la Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 674, se habilitó a las empresas estatales a disponer de sus activos o celebrar contratos de inversión, asociación en participación, gerencia y otros similares permitidos por ley; bajo dicho régimen se promovieron importantes proyectos. Cabe señalar que mediante la Ley N° 26440 se permitió que determinadas entidades del Estado, además de las empresas estatales, utilicen los mecanismos del Decreto Legislativo N° 674.

Por otro lado, desde la década de 1990, también se impulsó la provisión de infraestructura pública y prestación de servicios públicos en el Perú, época en la que empezaron a desarrollarse los primeros proyectos de infraestructura de transporte terrestre pero bajo un marco normativo dedicado exclusivamente a las concesiones (el conocido TUO de Concesiones, aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM). En los siguientes años, a la par del desarrollo de más proyectos de inversión, se fueron emitiendo normas que regulaban de manera independiente temas aplicables a las concesiones como la constitución de fideicomisos, el derecho de hipoteca sobre el derecho de concesión, así como leyes específicas para proyectos de inversión de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales teniendo en cuenta el proceso de descentralización, y ordenanzas que disponían requisitos disímiles con las normas nacionales de promoción de la inversión privada, entre otros.

No fue sino hasta el año 2008 que bajo el Decreto Legislativo N° 1012, se aprobó la primera ley que regulaba de manera específica los requisitos, plazos y procedimiento para el uso de las Asociaciones Público Privadas (APP) en los tres niveles de gobierno; sin embargo, aun cuando esta ley y su reglamento introducen el primer marco normativo de APP en el Perú, se sumaron a todas las normas de concesiones que existían a dicha fecha. Sumado a ello, en los últimos años, el Perú viene adoptando las acciones necesarias para su incorporación a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), organismo que tiene diversas recomendaciones sobre la gobernanza pública de las APP para sus países miembros.

A través de diagnósticos al proceso de promoción, se identificaron oportunidades de mejora en las fases de planeación y estructuración de los proyectos, para minimizar cambios en diseño y la necesidad de re-procesos, recalcando la necesidad de mecanismos definidos de seguimiento y monitoreo durante las fases de formulación y promoción. Sobre este último aspecto, la falta de coordinación y gestión temprana de posibles aspectos críticos generaba tiempos muertos, re-trabajos, nuevas y dilatadas interacciones con entidades. Los puntos débiles en los procesos radican en: (i) los proyectos carecen de dueño único a lo largo del ciclo de proyecto, (ii) variabilidad alta en los procesos, y (iii) contratos y documentación de licitación y administrativa poco estandarizada y guías y metodologías

casi inexistentes, (iv) falta de políticas públicas claras, (v) falta de planeamiento y priorización estratégica de proyectos en ciertos sectores, (vi) multiplicidad de leyes y reglamentos; (vii) falta de definición específica de la jurisdicción y competencias de cada institución, y (viii) falta de comunicación inter-institucional.

Asimismo, como parte del Programa País suscrito con el Perú, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos publicó en octubre del 2015 el primer volumen del Estudio Multidimensional del Perú¹, el cual realiza un diagnóstico de los retos en infraestructura que enfrenta el país. Con relación a las Asociaciones Público Privadas, el referido estudio indica que, no obstante el marco institucional de las Asociaciones Público Privadas se encuentra definido, la actual asignación de responsabilidades y competencias entre las entidades involucradas podría complicar la coordinación entre las mismas. Por otro lado, señala además que se presentan debilidades en las etapas de priorización y planeamiento que podrían generar ineficiencias en los proyectos de Asociación Público Privada, por lo que estudios de factibilidad y evaluaciones de valor por dinero *ex-ante* podrían ayudar a resolver problemas en dichas instancias.

Es en este contexto que resultaba necesario diferenciar el régimen de proyectos en activos para empresas estatales y entidades públicas, e integrar la normativa de concesiones y de APP existentes, en una nueva ley con su respectivo reglamento (hoy el Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF), a fin de incorporar en estas últimas normas, los principios de aplicación general para Proyectos en Activos de entidades estatales y APP, procedimientos claros e identificación de roles de las entidades públicas y asimismo establecer nuevas reglas especiales para las APP, con bases sólidas en la Recomendación del Consejo sobre Principios para Gobernanza Pública de las Asociaciones Público Privadas de la OCDE; todo esto, organizado bajo el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada.

Este resumen histórico es importante conocerlo a fin que todas las entidades que participan en el desarrollo de las APP y Proyectos en Activos conozcan los motivos que dieron pie al nuevo marco legal de APP y el objetivo que se persigue con estas normas.

En ese sentido, el Decreto Legislativo N° 1224 (en adelante, Ley de APP y Proyectos en Activos) y su Reglamento² tienen como objeto establecer los procesos, condiciones, plazos, orden y modalidades de promoción de la inversión privada para el desarrollo de APP y Proyectos en Activos a nivel nacional.

2. Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación de la normativa de APP se encuentra establecido en el artículo 2 de la Ley de APP y Proyectos en Activos y el artículo 1 de su Reglamento, y podemos

¹ OECD (2015), Multi-dimensional Review of Peru: Volume 1. Initial Assessment, OECD Development Pathways, OECD Publishing, Paris. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264243279-en>

² En adelante para hacer referencia a dichas normas utilizaremos la abreviatura señalada o también el término “normativa de APP”.

definirlo respondiendo a dos preguntas: “a qué entidades que les resulta aplicable la norma” (ámbito subjetivo) y “en qué parte o territorio del país es aplicable ésta” (ámbito territorial).

En este sentido, respecto al ámbito subjetivo, la Ley de APP y Proyectos en Activos resulta aplicable a las entidades públicas pertenecientes al Sector Público No Financiero que desarrollen proyectos de APP y Proyectos en Activos, es decir a las entidades públicas del Gobierno Nacional, que incluye al Seguro Social de Salud (EsSalud), a los Gobiernos Regionales y a los Gobiernos Locales. La definición de Sector Público No Financiero es la prevista en la Ley N° 30099, Ley de Fortalecimiento de la Responsabilidad y Transparencia Fiscal.

Por su parte, respecto al ámbito territorial, la Ley de APP y Proyectos en Activos se aplica en todo el territorio nacional y en los tres niveles de gobierno, siendo de cumplimiento obligatorio para cualquier funcionario y/o servidor público.

3. Principios

Una innovación introducida por el nuevo marco normativo de APP es el establecimiento de cinco principios aplicables a todas las fases de desarrollo de las APP y a los Proyectos en Activos, y dos principios adicionales para las APP. Sobre esto debe tenerse presente que los principios son lineamientos rectores -y por tanto de cumplimiento obligatorio- que orientan cualquier actuación de los funcionarios públicos que intervienen en las distintas fases del desarrollo de las APP y Proyectos en Activos.

En ese contexto, de acuerdo con el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1224, tenemos los siguientes principios aplicables tanto a las APP como a los Proyectos en Activos:

a) Competencia: mediante el cual se establece que todo proceso de promoción de la inversión privada promueve la búsqueda de competencia; así por ejemplo, se cumpliría este objetivo estableciendo requisitos legales, técnicos, económicos y financieros a los postores acorde con el objeto del proyecto de APP o Proyecto en Activo, pero que a la vez permitan la participación del mayor número de interesados posible, a fin que exista una verdadera competencia por el proyecto que sirva para elegir al postor con mejor capacidad y experiencia para cumplir con el objeto del proyecto, y con la mejor propuesta económica como resultado de la mayor competencia en el proceso, lo cual en el caso específico de las APP aporta mayor Valor por Dinero.

Bajo este principio también se señala que debe existir igualdad de trato entre todos los postores, lo que implica que no pueden establecerse requisitos que den mayor oportunidad de participación o puntuación a condiciones que no respondan al objetivo principal del proyecto. Así, dar mayor puntaje a empresas nacionales por el solo hecho de tener dicha condición (el denominado componente nacional) podría no estar en línea con el principio de competencia, dependiendo del objeto del proyecto de APP o Proyecto en Activo. Es recomendable tener en cuenta los pronunciamientos del INDECOPI, entidad que ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este tema.

Aun cuando la Ley de APP y Proyectos en Activos no lo señale expresamente, es pertinente mencionar que el principio de competencia también se aplica y mantiene a lo

largo de la ejecución del contrato; muestra de ello, lo encontramos en el artículo 22 de la Ley de APP y Proyectos en Activos que establece que en la etapa de renegociación contractual, las modificaciones planteadas no solo deben mantener el equilibrio económico financiero sino también las condiciones de competencia del proceso de promoción. Con ello se busca cautelar que las reglas a introducirse en el contrato no terminen por variar las condiciones de competencia que fueron determinantes para la selección del inversionista privado.

Asimismo, bajo este principio también se establece que los procesos de promoción de la inversión privada deben evitar conductas anticompetitivas o colusorias.

- b) **Transparencia:** bajo este principio se dispone que la información cuantitativa (análisis y proyecciones numéricas, etc.) y cualitativa (estadísticas, descripción y análisis de temas del proyecto, etc.) que se utilice para la toma de decisiones en la etapa de evaluación, desarrollo, implementación y rendición de cuentas de un proyecto de APP o Proyecto en Activo, es de acceso y conocimiento público en virtud del principio de publicidad reconocido en las normas que regulan el acceso a información pública en el Perú.

Sin embargo, debe tenerse presente de acuerdo a la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley de APP y Proyectos en Activos, que este acceso y conocimiento público no aplica a la información vinculada a las evaluaciones económico financieras que sirvan para determinar las variables de competencia utilizadas en el diseño y estructuración de los procesos de promoción de la inversión privada que formen parte del Registro Nacional de Contratos de Asociaciones Público Privadas que es administrado por la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada (DGPPIP) del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF). Dicha información, en caso de cumplir con los requisitos señalados, tiene el carácter de confidencial por lo que no puede ser materia de acceso público.

Otro caso de excepción a este principio, lo encontramos en el artículo 26 de la Ley de APP y Proyectos en Activos cuando dispone que el postor adjudicatario del proyecto puede solicitar al Organismo Promotor de la Inversión Privada la reserva de información de su modelo económico financiero sobre el proyecto, el cual entregó previamente a la suscripción del contrato de APP por mandato de la misma ley.

De manera general, si bien este principio permite el acceso público a la información del proyecto en cualquiera de sus fases, debe leerse conjuntamente con el Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y las excepciones que regula. Así por ejemplo, el artículo 17 de esta norma dispone que el derecho de acceso a la información pública no puede ser ejercido respecto a información que tenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, hasta que dicha decisión se hubiere tomado y se haga referencia expresa a los consejos y recomendaciones efectuadas. Bajo este supuesto, en un proceso de promoción de inversión privada de una APP en la fase de estructuración y transacción se producen diversos informes y estudios sobre aspectos económicos, técnicos y legales del proyecto que establecen análisis y recomendaciones sobre los factores de competencia para el concurso, por lo que dicha información, en caso sea solicitada por un postor o un privado

tercero, estaría bajo la excepción de acceso a la información pública en aplicación de las propias normas que regulan dicho derecho.

- c) Enfoque de resultados:** a través de este principio se busca que los funcionarios públicos adopten un papel activo en la toma de decisiones durante el desarrollo de las APP y Proyectos en Activos. En tal sentido, por el enfoque de resultados las entidades públicas deben adoptar las acciones que permitan la ejecución de la inversión privada de manera oportuna, es decir dentro los plazos requeridos para los proyectos de inversión y siempre dentro del marco de la legalidad. Asimismo, a la par que ejercen sus funciones propias, las entidades identifican e informan las trabas existentes que afecten el desarrollo de los proyectos de APP y Proyectos en Activos, con lo cual se espera que dichas barreras a la inversión sean puestas en conocimiento de las entidades competentes para que procedan a su eliminación o corrección de corresponder luego de una evaluación técnica y legal.

Esto último, para el caso de APP, ha sido complementado con la Séptima Disposición Complementaria Final de la Ley de APP y Proyectos en Activos, la cual en busca de proactividad de los funcionarios, dispone que todas las entidades públicas están obligadas a no realizar actos o dictar disposiciones que constituyan barreras burocráticas para la obtención de los permisos, licencias, o autorizaciones que resulten necesarias para la ejecución del proyecto, a fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones del Estado peruano contenidas en los contratos de Asociación Público Privada.

Cabe señalar, que el Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos, en el numeral 2.2 de su artículo 2, describe tres supuestos de aplicación concreta de este principio, referidos a casos como la toma de decisiones ante controversias de las partes por ejecución de los contratos, presencia de meros formalismos y decisiones a adoptar en pro de la ejecución oportuna de los proyectos, promoción de la inversión, garantizar la disponibilidad del servicio y/o que permitan alcanzar o mantener los niveles de servicio del proyecto. En todos estos casos, siempre será necesaria la sustentación técnica, financiera y legal de la decisión adoptada por la entidad pública.

- d) Planeamiento y programación:** el principio de planificación señala que los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales priorizan y orientan el desarrollo ordenado de las APP y Proyectos en Activos según las prioridades nacionales, sectoriales, regionales y locales. Bajo este principio se busca que las entidades que encabezan los tres niveles de gobierno promuevan sus proyectos de inversión bajo un enfoque de planificación, es decir, de manera ordenada (expresión de esto es el Informe Multianual de Inversiones en APP que se debe aprobar en un fecha determinada de cada año como se verá luego) y en función a sus necesidades reales, las cuales se entiende están señaladas en sus respectivos planes sectoriales, regionales y locales, según corresponda. No obstante, la Ley de APP y Proyectos en Activos también señala que dichos planes, deben ser acordes con los planes nacionales del Estado peruano.

En este orden de ideas, es de apreciarse que son los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, las únicas entidades responsables de planificar y priorizar los proyectos de inversión de su competencia.

Este principio se instrumentaliza mediante el Informe Multianual de Inversiones en Asociación Público Privada en el cual se identifica aquellos proyectos que tienen potencialidad para ser desarrollados mediante el mecanismo de Asociaciones Público Privadas. No es objetivo del Informe Multianual listar el conjunto de intervenciones o proyectos de inversión que realizará la entidad pública, los mismos que se encuentran identificados en los distintos planes de la entidad (planes concertados, planes estratégicos, entre otros). Por el contrario, el Informe Multianual tiene como finalidad identificar y priorizar aquellos proyectos de inversión dentro de la cartera de inversiones de cada entidad pública que tiene potencialidad para ser desarrollado como una Asociación Público Privada.

- e) **Responsabilidad presupuestal:** las APP, independientemente de su clasificación como autofinanciadas o cofinanciadas, o de su origen por iniciativa estatal o iniciativa privada, conllevan a que el Estado asuma por largos años compromisos de pago firmes (obligación de pago cierta de montos específicos o cuantificables) o contingentes (posibles pagos que se activarán solo ante la ocurrencia de determinados supuestos previstos en el contrato, a esto se le denomina contingentes fiscales) que obligarán al Estado a destinar recursos públicos para cumplir con sus obligaciones. Ejemplo de estos compromisos, tanto en las APP autofinanciadas como en las cofinanciadas, son las garantías mínimas de ingreso, los pagos por determinados incumplimientos contractuales, por terminación del contrato, entre otros, los cuales conllevarán el uso futuro de recursos públicos.

De manera adicional, debe tenerse presente que el ciclo presupuestal es de periodicidad anual, por lo que existe el riesgo que la fecha para cumplir con los compromisos de pago no calce con la disposición de los recursos públicos necesarios. De igual manera podría ocurrir en los Proyectos en Activos, en caso exista un dispositivo legal que autorice el compromiso de recursos públicos en este tipo de proyectos.

En vista de ello, la Ley de APP y Proyectos en Activos exige que las entidades públicas tengan en consideración su capacidad de pago, es decir su capacidad presupuestal tanto en monto como en oportunidad, para asumir los compromisos de pago en los contratos de APP, a fin de no comprometer el equilibrio presupuestario, la sostenibilidad de las finanzas públicas y la prestación regular de los servicios públicos. Sobre el particular, no debe confundirse la exigencia de capacidad presupuestal exigida por este principio con el control del destino de los recursos públicos, pues son los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales las autoridades competentes para decidir en qué proyectos utilizan sus recursos; no obstante, es el MEF en base a sus competencias quien determina si la entidad cuenta con el presupuesto suficiente para dicho fin.

Por citar un ejemplo, piénsese en una APP cofinanciada donde una entidad titular de un proyecto se compromete a realizar pagos a un inversionista para cubrir determinados costos por los primeros 5 años, sin que antes hubiera evaluado la suficiencia de sus recursos públicos para cumplir con dicha obligación. El resultado sería un posible incumplimiento de pagos por falta de capacidad presupuestal de la entidad al no haberse analizado desde un principio si contaba con los recursos suficientes para responder a sus compromisos en la APP.

Los dos principios que son exclusivos de las APP son los siguientes, según el artículo 12 del Decreto Legislativo N° 1224:

- a) **Adecuada distribución de riesgos:** Bajo este principio el artículo 11, numeral 11.2, de la Ley de APP y Proyectos en Activos señala que debe existir una adecuada distribución de riesgos entre las partes (pública y privada), de manera que los riesgos sean asignados a aquella parte con mayores capacidades para administrarlos, considerando el perfil de riesgos del proyecto.

Si bien existen determinados riesgos que por lo general son asumidos por la parte privada, tales como el riesgo de diseño y de construcción, la distribución final de riesgos dependerá de diversos factores como el tipo del proyecto de APP y el objeto del mismo, por lo que la Ley de APP señala que para la adecuada asignación de estos debe tenerse en cuenta el perfil de los riesgos por cada proyecto de manera particular, para lo cual se requiere que durante el proceso de promoción se identifique, cuantifique y asigne los riesgos. Es importante señalar que este principio no sólo se traduce en una eventual matriz de riesgos, sino que el instrumento principal en el cual deben contemplarse los riesgos asignados es mediante las cláusulas contractuales.

- b) **Valor por dinero:** existen muchas definiciones de valor por dinero en el ámbito teórico, sin embargo, nuestra legislación ha adoptado una definición de aplicación general para el desarrollo de cualquier APP en nuestro país. En ese sentido, de acuerdo con el artículo 12 de la Ley de APP y Proyectos en Activos, el principio de valor por dinero se aplica en todas las fases de las APP y busca que durante toda la vida de un proyecto de APP exista una combinación óptima entre los costos y la calidad del servicio público ofrecido a los usuarios.

Sobre la base de esta definición, Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos, a través del numeral 2.4 de su artículo 2 ha identificado de manera enunciativa cuatro momentos en los que –dependiendo de la decisión adoptada por el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local responsable del proyecto- se genera valor por dinero para un proyecto APP: a) al momento de la priorización de proyecto, escogiendo aquellos que generen mayor valor para la sociedad en su conjunto considerando el manejo eficiente de los recursos, b) al momento de seleccionar la modalidad de ejecución más adecuada para llevar a cabo el proyecto (contrato de obra pública, por APP o por otro mecanismo previsto en la ley), teniendo en cuenta la aplicación de los criterios de elegibilidad c) al momento de la identificación y distribución de los riesgos a la parte con mayores capacidades para administrarlos, y d) al momento de establecer las reglas para el proceso de promoción de la inversión privada, asegurando condiciones de competencia que garanticen la igualdad de condiciones entre todos los postores.

Es de resaltar el nuevo alcance del principio de Valor por Dinero en todas las fases de las APP con la nueva normativa, a diferencia de la legislación anterior (Decreto Legislativo N° 1012) que solo resaltaba la aplicación de dicho principio para la selección de la modalidad de ejecución del proyecto (análisis comparativo).

En ese sentido, tan importante es el valor por dinero para una APP, que el numeral 2.5 del Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos dispone que en los procesos de renegociación de contratos de APP –es decir en el proceso de modificaciones contractuales- el Ministerio, Gobierno Regional y/o Gobierno Local es responsable de garantizar el valor por dinero establecido en el contrato original de APP, con lo cual, cualquier modificación contractual –independientemente de la parte que la solicitó, de la clasificación de APP o de cualquier otro criterio particular- debería mantener como mínimo el valor por dinero con el cual se dio inicio al proyecto o en todo caso generar un plus al valor por dinero original.

Como veremos más adelante, si bien los Ministerios, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales son los responsables de que un proyecto de APP genere valor por dinero en todas sus fases, los Organismos Promotores de la Inversión Privada (OPIP) como encargados de las fases de Estructuración y Transacción deben tener en cuenta la finalidad y la importancia de este principio, más aun cuando en dichas fases se deciden aspectos como la asignación final de riesgos entre las partes y las reglas que buscan una competencia efectiva en el proceso de promoción de inversión privada; ambos, son momentos clave para la generación de valor por dinero para una APP.

Si bien es responsabilidad de la entidad salvaguardar que en todas las etapas del proceso de promoción se obtenga el mayor valor por dinero, la normativa establece como requisito para incorporar un proyecto al proceso de promoción, que seleccione la modalidad de ejecución más eficiente, mediante los Criterios de Elegibilidad. De esta manera, los Criterios de Elegibilidad han sustituido la Metodología de Análisis Comparativo (antes denominado Comparador Público Privado).

4. Marco Institucional para el desarrollo de APP

4.1 Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada

Como hemos señalado, desde años anteriores se venían desarrollando APP en el Perú bajo un marco legal de promoción de la inversión privada compuesto por diversas normas de rango legal y reglamentario dictadas a partir del año 1991, que preceptuaban distintas competencias y funciones al Gobierno Nacional, a los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales para el desarrollo de sus proyectos. Sin embargo, estas normas en muchos casos contraponían criterios, establecían procesos disímiles y generaban distintas interpretaciones en los operadores públicos y privados; lo cual resultaba contrario de lo que se espera de un marco regulatorio maduro en materia de inversión privada, es decir, claridad y centralización del marco legal.

Adicionalmente, la superposición normativa debido a los múltiples dispositivos legales, la falta de reconocimiento de una rectoría en la política de promoción de la inversión privada, así como espacios para mejorar la coordinación en la ejecución de ésta en los tres niveles de gobierno, generó dificultades en el desarrollo adecuado de los proyectos de inversión, tales como la distinta asignación de determinados riesgos en proyectos de similar naturaleza y objeto, la clasificación de APP (en autofinanciadas o cofinanciadas) de manera

contraria a lo dispuesto en la normativa y la existencia de controversias por una deficiente ejecución contractual muchas veces derivados del diseño del contrato.

En vista de ello, se tuvo en cuenta que los Principios para Gobernanza Pública de las APP de la OCDE recomendaban la necesidad de un marco institucional claro, predecible y legítimo para las APP; asimismo, diagnósticos que se realizaron a los procesos y al marco institucional existente de las APP en el Perú recomendaban realizar ajustes para mejorar el esquema de desarrollo de este tipo de proyectos. Fue en este contexto, que resultaba necesario mantener e impulsar la inversión privada en APP a partir de un sistema y rectoría normativa que articule la política nacional de APP de manera transversal en todos los niveles de gobierno e identificar claramente los roles de las entidades públicas que participan en las distintas fases de este tipo de proyectos.

Por ello, mediante su artículo 5 la Ley de APP y Proyectos en Activos ha creado el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada (en adelante, el Sistema) como sistema funcional conformado por principios, normas, procedimientos y lineamientos técnicos normativos. Asimismo, este sistema tiene entre sus integrantes a las siguientes entidades: Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) como ente rector del sistema, los Ministerios y organismos públicos del Gobierno Nacional, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada, los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales.

Es importante mencionar que el artículo 8 del Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos dispone que todos los integrantes del sistema ejercen sus competencias y funciones bajo criterios de cooperación y buena fe. La aplicación práctica de estos criterios conlleva a que los integrantes ejerzan sus funciones teniendo presente el rol que la normativa de APP les ha asignado en armonía con sus normas de creación, el consultar al ente rector del sistema cualquier duda sobre la aplicación de la normativa de APP y no emitiendo normas que contradigan la política nacional de inversión privada en APP.

4.1.1 Ministerio de Economía y Finanzas

El MEF es el ente rector y máxima autoridad técnico normativa del Sistema ejerciendo dicha rectoría a través de la Dirección General de Política de Promoción de Inversión Privada (DGPPIP), órgano de línea que tiene entre sus funciones: a) diseñar, proponer, coordinar y asegurar el cumplimiento de la política nacional para el desarrollo y promoción de las APP de todos los niveles de gobierno y sectores de la actividad económica nacional, b) dictar directivas, metodologías y lineamientos técnico normativos para la aplicación de la normativa de APP, c) administrar el Registro Nacional de Contratos de APP y d) emitir opinión de carácter vinculante sobre interpretación de las normas del Sistema.

Debe recordarse que de acuerdo con la Ley de APP y Proyectos en Activos, el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada es un sistema funcional, por lo que conforme al artículo 45 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158, el Sistema tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de las políticas públicas en materia de inversión privada en APP y Proyectos en Activos, lo cual requiere de la participación de diversas entidades del Estado; en ese sentido, queda claro que por propia definición, el MEF como ente rector del Sistema creado por la Ley de APP y Proyectos en Activos no es una instancia más de toma de decisiones, sino que es un diseñador y articulador de una política nacional específica.

Como se puede apreciar, las funciones del MEF como rector del Sistema están vinculadas a la aprobación, coordinación y cumplimiento de la política nacional de APP, y no a la ejecución de ésta la cual está en manos de los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales y los OPIP; por dicho motivo, al no ser un ejecutor de política no tiene a su cargo ninguna de las cinco fases de las APP.

Sin perjuicio de lo dicho, es importante tener en cuenta que, además de ser ente rector del Sistema, como todo ministerio responsable de un sector, por mandato de la Constitución Política del Perú y las normas que regulan su estructura y funcionamiento, el MEF es el encargado del sector economía y finanzas, por lo que bajo su responsabilidad se encuentran más de 15 materias, tales como la materia económica, financiera, fiscal, escalas remunerativas y beneficios de toda índole en el sector público, previsional público y privado en el ámbito de su competencia, inversión pública y privada, presupuesto público, endeudamiento público, tesorería, contabilidad, tributario, ingresos no tributarios, aduanero, arancelario y contrataciones públicas. Muchas de las materias mencionadas son utilizadas en los proyectos de APP, de manera directa o indirecta, lo que justifica también la rectoría del MEF sobre el Sistema, y su participación en las fases de estas como encargado del sector economía y finanzas en momentos claves como la opinión previa favorable al Informe de Evaluación del proyecto como requisito a su incorporación al proceso de promoción, la opinión previa favorable a la versión final del contrato de APP y a las modificaciones contractuales en caso estas tengan materias de su competencia.

A continuación, adicionalmente a sus funciones como rector del Sistema presentamos en general las distintas funciones del MEF según la fase en las que se ejercen:

- a) Fase de Planeamiento y programación:
 - Puede brindar asistencia técnica al Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local, para la elaboración del Informe Multianual de Inversiones en APP.
- b) Fase de Formulación:
 - Evalúa y emite opinión vinculante sobre el Informe de Evaluación del proyecto de APP, como requisito para su incorporación al proceso de promoción.
- c) Fase de Estructuración
 - Asiste a la convocatoria que realiza el OPIP para dar comentarios, sugerencias y apreciaciones generales sobre el diseño del contrato de APP y su correcta ejecución. Asimismo, brinda atención a todas las solicitudes de información, recomendaciones y comentarios que solicite el OPIP.
- d) Fase de Transacción
 - Emite opinión previa vinculante a la versión final del contrato de APP, antes de la adjudicación y suscripción del contrato.
- e) Fase de Ejecución contractual
 - Emite opinión previa vinculante a las modificaciones contractuales, siempre que estas contengan materias de su competencia.
 - Emite opinión previa vinculante sobre la constitución de fideicomisos en contratos de APP cofinanciados.

Una función transversal del MEF a todas las fases de acuerdo con el Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos, es su función de asistencia técnica a cualquier entidad pública integrante del Sistema.

4.1.2 Organismos Promotores de la Inversión Privada

Los OPIP tienen diversas funciones, la mayoría de ellas vinculadas a la estructuración de las APP y dirección del proceso de promoción de la inversión privada (no obstante, en el caso de los Comités de Inversiones también participan en la fase de Planeamiento y programación no como OPIP, sino como responsables funcionales por la elaboración oportuna del Informe Multianual de Inversiones en APP). Por esta razón, los OPIP tienen a su cargo la fase de Estructuración y Transacción de las APP.

No obstante, en el caso puntual de PROINVERSION es importante señalar que dicha entidad puede tener participación en la fase de Formulación, pues el Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos habilita a los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales -titulares de los proyectos de inversión-, a encargar a PROINVERSION la realización y/o contratación de los estudios requeridos para la fase de formulación, así como la elaboración del Informe de Evaluación. Esta facultad para poder realizar el encargo a esta OPIP del Gobierno Nacional, se sustenta en la experiencia y capacidad de PROINVERSION para el desarrollo de estudios técnicos relacionados a la formulación y estructuración de APP, por lo que dichas entidades deben evaluar utilizar este mecanismo previsto por el Reglamento.

A continuación presentamos de manera referencial las funciones generales de los OPIP, agrupándolas según la fase de la APP donde se realizan:

a) Fase de Formulación:

- Revisión del Informe de Evaluación del proyecto de inversión presentado por el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local, pudiendo realizar modificaciones, caso en el cual debe solicitar la conformidad de dichas entidades. La opinión del OPIP es de carácter técnico y comprende la conformidad del informe y de los estudios que lo sustentan.
- Una vez emitida su conformidad al Informe de Evaluación y sus estudios, remite dichos documentos al MEF.
- Aprobar la incorporación del proyecto al proceso de promoción de la inversión privada, previo cumplimiento de requisitos.

b) Fase de Estructuración:

- Dirección y desarrollo del proceso de promoción de la inversión privada en la fase de Estructuración.
- Análisis del interés de potenciales participantes y financistas en el proyecto.
- Elaboración y diseño de la primera versión del contrato de APP para su publicación junto con la convocatoria en la Fase de Transacción. Para ello, convoca al Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local, Organismo Regulador de corresponder, y al Ministerio de Economía y Finanzas a reuniones de coordinación para recibir comentarios, sugerencias y apreciaciones

generales sobre el diseño del contrato de APP antes de publicar su primera versión.

c) Fase de Transacción:

- Dirección y desarrollo del proceso de promoción de la inversión privada en la fase de Transacción.
- Elaboración de las Bases, las cuales deben contener como mínimo los componentes del factor de competencia del proceso de selección, los plazos para la presentación de consultas y comentarios al proyecto de contrato, el mecanismo de evaluación de propuestas, los requisitos técnicos y financieros solicitados a los postores y el procedimiento de impugnación a la adjudicación.
- Elaboración el proyecto de contrato de APP estableciendo, como mínimo, el diseño general y niveles de servicio del proyecto, la identificación y asignación de riesgos, las garantías, la estructura económico financiera del contrato y mecanismos de solución de controversias así como el régimen de terminación y sus efectos. El proyecto de contrato es sujeto de modificación como resultado de los comentarios y consultas recibidos por los postores en esta fase.
- Una vez que cuenta con las Bases y la primera versión del contrato de APP, realiza la convocatoria a concurso público del proyecto de APP.
- Antes de la adjudicación del proyecto y firma del contrato, encargado de obtener las opiniones previas sobre la versión final del contrato de APP, por parte del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local -titular del proyecto-, Organismo Regulador de corresponder, del MEF y de la Contraloría General de la República.
- Otorgar la buena pro a la mejor oferta presentada, de acuerdo al sistema de evaluación establecido en las Bases.

En este contexto, el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1224 reconoce dos OPIP según el tipo de proyecto y nivel de gobierno: a) en el caso del Gobierno Nacional, a PROINVERSION para proyectos de relevancia nacional y a los Ministerios a través de sus Comités de Inversiones para proyectos de determinadas características y b) en el caso de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, la función de OPIP es desarrollada por sus respectivos Comités de Inversiones para los proyectos de competencia regional y local. Cabe mencionar que los Comités de Inversiones, según el nivel de gobierno, tienen al Viceministro, Consejo Regional y Concejo Municipal competente como órgano máximo que ejerce las funciones del Consejo Directivo de PROINVERSIÓN.

Es importante mencionar aquí, que la normativa prevé que los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales puedan encargar el proceso de promoción a PROINVERSION o solicitarle su asistencia técnica en cualquier fase del proyecto, considerando la experiencia y capacidad técnica de dicha entidad en el desarrollo de procesos de promoción de la inversión privada de APP.

➤ **PROINVERSION**

PROINVERSION, es un organismo adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, integrado por un Consejo Directivo como su máxima autoridad directiva y por Comités Especiales, órganos colegiados que conducen el proceso de promoción de la inversión privada de las APP.

PROINVERSION, además de las funciones que tiene como OPIP en general, cuenta con competencias específicas que han sido reconocidas en diversos artículos del Decreto Legislativo N° 1224 y su Reglamento, entre ellos:

- a) Fase de Formulación
 - Realización y/o contratación de estudios requeridos para la formulación, en caso de encargo por parte del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local.
 - Elaboración del Informe de Evaluación, en caso de encargo por parte del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local. Bajo este supuesto, PROINVERSION siempre debe obtener la conformidad final de estas entidades respecto a la versión final del informe.
- b) Fase de Estructuración
 - Aprobar la incorporación de proyectos al proceso de promoción.
- c) Fase de Transacción
 - Asumir todas las competencias para la adjudicación de los proyectos de APP.
 - Aprobar la modalidad bajo la cual se adjudicará los proyectos de APP, la cual será la de Licitación Pública Especial o la de Concurso de Proyectos Integrales u otro proceso competitivo.
 - Aprobar previamente a su ejecución, el Plan de Promoción de la Inversión Privada a propuesta del Comité Especial, Bases y la Versión Final del Contrato de APP.

Por otro lado, los numerales 5.1 y 5.2 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224 establecen los proyectos de inversión que son competencia de PROINVERSION:

- Los proyectos de APP de competencia nacional originados por iniciativa estatal que sean multisectoriales.
- Los proyectos de APP de competencia nacional originados por iniciativa estatal que tengan un Costo Total de Inversión superior a quince mil (15 000) UIT; y, tratándose de proyectos de APP que no contengan componente de inversión, que tengan un Costo Total del Proyecto superior a quince mil (15 000) UIT.
- Los Proyectos en Activos de competencia nacional originados por iniciativa estatal o iniciativa privada.
- Los proyectos de APP de competencia nacional originados por iniciativas privadas autofinanciadas.
- Los proyectos de todos los niveles de Gobierno originados por iniciativas privadas cofinanciadas.
- Los proyectos que por disposición legal expresa son asignados a PROINVERSIÓN y aquellos proyectos cuya conducción del proceso le haya sido encargado por parte del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local.

➤ **Comités de Inversiones**

Con la nueva normativa de APP, los Comités de Inversiones desempeñan tres roles: i) como OPIP de los Ministerios (para proyectos APP de iniciativa estatal que no sean multisectoriales y que tengan un Costo Total de Inversión o Costo Total del

Proyecto, según corresponda, menor a 15,000 UIT), Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, ii) como órgano de coordinación con PROINVERSION en los procesos de promoción de competencia de dicha entidad o en los procesos que se le hubieren encargado y iii) como órgano responsable de la elaboración oportuna del Informe Multianual de Inversiones en APP por parte de la oficina de planeamiento del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local.

Sobre la función de coordinación, ésta surge ante la necesidad de que PROINVERSION tenga un solo interlocutor del Ministerio, Gobierno Regional y Gobierno Local, al cual le solicite, por ejemplo, información para realizar de manera adecuada sus funciones (piénsese el caso de la elaboración de un Informe de Evaluación que le ha sido encargado por un Ministerio, y en el que requiere información complementaria sobre el alcance territorial del proyecto o sobre el área de los inmuebles del Ministerio que serán destinados para el proyecto); de esta manera, se evita que PROINVERSION tenga que coordinar con los múltiples órganos de línea de las entidades y se concentre toda la información, coordinación y responsabilidad del cumplimiento de las decisiones de PROINVERSION en un solo órgano que es el Comité de Inversiones.

Tal es la importancia del Comité de Inversiones que el numeral 6.1 del Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos establece los integrantes del Comité de Inversiones de los Ministerios, al disponer que dicho órgano está conformado por tres funcionarios de la Alta Dirección o titulares de órganos de línea o asesoramiento de la entidad, en razón a que se busca que los integrantes sean funcionarios con poder de decisión en el marco de las competencias internas dentro de la entidad para que así puedan hacer un seguimiento efectivo del proceso de promoción y de las APP, y sirvan de enlace directo con el titular de la entidad. Para el caso de los Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales, la normativa no determina los integrantes del Comité de Inversiones, disponiendo que sus funciones puedan ser ejercidas por un comité de inversiones integrado por funcionarios de la entidad, por un órgano conformado por personas especializadas no pertenecientes a la entidad (dietarios) o por el órgano designado para tales efectos por parte de dichos niveles de gobierno, pudiendo ser uno de sus órganos de línea.

Es importante tener en cuenta que, dependiendo del nivel de gobierno, la designación de los miembros de los Comités de Inversiones se realiza por Resolución Ministerial, Resolución del Gobernador Regional o Resolución de Alcaldía, la cual debe ser publicada en el diario oficial El Peruano y comunicada al Registro Nacional de Contratos de APP que es administrado por la DGPIIP del MEF.

Asimismo, como otra regla de organización, se ha dispuesto que en caso los Ministerios que tengan a su cargo dos o más sectores, se puede contar con más de un Comité de Inversiones en función al número de sectores a su cargo. Por su parte, para el caso de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales se permite la designación de uno o más Comités de Inversiones considerando las materias, complejidad de los proyectos y las economías de escala dentro de su entidad.

Por otro lado, los numerales 5.3 y 5.4 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224 establecen los proyectos de inversión que son competencia de los Comités de Inversiones:

- Para los Comités de Inversiones de los Ministerios, los proyectos APP de competencia nacional que no estén a cargo de PROINVERSION (por ejemplo, un proyecto del sector energía que su Costo Total de Inversión es menor a 15 000 UIT).
- Para los Comités de Inversiones de los Gobiernos Regionales, los proyectos de su competencia y aquellos cuyo alcance abarque más de una provincia.
- Para los Comités de Inversiones de los Gobiernos Locales, los proyectos de su competencia.

Cabe mencionar que la calificación o criterios para determinar si un proyecto de inversión es de alcance nacional, regional o local, no es regulada por la Ley de APP y Proyectos en Activos ni en su Reglamento. Al respecto, es la Ley de Bases de Descentralización, junto con la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y la Ley Orgánica de Municipalidades, y otras normas sectoriales, las que establecen los criterios e identifican los proyectos que son de competencia nacional, regional y local.

4.1.3 Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales

Los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales participan en el Sistema en su condición de titulares de los proyectos de inversión. El reconocimiento de esta condición viene desde la Constitución Política del Perú y las normas que regulan el funcionamiento y estructura de dichas entidades, tales como la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, la Ley de Bases de la Descentralización, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y la Ley Orgánica de Municipalidades. En ese sentido, lo que hace la Ley de APP y Proyectos en Activos y su reglamento es precisar y detallar las funciones de los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, en las diversas fases del desarrollo de las APP, las cuales tres de ellas están a cargo de dichas entidades: Fase de Planeamiento y Programación, Fase de Formulación y Fase de Ejecución contractual³.

Si bien el artículo 7 de la Ley de APP y Proyectos en Activos contiene las funciones de los titulares de proyectos de inversión, al igual que en el caso de los OPIP existen diversos artículos de la ley y su Reglamento que reconocen otras funciones para los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, por lo que a continuación se presentan de manera general todas las funciones de dichas entidades según la fase de la APP en la que se ejercen:

- a) Fase de Planeamiento y Programación:
 - Planifica la cartera de proyectos de inversión que serán promovidos mediante APP.
 - Aprueba el Informe Multianual de Inversiones en APP.

³ Las fases de estructuración y transacción pueden estar a cargo del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local en caso sus respectivos comités de inversiones actúen como OPIP.

- b) Fase de Formulación:
 - Formula los proyectos a ser ejecutados bajo la modalidad de APP.
 - Elabora el Informe de Evaluación.

- c) Fase de Estructuración:
 - Coordina con el OPIP para el desarrollo de los procesos de promoción de la inversión privada.
 - Asiste a la convocatoria que realiza el OPIP para dar comentarios, sugerencias y apreciaciones generales sobre el diseño del contrato de APP y su correcta ejecución. Asimismo, brinda atención a todas las solicitudes de información, recomendaciones y comentarios que solicite el OPIP.

- d) Fase de Transacción:
 - Coordina con el OPIP para el desarrollo de los procesos de promoción de la inversión privada.
 - Emite opinión previa a la versión final del contrato de APP.
 - Suscribe los contratos de APP.

- e) Fase de Ejecución contractual:
 - Gestiona y administra los contratos de APP, y cumple con todas las obligaciones contractuales que estén a su cargo.
 - Modifica los contratos de APP de común acuerdo con la parte privada, suscribiendo los documentos que contengan dicha modificación. En virtud de ello, lidera y es responsable del proceso de evaluación conjunta y de la obtención de las opiniones previas a las modificatorias.
 - Hace efectivas las penalidades derivadas del incumplimiento al contrato de APP, salvo que dicha función haya sido asignada o delegada al organismo regulador respectivo.
 - Efectúa el seguimiento de la ejecución física y financiera de los proyectos de APP.
 - Declara la suspensión o caducidad del contrato de APP cuando concurran las causales previstas en el respectivo contrato.
 - Otras funciones que el marco legal vigente le asigne.

Cabe mencionar que, en vista a que la fase de Ejecución contractual es la de mayor duración y que en ella el privado solo tiene como contraparte estatal al Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local por todo el periodo de duración del proyecto, la Ley de APP y Proyectos en Activos y su Reglamento disponen que las funciones desarrolladas en esta fase deben ser asignadas o delegadas a un órgano de la estructura interna de dichas entidades, todo ello con el objetivo que la empresa privada seleccionada para el desarrollo del proyecto de APP identifique y se relacione directamente con una sola oficina o área del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local que tiene a su cargo la administración del contrato de APP; por su parte, esto beneficia al Estado pues permite centralizar la administración, seguimiento e información de la ejecución de la APP en un solo órgano administrador del contrato.

4.1.4 Supervisores de los contratos de APP

La supervisión de los contratos de APP es una tarea fundamental para el éxito de una APP, pues de nada serviría un contrato correctamente diseñado sino se cuenta con entidades que tengan experiencia y capacidad técnica para verificar el cumplimiento de lo previsto en dicho contrato en temas como la construcción de la infraestructura pública bajo estándares técnicos o el cumplimiento de los niveles de servicio.

En este contexto, la Ley de APP y Proyectos en Activos y su Reglamento establecen reglas para la supervisión de los contratos de APP, dependiendo de si el proyecto de inversión pertenece a un sector regulado caso en el que la labor de supervisión está a cargo de los Organismos Reguladores (OSITRAN, OSINERGMIN, SUNASS y OSIPTEL) o si no pertenece a un sector regulado caso en el que esta función es desarrollada por la entidad pública que figure como tal en el contrato de APP.

Respecto a los Organismos Reguladores, estas son entidades que cuentan con autonomía económica, financiera, administrativa y funcional, y su estructura organizacional y funciones de supervisión se rigen por normas especiales como la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y las leyes de creación de cada Organismo Regulador. En ese sentido, en respeto a la institucionalidad de los reguladores y su autonomía la normativa de APP dispone que la supervisión de los proyectos de inversión en sectores regulados –es decir, donde participan los Organismos Reguladores- se sujeta a lo dispuesto en la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y la normativa vigente.

Por otro lado, para el caso de proyectos de inversión que pertenecen a sectores no regulados y por tanto donde los Organismos Reguladores no tienen facultades de supervisión, el Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos ha dispuesto las siguientes reglas a considerar:

- Los contratos de APP establecen la entidad pública competente que se desempeñará como supervisor, dejando claro así que jurídicamente la función supervisora siempre está a cargo de una entidad pública.
- La supervisión de las obras principales y estudios definitivos establecidos en el contrato será realizada por una persona jurídica o consorcio de éstas, seleccionada de conformidad a la normativa vigente; con ello, se establece que independientemente que la titularidad jurídica de la supervisión sea de una entidad pública, las obras principales y los estudios definitivos del proyecto son supervisados materialmente por una empresa privada seleccionada para dicho fin.
- Los contratos de APP deben establecer las obligaciones del inversionista privado que permitan el ejercicio de las actividades de supervisión, así como las obligaciones del supervisor privado vinculadas prioritariamente a la supervisión de los niveles de servicio.

Sobre el proceso de selección del supervisor privado del proyecto, cabe mencionar que el Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos dispone que las bases de dicho proceso estipularán que no pueden participar del proceso de selección, los consultores que hubieran realizado la evaluación del proyecto de APP durante la fase de Estructuración del proyecto, siendo que dicha restricción se aplica por el plazo de 3 años anteriores a la fecha de convocatoria del proceso de selección del supervisor.

5. Las APP, sus características, montos de inversión y clasificación

Antes de entrar a la descripción de las fases, es importante revisar lo que la legislación actual ha definido como APP, sus características, su clasificación, los proyectos que pueden desarrollarse bajo dicho mecanismo, las formas contractuales y los montos mínimos de inversión para estos.

A nivel teórico y en la legislación internacional existen diversas definiciones de lo que es una APP, sin embargo la Ley de APP y Proyectos en Activos (artículos 11 y 30) ha adoptado una definición en la que resaltan las siguientes características:

- i) Es un acuerdo de voluntades entre el Estado -a través de los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobierno Locales- y uno o más inversionistas privados. Dicho acuerdo se plasma en un contrato (el contrato de APP) que se caracteriza por ser de larga duración.
- ii) Es una modalidad de participación de la inversión privada; es decir, las APP no son la única forma para lograr la provisión de infraestructura pública y/o servicios públicos, pudiendo lograrse también bajo otras modalidades de participación de inversión privada como el mecanismo de Obras por Impuestos, la obra pública, entre otros.
- iii) A través de la APP, las partes incorporan experiencia, conocimientos, equipos y tecnología para el desarrollo del proyecto de inversión.
- iv) Se diseñan y estructuran bajo el principio de adecuada distribución de riesgos y Valor por Dinero, este último se aplica desde la fase de planificación y programación.
- v) Se utilizan para la creación, desarrollo, mejora, operación o mantenimiento de infraestructura pública y/o proveer servicios públicos, servicios vinculados a estos como sistemas de recaudación de peajes y tarifas, así como proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica.

En este sentido, de manera enunciativa, el Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos en su numeral 11.2 describe los proyectos de inversión que pueden desarrollarse bajo el mecanismo de APP tales como proyectos de infraestructura pública en general incluyendo, redes viales, redes multimodales, ferrocarriles, aeropuertos, puertos, plataformas logísticas, infraestructura urbana de recreación y cultural, infraestructura penitenciaria, de riego, de salud y de educación; los servicios públicos, como los de telecomunicaciones, energía y alumbrado, de agua y saneamiento y otros de interés social, relacionados a la salud y el ambiente, como el tratamiento y procesamiento de residuos y educación. Asimismo, las APP incluyen aquellos proyectos que se desarrollan a través de un procedimiento simplificado según lo señala el artículo 30 del Decreto Legislativo N° 1224. Este procedimiento simplificado se justifica en razón a que los montos de inversión en estos proyectos son menores o no tienen componente de inversión en infraestructura, por tanto la complejidad en su diseño no exigen el nivel y el detalle

de estudios que requiere un proyecto de gran envergadura de infraestructura pública y servicios públicos.

Es importante tener en cuenta que las APP no pueden tener como objeto solo la construcción de la infraestructura pública (esquema típico de un contrato de obra pública, por ejemplo la sola construcción de una carretera). Por dicho motivo, el Reglamento de la Ley dispone que no constituyen APP los proyectos cuyo único alcance sea la provisión de mano de obra, de oferta e instalación de equipo, construcción o ejecución de obras públicas, ni la explotación y/o mantenimiento de activos de dominio privado del Estado. Asimismo, considerando la definición de APP, no son proyectos factibles de ejecutar vía esta modalidad, por ejemplo: desarrollo de infraestructura privada, desarrollo de infraestructura estatal de dominio privado, contratos de compra venta u opción de compra de terrenos del Estado, contratos de arrendamiento, usufructo o uso para desarrollar negocios privados, construcción de local institucional, permuta de activos, entre otros.

Con relación a los tipos de contrato de APP, si bien el contrato de concesión es la forma más utilizada para la construcción, operación y mantenimiento de infraestructura pública y servicios públicos, debe considerarse que las APP pueden comprender otros tipos de proyectos como los servicios vinculados que requiera brindar el Estado y los proyectos de innovación tecnológica e investigación aplicada, por lo que el Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos habilita que se pueda utilizar cualquier forma contractual permitida por la normativa vigente (contrato de operación y mantenimiento, contrato de gestión, etc.). No obstante, en ningún caso la forma contractual escogida debe desnaturalizar las características de un proyecto como APP.

Por otro lado, tomando en cuenta que el desarrollo de las APP -desde su etapa de planificación hasta su diseño y concurso- genera altos costos de transacción e inversión de tiempo para las entidades públicas (Ministerios, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales, OPIP, Organismos Reguladores, etc.), la nueva normativa ha estipulado un límite mínimo de inversión para que un proyecto de inversión pueda ser promovido por APP, evitando así que las entidades destinen tiempo y recursos para proyectos con montos de inversión menores que podrían ser ejecutados por otros mecanismos como el de Obras por Impuestos u Obra Pública: a) Para el caso de proyectos de relevancia nacional, el Costo Total de la Inversión o Costo Total de Proyecto en caso no contenga componente de inversión, debe superar las 10 000 UIT y b) para el caso de proyectos competencia de los Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales, el Costo Total de la Inversión o Costo Total de Proyecto en caso no contenga componente de inversión, debe superar las 7 000 UIT.

Por la forma como se originan existen dos tipos de APP reconocidas en nuestra normativa:

- APP de iniciativa estatal: son aquellos proyectos de APP que el Estado por propia iniciativa promueve su planificación y desarrollo.
- APP de iniciativa privada: son aquellos proyectos de APP que el sector privado presenta ante el Estado para su desarrollo.

En lo concerniente a los tipos de APP según los recursos que utiliza para su financiamiento, la normativa vigente dispone que las APP pueden clasificarse en Autofinanciadas o Cofinanciadas; siendo el uso de recursos públicos para el proyecto el elemento que los

diferencia, sin perjuicio que ambas estén bajo el principio de responsabilidad presupuestal debido a los compromisos de pago y contingentes fiscales que conllevan.

De esta manera, de acuerdo con la Ley de APP y Proyectos en Activos y su Reglamento, una APP Autofinanciada se caracteriza por lo siguiente:

- Tiene capacidad propia de generar ingresos.
- No requiere cofinanciamiento.
- Demanda mínima o nula de garantía financiera por parte del Estado. Se considera que existe demanda mínima de garantías financieras si éstas no superan el 5% del Costo Total de Inversión del proyecto; en caso de proyectos que no contengan componente de inversión, dichas garantías son consideradas como mínimas si no superan el cinco por ciento del Costo Total del Proyecto.
- Las garantías no financieras para el proyecto tengan una probabilidad nula o mínima de demandar cofinanciamiento. Se considera que las garantías no financieras tienen probabilidad mínima o nula, cuando la probabilidad de demandar cofinanciamiento no sea mayor al 10% para cada uno de los primeros 5 años de vigencia de la cobertura de la garantía prevista en el contrato.

Por su parte, una APP es Cofinanciada cuando cumple cualquiera de las siguientes características:

- i) Requiere cofinanciamiento. Al respecto, el Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos ha definido el cofinanciamiento como cualquier pago que utiliza recursos públicos, de manera total o parcial, los cuales están a cargo de una entidad para cubrir las obligaciones establecidas en el respectivo contrato. Asimismo, el Reglamento también ha definido los recursos públicos para efectos del Sistema – sobre la base de lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1012 y la aplicación de este concepto de acuerdo a lo definido en las normas del Sistema Nacional de Inversión Pública-, al señalar que son aquellos recursos públicos, los recursos del Estado o que administren las entidades comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Ley, indistintamente de las fuentes de financiamiento, incluyendo pero sin limitarse, a los recursos ordinarios, recursos provenientes de operaciones oficiales de crédito, recursos determinados así como recursos directamente recaudados, tales como los arbitrios, tasas, contribuciones, entre otros.

Nótese que la normativa ha señalado como ejemplos de recursos públicos a los arbitrios, tasas, contribuciones –todos ellos pertenecientes a la categoría de tributos, reafirmando así que un proyecto de inversión que utilice dichos recursos es considerado como cofinanciado.

Finalmente, el propio Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos ha estipulado tres supuestos en los que si bien se destinan recursos públicos, no son considerados como cofinanciamiento bajo la actual normativa de APP:

- a) La cesión en uso, en usufructo o bajo cualquier figura similar, de la infraestructura o inmuebles pre-existentes, siempre que no exista transferencia de propiedad y estén directamente vinculados al proyecto (por ejemplo, un proyecto de APP de iniciativa estatal que tiene como objeto el diseño, construcción, operación y mantenimiento de una infraestructura pública por 20 años; para dicho proyecto el Estado ha destinados dos

- inmuebles que servirán como almacenes de la empresa privada a cargo del proyecto, siendo que dicha cesión no configura como cofinanciamiento).
- b) Los gastos y costos derivados de las adquisiciones y expropiaciones de inmuebles para la ejecución de infraestructura pública, liberación de interferencias y/o saneamiento de predios (por ejemplo, los pagos realizados por concepto de justiprecio por expropiación para liberar las áreas por donde se construirá una carretera).
 - c) Los pagos por concepto de peajes, precios, tarifas y aquellos de naturaleza no tributaria, cobrados directamente a los usuarios o indirectamente a través de empresas, incluyendo aquellas de titularidad del Estado o entidades del mismo, para su posterior entrega al inversionista, en el marco del contrato de Asociación Público Privada.

6. Fases de las APP

La Recomendación del Consejo sobre Principios para Gobernanza Pública de las Asociaciones Público Privadas de la OCDE y la más reciente literatura especializada en APP, ponen mucho énfasis en el planeamiento y evaluación de los proyectos antes que se decida el uso del mecanismo de APP para su desarrollo. Asimismo, una vez tomada la decisión de promover el proyecto de inversión mediante APP, se pone énfasis en la realización de estudios técnicos suficientes para el adecuado diseño de la APP y en un proceso de selección que promueva la máxima competencia entre los privados interesados. Todo ello ha obligado a que la nueva normativa de APP establezca las cinco fases de desarrollo de las APP (aplicables indistintamente, a las APP autofinanciadas o cofinanciadas, de iniciativa estatal o iniciativa privada) y las reglas y procedimiento en cada una de ellas, en las cuales participan –de manera individual o en conjunto- los Ministerios, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales, los OPIP, las entidades supervisoras del contrato de APP, el MEF, entre otras.

Las cinco fases, por orden son i) **el Planeamiento y programación**, a cargo de los Ministerios, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales; ii) **la Formulación**, a cargo de los Ministerios, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales; iii) **la Estructuración**, a cargo de los OPIP; iv) **la Transacción**, a cargo de los OPIP; y, v) **la Ejecución contractual**, a cargo de los Ministerios, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales.

A continuación se describen cada una de las fases y sus reglas de desarrollo aplicables a las APP de iniciativa estatal, pues las APP de iniciativa privada si bien deben cumplir con dichas fases, cuentan con reglas especiales en razón a que el proyecto nace de una propuesta del sector privado, tal como se verá más adelante.

También es bueno precisar aquí, que las APP que tienen como objeto la prestación de servicios vinculados a la infraestructura pública y/o servicios públicos que requiere brindar el Estado, las APP de proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica, y las APP que no contengan componente de inversión (no existe construcción de infraestructura pública alguna), se tramitan bajo un procedimiento simplificado que establece algunas reglas especiales para el planeamiento, formulación, estructuración, diseño y transacción de estos proyectos.

a) Planeamiento y programación

La planeación de proyectos dentro del Estado es un proceso amplio que comprende la planificación general de la cartera de proyectos estatales, por lo que no solo abarca aquellos proyectos que se promoverán bajo el mecanismo de APP, sino también los Proyectos de Inversión Pública, entre otros. En vista de ello, no es casualidad la fecha que establece la normativa para la aprobación del Informe Multianual de Inversiones en APP pues esta concuerda con la aprobación del Programa Multianual de Inversión Pública, permitiendo así que el Estado de manera conjunta decida qué proyectos deben ir los distintos mecanismos que permite el marco vigente.

En este contexto, el Planeamiento y la programación constituyen la primera fase de las APP y se encuentra a cargo de los Ministerios, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales, en su condición de titulares de los proyectos de inversión que se desean promover por APP.

En esta fase se planifican los proyectos de inversión identificando los que se esperan incorporar al proceso de promoción de la inversión privada en los próximos 03 años y señalando las potenciales necesidades que se desean satisfacer a través de ellos, asimismo, se dispone la identificación de los compromisos cuantificables en APP que tiene a su cargo la entidad; esto último con el fin de tener evaluar la capacidad presupuestal de la entidad y los compromisos de pago que ya ha asumido, a los cuales se sumarían lo de los nuevos proyectos. Todo ello, debe plasmarse en el Informe Multianual de Inversiones en APP, documento de gestión que debe aprobarse el 16 de febrero de cada año mediante Resolución Ministerial del sector, Acuerdo de Consejo Regional o Concejo Municipal, según corresponda. Cabe recordar que dicho informe debe ser elaborado por el órgano de planeamiento de la entidad, sin perjuicio que el Comité de Inversiones es el responsable legal de su elaboración oportuna. Asimismo, los informes de los Ministerios constituirán la base sobre la cual se podrá desarrollar en un futuro el Plan de Infraestructuras para el Perú.

En este punto es importante precisar que la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos ha establecido que para el año fiscal 2016, la aprobación del Informe Multianual de Inversiones en APP se debe realizar a más tardar el primer día hábil del mes de junio de este año. En ese sentido, hasta dicha fecha nada impide que puedan incorporarse proyectos de inversión de APP al proceso de promoción de la inversión privada sin necesidad que se hubiere aprobado el Informe Multianual; sin embargo, llegado el mes de junio corresponde que dichos proyectos formen parte del respectivo informe multianual para cumplir así con lo dispuesto en la normativa vigente. El MEF emitirá una directiva con los requerimientos mínimos para la publicación del Informe Multianual de Inversiones en APP. Asimismo, este ministerio brinda asistencia técnica los Comités de Inversiones de los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales para la elaboración del mencionado informe, en coordinación con PROINVERSIÓN.

Es bueno mencionar que en aras de una correcta elaboración del informe -pues es el primer documento donde los Ministerios, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales, describen de manera general los proyectos que desean promover-, el Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos permite que las entidades soliciten asistencia técnica a PROINVERSIÓN y al MEF para su correcta elaboración.

En este contexto, de acuerdo con el Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos el Informe Multianual de Inversiones en APP debe contener como mínimo la siguiente información: a) Estrategia del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local para el desarrollo de proyectos mediante el mecanismo de APP, b) Potenciales necesidades de intervención identificadas para ser desarrolladas bajo el mecanismo de APP y su articulación con los planes sectoriales y de desarrollo regional y local, según corresponda, así como el monto referencial de la inversión, y c) compromisos derivados de los contratos de APP suscritos, incluyendo sus adendas y proyección de los flujos por compromisos firmes y contingentes cuantificables derivados de proyectos de APP en proceso de promoción. En este punto, es bueno señalar que el objetivo de contar obligatoriamente con este documento de gestión es que cualquier proyecto de APP que pretenda incorporarse al proceso de promoción de la inversión privada debe concordar con las necesidades identificadas en el Informe Multianual de Inversiones en APP, de tal manera que no se promuevan desordenadamente proyectos de inversión a través de este mecanismo que no hayan pasado el planeamiento estratégico de la entidad; en todo caso, nada impide que el informe pueda ser modificado posteriormente a fin de incluir o retirar determinados proyectos de inversión.

Por otro lado, es importante mencionar que el Informe Multianual de Inversiones en APP puede contener también la identificación de Proyectos en Activos a desarrollar si así lo considera el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local correspondiente. Asimismo, este informe no está sujeto a ninguna opinión o evaluación previa por parte de otras entidades, y el contenido de éste no limita o establece algún parámetro para la presentación de iniciativas privadas.

b) Formulación

Como cuestión previa, es importante señalar que esta fase de formulación para las APP no es la misma que regula las normas del Sistema Nacional de Inversión Pública, pues en esta se realizan todos los estudios necesarios que permitan evaluar que un proyecto de inversión puede ser desarrollado bajo el mecanismo de APP.

La formulación de una APP comprende: i) elaboración de los estudios técnicos. Tratándose de APP cofinanciadas con competente inversión, los estudios se desarrollan conforme la normatividad del Sistema Nacional de Inversión Pública; y, ii) determinación de la modalidad de ejecución a fin que pueda ser incorporado al proceso de promoción como APP. Esta etapa culmina con la elaboración y aprobación del Informe de Evaluación.

Dicho esto, corresponde mencionar en primer lugar que la segunda fase de las APP también se encuentra a cargo de los Ministerios, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales. En ella, los proyectos identificados en el Informe Multianual pasan a una etapa de estudio y evaluación técnica (proceso de maduración del proyecto de inversión), a fin de determinar si resulta conveniente que sean promovidos bajo el mecanismo de APP o bajo otro mecanismo permitido por ley (obra pública por ejemplo).

La importancia de esta fase radica en que dependiendo de los estudios y evaluación que se realicen en ella, el Estado decide lo siguiente: a) si el proyecto de inversión puede entrar a la etapa de diseño como APP, b) si éste debe promoverse bajo otro mecanismo de inversión privada pues no cumple con los requisitos técnicos, económicos, financieros y

legales mínimos necesarios para el éxito de una APP, o c) si no se cuentan con las condiciones adecuadas para desarrollar el proyecto en ese momento bajo ningún mecanismo permitido por ley. Entonces, solo si se supera esta fase, el proyecto de inversión pasará a las siguientes fases para su diseño, concurso y ejecución por largos años.

En este sentido, para proyectos autofinanciados los estudios a desarrollar en esta fase comprenden diversos aspectos como la evaluación técnica, económica y financiera del proyecto, el análisis de la demanda estimada y costos estimados de operación y mantenimiento, entre otros aspectos claves, todo los cuales se plasman en el Informe de Evaluación.

Con relación a este informe, el Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos (el artículo 15, numerales 15.3 y 15.4,) dispone en general que el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local debe evaluar siempre la conveniencia de encargar la elaboración del Informe de Evaluación –documento de gestión clave en esta fase- a PROINVERSION. Asimismo, señala que en caso dichas entidades elaboren el Informe de Evaluación, pueden encargar la realización y/o contratación de los estudios necesarios para la formulación a PROINVERSION. Como se puede apreciar, la norma plantea diversas opciones para las entidades titulares de los proyectos, las cuales en caso de no contar con la capacidad y experiencia necesaria para la formulación de proyectos de APP, puedan encargar la elaboración del Informe de Evaluación, o hacerse cargo de él pero encargando los estudios que servirán para su elaboración

Es importante resaltar aquí el enfoque que le da la Ley de APP y Proyectos en Activos y su Reglamento al Informe de Evaluación, como caso de negocio y gateway (puerta) a las siguientes fases donde el proyecto toma la forma de APP. Al respecto, un caso de negocio analiza detenidamente y de manera realista los posibles beneficios que generaría un proyecto y los riesgos que éste conlleva, a fin de contar con evidencia que permita decidir entre continuar o no con el proyecto, dependiendo de si resulta viable económica, comercial, financiera y administrativamente. Por su parte, el Informe de Evaluación constituye la puerta de entrada del proyecto al proceso de promoción de la inversión privada y por ende a las fases donde se harán los estudios y coordinaciones entre las entidades competentes para que tome forma y estructura de APP, para luego ser presentado ante el mercado de empresas interesadas con el objetivo de adjudicarlo a la empresa privada que presente la mejor oferta para el proyecto de inversión.

Debido a la importancia del Informe de Evaluación se presenta la información mínima que debe formar parte de dicho documento tal como lo establece el Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos:

- a. Descripción general del proyecto, incluyendo como mínimo: nombre, entidad competente, antecedentes, área de influencia del proyecto, objetivos y clasificación del proyecto.
- b. 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 concertados regionales y locales.
- c. 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.

- d. Análisis de la demanda por el servicio materia del proyecto.
- e. Análisis técnico del proyecto y evaluación de alternativas, así como los niveles de servicio o niveles de desempeño esperados.
- f. Inversiones y costos de operación y mantenimiento estimados durante el ciclo de vida del proyecto y estimación de costos de supervisión.
- g. Mecanismo de pago propuesto, vía tarifas, peajes, precios y aquellos de naturaleza no tributaria cobrados directamente a los usuarios o indirectamente a través de empresas, cofinanciamiento o combinación de éstos y evaluación sobre la viabilidad legal de ejercer dichos cobros.
- h. Evaluación económica financiera preliminar del proyecto como Asociación Público Privada.
- i. Identificación y estimación de los riesgos del proyecto, sus mecanismos de mitigación y asignación preliminar.
- j. Identificación preliminar, diagnóstico técnico legal y estado de propiedad de los inmuebles, bienes y derechos necesarios para el desarrollo del proyecto, identificando su naturaleza pública o privada, así como de las interferencias y una estimación de su valorización, según corresponda.
- k. Aplicación de los criterios de elegibilidad.
 - l. Análisis de capacidad de pago de los compromisos a ser asumidos por la entidad pública respectiva, incluyendo los gastos de adquisición y/o expropiación de terrenos y levantamiento de interferencias y gastos por supervisión.
- m. Tratándose de proyectos cofinanciados, debe incluirse la declaración de viabilidad de acuerdo con las normas del Sistema Nacional de Inversión Pública y una proyección anual del cofinanciamiento e ingresos.
- n. Descripción y evaluación de los aspectos relevantes en materia económica, jurídica, regulatoria, organización, ambiental y social para el desarrollo del proyecto, identificando de ser el caso los eventuales problemas que pueden retrasarlo.
- o. Ruta crítica para el desarrollo del proceso de promoción.

Sobre el punto k), referido a la aplicación de los criterios de elegibilidad, es preciso mencionar que el MEF emitirá una Directiva que indicará los lineamientos para la aplicación de los criterios de elegibilidad. Dado esto, y hasta la publicación de la mencionada directiva, los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales decidirán la forma de análisis de los criterios establecidos en el Reglamento, recomendándose la utilización de la “Metodología para la Aplicación del Análisis Cualitativo en la Elección de la Modalidad de Ejecución de Proyectos de Inversión Cofinanciados”⁴.

Si bien mucha de la información que hoy forma parte del Informe de Evaluación estaba prevista en la anterior normativa de APP, se ha agregado nuevos elementos de necesario análisis del proyecto como la aplicación de los criterios de elegibilidad para la evaluación del Valor por Dinero (los criterios de elegibilidad vienen a reemplazar a la metodología del comparador público privado), la identificación preliminar y diagnóstico técnico legal de propiedad de los inmuebles, bienes y derechos necesarios para el desarrollo del proyecto (por ejemplo, los terrenos que se requieren para el proyecto, los cuales podrán ser

⁴ Aprobado mediante Resolución Ministerial N° 249-2014-EF/15.

adquiridos o expropiados en aplicación del Decreto Legislativo N° 1192, Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencia de bienes inmuebles de propiedad del Estado y liberación de Interferencias para la ejecución de Obras de Infraestructura), la descripción y evaluación de aspectos en materia económica, legal, regulatoria, ambiental y social relacionados al desarrollo del proyecto, con el fin de identificar posibles problemas que impacten en su desarrollo y se planifiquen la solución de estos (por ejemplo, la emisión de normas que permitan el cobro de tarifas para el proyecto), y la ruta crítica del proceso de promoción.

Debe tenerse presente que al ser la “puerta” de entrada para el proceso de promoción de inversión privada, el Informe de Evaluación requiere ser analizado y contar con las opiniones favorables de dos entidades distintas de aquella que lo elaboró, a fin de asegurar que sus informes de sustento y contenido responden al detalle previsto en la norma y brindan información objetiva sobre los aspectos más relevantes del proyecto de inversión en esta fase.

Por dicha razón, en primer lugar, la normativa dispone que una vez elaborado el Informe de Evaluación éste debe ser presentado por el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local ante el OPIP que tendrá a su cargo el proceso de promoción del proyecto, para que emita su opinión técnica y conformidad sobre el Informe de Evaluación y los estudios de sustento en un plazo máximo de 60 días hábiles; una vez emitida esta opinión, el OPIP debe remitir toda la documentación –su opinión, el Informe de Evaluación y los estudios de sustento- al MEF. No obstante, debido a que resulta común que no se cuente con toda la información necesaria o completa para realizar una evaluación que permita emitir su opinión, la normativa prevé que el OPIP pueda solicitar mayor información para emitir su opinión al Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local, respuesta que debe darse en un plazo máximo de 60 días hábiles, caso contrario el Informe de Evaluación y la solicitud de incorporación al proceso de promoción serán considerados como no presentados. Asimismo, se ha previsto que además de la evaluación, el OPIP –en aras de contribuir con la elaboración del informe- puede modificar el Informe de Evaluación por propia decisión, supuesto en el cual debe remitirlo al Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local, para obtener la conformidad de la modificación por parte de dichas entidades quienes además deben brindar su respuesta en un plazo máximo de 15 días hábiles, caso contrario se considerará la conformidad como otorgada. Otro supuesto regulado por la normativa de APP es el caso en que el Informe de Evaluación ha sido elaborado por PROINVERSION, en virtud de un encargo; en este supuesto se ha dispuesto que PROINVERSION envíe el informe al Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local para que dé su conformidad en un plazo máximo de 30 días hábiles, de lo contrario la conformidad se entiende como otorgada (art. 16 del Reglamento).

Nótese en el procedimiento descrito que, sea por una modificación del OPIP al Informe de Evaluación por propia iniciativa (cuando éste lo evalúa) o en caso PROINVERSION elabore el informe debido a que recibió dicho encargo, siempre se requiere la conformidad final del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local, pues estos son los titulares del proyecto de inversión que busca ser promovido por APP, por lo que son ellos los que tienen la última decisión sobre el contenido del Informe de Evaluación (por ejemplo, resultaría contrario a una correcta planificación que se establezca en el Informe de Evaluación compromisos de pago para el proyecto y una capacidad presupuestal que no ha tomado en cuenta la propia

opinión de la entidad que asumiría dichos compromisos y que tiene a su cargo dicho presupuesto).

En segundo lugar, luego de contar con la opinión favorable del OPIP, corresponde que el MEF emita su opinión previa como último requisito para que el proyecto de inversión pueda ser incorporado al proceso de promoción. Al respecto, la normativa de APP ha dispuesto que la evaluación y opinión del MEF sobre el Informe de Evaluación se realiza en 4 temas: a) la verificación de la clasificación del proyecto como autofinanciado o cofinanciado, b) la capacidad de pago del Estado de corresponder, c) la aplicación de los criterios de elegibilidad para verificar el Valor por Dinero y d) el impacto del proyecto en el mecanismo de competencia y desempeño de los mercados.

De los temas a evaluarse por el MEF, resalta la aplicación de los criterios de elegibilidad pues estos permiten conocer si el proyecto posiblemente generará Valor por Dinero, al determinar que es más beneficioso desarrollarlo como APP, frente al régimen de contratación pública. Estos criterios de elegibilidad se concentran en una evaluación cualitativa, más que cuantitativa, del proyecto y vienen a reemplazar a la metodología del comparador público privado. De esta manera, la normativa ha reconocido como criterios de elegibilidad aplicables a la evaluación comentada a los siguientes: a) nivel de transferencia de riesgos, b) la capacidad de medición de la disponibilidad y calidad del servicio, c) minimización de costos del ciclo del proyecto, d) financiamiento por usuarios, e) ventajas y limitaciones de la obra pública tradicional, f) costos del proceso de APP, g) factores relacionados al éxito del proyecto y h) competencia por el mercado, entre otros. Es pertinente mencionar que el MEF debe aprobar los lineamientos para la aplicación de dichos criterios, tal como lo dispone el Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos (artículo 17).

Esta opinión del MEF debe ser emitida en un plazo máximo de 15 días hábiles contados desde el día siguiente en el que solicitó, caso contrario la opinión ministerial se entiende como favorable. Asimismo, cabe señalar que en caso el MEF requiera información adicional para emitir su opinión, solo podrá solicitarla dentro de los 05 primeros días hábiles de presentado el Informe de Evaluación, supuesto en el cual el plazo para que emita su opinión queda suspendido hasta que se dé la respuesta correspondiente.

El MEF emitirá una Directiva para la elaboración del Informe de Evaluación en la cual se desarrollarán cada uno de los requisitos establecidos en el numeral 16.2 del Reglamento, con la finalidad de brindar predictibilidad sobre el nivel de información requerido a los operadores de la norma.

➤ **Incorporación al proceso de promoción de la inversión privada**

Teniendo la conformidad del OPIP y la opinión favorable del MEF sobre el Informe de Evaluación, el proyecto puede ser incorporado al proceso de promoción de la inversión privada conformado por las fases de Estructuración y Transacción; ambas cargo del OPIP competente. Esta incorporación debe realizarse mediante distintos instrumentos normativos, dependiendo del nivel de gobierno competente y el objeto del proyecto, tal como se presenta a continuación:

- La incorporación de proyectos del Gobierno Nacional a cargo de PROINVERSIÓN se aprueba mediante acuerdo de su Consejo Directivo y los proyectos que están a cargo de los OPIP de los Ministerios se aprueba mediante resolución viceministerial del sector correspondiente; en ambos casos, el acuerdo o la resolución deben ser ratificados mediante Resolución Suprema refrendada por el Ministerio respectivo y el MEF. Esto último no aplica para los proyectos de inversión de servicios vinculados a infraestructura pública o servicios públicos que requiera brindar el Estado, proyectos de innovación tecnológica y/o investigación aplicada, pues como se verá más adelante la normativa ha previsto un procedimiento simplificado para estos.
- La incorporación de proyectos de los Gobiernos Regionales se aprueba mediante Acuerdo del Consejo Regional respectivo, no requiriendo ratificación o refrendo posterior de algún ministerio.
- La incorporación de proyectos de los Gobiernos Locales se aprueba mediante Acuerdo del Concejo Municipal respectivo, no requiriendo ratificación o refrendo posterior de algún ministerio.

En todos los casos, el Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos ha dispuesto que las resoluciones supremas y los acuerdos de incorporación de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, sean remitidos al Registro Nacional de Contratos de APP a cargo de la DGPPIP del MEF.

d) Fase de Estructuración

En esta tercera fase a cargo del OPIP, el proyecto ya se encuentra dentro del proceso de promoción de la inversión privada, correspondiendo ahora su diseño y estructuración como APP, sobre la base de la información contenida en el Informe de Evaluación, la cual será profundizada en base a mayores estudios que se realizarán en esta fase. Asimismo, en esta fase el OPIP debe aprobar el Plan de Promoción, documento que presenta una información básica y general del proyecto, y del proceso de promoción, a fin de brindar un marco de lo que busca el Estado con el proyecto de inversión y despertar el interés de potenciales empresas privadas.

En este sentido, el Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos establece que el Plan de Promoción debe contener como mínimo: a) el esquema general de la APP (entidad concedente, alcance territorial y objetivo del proyecto, entre otros) incluyendo su clasificación como autofinanciada o cofinanciada, b) el mecanismo del proceso de selección indicando si es Licitación Pública Especial, Concurso de Proyectos Integrales u otro mecanismo competitivo (por ejemplo, la subasta) y c) el cronograma del proceso de promoción conforme a la ruta crítica establecida en el Informe de Evaluación.

Cabe señalar, que la normativa también dispone que los actos de aprobación y modificación del Plan de Promoción son aprobados por el Consejo Directivo de PROINVERSIÓN para los proyectos que tenga a su cargo, por el Viceministro del sector para el caso de proyectos a cargo del OPIP del Ministerio, y por el Consejo Regional o Concejo Municipal para el caso de proyectos de su competencia. Sumado a ello, se ha estipulado que el Plan de Promoción debe ser publicado en el respectivo portal institucional de la entidad que lo aprueba; no

obstante, en el caso de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, estos además deben enviar sus planes de promoción aprobados a PROINVERSIÓN para que dicha entidad los publique en su portal institucional; esto con el fin de brindar transparencia y acceso a los inversionistas mediante una sola plataforma que contenga todos los planes de promoción de los proyectos de APP del Perú.

Con relación al diseño de la APP, ésta comprende su estructuración económica financiera para lo cual se requiere evaluar comercial y financieramente el proyecto de manera detallada, el mecanismo de retribución en caso corresponda, las responsabilidades de la empresa privada que tendrá a su cargo el proyecto, la asignación de riesgos entre las partes y el diseño del contrato de APP.

Es importante considerar que si bien el OPIP es el responsable de la estructuración del proyecto como APP y por tanto debe realizar todos los estudios y evaluaciones técnicas, económicas, financieras, sociales, ambientales y legales, el Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos dispone la realización de dos medidas para coadyuvar a que también la estructuración del proyecto genere el interés de los actores del mercado e incorpore las recomendaciones de las entidades públicas que participarán –en el marco de sus competencias- en la ejecución del proyecto:

- Análisis del interés de potenciales participantes y financistas en el proyecto: esto se refiere a que el OPIP debe realizar reuniones (*road show*) con potenciales empresas privadas interesadas en adjudicarse el proyecto y con los posibles financistas de éste (por ejemplo, bancos), a fin de conocer la opinión de estos sobre los aspectos claves de la APP que generan su interés y escuchar sus opiniones de mejora.
- Reuniones entre el OPIP y las entidades que emitirán opinión sobre la versión final del contrato de APP: el OPIP debe convocar a reuniones de coordinación con el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local, el Organismo Regulador competente y el MEF, de manera previa a la convocatoria del proceso de promoción de la inversión privada, con el objetivo de recibir sus comentarios, sugerencias y apreciaciones generales sobre el primer diseño del contrato de APP y su correcta ejecución. Sin perjuicio de esto, el OPIP además puede solicitar por escrito recomendaciones y comentarios preliminares a dichas entidades, las cuales deben ser absueltas en 15 días hábiles. Estas reuniones constituyen una innovación de la normativa de APP, que tiene como objetivo que el OPIP lleve a la fase de Transacción un contrato que incorpore las recomendaciones previas de las entidades públicas, de manera que se obtenga una versión cercana a la versión final. Sin perjuicio de ello, pueden existir modificaciones producto de los comentarios de los inversionistas durante la fase de transacción.

Debemos precisar aquí las opiniones y recomendaciones brindadas por las entidades en esta fase, no pueden considerarse como las opiniones a la versión final del contrato de APP, las cuales recién se emiten en la fase de Transacción. La finalidad de estas reuniones de coordinación es que el OPIP conozca las apreciaciones de los titulares de los proyectos de inversión, del organismo

regulador y del MEF, sobre la primera versión del contrato de APP antes que sea publicado en la fase de Transacción y como tal presentado al mercado, de manera que puedan advertir alguna inconsistencia o mejora en el diseño del contrato. De esta manera, la primera versión de contrato (publicada conjuntamente con la convocatoria) incorporaría el levantamiento de las principales observaciones de las entidades que luego emitirían su opinión. Por consiguiente, la variabilidad (primordialmente, de los aspectos sustanciales) entre la primera versión del contrato y la versión final sólo debería provenir de los comentarios y observaciones planteados por los postores.

d) Fase de Transacción:

Esta cuarta etapa también está a cargo del OPIP y comprende la apertura del proyecto al mercado, por lo que aquí se realiza la convocatoria al sector privado para el proyecto y la publicación de la primera versión de las Bases y del contrato de APP de manera conjunta, la etapa de evaluación de comentarios a las bases y al contrato por parte de los postores, la determinación del mecanismo aplicable (Licitación Pública, Concurso de Proyectos Integrales u otro), la obtención de opiniones previas por parte de las entidades públicas a la versión final del contrato de APP y la adjudicación del proyecto.

Respecto a la convocatoria, a diferencia de la anterior normativa de APP donde no establecía un orden para esto, la Ley de APP y Proyectos en Activos y su Reglamento disponen que junto con la convocatoria el OPIP debe publicar las Bases y el proyecto de contrato de APP (primera versión del contrato) en su portal institucional, así como en el diario oficial El Peruano y en dos diarios de circulación nacional por 02 días consecutivos, indicando el enlace para acceder a las Bases y al proyecto de contrato; asimismo, en la convocatoria también debe indicarse el monto y forma de pago del derecho de participación y el mecanismo aplicable al proceso de selección.

Teniendo en cuenta que en la fase de Estructuración se han desarrollado estudios técnicamente robustos sobre el proyecto de inversión que han permitido estructurarlo como APP y se cuenta con una primera versión del contrato de APP, el Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos dispone un contenido mínimo tanto para el contrato como para las Bases que serán publicadas junto con la convocatoria. En ese sentido, para las Bases se dispone que además de fomentar la competencia, deben contener mínimamente lo siguiente:

- Los componentes del factor de competencia del proceso de selección.
- Plazos para la presentación de consultas y comentarios al proyecto de contrato.
- Mecanismo de evaluación de propuestas.
- Los requisitos técnicos y financieros solicitados a los postores.
- Procedimiento de impugnación a la adjudicación.

Por su parte, para el proyecto de contrato de APP se ha dispuesto que éste debe contener como mínimo la siguiente información:

- El diseño general del proyecto.
- Los niveles de servicio del proyecto.

- La identificación y asignación de riesgos, las garantías, la estructura económico financiera del contrato y los mecanismos de solución de controversias así como el régimen de terminación y sus efectos.

Cabe resaltar, que este contrato publicado con la convocatoria es solo el proyecto o primera versión del contrato de APP, por lo que puede ser modificado como resultado de los comentarios y consultas de los postores.

➤ **Opiniones previas a la versión final del contrato de APP**

Luego de la publicación de la convocatoria, de la etapa de comentarios y consultas a las Bases y al proyecto de contrato, donde el OPIP ha recibido el *feedback* del mercado y de bancos, dicho organismo promotor debe elaborar la versión final del contrato de APP y remitirla a las siguientes entidades para su evaluación y opinión conforme a sus competencias reconocidas por ley, antes de la adjudicación del proyecto y suscripción del contrato:

- Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local, quien debe emitir su opinión previa favorable al contrato.
- Organismo Regulador, quien debe emitir su opinión en caso el contrato pertenezca a un sector regulado.
- MEF, quien debe emitir su opinión previa favorable al contrato. Para esta opinión, al igual que en el caso del regulador, el OPIP debe remitir al ministerio toda la documentación que sustente la distribución de riesgos y la estructuración económica financiera del contrato, así como la opinión que emitió el Ministerio, Gobierno Regional y/o Gobierno local, y el organismo regulador respecto a la versión final del contrato. Cabe mencionar dos aspectos importantes sobre esta opinión del MEF: 1) la opinión ministerial abarca todas las materias que se encuentran bajo su competencia de acuerdo a sus normas de creación y funciones (Decreto Legislativo N° 183 y su Reglamento de Organización y Funciones, aprobado por Decreto Supremo N° 117-2014-EF) en la medida que las cláusulas de la versión final del contrato incidan sobre ellas y 2) la Ley de APP y Proyectos en Activos dispone que en caso no se cuente con la opinión previa favorable del MEF, el contrato y su adjudicación no surten efectos y son nulos de pleno derecho.
- Contraloría General de la República quien debe emitir su informe previo, el cual podrá referirse únicamente a aquellos aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado 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.

Como reglas de orden procedimental, el Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos ha estipulado que la emisión de opiniones por parte de los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, Organismos Reguladores y el MEF, debe realizarse en un plazo máximo de 15 días hábiles, pudiendo solicitar por única vez información adicional

al OPIP dentro de los primeros 05 días hábiles. En este supuesto el cómputo del plazo se suspende desde el día de efectuada la notificación de información adicional, reanudándose a partir del día hábil siguiente de recibida la información requerida. Asimismo, a fin de dar celeridad a este procedimiento, la normativa también dispone que habiéndose solicitado las opiniones previas y de no emitirse éstos dentro de los plazos previstos, son consideradas como favorables.

Por su parte, la emisión del informe previo de la Contraloría General de la República debe realizarse en un plazo máximo de 15 días hábiles. Sin embargo, en caso requerir información adicional, dicha entidad solo puede solicitarla por única vez dentro de los 10 días hábiles de recibida la versión final del contrato de APP. En este caso el cómputo del plazo se suspende desde el día de efectuada la notificación de información adicional, reanudándose a partir del día hábil siguiente de recibida la información requerida; posteriormente, la Contraloría General debe emitir su informe previo dentro de los 05 días hábiles siguientes contados desde el día siguiente de recibida la información.

➤ **Reglas para la presentación y evaluación de propuestas, la buena pro y la suscripción del contrato de APP**

Además de obtener las opiniones previas favorables a la versión final del contrato de APP, el OPIP debe tener en cuenta diversas reglas para la presentación y evaluación de propuestas que han sido establecidos por el Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos, con el fin de adjudicar el proyecto al postor que cumpla con los requisitos de experiencia y conocimiento y presente la mejor oferta técnico económica para el proyecto.

Antes de abordar dichas reglas, es conveniente recordar que la Ley de APP y Proyectos en Activos y su Reglamento han establecido un impedimento general para participar, directa o indirectamente, como postor o inversionista a las siguientes personas:

- Aquellas a las que se refiere el artículo 1366 del Código Civil peruano.
- Las personas con impedimentos establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado.
- Las personas con impedimentos establecidos por normas con rango de Ley.
- Las personas que habiendo sido inversionistas en contratos de APP hubieren dejado de serlo por su incumplimiento en el contrato. En este caso, el impedimento se extiende a los socios estratégicos y/o aquellos que hayan ejercido control del inversionista al momento de la resolución y/o caducidad del respectivo contrato. No obstante para su aplicación efectiva, debe tenerse en cuenta que el impedimento debe haberse determinado con carácter definitivo en la vía administrativa (resolución consentida y/o ejecutoriada) y se extiende a los socios estratégicos previstos en el contrato, los cuales acreditan la capacidad técnica en el proceso de promoción; sobre esto último, en el supuesto que el contrato no establezca un socio estratégico, el impedimento se extiende también a aquellos que hayan ejercido control directo del inversionista entendido de acuerdo con las normas de la Superintendencia de Mercado de Valores.

En general, el impedimento para ser postor o inversionista tiene una vigencia de dos (02) años, salvo aquellos impedimentos establecidos en la Ley de

Contrataciones del Estado los cuales se rigen por los plazos estipulados en dicha norma.

Con relación a la presentación de propuestas, el Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos ha dispuesto las siguientes reglas para el OPIP:

- Las propuestas deben ser presentadas en sobre cerrado y por persona autorizada por el postor.
- La recepción de propuestas técnicas y/o económicas, así como el otorgamiento de la buena pro son realizadas en acto público con la participación de Notario Público, quien certifica la documentación presentada y da fe de dicho acto.

Por otro lado, en lo referente a la evaluación de propuestas se ha previsto las siguientes reglas:

- El OPIP debe evaluar la propuesta técnica y económicamente más conveniente de acuerdo con los criterios establecidos en las Bases, los cuales pueden ser: a) el nivel tarifario y su estructura (por ejemplo, tarifa más baja a cobrar), b) retribución al Estado (mayor pago al Estado), c) el plazo del contrato (mayor plazo comprometido para operar el proyecto), d) la oferta económica, e) el diseño y solución técnica propuesta, f) niveles de servicio ofertados, g) consideraciones de carácter ambiental y social, h) los ingresos garantizados por el Estado (menores ingresos garantizados requeridos), i) el compromiso de riesgo asumido por el oferente, respecto del costo del proyecto y los riesgos en la explotación, j) otras inversiones o servicios adicionales e i) ofertas y compromisos preliminares de financiamiento. Debemos resaltar, que la actual normativa de APP, al igual que las anteriores normas sobre la materia, no establecen un criterio fijo para la evaluación de propuestas sino que delegan a la OPIP el definir éste a través de las Bases y pudiendo adoptar alguno de los ya citados en este párrafo.

El Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos también dispone que en función al sistema de evaluación previsto en las Bases, la buena pro debe ser otorgada a la mejor oferta presentada. No obstante, ello se ha facultado al Comité Especial para que, por razones de interés público, pueda desestimar todas las propuestas presentadas, sin obligación de pago de indemnización alguna en favor de los postores.

Finalmente, sin perjuicio de otras condiciones y requisitos que deben ser cumplidos para la firma del contrato de APP conforme lo establezcan las Bases (por ejemplo, minuta de constitución de persona jurídica, poderes de los representantes legales de la persona jurídica, etc.), la normativa actual ha establecido dos de ellos al señalar que: i) el postor adjudicatario del proyecto -previamente a la suscripción del contrato- debe presentar el modelo económico financiero del proyecto conforme los requisitos establecidos en las Bases, siendo sus propuestas y el modelo económico vinculante para él (dicho modelo se mantiene en reserva del OPIP y será utilizado en las renegociaciones contractuales y al momento del restablecimiento del equilibrio económico financiero), y ii) la empresa privada que se hará cargo del proyecto debe presentar garantía suficiente que asegure la correcta ejecución del proyecto y el cumplimiento de las obligaciones correspondientes a su naturaleza, calidad y características, conforme a lo determinado en las Bases. Sobre esto último, debe tenerse presente que entre las diversas garantías, la carta fianza permite

resguardar de manera más amplia los riesgos que asume el Estado como contraparte del inversionista privado en los procesos de promoción de la inversión privada al tener las características de incondicional, inmediata, entre otros.

e) Fase de ejecución contractual

La ejecución contractual constituye la quinta y última fase de las APP, y la de mayor duración respecto a las fases anteriores, pues ella comprende todos los años de vigencia del contrato de APP, es decir desde la firma del pacto contractual hasta su terminación. Esta fase está a cargo del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local, titular del proyecto de inversión.

Asimismo, en esta fase donde la empresa privada encargada del proyecto cumple con sus obligaciones contractuales de acuerdo a lo previsto en las Bases y en el Contrato de APP (diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento); asimismo, es en la ejecución contractual donde la entidad pública titular del proyecto cumple con todas sus obligaciones contractuales, y administra y gestiona el contrato de APP por toda su duración.

Teniendo en cuenta los niveles de inversión que conllevan los proyectos de APP y el objeto de estos que comprende la provisión de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a estos que requiera brindar el Estado, y proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica, el Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos establece la posibilidad que las empresas privadas que participan en las APP como encargado del proyecto de inversión de acuerdo al contrato, accedan al régimen de estabilidad jurídica regulado en el Título II del Decreto Legislativo N° 662 y en el Capítulo Primero del Título V del Decreto Legislativo N° 757, siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos por ambas normas. Asimismo, el reglamento permite la suscripción de convenios de estabilidad jurídica para otorgarles determinadas seguridades y garantías a los inversionistas que participan en las APP, previo cumplimiento de requisitos fijados por ley. Cabe resaltar que el acceso a estos regímenes es permitido para todo tipo de APP en tanto cumplan los requisitos previstos.

Es importante mencionar aquí que el Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos dispone que en la etapa de ejecución contractual, el consultor que brindó servicios de consultoría al OPIP durante la fase de estructuración y transacción puede extender su asesoría a la etapa de ejecución contractual a fin de asesorar y coadyuvar en las labores de administración del contrato a cargo del Ministerio, Gobierno Regional y/o Gobierno Local. Esto siempre y cuando las condiciones de contratación de consultor ante la OPIP lo hayan establecido, siendo necesario que exista una coordinación previa para ello con las entidades públicas en dicho momento.

➤ Modificaciones contractuales

Tomando en cuenta que las APP son acuerdos de larga duración, los contratos que regulan los derechos y obligaciones de las partes para la ejecución de la APP no puede prever ni contener todas las situaciones o hechos futuros que pueden acontecer a través de los años

de vigencia del contrato, pero que sin embargo impactan en el desarrollo de la APP; esto hace llamar a los contratos de APP como “contratos incompletos”.

Esta imposibilidad de prever todo en el contrato, genera la necesidad de modificar los contratos de APP, siempre y cuando las partes así lo convengan, es decir que exista una voluntad de ambas partes del contrato. En este escenario, tanto la Ley de APP y Proyectos en Activos como su Reglamento reconocen la posibilidad de modificar los contratos de APP, previo acuerdo de las partes, cumpliendo con determinados requisitos y condiciones para la evaluación de las modificaciones, y manteniendo en todo momento el Valor por Dinero original del contrato.

Antes de detallar las condiciones y requisitos que se deben cumplir para las modificaciones contractuales en general, es necesario precisar que la normativa actual prohíbe la suscripción de modificaciones contractuales durante los 03 primeros años de haberse suscrito el contrato de APP, salvo que se trate de: a) la corrección de errores materiales, b) los requerimientos sustentados de los acreedores permitidos, vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato, c) la precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato y d) el restablecimiento del equilibrio económico financiero de acuerdo con lo previsto en el contrato.

Dicho esto, toda modificación contractual presentada por el inversionista –dentro de los 03 primeros años de firmado el contrato o posterior a dicho plazo- debe cumplir con las siguientes condiciones y requisitos:

- La modificación contractual debe estar sustentada. Asimismo, el inversionista debe adjuntar el proyecto de adenda en su integridad, el cual será publicado por el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local competente en su portal institucional, dentro del plazo de 05 días calendario de recibido.
- Recibida la propuesta de modificación por parte del inversionista, el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local, en el plazo máximo de 10 días hábiles, convoca a las entidades públicas que deben emitir opinión a la adenda propuesta para el inicio del proceso de evaluación conjunta. En dicha convocatoria, se debe remitir a las entidades la información presentada por el inversionista, así como cualquier otra información adicional que resulte necesaria para la evaluación por parte de las entidades públicas
- La modificación debe adoptarse de mutuo acuerdo, dejando claro así que ninguna de las partes puede modificar el contrato de APP de manera unilateral.
- La modificación contractual debe mantener el equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, procurando no alterar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto.
- Si la modificación contractual propuesta desvirtuara el objeto del proyecto original o involucrara un monto adicional que supere el 15% del Costo Total del Proyecto, la entidad pública (Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local, según corresponda) --siempre que la naturaleza del proyecto lo permitiera-- evalúa la conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección como alternativa a negociar una modificación al contrato de APP. Debemos resaltar aquí que la normativa lo que obliga a es evaluar, no a realizar obligatoriamente, un nuevo proceso de selección.

Como parte de las mejoras introducidas por la nueva normativa de APP que tienen como fin agilizar el procedimiento de modificación, que el inversionista tenga una sola contraparte en la etapa de renegociación contractual, anticipar las observaciones al contenido de la adenda y reducir la asimetría de información entre las entidades del Estado lo que permitirá emitir una opinión sobre el texto de la adenda, la Ley de APP y Proyectos en Activos y su Reglamento prevén que el proceso de modificación contractual esté compuesto por tres etapas, la primera de ellas denominada “proceso de evaluación conjunta”, la segunda la etapa de “evaluación y sustento del sector” y la tercera etapa de “opiniones previas” a las modificaciones contractuales.

Es importante anotar que estas etapas son lideradas por el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local, titular del proyecto de APP. Este liderazgo se fundamenta en que dichas entidades son titulares de los proyectos y administradores del contrato de APP que se solicita modificar, por lo que corresponde a sus competencias tener bajo su responsabilidad la renegociación contractual en sus dos etapas.

El proceso de evaluación conjunta se inicia con la primera sesión de las entidades que opinarán sobre la propuesta de modificación al contrato de APP. Al respecto, la normativa no ha establecido un número máximo o mínimo de sesiones, pues ello dependerá de la complejidad de los temas que se solicitan modificar y el análisis que se debe realizar para emitir una opinión conforme a ley.

Por ello, lo que sí ha previsto el Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos son pautas de trabajo para el desarrollo ordenado y ágil de las sesiones; dichas pautas son las siguientes:

- En las distintas sesiones, las entidades públicas convocadas deben: i) identificar los temas y/o materias de la adenda que son de su competencia (aspecto importante porque no necesariamente todas las entidades convocadas podría tener competencia en los temas de la adenda y por tanto tampoco deberían opinar posteriormente), ii) verificar el cumplimiento de las condiciones y requisitos a la que están sometidas toda propuesta de modificación contractual, y iii) elaborar el plan de trabajo del proceso de evaluación conjunta.
- Conforme al plan de trabajo, las entidades públicas ponen en conocimiento del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local, la información que debe ser requerida al inversionista para la evaluación de las modificaciones contractuales; asimismo, comunican la necesidad de solicitar información sobre el diseño del proyecto y contrato al OPIP que estuvo a cargo del proceso de promoción del contrato (nótese que el pedido de información solo se realiza si es necesario), y emiten comentarios y/o consultas preliminares a los temas y/o materias de la adenda.
- El inversionista, junto con sus asesores, puede asistir a determinadas sesiones del proceso de evaluación conjunta a fin de sustentar el texto de la adenda o absolver consultas. Asimismo, también pueden asistir los financistas del proyecto de ser necesario. En ambos casos, la decisión sobre la pertinencia de que asistan el inversionista y sus financistas, corresponde al Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local.

- En caso el inversionista presente cambios a la propuesta de adenda una vez iniciado el proceso de evaluación conjunta, estos cambios se incorporan a la evaluación sin que ello implique reiniciar el proceso y reevaluar nuevamente todo el texto de la adenda.
- Las entidades públicas pueden suscribir actas y realizar las sesiones de manera presencial o virtual.
- El proceso de evaluación conjunta finaliza cuando el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local así lo determine, lo cual debe ser informado a las entidades públicas y al inversionista.
- Estas pautas de orden también son aplicables cuando la adenda es solicitada por el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local, en lo que corresponda.

Culminado el proceso de evaluación conjunta, se inicia la segunda etapa de evaluación y sustento de la entidad, donde en base al análisis realizado en la evaluación conjunta, la entidad evalúa y sustenta las modificaciones contractuales. Es importante mencionar que en esta etapa, producto de la evaluación conjunta, las Partes podrán efectuar modificaciones a la propuesta de adenda con la única finalidad de levantar los comentarios y observaciones recibidos durante la evaluación conjunta.

Luego de ello, corresponde la tercera etapa denominada opiniones previas, en la cual el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local, remite las modificaciones contractuales con su debido sustento (informe de sustento de las modificaciones contractuales, estudios y/o evaluaciones que sustentan las modificaciones planteadas, entre otros documentos) a las siguientes entidades públicas:

- Opinión no vinculante del Organismo Regulador, en los proyecto bajo su competencia.
- Opinión vinculante del MEF, en caso las modificaciones i) alteren el cofinanciamiento, ii) alteren las garantías, iii) cambien los parámetros económicos y financieros del contrato, iv) puedan generar modificaciones al equilibrio económico financiero del contrato de APP o v) puedan generar contingencias fiscales al Estado. Basta que las modificaciones contractuales incidan sobre una de los 5 materias señaladas, para que la opinión del MEF sea necesaria y obligatoria; al respecto, es necesario tener en cuenta que la Ley de APP y Proyectos en Activos y su Reglamento disponen que cualquier acuerdo que adopten las partes (indistintamente a su denominación) y que contenga modificaciones al contrato de APP que incida sobre una de las 5 materias de competencia del MEF y que no cuenten con su opinión previa favorable, no surten efectos y son nulos de pleno derecho.

Es importante mencionar que, al igual que en el caso de la versión final del contrato de APP, la opinión del MEF en esta oportunidad evalúa todas las materias que son de su competencia de acuerdo a ley (Decreto Legislativo N° 183 y su ROF), no limitándose a las 5 materias señaladas anteriormente, pues estos solo constituyen causales que lo habilitan a emitir opinión sobre las modificaciones contractuales.

Finalmente, el Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos ha dispuesto que las opiniones del Organismo Regulador y del MEF deben emitirse en un plazo máximo de 10 días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción de la solicitud de opinión, caso contrario la opinión se entiende como favorable. Sin embargo, en caso dichas entidades requieran mayor información para emitir su opinión, puede solicitar la información respectiva, pero por única vez y dentro de los 03 días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud de opinión. En este supuesto, el cómputo del plazo se suspende y sólo se reinicia una vez recibida la información requerida.

6.1 Procedimiento simplificado para determinado tipos de APP

Como se puede apreciar, la normativa de APP ha decidido que todas las APP - indistintamente a su clasificación como autofinanciados o cofinanciadas o de su origen estatal o privado- deban pasar por 5 fases para su planificación y desarrollo adecuado. Sin embargo, la normativa ha establecido un proceso especial denominado “Proceso Simplificado” para determinados tipos de proyectos de APP en razón a su objeto, costos de inversión, costos totales, lo cual conlleva la aplicación de reglas especiales para el planeamiento, formulación, estructuración, diseño y transacción de dichas APP.

En primer lugar, se presentan a continuación los proyectos de APP que se tramitan bajo el Proceso Simplificado:

- a) APP que tienen como objeto el desarrollo de servicios vinculados a la infraestructura pública o servicios públicos que requiera brindar el Estado.
- b) APP que tienen como objeto a los proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica.
- c) APP que no contengan componente de inversión.
- d) APP de iniciativa estatal, sin importar su objeto, cuyo Costo Total del Proyecto sea inferior a quince mil (15 000) UIT.

En este punto es bueno precisar que, aun cuando la Ley de APP y Proyectos en Activos dispone de manera general la aplicación del Proceso Simplificado para los proyectos señalados en los literales a), b) y c) del párrafo anterior, su Reglamento establece que el Proceso Simplificado no es aplicable a los proyectos que tienen como objeto el desarrollo de servicios vinculados a la infraestructura pública o servicios públicos que requiera brindar el Estado, o el desarrollo de proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica, siempre que estos tengan un Costo Total de Inversión superior a 50 000 UIT. Asimismo, tampoco es aplicable el Proceso Simplificado a los proyectos que no contienen componente de inversión, siempre que su Costo Total de Proyecto sea superior a 50 000 UIT. En ambos supuestos, los proyectos de inversión se tramitan bajo el trámite general de las APP.

Teniendo claro qué proyectos de APP se encuentran dentro del alcance del Proceso Simplificado, corresponde señalar las cuatro reglas especiales que la normativa ha previsto y que son aplicables en distintos momentos de fases de las APP:

- Regla especial en la fase de formulación: la opinión del MEF al Informe de Evaluación solo puede comprender la evaluación de la capacidad de pago de la entidad pública para asumir los compromisos y la clasificación del proyecto.

- Regla especial en la fase de estructuración: la convocatoria al proceso de promoción requiere la publicación por una sola vez en dos diarios de circulación nacional.
- Regla especial en la fase de transacción: la opinión del MEF a la versión final del contrato de APP, comprende únicamente la evaluación de la capacidad de pago de la entidad pública para asumir las obligaciones, los compromisos, las garantías y contingentes fiscales significativos.
- Regla especial en la fase de ejecución contractual: la opinión del MEF a las modificaciones contractuales, comprende únicamente la evaluación de capacidad de pago de la entidad pública para asumir las obligaciones, los compromisos, garantías y contingentes fiscales significativos.

Como se puede advertir, el Proceso Simplificado no exime a los proyectos que están bajo su alcance a no pasar por las 5 fases de las APP y cumplir con sus pautas y reglas de desarrollo, sino que establece cuatro reglas puntuales que tienen como objeto acotar las materias que puedan ser evaluadas por el MEF para emitir su opinión sobre el Informe de Evaluación de este tipo de proyectos, sobre la versión final del contrato de APP y las modificaciones contractuales, y reducir a 1 sola publicación en dos diarios de circulación nacional la convocatoria del proyecto en la fase de Transacción.

7) Reglas para el diseño del contrato de APP y sus cláusulas

A través de sus diversos artículos, la Ley de APP y Proyectos en Activos y su Reglamento establecen reglas para el diseño del contrato de APP respecto a temas como el plazo del contrato, los fideicomisos, los bienes del contrato, los mecanismos de solución de controversias, entre otros; dichas reglas, al estar reconocidas a nivel normativo, son de cumplimiento obligatorio y por tanto se aplican a todo contrato de APP, indistintamente a su clasificación u origen.

Es importante recordar que el diseño del contrato de APP se realiza en la fase de Estructuración; sin embargo, en la fase de Transacción dicho contrato puede ser modificado como resultado de los comentarios realizados por los postores en la etapa correspondiente. Por dicha razón las reglas que se presentan a continuación son aplicables a ambas fases de las APP, siendo responsable de su cumplimiento el OPIP competente:

➤ Bienes del contrato

La ejecución de proyectos de APP tiene como uno de sus objetos la provisión de infraestructura pública y/o prestación de servicios públicos, los cuales se sustentan en bienes (físicos o inmateriales) que permiten la operación adecuada de la APP y que son provistos por el mismo inversionista (por ejemplo, un ducto de transporte de gas natural y su software de monitoreo operativo que permite el desarrollo de un Sistema de Transporte de Gas Natural en 10 regiones del país o una vía urbana que forma parte de un proyecto de Sistemas de Vías Provinciales) o también son provistos por el Estado para el proyecto en específico (por ejemplo, una planta de tratamiento de aguas residuales en un distrito que viene siendo operada por una municipalidad, pero que bajo la APP formará parte de un Sistema de Plantas de Tratamiento de Agua Residuales a nivel provincial).

Dichos bienes son esenciales para la operación adecuada del proyecto de APP y su ausencia podrían impactar negativamente en sus niveles de servicio, por lo que la normativa actual ha dispuesto que los bienes que devengan en partes integrantes o accesorias del proyecto de APP, no pueden ser transferidos separadamente de ésta, hipotecados, prendados o sometidos a gravámenes de ningún tipo, durante el plazo del contrato, sin la aprobación del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local. Asimismo, se ha dispuesto que dichos bienes al término del contrato, pasan al dominio del Estado.

➤ **Autorización para el otorgamiento de garantías**

Solo en caso la APP sea desarrollada bajo la modalidad de concesión y tenga como objeto la provisión y operación de infraestructura pública y/o prestación de servicios públicos, la normativa permite el establecimiento de una hipoteca sobre el derecho de la concesión.

Esta hipoteca se constituye y surte efectos a partir de su inscripción en la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, pudiendo ser ejecutada extrajudicialmente en la forma pactada por las partes en el contrato. Asimismo, si bien queda claro que existe un derecho de hipoteca sobre la concesión, la ejecución de ésta debe contar con la opinión favorable del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local correspondiente, a fin que dichas entidades verifiquen que el derecho de concesión es transferido a favor de quien cumpla, como mínimo, con los requisitos que fueron establecidos en las Bases del proceso de promoción.

Por otro lado, ya de aplicación a cualquier modalidad de APP, la normativa establece la posibilidad que los contratos, permitan el establecimiento de diversas garantías tales como la garantía sobre los ingresos respecto a obligaciones derivadas de dicho contrato y de su explotación y garantía mobiliaria sobre las acciones o participaciones del inversionista.

➤ **Constitución de Fideicomisos**

La recuperación de inversiones por la ejecución del proyecto de APP puede derivar de los pagos que efectúan los usuarios de la infraestructura pública y/o servicio público, o de los pagos al inversionista a los que se ha comprometido el Estado con recursos públicos; en ambos casos, es común que la administración de los pagos esté a cargo de un tercero ajeno a las partes del contrato, bajo la figura del Fideicomiso.

En este contexto, la normativa dispone que en el contrato de APP se pueda establecer que el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local constituya fideicomisos para la administración de los pagos e ingresos derivados de los contratos de APP. No obstante, la constitución de fideicomisos debe cumplir con el siguiente procedimiento y requisitos dependiendo de la clasificación del contrato de APP y del nivel de gobierno al que pertenezca:

- a) Fideicomiso de un contrato de APP autofinanciado: si la APP pertenece al Gobierno Nacional, el fideicomiso es aprobado por Resolución Ministerial del sector. En caso la APP sea de competencia de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, la constitución de fideicomisos es aprobada de manera previa mediante Acuerdo de Consejo Regional o Acuerdo de Concejo Municipal, según corresponda.
- b) Fideicomiso de un contrato de APP cofinanciado: al igual que en una APP autofinanciada, el fideicomiso es aprobado por Resolución Ministerial, Acuerdo de Consejo Regional o Acuerdo de Concejo Municipal, según el nivel al que corresponda la APP. Sin embargo, en todos los casos se requiere la opinión previa favorable del MEF, quien debe emitir su opinión en un plazo máximo de 15 días hábiles de recibida la solicitud con la información completa, caso contrario su opinión se considera como favorable; no obstante, el MEF puede solicitar a la entidad pública información adicional o de sustento sobre el fideicomiso dentro 05 días hábiles de solicitada la opinión.

➤ **Restablecimiento del equilibrio económico financiero**

La normativa de APP en el Perú ha dispuesto que de incluirse disposiciones sobre el equilibrio económico financiero en los contratos de APP (nótese que no es mandatorio la existencia de este tipo de cláusulas), éstas deben precisar que el restablecimiento del equilibrio económico financiero será invocado por cualquiera de las partes únicamente en caso dicho equilibrio se vea significativamente afectado, exclusivamente debido al cambio de leyes aplicables, en la medida en que dichos cambios tengan impacto directo con aspectos económicos financieros vinculados a la variación de ingresos o costos asumidos por el inversionista. Como se puede apreciar, la normativa solo autoriza a que –en caso sea incluida en el contrato- la cláusula de restablecimiento del equilibrio económico financiero solo pueda ser utilizada por cambios derivados de la emisión de leyes aplicables. Tan precisa es la norma, que incluir dentro de dicha cláusula a los cambios por interpretaciones normativas u otro supuesto de hecho, contravendría la legislación de APP en el Perú.

Asimismo, la normativa de APP establece que a efectos de determinar la aplicación del restablecimiento del equilibrio económico financiero, se debe tener en cuenta que la afectación se entiende como significativa solo cuando se hubiesen alcanzado los porcentajes, umbrales o límites que establece el respectivo contrato de APP (por ejemplo, superior al 10%), para lo cual se revisará el modelo económico financiero del proyecto, entregado por el concesionario de manera previa a la suscripción del respectivo contrato. En estos casos, el equilibrio se restablece al momento anterior a la afectación significativa producida por los cambios en las leyes aplicables.

➤ **Cesión de posición contractual**

El contrato de APP se celebra entre el Estado y una empresa privada que se encargará de ejecutar el proyecto de APP, la cual está constituida por diversas personas jurídicas, una de las cuales desarrolla el rol de operador técnico del proyecto. En este sentido, siempre que el contrato lo permita, puede ocurrir que tanto la empresa privada encargada de la APP como el operador técnico que la

integra al inicio del proyecto, puedan ceder su posición contractual a otras personas jurídicas en un determinado momento de la ejecución del contrato.

Por dicha razón, la normativa de APP establece que las disposiciones sobre cesión de posición contractual que se incorporen en los contratos de APP deben garantizar la suficiencia técnica, legal y financiera requerida para la adecuada operación del proyecto, teniendo en cuenta la fase de ejecución contractual en que se produzca la cesión. Con ello, se dispone que si bien se permite la cesión de posición contractual, el contrato de APP debe establecer los requisitos y condiciones que aseguren que la persona jurídica entrante cuente con la experiencia y capacidad suficiente requerida para la operación del proyecto (ejemplo de esto, es la exigencia a la persona jurídica entrante de los mismos requisitos de precalificación que tuvo que cumplir la persona jurídica que cede su posición contractual al momento del proceso de selección).

➤ **Optimizaciones sobre aspectos técnicos del proyecto**

Debido a que los contratos de APP son de larga duración y dependiendo de la naturaleza del proyecto, en determinados momentos de la ejecución contractual pueden requerirse mejoras sobre la regulación de algún aspecto técnico del proyecto establecido en el contrato.

Por este motivo, la normativa de APP establece que los contratos de APP pueden permitir que ambas partes del contrato, planteen optimizaciones sobre aspectos técnicos del proyecto que tengan como objetivo la búsqueda de eficiencias y mejoras, ahorros de costos al Estado, reducción de necesidad de expropiaciones, mejoras en el método constructivo, entre otros supuestos, siempre que ello no implique la disminución de los niveles de servicio ni la calidad de la obra. Debe tenerse en cuenta también que la normativa dispone que la aprobación de las optimizaciones está sujeta al procedimiento previsto en el respectivo contrato de APP. La norma no impone la formalidad para aprobar y desarrollar las optimizaciones.

Una regla adicional se ha dispuesto para las optimizaciones planteadas por el Estado, al señalarse que los cambios en el alcance y en el diseño del proyecto que sean planteados por dicha parte y que generen sobrecostos, requieren de la opinión previa del órgano encargado de presupuesto de la entidad pública respecto a la capacidad presupuestal de la institución.

➤ **Derechos de intervención a favor de acreedores permitidos**

Usualmente conocidos como los *step-in rights* y aun cuando en la práctica vienen siendo estipulados desde los primeros contratos de APP en el Perú –pues garantizan el ejercicio de determinados derechos de los acreedores permitidos en el proyecto, en base a que son estos los que financian parte de los costos en los que debe incurrir el inversionista para cumplir con sus obligaciones contractuales-, la normativa de APP ha optado por establecer reglas sobre la participación de los acreedores y sus derechos en el contrato.

En tal sentido, se ha dispuesto a nivel normativo que los contratos de APP pueden establecer derechos a favor de los acreedores permitidos del inversionista (los más usuales por ejemplo, posibilidad de dar cumplimiento a obligaciones contractuales del inversionista que no han sido realizadas, cambio del concesionario, ejecución de garantías, etc.); no obstante, dichos acreedores no forman parte de la relación contractual de la APP entre el Estado y el inversionista, motivo por el que también se ha precisado que los derechos y obligaciones del inversionista y sus acreedores permitidos se rigen por el derecho privado, es decir, configuran una relación jurídica independiente y completamente privada.

Asimismo, se ha dispuesto que en principio los derechos de cobro del inversionista reconocidos en el contrato de APP son libremente transferibles sin necesidad de autorización previa del Estado, salvo que el contrato establezca algo distinto.

➤ **Plazo del contrato de APP**

El plazo del contrato de APP está en función al tiempo que requiere el inversionista para recuperar las inversiones realizadas en la construcción, operación y mantenimiento del proyecto de APP.

En ese sentido, sobre la base de lo que disponía la derogada normativa de concesiones, la Ley de APP y Proyectos en Activos y su Reglamento establecen que el plazo máximo de vigencia de cualquier contrato de APP es de 60 años, incluyéndose en dicho periodo las ampliaciones y renovaciones de plazo. Sin embargo, de manera excepcional, se dispone que en caso exista una normativa especial que establezca un plazo fijo menor a 60 años para determinados tipos de proyectos de APP, se debe considerar dicho límite temporal específico. De esta manera, queda claro que cualquier contrato APP; indistintamente la modalidad contractual, no podrá superar el plazo de 60 años, incluyendo sus ampliaciones y renovaciones.

Asimismo, se ha dispuesto que el plazo de vigencia contractual se inicia siempre en la fecha de suscripción del contrato de APP, con lo cual queda prohibida la redacción de cláusulas que dispongan lo contrario (por ejemplo, que el plazo de vigencia del contrato se inicia una vez cumplido determinados requisitos o culminada la fase “x” del proyecto; en ambos casos, no se establecen fechas ciertas para el inicio del plazo, sino que está sujeto a hechos o condiciones futuras con lo cual en caso de no ocurrir podrían tenerse APP en las que no se sabe el inicio y término de las etapas de construcción y operación, o proyectos de APP que pueden estar operando y cobrando tarifas a los usuarios pero que no transcurre su plazo contractual por la no ocurrencia de las condiciones puestas en el contrato).

➤ **Renovaciones o ampliaciones al plazo del contrato de APP**

Los proyectos de APP se estructuran y adjudican bajo determinadas condiciones económicas, financieras, técnicas y legales, que pueden ser considerablemente distintas a las existentes a la culminación del plazo de vigencia del contrato de APP.

Por dicha razón, respecto a las renovaciones o ampliaciones al plazo del contrato, la normativa ha estipulado que para su otorgamiento se debe evaluar previamente las condiciones materiales, tecnológicas y económicas, bajo las cuales se lleva a cabo la prestación de los servicios, a efectos de determinar si es conveniente el otorgamiento de un plazo adicional o si resulta más beneficioso realizar una convocatoria que tenga como objeto someter el proyecto a un nuevo concurso, teniendo en cuenta el principio de Valor por Dinero, el principio de competencia y las demás condiciones o requisitos previstos en los respectivos contratos y las normas sectoriales aplicables al proyecto. En todos los casos, la ampliación o renovación de plazo debe formalizarse mediante una adenda al contrato de APP, la cual debe pasar por todo el procedimiento de modificación contractual previsto en la Ley de APP y Proyectos en Activos y su Reglamento.

No obstante lo señalado, reconociendo que existen ampliaciones de plazo reguladas en el contrato de APP, con motivo de la ocurrencia de eventos de fuerza mayor o por la acción u omisión del Estado, la normativa dispone que dichas ampliaciones se rigen exclusivamente por lo dispuesto en el contrato de APP que usualmente dispone su ampliación automática principalmente ante demoras por incumplimiento de las obligaciones del concedente.

➤ **Incumplimiento de las obligaciones contractuales**

El contrato de APP establece los derechos y obligaciones del inversionista para la correcta ejecución del contrato de APP. En este contexto, la normativa de APP dispone que el inversionista es el único responsable legal por el incumplimiento de sus obligaciones, más allá que en la práctica estén sean realizadas físicamente por terceros a nombre suyo (por ejemplo, las obligaciones de construcción de la infraestructura que son realizadas por una empresa contratista del inversionista, no obstante, éste último en su calidad de persona encargada de la construcción y gestión completa del proyecto por todo el periodo que dure el contrato es el responsable legal por el cumplimiento de la construcción).

El incumplimiento de una obligación contractual conlleva la aplicación de una consecuencia, por dicha razón, la normativa de APP también dispone que los incumplimientos contractuales acarrear la aplicación de penalidades u otras medidas similares previstas en el respectivo contrato de APP.

Debemos precisar también que debe distinguirse entre penalidades o consecuencias por incumplimientos contractuales y la aplicación de sanciones por infracciones administrativas, pues estas últimas se imponen en virtud de la inobservancia de normas por parte del inversionista en su condición de administrado en el marco de un procedimiento administrativo sancionador.

➤ **Suspensión del contrato de APP**

La normativa vigente establece dos hechos que deben ser incluidos en el contrato de APP como causales de suspensión del plazo contractual y también la posibilidad que en el mismo contrato se establezcan otras causales de suspensión si así lo convienen las partes.

Las dos causales a ser incluidas en el contrato de APP son las siguientes:

- a) Ocurrencia de guerra externa, guerra civil o fuerza mayor que impidan la ejecución de la infraestructura pública o la prestación del servicio.
- b) Cuando se produzca una destrucción parcial de la infraestructura pública o de sus elementos, de modo que resulte imposible su utilización por determinado período, en los términos señalados en el contrato correspondiente.

Como señalamos la suspensión extiende el plazo del contrato de APP por un período equivalente al de la causa que la originó (por ejemplo, si el hecho que genera la suspensión tuvo una duración de 3 meses, el plazo del contrato se extiende por dicho periodo), salvo disposición contraria en el contrato. No obstante, la normativa dispone que el contrato debe incluir los mecanismos para establecer la continuidad del proyecto, más allá de la suspensión de obligaciones, pues lo que se busca es que el inversionista pueda continuar con la operación del proyecto apenas desaparezca la causal que impidió su continuación.

➤ **Terminación del contrato de APP**

Al igual que en el caso de la suspensión del contrato, la normativa de APP establece expresamente 6 causales de terminación del contrato que deben ser incluidas en el mismo contrato de APP y la posibilidad de establecer en éste otras causales adicionales que tengan el mismo efecto.

Las causales previstas a nivel normativo que extinguen el contrato, son las siguientes:

- a) Cumplimiento de plazo del contrato (terminación natural del periodo contractual).
- b) Incumplimiento grave del inversionista, según lo establecido en el contrato (por ejemplo, el incumplimiento reiterado de determinadas obligaciones contractuales).
- c) Incumplimiento grave del Estado, según lo establecido en el contrato. Respecto a esta causal debe tenerse presente que la Ley de APP y Proyectos en Activos dispone que los contratos pueden contener cláusulas que establezcan la indemnización respectiva por la terminación del contrato.
- d) Acuerdo de las partes.
- e) Resolución por parte del Estado por razones de interés público. Sobre esta causal, al igual que para el incumplimiento grave del Estado, la Ley de APP y Proyectos en Activos dispone que los contratos pueden contener cláusulas que estipulen la indemnización a la cual tendrá derecho el inversionista por la terminación del contrato de APP.
- f) Destrucción total de la infraestructura pública.

➤ **Mecanismos de solución de controversias**

Por su complejidad y larga duración en los contratos de APP se genera un espacio para conflictos sobre la interpretación de determinadas cláusulas o el cumplimiento debido de las obligaciones contractuales. Ante ello, a fin de asegurar que las discrepancias entre las partes se resuelvan de manera ágil y eficiente y sin que ocasionen una interrupción en la gestión de la infraestructura pública y/o servicio público, la Ley de APP y Proyectos en Activos y su Reglamento establecen 3 mecanismos de solución de controversias para los contratos de APP, dos de ellos facultativos y uno de uso obligatorio para toda APP. Cabe señalar que en algunos sectores, la interpretación de los contratos ha sido reservada legalmente al Organismo Regulador respectivo.

El primero de los mecanismos facultativos es el Amigable Componedor que se caracteriza por ser un tercero neutral que media ante un conflicto contractual y que propone una fórmula de solución para las partes, las cuales puedan acogerla total o parcialmente, teniendo ésta efectos legales de una transacción en lo correspondiente a la parte aceptada. El Reglamento de APP dispone los requisitos, procedimientos y condiciones para el uso de este mecanismo, el cual debe estar previsto en el contrato de APP expresamente para que pueda ser utilizado por las partes.

El segundo mecanismo facultativo es la Junta de Resolución de Disputas, la cual solo puede establecerse para proyectos de APP que tengan un costo total de inversión mayor a 80 mil UIT. Una característica sustancial de este mecanismo es que emite decisiones vinculantes y ejecutables para las partes, es decir de cumplimiento obligatorio e inmediato, sin perjuicio que las partes puedan acudir a la vía arbitral; con ello, se busca evitar la interrupción del servicio público aun cuando puedan existir discrepancias entre las partes por el cumplimiento de obligaciones contractuales. Asimismo, la normativa permite, si lo reconoce el contrato de APP, que la Junta de Resolución de Disputas se conforme desde el inicio de la ejecución contractual a fin de absolver consultar y dar recomendaciones a las partes para prevenir posibles conflictos contractuales. Al igual que el Amigable Componedor, el uso de la Junta debe estar previsto en el contrato de APP para su uso de acuerdo a ley.

No obstante lo expuesto, la normativa de APP ha dispuesto que el mecanismo de Amigable Componedor y de Junta de Resolución de Disputas no son aplicables cuando se trate de controversias internacionales de inversión conforme a la Ley N° 28933 o aquellos previstos en los tratados internacionales que obligan al Estado peruano.

Por otro lado, el mecanismo de solución de controversias obligatorio a todo contrato de APP es el Arbitraje. Al respecto, al ser obligatorio su regulación en el contrato, la normativa considera diversas reglas para su aplicación práctica, entre ellas, i) que no pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición de las partes y ii) en caso en la cláusula respectiva se distinga entre

controversias de naturaleza técnica y no técnica, las primeras serán 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.

Es importante señalar que la Ley de APP y Proyectos en Activos y su Reglamento también establecen una regla sobre la participación de los Organismos Reguladores en los arbitrajes en los que se discuten decisiones y materiales vinculadas a sus competencias. En ese sentido, la normativa dispone que las entidades públicas, en dichos procesos arbitrales, deben garantizar la participación oportuna los Organismos Reguladores, los cuales emiten sus opiniones bajo el principio de autonomía previsto la Ley N° 27332 y sus leyes de creación; esta regla incluso es de cumplimiento obligatorio para el árbitro o Tribunal Arbitral. La referencia al principio de autonomía se da porque el Organismo Regulador no se encuentra sometido a la posición institucional del Ministerio que también participa en el proceso arbitral como representante del Estado en el contrato de APP, lo cual posibilita que la opinión del regulador sea distinta a la opinión ministerial en el libre ejercicio de sus competencias.

Finalmente, es importante mencionar que a nivel del Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos, se ha establecido expresamente los temas que no pueden ser sometidos a los mecanismos de solución de controversias, estos son las decisiones de los Organismos Reguladores o de otras entidades, que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por normas expresa y que cuya vía de reclamo es la vía administrativa.

8) Proyectos en Activos

Respecto a los Proyectos en Activos lo primero que hay tener en claro es que si bien constituyen un mecanismo de promoción de inversión privada, estos no son APP. Así lo ha establecido la Ley y su Reglamento, normas que han regulado este tipo de proyectos en títulos distintos al de las APP. En tal sentido, las fases de las APP, su clasificación (autofinanciada o cofinanciada), los principios de asignación adecuada de riesgos y Valor por Dinero, las opiniones previas al contrato y sus adendas, entre otras reglas propias de las APP, no le son aplicables.

Dicho esto, es bueno recordar que todos los Proyectos en Activos –los de Empresas Estatales y de las entidades públicas habilitadas por la hoy derogada Ley N° 26440- se venían regulando por las disposiciones del Decreto Legislativo N° 674. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley de APP y Proyectos en Activos y su Reglamento, se debe tener en cuenta la siguiente diferenciación de normas aplicables:

- Para Proyectos en Activos de Empresas Estatales, son aplicables las disposiciones del Decreto Legislativo N° 674. No obstante, el Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos establece las dos reglas específicas para estos proyectos pertenecientes a Empresas Estatales: i) el trámite y la evaluación de las iniciativas privadas de Proyectos en Activos de Empresas Estatales se rigen por las disposiciones procedimentales aplicables a las iniciativas privadas autofinanciadas reguladas en Ley de APP y Proyectos en

Activos y su Reglamento y ii) la versión final del contrato de un Proyecto en Activo de Empresas Estatales bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE), debe contar con la opinión previa favorable de dicha entidad.

- Para Proyectos en Activos de los Ministerios, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales, son aplicables las disposiciones de la Ley de APP y Proyectos en Activos y su Reglamento referidas a dichos tipos de proyecto.

En este contexto, en esta parte del documento se detalla el procedimiento y las reglas para la promoción de Proyectos en Activos de los Ministerios, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales, las cuales han sido reguladas en Ley de APP y Proyectos en Activos y su Reglamento.

En primer lugar, debemos señalar que el término “activo” se refiere a cualquier bien material o inmaterial que es propiedad de una entidad pública. Por ello, bajo este tipo de proyectos, la normativa establece que los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales promueven la inversión sobre activos de su titularidad.

Asimismo, se ha dispuesto que los Proyectos en Activos pueden desarrollar bajo dos esquemas:

- a) Disposición de activos, que incluye la transferencia total o parcial (por ejemplo la venta de un inmueble al sector privado), incluso mediante la permuta de los bienes inmuebles (por ejemplo, un Ministerio entrega al privado parte de un inmueble de su propiedad a cambio que éste le transfiera un inmueble para destinarlo a sus almacenes cerca de su sede principal).
- b) Contratos de cesión en uso, arrendamiento, usufructo, superficie u otras modalidades permitidas por ley (por ejemplo, los contratos de compromisos de inversión donde se combina la transferencia de un inmueble como activo estatal y el privado se compromete a dedicarlo a determinada actividad económica).

No obstante, en ambos esquemas, los Proyectos en Activos no pueden comprometer recursos públicos ni trasladar riesgos a la entidad pública, salvo disposición legal. Esta limitante se da en razón a que dichos proyectos no son APP.

Sin embargo, como todo proyecto de inversión, los Proyectos en Activos requieren ser evaluados por sus entidades titulares antes de ser incorporados al proceso de promoción, a fin de analizar aspectos como el mejor uso que se le podría dar al activo (costo de oportunidad), la modalidad contractual a celebrar (contrato de venta o permuta de activa, etc.), entre otros temas. Por ello, la normativa establece que previamente a la incorporación de un Proyecto en Activo al proceso de promoción, el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local deben presentar un informe de evaluación al OPIP competente, conteniendo como mínimo la siguiente información:

- a) Antecedentes del proyecto.
- b) Descripción de los bienes y/o servicios, materia del proyecto.
- c) Descripción general del esquema de retribución al Estado, de corresponder.

- d) Compromisos de inversión, de corresponder.
- e) Informe preliminar de valorización del activo y el costo de oportunidad del activo, de corresponder.
- f) Modalidad contractual a celebrar con el Estado.
- g) Declaración jurada expresando que el Proyecto en Activo no compromete recursos públicos ni traslada riesgos propios de APP a la entidad pública, salvo disposición legal expresa.

Como se puede observar el informe de evaluación de un Proyecto en Activo es distinto al de una APP, concentrándose sobre todo en la descripción del proyecto, el posible esquema de retribución al Estado, la valoración del activo que puede servir para establecer una base mínima de valor de venta en caso corresponda y el estudio de alternativas en los que puede ser utilizado el activo en caso no se destine al proyecto.

Una vez recibido el informe de evaluación del Proyecto, el OPIP puede solicitar información adicional a la entidad pública, la cual deberá ser remitida de manera completa en un el plazo máximo de 90 días hábiles, caso contrario, el informe de evaluación y la incorporación al proceso de promoción son consideradas como no presentados. No obstante, en caso el OPIP emita su conformidad sobre el informe de evaluación, el Proyecto en Activo será incorporado al proceso de promoción sin necesidad de algún trámite adicional u otra opinión por parte de entidades públicas.

Ya en la etapa del proceso de promoción, el OPIP debe desarrollar los estudios necesarios que permitan lograr el mejor diseño del proyecto y la elaboración de las Bases y del contrato. Respecto a las Bases la normativa exige que estas contengan la información mínima exigida para las bases de un proyecto de APP (componentes del factor de competencia del proceso de selección, plazos para la presentación de consultas y comentarios al proyecto de contrato, mecanismo de evaluación de propuestas, requisitos técnicos y financieros solicitados a los postores y procedimiento de impugnación a la adjudicación), siempre que el Proyecto en Activo así lo requiera

Por otro lado, con relación al contrato, la normativa dispone que éste solo requiere la opinión previa favorable del Ministerio, Gobierno Regional y Gobierno Local respectivo, la cual deberá ser emitida en un plazo máximo de 10 días hábiles desde que se solicitó, caso contrario, la opinión se considera como favorable. Cabe recordar nuevamente, que el contrato del Proyecto en Activo no puede contener riesgos propios de un contrato de APP; al respecto, debemos resaltar que la normativa excluye los riesgos de una APP pero no la inclusión de obligaciones o riesgos propios derivados de la naturaleza del activo, así por ejemplo, los vicios ocultos por la transferencia de un inmueble o la responsabilidad por el saneamiento, los cuales por su naturaleza civil sí pueden formar parte del contrato.

Un elemento importante a considerar es que el Reglamento de la Ley APP dispone que, sin perjuicio que en el informe de evaluación se realizó una valorización preliminar del activo objeto del proyecto, el OPIP es responsable que exista un informe final de valorización del activo antes de la adjudicación del proyecto, pudiendo encargar su elaboración a un consultor especializado. Dicho informe final, además debe contar con la opinión favorable del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local titular del activo.

Finalmente, se ha establecido que la adjudicación de los Proyectos en Activos es realizada mediante la modalidad de subasta o por otra modalidad prevista en las Bases, dejando al OPIP dicha definición. En todos los casos, la normativa estipula que el Proyecto debe adjudicarse a la oferta más conveniente, la misma que obliga a su titular al cumplimiento de los estudios técnicos y de ser el caso, a la propuesta técnica presentada.

9) Iniciativas privadas: naturaleza y características

La iniciativa privada es una herramienta que permite al Estado aprovechar el conocimiento e ideas del sector privado para el desarrollo de proyectos, al permitirle presentar estos sin necesidad que el Estado lo hubiere solicitado o planificado como ocurre en los proyectos de iniciativa estatal. De esta manera, la iniciativa privada se puede utilizar para la presentación de APP, Proyectos en Activos de Ministerios, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales, y proyectos en activos de Empresas Estatales.

Sin embargo, en el caso puntual de las APP, al plantear proyectos que no están planificados por Estado, las iniciativas privadas requieren una evaluación previa y detenida por parte de las entidades competentes a fin de verificar que los proyectos propuestos coincidan con los planes sectoriales, regionales o locales, cuenten con una adecuada distribución de riesgos, puedan generar Valor por Dinero y se evalúen los compromisos que asume el Estado para mitigar los contingentes fiscales. Esto justifica que el trámite, evaluación y diseño de un proyecto originado por iniciativa privada cuente con un proceso estandarizado en los tres niveles de gobierno, a fin de reducir costos de transacción y permitir una evaluación ordenada de la propuesta planteada.

En este contexto, nuestra normativa define a la iniciativa privada como el mecanismo a través del cual el sector privado (personas jurídicas nacionales o extranjeras; o consorcios de éstas; o consorcio de personas naturales con personas jurídicas nacionales o extranjeras), por propia iniciativa, presenta proyectos para el desarrollo de i) APP, ii) Proyectos en Activos de Ministerios, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales, y iii) de proyectos en activos de Empresas Estatales los cuales son regulados bajo el Decreto Legislativo N° 674.

De acuerdo con la Ley de APP y Proyectos en Activos, en general, las iniciativas privadas se caracterizan por ser “peticiones de gracias” y tener el carácter de “confidencial y reservado”.

Respecto a la primera característica, debemos señalar que la normativa de APP dispone que toda iniciativa privada que tiene el carácter de “petición de gracia” al que se refiere el artículo 112 de la Ley N° 27444. En este sentido, como toda “petición de gracia”, el derecho a proponer un proyecto de inversión ante la autoridad competente a través de una iniciativa privada se agota con la presentación de esta, sin posibilidad que el privado cuestione o impugne el pronunciamiento que desestima la iniciativa privada, tanto en sede administrativa o en sede judicial. Sin embargo, esta condición especial solo es temporal, pues la normativa ha estipulado que el carácter de “petición de gracia” desaparece en dos momentos: a) cuando se han presentado terceros interesados sobre la iniciativa privada, desaparece a partir del momento que se convoca al proceso de selección correspondiente y b) cuando no se ha requerido un proceso de selección y por tanto se adjudicó

directamente el proyecto, desaparece a partir del momento que se suscribe el contrato respectivo.

Con relación al carácter de confidencial y reservado de las iniciativas privadas, la Ley de APP y Proyectos en Activos ha dispuesto que los OPIP son las responsables de mantener y asegurar esta condición especial de las iniciativas privadas, no obstante, dicha obligación también se extiende a cualquier entidad pública, funcionarios públicos, asesores, consultores o cualquier otra persona que por su cargo, función o servicio, tomen conocimiento de la presentación y contenido de la iniciativa privada.

El efecto práctico de la confidencialidad y reserva conlleva a que las autoridades no puedan brindar información vinculada a la iniciativa privada. Esta imposibilidad solo dura hasta la Declaratoria de Interés, pues la Ley de APP y Proyectos en Activos establece que a partir de dicho acto, desaparece el carácter de reserva y confidencialidad.

➤ **OPIP competentes para el trámite de Iniciativas Privadas**

Como señalamos, las Iniciativas Privadas sirven para la presentación de proyectos de inversión del sector privado al Estado, no siendo de uso exclusivo para las APP. Por ello, a continuación se detallan las autoridades competentes que se encargan del trámite y evaluación de Iniciativas Privadas, según el tipo de proyecto de inversión y el nivel de gobierno al que pertenece:

IPs a cargo de PROINVERSION

- IPs sobre proyectos de APP autofinanciadas de Ministerios.
- IPs sobre proyectos de APP cofinanciados de Ministerios, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales.
- IPs sobre Proyectos en Activos de Ministerios.
- IPs sobre proyectos en activos de Empresas Estatales que son regulados por el Decreto Legislativo N° 674.

IPs a cargo de OPIP del Gobiernos Regionales

- IPs sobre proyectos de APP autofinanciadas de Gobiernos Regionales.
- IPs sobre Proyectos en Activos de Gobiernos Regionales.

IPs a cargo de OPIP del Gobiernos Locales

- IPs sobre proyectos de APP autofinanciadas de Gobiernos Locales.
- IPs sobre Proyectos en Activos de Gobiernos Locales.

➤ **Trámite y evaluación de IPs de proyectos de APP autofinanciadas**

Presentación, admisión a trámite y opinión de relevancia

Antes de detallar el trámite y evaluación para IPs que promueven APP autofinanciadas, es de apreciarse dos características de éstas: i) se pueden presentar en cualquier momento del año y ii) por su naturaleza, las IPs no cuentan con una fase de Planeamiento y Programación, como sí ocurre en las iniciativas estatales. Sin embargo, al ser propuestas, requieren como paso previo a su evaluación, una etapa de admisión a trámite donde se

verifique información mínima del proponente y el proyecto de APP, como por ejemplo la capacidad financiera y técnica del proponente, entre otros; dicha información servirá posteriormente para la elaboración del Informe de Evaluación por parte del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local. Cabe señalar, que la etapa de presentación y admisión a trámite está a cargo del OPIP competente.

En ese sentido, el Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos dispone que toda IP autofinanciada debe presentarse ante el OPIP, cumpliendo con la siguiente información:

- Nombre o razón social del solicitante, con indicación de sus generales de ley, acompañando los poderes del representante legal.
- Capacidad financiera y técnica del proponente de la IP, sustentada con estados financieros auditados de los últimos 02 años y experiencia para el desarrollo de proyectos de similar envergadura, debidamente sustentada con certificados o constancias emitidas por terceros distintos a la persona jurídica acreditada.
- Declaración jurada de los gastos efectivamente incurridos en la elaboración de la iniciativa privada presentada.
- Propuesta de cláusulas principales del contrato.
- La información que se requiere para el Informe de Evaluación de los proyectos de APP de acuerdo con lo señalado en el numeral 16.2 del artículo 16 del Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos, salvo la información de los literales k), l) m) n) y o) (dicha información no se exige debido a que en un caso está referido a APP cofinanciadas y por otro lado porque son temas que serán evaluados y sustentados por la entidad competente al contar esta con la información y capacidad necesaria para ello; así por ejemplo, la aplicación de los criterios de elegibilidad, el análisis de capacidad de pago de los compromisos a ser asumidos por la entidad pública respectiva, etc.).

Una vez presentada la IP, corresponde al OPIP evaluar que se hayan presentado los requisitos exigidos de información y la documentación de sustento sobre la capacidad técnica y financiera. Para una evaluación uniforme que permita a los privados tener predictibilidad sobre la forma de evaluación y un orden para la entidad misma, los OPIP pueden aprobar normas internas de conocimiento público que definan de manera objetiva la metodología de evaluación de aspectos como la capacidad financiera del proponente o el cumplimiento de la información señalada en el numeral 16.2 del Reglamento; al respecto, puede tomarse como referencia las directivas aprobadas por PROINVERSION para la admisión a trámite de IPs.

En este contexto, la normativa dispone que presentada la IP, la OPIP tiene 15 días hábiles como plazo máximo para informar al proponente si la IP ha cumplido con los requisitos y por ende ha sido admitida a trámite o si es necesario subsanar determinados requisitos, caso en el cual el proponente tiene 10 días hábiles para brindar la aclaración o subsanación solicitada. En este último caso, luego de presentada la subsanación, el OPIP tiene un plazo máximo de 10 días hábiles para admitir a trámite o rechazar la IP, caso contrario de no pronunciarse se considera que la iniciativa ha sido rechazada; asimismo, en el supuesto que el proponente no hubiere realizado la subsanación la IP es considerada por el OPIP como no presentada procediendo a devolver toda la documentación.

Una obligación para la OPIP en la etapa de admisión a trámite, es la referida a la verificación de proyectos que cuenten con Plan de Promoción de la Inversión Privada y que coincidan total o parcialmente con la IP. Al respecto, se ha dispuesto que en caso de verificarse la existencia de dichos proyectos y hubieren transcurrido 120 días hábiles sin que se hubiese convocado al proceso de selección respectivo, el OPIP puede admitir a trámite y evaluar la IP, debiendo coordinar con la entidad competente (Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local) para que realice las acciones con el fin de dejar sin efecto el Plan de Promoción del proyecto que coincide con la iniciativa. Esta decisión de continuar con la IP o con el proceso de promoción del proyecto que coincide, es determinada por la entidad al momento que emite su opinión de relevancia.

Esta obligación encuentra sustento en el hecho que desde el sector privado pueden presentarse IPs que planteen proyectos de APP, pero al mismo existan proyectos bajo iniciativa estatal que tengan parcial o totalmente el mismo objeto que la IP y se encuentren en pleno proceso de promoción de la inversión privada, motivo por el que la entidad competente debe decidir cuál de ellos debe continuar en trámite o en proceso de promoción, en función a quien mejor cumpla con los objetivos sectoriales, regionales o locales, y atienda las necesidades del servicio o infraestructura de manera eficiente.

Admitida a trámite la IP, en un plazo de 10 días hábiles el OPIP debe solicitar la opinión de relevancia al Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local competente quien tiene 90 días hábiles para emitirla, caso contrario el OPIP comunica al proponente la no emisión de opinión por parte de la entidad y el rechazo de la iniciativa. Debe considerar que en caso la IP corresponda a más de una entidad, la opinión debe ser pedida a cada una de ellas.

Es importante tener en cuenta que el Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos, permite a la entidad pública que con el objetivo de contar con todos elementos de análisis y detalle para emitir su opinión de relevancia, pueda solicitar información adicional por única vez, convocar a exposiciones o realizar consultas sobre la IP directamente al proponente, debiendo éste entregar la información o absolver las consultas en un plazo no mayor de 20 días hábiles. Asimismo, la normativa permite a la entidad solicitar al proponente realizar cambios en el proyecto, supuesto en el cual éste debe responder por medio de su representante legal, aceptando los cambios por lo que la IP continúa su trámite o expresando su disconformidad con ellos caso en el que la IP procede a rechazarse.

En ese orden de ideas, la normativa ha dispuesto que la opinión de relevancia se emita en un plazo máximo de 90 días hábiles, conteniendo la siguiente información:

- Consistencia de la IP con las prioridades nacionales, regionales o locales, según corresponda.
- Evaluación preliminar de viabilidad técnica de la IP.
- Elaboración del informe de evaluación.
- Solicitud para dejar sin efecto el Plan de Promoción de la Inversión Privada que se hubiera aprobado, en caso corresponda.
- 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.

- Una característica importante de esta opinión es su carácter vinculante para el OPIP, por lo que dependiendo el sentido de ella o si no se hubiera emitido dentro del plazo, el trámite de la IP puede continuar o rechazarse la iniciativa.

Como se puede apreciar, la opinión de relevancia conlleva la elaboración del informe de evaluación por parte del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local, con lo cual se puede decir que esta etapa constituye un equivalente a la fase de Formulación de APP.

Al igual que en el caso de APP de iniciativa estatal, la normativa dispone que el informe de evaluación sea evaluado y aprobado por el OPIP, pudiendo también modificarlo con la opinión de conformidad de la entidad. Luego de emitida la aprobación, el informe de evaluación debe contar con la opinión favorable del MEF quien evalúa principalmente 4 temas como hemos expuesto anteriormente, siendo uno de ellos los criterios de elegibilidad de acuerdo lo que dispone el artículo 17 del Reglamento.

Estructuración

Una vez obtenida las opiniones favorables sobre el informe de evaluación, el proyecto pasa a la fase de estructuración y etapa de diseño del proyecto de contrato, a cargo del OPIP. Cabe señalar que en esta fase el OPIP está facultado para proponer a pedido del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local o por propia iniciativa –en este último caso requiere la opinión técnica previa de la entidad que deberá ser emitida en 20 días hábiles-, ampliaciones y/o modificaciones en el contenido y diseño de la IP que considere convenientes y/o necesarios.

En caso se soliciten las ampliaciones y/o modificaciones, el proponente de la IP cuenta con un plazo máximo de 15 días hábiles para expresar su conformidad o disconformidad con lo planteado por el OPIP. En el supuesto que la opinión sea de conformidad la IP continúa su trámite, debiendo el OPIP darle un plazo prudencial al proponente –de acuerdo a la naturaleza y complejidad de la ampliación y/o modificación- para incorporar lo solicitado en el proyecto. En caso de disconformidad, la IP es rechazada por el OPIP.

Por otro lado, la normativa establece de manera general que durante la evaluación de la IP en cualquier etapa, el proponente no puede de manera unilateral modificar o ampliar la IP presentada.

Es bueno precisar en este punto que las etapas posteriores a la estructuración han sido reguladas por el Reglamento en una sección de Disposiciones Comunes, que aplica tanto a las IPs autofinanciadas como a las IPs cofinanciadas, como veremos más adelante.

Proyectos alternativos y proyectos con el mismo objetivo

Debido a que las iniciativas privadas autofinanciadas pueden presentarse ante las OPIP competentes en cualquier momento del año –a diferencia de las IPs cofinanciadas-, puede ocurrir que las entidades públicas tengan bajo su evaluación en un mismo momento proyectos que pretendiendo el mismo uso de recursos, estén destinados a diferentes objetivos; estos han denominados por la normativa vigente –sobre la base de lo que reguló el Decreto Legislativo N° 1012- como proyectos alternativos.

Ante dicha realidad, el Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos ha dispuesto que los proyectos alternativos solo pueden presentarse hasta antes de la fecha de publicación de la Declaratoria de Interés de la IP, por lo que emitido dicho acto, todo proyecto de dicha naturaleza debe ser rechazado.

En todo caso, la normativa dispone que cuando el OPIP verifique que se ha admitido a trámite una IP que por sus características constituye un proyecto alternativo a una IP que se encuentra en trámite y evaluación, dicho organismo debe solicitar la opinión previa de la entidad competente (Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local) a fin que ésta señale su preferencia sobre una de ellas, teniendo en cuenta para su decisión el valor por dinero y la innovación tecnológica propuesta en ambas iniciativas. En todos los casos, esta opinión debe ser ratificada por el órgano máximo del OPIP.

Una vez emitida la declaración de preferencia, la normativa establece que el trámite y/o evaluación de la IP no preferida quedará suspendido. Por su parte, la IP preferida continúa su trámite, siendo que en caso sea convocado el proceso de selección o se suscriba el contrato de APP con motivo de la adjudicación directa del proyecto de IP, la iniciativa suspendida procede a ser rechazada.

Por otro lado, la normativa también ha regulado el caso de IPs de proyectos que tengan el mismo objetivo, los cuales son considerados como proyectos iguales, aun cuando empleen tecnologías diferentes. En este supuesto se ha dispuesto que cuando el OPIP verifique la admisión a trámite de una IP autofinanciada que cumpla con las características antes mencionadas con relación a una IP en trámite, debe continuar con la evaluación de la IP que hubiere sido admitida primero. En este supuesto, la segunda IP queda suspendida hasta que se emita la Declaratoria de Interés de la primera IP o se rechace, caso en el cual el OPIP procede a evaluar la siguiente iniciativa y así sucesivamente.

➤ **Trámite y evaluación de IPs de proyectos de APP cofinanciadas**

A diferencia de las IPs autofinanciadas, las IPs cofinanciadas en general se caracterizan porque su trámite y evaluación corresponde exclusivamente a PROINVERSION y porque tienen un periodo de tiempo de limitado en el año para su presentación, esto debido a que como plantean el uso de recursos públicos, el Estado requiere evaluar todas las iniciativas de este tipo en conjunto a fin que los proyectos agrupados por sectores o niveles de gobierno, según corresponda, guarden coherencia con la capacidad presupuestal de las entidades; esto a fin de evitar que el Estado asuma compromisos sin haber evaluado antes que contará con los recursos públicos disponibles para asumir sus obligaciones, sin poner en peligro las finanzas públicas.

Un cambio importante de la nueva normativa, es que la presentación de IPs cofinanciadas está en función a las materias y necesidades de los Ministerios, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales; enfoque distinto al establecido por el derogado Decreto Legislativo N° 1012 que no sujetaba la presentación de este tipo de iniciativas a materias o necesidades de las entidades. La justificación de esta exigencia se encuentra en que al ser proyectos donde se utilizarán recursos públicos, el destino de estos debe ir a la atención de las necesidades prioritarias del sector y en los temas que considere importantes (transporte, saneamiento, electricidad, etc.), aprovechando asimismo el conocimiento e ideas del sector

privado para ello. Esto además permite que los potenciales proponentes sepan de antemano las prioridades del Estado para destinar sus recursos públicos en IPs cofinanciadas, de manera tal que se ahorran tiempo y recursos privados en la elaboración de proyectos que no se encuentran acordes con las prioridades de las entidades o que no cuenten con capacidad presupuestal, y que por tanto serían rechazados en el trámite y/ evaluación.

En este contexto, el Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos dispone que las IPs cofinanciadas son propuestas que el sector privado puede presentar ante PROINVERSIÓN para el desarrollo de proyectos de APP en infraestructura pública y/o prestación de servicios públicos, servicios vinculados a estos que requiera prestar el Estado, investigación aplicada y/o innovación tecnológica, de acuerdo a las necesidades de intervención y compromisos máximos a ser asumidos por el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local.

Asimismo, como un requisito para este tipo de iniciativas, la normativa también establece que las IPs cofinanciadas deben tener plazos contractuales iguales o mayores a 10 años y un Costo Total de Inversión superior a 15 000 UIT. En caso de iniciativas que no contengan componente de inversión, deben tener un Costo Total del Proyecto superior a 15 000 UIT.

En este contexto, detallamos los actos previos que de acuerdo al marco legal vigente tienen que realizar las entidades públicas y la oportunidad para la presentación de IPs cofinanciadas pertenecientes al Gobierno Nacional, Gobierno Regional y Gobierno Local:

- **IPs cofinanciadas del Gobierno Nacional**

De acuerdo con la Ley de APP y Proyectos en Activos y su Reglamento la presentación ante PROINVERSIÓN de IPs a ser financiadas total o parcialmente por el Gobierno Nacional se realiza en la fecha, periodo (el cual no podrá ser menor a 6 meses según el alcance y complejidad de las necesidades de intervención) y sobre las materias que se determinen por Decreto Supremo refrendado por los ministerios solicitantes y el MEF. Debe tenerse en cuenta que la normativa dispone que para la emisión de este decreto, cada Ministerio debe presentar al MEF su programación presupuestal multianual para los próximos 10 años y los montos que estén dispuestos a comprometer, los cuales debe ser consistente con el Informe Multianual de Inversiones en APP; esta información, en aplicación del principio de responsabilidad presupuestal, permitirá al MEF evaluar desde un inicio si existe coherencia entre la capacidad presupuestal de la entidad y los compromisos de pago que esta asumiría en los proyectos cofinanciados.

Además, la normativa señala que los sectores incluidos en el Decreto Supremo deben publicar a través de PROINVERSIÓN, sus necesidades de intervención y la capacidad presupuestal máxima con la que cuentan para asumir dichos compromisos, la cual es informada por el MEF.

Es de apreciarse que, debido a que la presentación de IPs cofinanciadas está sujeta a la publicación previa del Decreto Supremo y de las necesidades de intervención de los sectores, en el supuesto que estas no sean publicadas pues así lo decidió el

Ministerio, no se pueden presentar IPs cofinanciadas hasta que dichos actos se realicen.

- **IPs cofinanciadas de Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales**

A diferencia de las IPs cofinanciadas del Gobierno Nacional, para el caso de las IPs cofinanciadas de Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales la normativa ha establecido que estas se presentan ante PROINVERSION de manera anual durante los primeros 45 días calendario de cada año. Sin perjuicio de ello, se ha dispuesto que previamente, los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales deben publicar sus necesidades de intervención en proyectos de APP (es decir, en infraestructura pública y servicios públicos, servicios vinculados a estos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica) y la capacidad presupuestal máxima con la que cuentan para asumir dichos compromisos informada por el MEF; todo ello, como máximo el quince de mayo del año inmediato anterior a la oportunidad de presentación de este tipo de iniciativas. Esta información además debe ser publicada a través de PROINVERSIÓN en su portal institucional.

De manera similar a las IPs cofinanciadas del Gobierno Nacional, en caso los Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales no publiquen previamente sus necesidades de intervención en proyectos de APP, no se podrán presentar este tipo de iniciativas ante PROINVERSION.

Es preciso mencionar que, excepcionalmente para el año 2016, la presentación de IPs cofinanciadas se realizará durante los primeros 45 días calendario contados a partir del primer día hábil de abril. Para esto, la evaluación sobre la capacidad presupuestal máxima con la que cuentan los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales se realizará posteriormente a la presentación de las IPs y de manera previa a la opinión de relevancia.

Presentación, admisión a trámite, opinión de relevancia, formulación y estructuración

La presentación de las IPs cofinanciadas en la oportunidad y sobre las materias y/o necesidades de intervención por parte de los proponentes, debe cumplir con los siguientes requisitos mínimos de información:

- Nombre o razón social del solicitante, con indicación de sus generales de ley, acompañando los correspondientes poderes del representante legal.
- Capacidad financiera y técnica del proponente de la iniciativa privada, sustentada con estados financieros auditados de los últimos dos (02) años y experiencia para el desarrollo de proyectos de similar envergadura, debidamente sustentada con certificados o constancias emitidas por terceros distintos a la persona jurídica acreditada.
- Declaración jurada de los gastos efectivamente incurridos en la elaboración de la iniciativa privada presentada.
- Propuesta de cláusulas principales del contrato.
- Descripción de la iniciativa privada incluyendo lo siguiente: i) Nombre y tipo del proyecto, con indicación de la infraestructura pública, servicio público y/o servicios vinculados a estos que requiera brindar el Estado, o materia de investigación aplicada y/o innovación tecnológica que sean competencia del Estado, sobre el cual

se desarrollará el proyecto, así como referencias sobre la entidad titular de los bienes sobre los que recae el proyecto o la situación legal de los mismos; ii) Ámbito de influencia del proyecto; iii) Objetivos, incluyendo las características del servicio y, de resultar aplicable, el nivel de servicio a alcanzar; iv) Beneficios sociales del proyecto; v) Razones por las cuales se escoge el proyecto sujeto a aprobación, entre otras alternativas; vi) Costo Total de Inversión y cofinanciamiento del Estado y los ingresos; si el cofinanciamiento incluye los costos de operación y mantenimiento se deberá presentar un monto estimado para dichos costos; y, vii) cronograma de ejecución de las inversiones y cronograma del requerimiento de los recursos públicos.

- Sustento de la importancia y consistencia del proyecto con los objetivos estratégicos de las entidades; y, en su caso, con las necesidades de intervención.
- Análisis y propuesta de distribución de riesgos del proyecto.

Presentada la IP cofinanciada, de manera similar a la etapa de IP autofinanciada, la normativa dispone que PROINVERSIÓN evalúa el cumplimiento de los requisitos y verifica si la iniciativa recae sobre proyectos que coincidan total o parcialmente con aquellos respecto de los cuales se hubiera aprobado el respectivo Plan de Promoción de la Inversión Privada o se encuentren en formulación ante el mismo PROINVERSIÓN; asimismo, evalúa y aprueba la capacidad técnica y financiera del proponente de acuerdo a los lineamientos que apruebe para tal fin.

Este procedimiento de admisión se rige por las reglas de admisión a trámite de las IPs Autofinanciadas regulado en el artículo 33 del Reglamento, en lo que corresponda.

Culminada la etapa de admisión a trámite, PROINVERSIÓN debe remitir al Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local el conjunto de las IPs cofinanciadas que recaigan en proyectos de su competencia, para obtener su opinión de relevancia. A continuación se resume el procedimiento para la emisión de opinión de relevancia por parte de las entidades que tienen competencia sobre el proyecto:

- En un plazo de 60 días hábiles de recibidas las IPs cofinanciadas, las entidades competentes emiten su opinión de relevancia. En este periodo, el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local competente, puede convocar a los proponentes para que expongan su proyecto; también, pueden solicitarle que realicen cambios al proyecto, cambios al cronograma de pagos y agregar o retirar componentes, siempre que estos sean acordes con las necesidades de intervención publicadas. Sobre esta solicitud, el proponente puede expresar su conformidad o disconformidad en un plazo de 20 días hábiles. En caso de conformidad, la iniciativa privada continúa su trámite; en caso contrario, es rechazada.
- La opinión de relevancia es remitida a PROINVERSIÓN para así dar inicio a la fase de formulación.
- En dicho acto, la entidad pública debe realizar las acciones pertinentes a fin de sustentar que las IPs no coincidan total o parcialmente con Proyectos de Inversión Pública en ejecución física o sustenta técnica y legalmente la coexistencia de estos con la IP cofinanciada. Dentro del mismo plazo de 60 días hábiles, y de ser el caso, la entidad debe cambiar la Unidad Formuladora a PROINVERSIÓN y adoptar las acciones para dar inicio a la etapa de formulación. Transcurrido dicho plazo sin la

notificación a PROINVERSIÓN y al proponente, la iniciativa privada cofinanciada se da por rechazada.

- En caso que durante el plazo de presentación de IPs cofinanciadas, se presente más de un proyecto dirigido a satisfacer el mismo objetivo, el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local al momento que emite su opinión de relevancia opta por el proyecto que contenga componentes de innovación tecnológica y ofrezca mayor valor por dinero, por lo que el proyecto por el que no optó procede a ser rechazado.

Cabe señalar que el procedimiento debe compatibilizarse con lo dispuesto en la nonagésima sexta disposición complementaria final de la Ley N° 29951 que dispone que los gobiernos regionales y locales suscribirán los contratos y adendas con el adjudicatario, según corresponda, con la intervención de los sectores intervinientes. La administración del referido contrato podrá ser delegada al sector interviniente. En este sentido, durante el trámite respectivo, PROINVERSIÓN deberá solicitar las opiniones respectivas a los Ministerios.

Por la naturaleza de las IPs cofinanciadas y debido a que estas pueden plantear el desarrollo de proyectos de APP sobre la base de Proyectos de Inversión Pública, la normativa ha dispuesto reglas específicas para la formulación y estructuración de estas iniciativas.

En este sentido, el Reglamento dispone que en caso de IPs que planteen proyectos cofinanciados que contengan uno o más Proyectos de Inversión Pública (PIP), es competencia de la Unidad Formuladora de PROINVERSIÓN, la formulación conforme a la normativa del SNIP. Bajo este supuesto, se establece que PROINVERSIÓN debe remitir al proponente el alcance de los estudios de preinversión del PIP que deben ser elaborados conforme a lo dispuesto por el SNIP. Recibido ello, el proponente debe presentar a PROINVERSIÓN una Declaración Jurada adjunta a la propuesta de estudios de preinversión en la que indique los gastos en que hubiere incurrido para la elaboración de dichos estudios. En todos los casos, el proyecto debe obtener la viabilidad en el marco del SNIP, caso contrario es rechazada la IP.

Sin perjuicio de lo señalado, pueden existir proyectos de APP cofinanciados que no se plantean sobre la base de un PIP, no obstante, también corresponde a PROINVERSIÓN la formulación de estos que incluye i) la evaluación económica y financiera del proyecto considerando el valor estimado del mismo, ii) la demanda estimada, iii) los costos estimados, iv) la evaluación preliminar del impacto social, entre otros; todo ello, con el fin de determinar si el proyecto de inversión planteado mediante la IP cofinanciada es económica y socialmente rentable.

En caso se determine que el proyecto sí es económica y socialmente rentable la etapa de formulación se da por culminada, correspondiendo a PROINVERSIÓN la elaboración del Informe de Evaluación, documento de gestión que requiere la opinión previa favorable del Ministerio, Gobierno Regional y Gobierno Local correspondiente, así como la opinión del MEF de acuerdo a lo que establece el artículo 17 del Reglamento. Con la aprobación del informe de evaluación, se puede incorporar el proyecto al proceso de promoción de inversión privada.

Respecto a la etapa estructuración del proyecto cofinanciado presentado mediante la IP, esta no dista de la fase de estructuración general explicada anteriormente, motivo por el cual, la normativa señala que esta comprende el diseño del proyecto como APP, incluida su estructuración económico financiera, mecanismo de retribución en caso corresponda, asignación de riesgos y el diseño del contrato a cargo del OPIP.

➤ **Disposiciones comunes**

Tanto para las IPs autofinanciadas como para las IPs cofinanciadas, el Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos ha establecido las siguientes reglas de aplicación común, las cuales regulan las etapas a partir de la Declaratoria de Interés del proyecto de inversión presentado por el sector privado. A continuación, se muestra un resumen de dichas reglas comunes:

Publicación

La normativa dispone que luego de emitida la opinión de relevancia de la IP, el OPIP debe publicar en su portal institucional la siguiente información que brinda un marco del objetivo del proyecto de IP:

- Para IPs autofinanciadas: Descripción general del proyecto, incluyendo como mínimo: nombre, entidad competente, antecedentes, área de influencia del proyecto, objetivos y clasificación del proyecto.
- Para IPs cofinanciadas: i) nombre y tipo del proyecto, con indicación de la infraestructura pública, servicio público y/o servicios vinculados a estos que requiera brindar el Estado, o materia de investigación aplicada y/o innovación tecnológica que sean competencia del Estado, sobre el cual se desarrollará el proyecto, así como referencias sobre la entidad titular de los bienes sobre los que recae el proyecto o la situación legal de los mismos; ii) ámbito de influencia del proyecto; iii) objetivos, incluyendo las características del servicio y, de resultar aplicable, el nivel de servicio a alcanzar; iv) beneficios sociales del proyecto.

Declaratoria de interés

El Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos dispone que luego de incorporado el proyecto presentado mediante la IP al proceso de promoción, el máximo órgano del OPIP debe aprobar la Declaratoria de Interés, la cual debe contener la siguiente información:

- Un resumen del proyecto contenido en la iniciativa privada que contemple: i) Objeto y alcance del proyecto de inversión; ii) Bienes y/o servicios públicos sobre los cuales se desarrollará el proyecto; iii) Modalidad contractual y plazo del contrato; iv) Monto referencial de la inversión; v) Cronograma tentativo del proyecto; y, vi) Forma de retribución propuesta, con indicación de si el proyecto requiere incremento de tarifa, de corresponder.
- Requisitos de precalificación del proceso de selección que se convoque.
- Factor de competencia del proceso de selección que se convoque.
- Modelo de carta de expresión de interés y modelo de carta fianza a ser presentada por los terceros interesados en la ejecución del proyecto, la cual es solidaria, irrevocable, incondicional, sin beneficio de excusión y de realización automática,

cuyo monto no puede exceder el cinco por ciento del Costo Total del Proyecto o Costo Total de Inversión.

- Versión del contrato de APP, el cual previamente debe contar con las opiniones previas requeridas en el artículo 21 del Reglamento.

Debemos resaltar aquí que la Declaratoria de Interés constituye la afirmación del Estado respecto a que un proyecto de inversión presentado mediante IP es de su interés. Esto determina por ejemplo, que a partir de este momento, la IP pierde el carácter de reservado y confidencial. Asimismo, esta declaratoria inicia la apertura del proyecto al mercado, habilitando la presentación de terceros interesados sobre el proyecto como se verá más adelante.

Debemos resaltar aquí también el requisito de la versión del contrato de APP, pues con la anterior legislación del Decreto Legislativo N° 1012, el contrato se elaboraba luego de la Declaratoria de Interés. En ese sentido, bajo la normativa vigente dicho contrato se elabora antes de la declaratoria contando incluso con las opiniones previas de las entidades competentes, entre ellas, la del MEF.

Esta Declaratoria debe cumplir asimismo con ser publicada en el portal institucional del OPIP y en el diario oficial El Peruano y un diario de circulación nacional por 02 días consecutivos, indicando el enlace para acceder a la versión final electrónica del contrato. En esta publicación además debe indicarse el mecanismo aplicable al proceso de selección (Licitación Pública Especial, Concurso de Proyectos Integrales u otros mecanismos competitivos). Asimismo, es necesario tener en cuenta que esta publicación debe realizarse un plazo no mayor de 10 días calendario contados desde que el proponente cubra los costos de la publicación y entregue la carta fianza respectiva que asegure la suscripción del contrato correspondiente en caso que el proyecto sea adjudicado directamente. Al respecto, el Reglamento indica que de no presentarse a satisfacción del OPIP tanto la carta fianza como el pago por concepto de publicación, el proponente pierde cualquier derecho asociado a la IP incluyendo el reembolso; no obstante, el OPIP puede asumir los gastos de la declaratoria de interés y continuar con el proceso o dejar sin efecto la Declaratoria de Interés.

Debe entenderse que una vez aprobada la Declaratoria de Interés, el OPIP está facultado a realizar las actividades de promoción necesarias y que fomenten la concurrencia de terceros interesados.

Apertura al mercado, adjudicación directa o proceso de selección

El Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos dispone que a partir del día siguiente de la publicación de la Declaratoria de Interés, los terceros interesados en proyecto cuentan con un plazo máximo de 150 días calendario para presentar sus expresiones de interés para la ejecución del mismo proyecto, debiendo acompañar a su solicitud una carta fianza y la documentación adicional exigida por el OPIP.

Nótese que la normativa vigente dispone el plazo 150 días para la presentación de expresiones de interés, plazo mayor al establecido en el Decreto Legislativo N° 1012 y su

reglamento, con el fin de promover al máximo mediante un plazo adecuado la participación de terceros en el desarrollo del proyecto mostrando en dicho estadio su interés.

Transcurrido los 150 días calendario, sin que ningún tercero hubiere manifestado su interés en la ejecución del proyecto, el OPIP, mediante acuerdo de su órgano máximo, procede a la adjudicación directa a favor del proponente de la iniciativa privada. Cumplido ello, corresponde la suscripción del contrato de APP, sin perjuicio que previamente el proponente debe haber pagado al OPIP los costos directos e indirectos en los que haya incurrido dicho organismo durante la tramitación, evaluación y Declaratoria de Interés de la IP.

Por otro lado, en caso dentro del plazo de 150 días calendario sí se hubieran presentado una o más expresiones de interés conforme a lo exigido por el OPIP dicho organismo debe cursar una comunicación escrita al proponente, poniendo en su conocimiento la existencia de terceros interesados en el proyecto, para luego de ello iniciar el proceso de selección respectivo. Cabe señalar que este proceso de selección se rige por las Bases que aprueba el OPIP, las cuales deben incluir de manera obligatoria la información publicada en la Declaratoria de Interés y las condiciones administrativas correspondientes, y en las normas aplicables en las cuales podrá participar tanto el proponente como los terceros que hayan presentado expresiones de interés durante los 150 días de apertura al mercado.

La normativa ha previsto aquí que no es obligación del proponente participar en el proceso de selección, sin embargo en dicho caso, dispone que éste pierde el derecho a solicitar el reembolso de los gastos en los que hubiese incurrido en la preparación de la propuesta. En el supuesto que sí participe y que la buena pro del proyecto fuere otorgada al titular de una propuesta distinta (tercero interesado en su momento), la normativa establece el reconocimiento de los gastos incurridos al proponente original de la IP.

En este punto es bueno señalar los montos máximos a reconocer de acuerdo al siguiente detalle:

- Para el caso de las IPs autofinanciadas, el monto total de los gastos a reintegrar no puede exceder el dos por ciento (2%) del Costo Total de Inversión.
- Para el caso de IPs cofinanciadas, el monto no debe ser mayor (i) al dos por ciento (2%) del Costo Total de Inversión; o, (ii) al dos por ciento (2%) del Costo total del Proyecto en aquellos proyectos que no contengan componente de inversión.

Consultas a las bases

Al ser un contrato de APP -independientemente al origen del proyecto-, el Reglamento de la Ley de APP y Proyectos en Activos establece que solo el proponente y los terceros interesados pueden realizar consultas a las Bases y comentarios y sugerencias a la versión del contrato. Asimismo, los terceros interesados pueden solicitar reuniones y acceder a la documentación pública disponible relacionada con el proyecto.

Un aspecto a resaltar es que con la Declaratoria de Interés ya se cuenta con la versión del contrato de APP, la cual obtuvo las opiniones previas de las entidades competentes tal como exige la Ley de APP y Proyectos en Activos y su Reglamento; por ello, toda modificación a dicho contrato como resultado de los comentarios del proponente o los

terceros interesados, nuevamente requiere contar con la opinión previa de las entidades que emitieron en un primer momento su opinión.

Por otro lado, sobre la base del incentivo que reconocía el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, la normativa actual también reconoce que en los casos que el proponente participe en el proceso de selección que se convoque y cumpla con presentar la documentación requerida en las Bases a efectos de ser considerado un postor precalificado, y presente una oferta técnica y económica válidas, conforme a las Bases, tiene derecho a igualar la oferta que hubiera quedado en primer lugar. En ese supuesto, se establece que de ejercer este derecho el proponente, se procede a un desempate definitivo entre el proponente y el postor que hubiere quedado en primer lugar, presentando cada uno una mejor oferta en función del factor de competencia. Este desempate debe realizarse en el mismo acto de apertura de las ofertas económicas y la adjudicación de la buena pro.

Nótese aquí que este derecho a igualar la oferta está sujeto al cumplimiento de determinados requisitos, por lo que el OPIP debe verificar la existencia de estos a fin de permitir el ejercicio de este derecho como incentivo.

10) Aplicación de la Ley de APP y Proyectos en Activos y su Reglamento a procesos de promoción

Finalmente, de acuerdo con el artículo 103 de la Constitución Política del Perú, la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos. Esta regla constitucional establece la aplicación inmediata de todas las normas en nuestro ordenamiento jurídico a partir de su entrada en vigencia, salvo casos que las mismas dispongan reglas de aplicación transitoria de la norma.

Tal es el caso de la Ley de APP y Proyectos en Activos, que en su Primera y Segunda Disposición Complementaria Final establecen lo siguiente:

- a) Las iniciativas privadas que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley de APP y Proyectos en Activos hayan sido admitidas a trámite y hasta la suscripción del contrato, seguirán sujetas al procedimiento vigente hasta antes de la entrada en vigencia de dicha norma.

Bajo esta regla se derivan dos escenarios:

- i) las IPs admitidas a trámite hasta el 27 de diciembre de 2015, hasta el momento de la suscripción del contrato, se tramitan y se sujetan al procedimiento (reglas sobre plazos, orden, etc.) dispuesto por la normativa que les resultaba aplicable al momento de su admisión a trámite; en tal sentido, dichas reglas procedimentales se mantienen en aplicación hasta la suscripción del contrato. Asimismo, debemos precisar que la Ley de APP y Proyectos en Activos no establece una aplicación diferida de las reglas que no son procedimentales, es decir las reglas sustantivas o contenido, por lo que se debe entender que estas son de aplicación inmediata a las IPs mencionadas.

ii) las IPs admitidas a trámite a partir del 28 de diciembre de 2015 se rigen en su integridad (procedimental y reglas sustantivas) por la Ley de APP y Proyectos en Activos y su Reglamento.

- b) Las iniciativas estatales que a la fecha de entrada en vigencia de Ley de APP y Proyectos en Activos hayan sido incorporadas al proceso de promoción y hasta su adjudicación, seguirán sujetas al procedimiento vigente hasta antes de la entrada en vigencia de la mencionada ley.

Bajo esta regla también se derivan dos escenarios:

i) las iniciativas estatales que al 27 de diciembre de 2015 se encontraban incorporadas al proceso de promoción de la inversión privada, hasta su adjudicación, se sujetan al procedimiento que les resultaba aplicable y estuvo vigente antes de la Ley de APP y Proyectos en Activos. Debemos resaltar aquí que lo que se dispone es la permanencia en sus efectos de las reglas procedimentales anteriores a la Ley de APP y Proyectos en Activos, y nada se señala sobre las reglas sustantivas o contenido como por ejemplo, las referidas al diseño del contrato. En ese sentido, estas últimas reglas, por mandato general del artículo 103 de la Constitución Política del Perú, son de aplicación inmediata al proceso de promoción.

ii) las iniciativas estatales que sean incorporadas al proceso de promoción de la inversión privada a partir del 28 de diciembre de 2015, se rigen en su integridad (reglas procedimentales y de fondo) por la Ley de APP y Proyectos en Activos y su Reglamento.