

Diez Tesis sobre las Asociaciones Público – Privadas (APP) en nuestro régimen legal

Ramón Huapaya Tapia^{1 2}

SUMARIO

1. Introducción; 2. Tesis 1: Las APP son la expresión del tránsito del Estado Regulador al Estado de Colaboración Público-Privada; 3. Tesis 2: No existe un “contrato de APP” y Tesis 3: Las APP no sólo son contratos de concesión; 4. Tesis 4: La distinción entre APP “autosostenible” y “cofinanciada” es inútil: Todas las APPs son cofinanciadas; 5. Tesis 5: La necesidad de institucionalizar una Unidad Central de APPs en el Ministerio de Economía y Finanzas: Las APP requieren planificación; 6. Tesis 6: El comparador público-privado es algo que está más allá del mero “costo beneficio”; 7. Tesis 7: Hacen falta unos lineamientos generales de la provisión de servicios o infraestructura por medio de APP: la necesidad de liderar la difusión y el empleo de la APP como impulso de la inversión pública a nivel nacional, regional y local; 8. Tesis 8: La inmotivada restricción de las causales de invocación del equilibrio económico-financiero en los contratos regulados bajo los alcances de la LAPP; 9. Tesis 9: La innecesaria restricción de tres (3) años para efectuar adendas a los contratos suscritos bajo los alcances de la LAPP; 10. Tesis 10: La inconstitucional restricción al arbitraje en los contratos suscritos bajo el régimen de la LAPP; 11. A guisa de conclusión.

PALABRAS CLAVE

Asociación Público-Privada, equilibrio económico financiero, arbitraje regulatorio

KEYWORDS

Public-private partnerships, financial and economic balance, regulatory arbitrage

RESUMEN

El autor propone diez tesis o proposiciones jurídicas, mediante las cuales busca plantear el debate respecto al actual marco normativo peruano de las Asociaciones Público-

¹ Profesor Titular Ordinario de Derecho Administrativo, PUCP. Profesionalmente, ejerce como Asociado Senior del Área de Regulación e Infraestructura de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados. Naturalmente, el autor del texto es el único responsable de lo que aquí se señala, y manifiesta expresamente que el contenido o afirmaciones vertidas en el presente trabajo, (i) son exclusivamente una opinión personal, doctrinaria y académica (ii) no constituyen un consejo legal autorizado profesional, y, (iii) no comprometen ni adelantan la opinión de la firma legal para la cual presta sus servicios profesionales.

² Miembro del Consejo Consultivo de la REVISTA DE DERECHO ADMINISTRATIVO.

Privadas (APP) y su concreción práctica. Precisamente, debido a que esta novedosa figura de la APP trae consigo un cambio de paradigmas en nuestro país, los cuales se requieren afinar sobre la base de las experiencias adquiridas - de su propia aplicación y de otras formas contractuales del Estado- y de la mano de una adecuada regulación.

ABSTRACT

The author proposes ten theses or legal propositions, by which he looks to raise the debate over the current Peruvian legal framework of Public Private Partnerships (PPP) and their practical realization. Precisely, because this innovate figure of PPP brings a change of paradigm with it in our country, which requires to improve based on lessons learned – of its own application and other public contracts- and with help of a proper regulation.

Abreviaturas:

APP: Asociación Público Privada

LAPP o DL1012: Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada.

RLAPP: Reglamento del Decreto Legislativo 1012, aprobado por Decreto Supremo N° 146-2008-EF y sus normas modificatorias y complementarias.

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto contrastar algunas de las tesis al uso sobre el régimen jurídico y la interpretación que se tiene sobre las APP en nuestro país. Sobre todo, en orden a contribuir a animar el debate jurídico-regulatorio sobre la materia, objetivo que marca el tenor de esta edición de la REVISTA DE DERECHO ADMINISTRATIVO, a cuyos editores agradezco la invitación para escribir en este número especial dedicado al fenómeno de las APP.

Así, pretendemos formular algunas tesis, entendidas como proposiciones o hechos demostrables, sobre las APP en nuestro país. La validez o no de éstas las dejamos al debate académico y profesional, que tanta falta hace con respecto a instituciones recientes del derecho administrativo económico.

A manera de introducción, debemos dejar en claro que las APP han tenido éxito en países con un adecuado entorno institucional de estudio, planificación y desarrollo de proyectos que estimulen la cohesión y sinergias entre los aportes que brinda el sector privado (experiencia técnica, obtención de fuentes frescas de financiamiento, creatividad empresarial privada) y el aporte del sector público (sea a través de seguridades y garantías, o de financiamiento) para así lograr la prestación de infraestructuras y servicios públicos de calidad.

Si bien las APP, en un contexto de vuelta a las ideas keynesianas de inversión pública como medio para estimular la economía³, están consolidándose como un medio para hacer

³ Cfr. POSNER, Richard: The crisis of capitalist democracy. HUP, 2011.

cumplir el rol prestacional del Estado, no es menos cierto que en nuestro país, todavía no han desarrollado lo suficiente debido a algunas insuficiencias del marco institucional, y sobre todo, por la falta de una adecuada planificación y preparación. Sobre todo en lo que respecta a la falta de reglas adecuadas para motivar la realización de proyectos por iniciativa privada (donde pese a los avances se mantienen incertidumbres y vacíos normativos), así como debido a la falta de metodologías que evidencien públicamente que en lugar de recurrir a los mecanismos tradicionales de la Ley de Contrataciones del Estado para la provisión de servicios y obras públicas, es mucho mejor optar por el recurso a las formas de APP.

Asimismo, hay que tener en cuenta que aún cuando en nuestro país, la crisis económica no ha golpeado demasiado la capacidad de gasto y endeudamiento del Estado, lo cierto es que las APP a nivel mundial también están pasando momentos de crisis debido a la retracción de gasto que tienen actualmente varios Estados desarrollados⁴. Ciertamente, esto impone la necesidad de **pensar adecuadamente y planificar** el desarrollo de las APP, para evitar los excesos que en otras partes del mundo han llevado a la construcción de proyectos inviables económicamente, o simple y llanamente innecesarios⁵.

En tal sentido, pueden encontrarse en las APP riesgos y oportunidades. Si somos optimistas, una APP puede ser una magnífica oportunidad para canalizar recursos públicos en adecuada combinación con el sector privado para proveer infraestructura de calidad a la población, ciertamente previos los estudios de demanda, financiamiento adecuado, competencia entre los interesados en ejecutar el proyecto y adecuado reparto de riesgos entre las partes intervinientes. De otro lado, por una faceta pesimista, una APP puede magnificar los conocidos vicios de los modelos expansionistas de los Estados basados en la obra pública (corrupción, entrega de proyectos "a dedo", mala asignación de riesgos contractuales, inexistencia de estudios previos o técnicos elaborados con seriedad, financiamientos elevados, condiciones contractuales mal estructuradas, entre otros vicios comunes en la obra pública.

Por tanto, las experiencias de APP exitosas son aquellas que combinan adecuadamente, planificación, dirección y estrategias adecuadas por parte del Estado y estímulos necesarios para la participación del sector privado, así como un adecuado y equilibrado reparto de riesgos entre el Estado y los privados.

Así las cosas, las APP tienen que ser **pensadas y planificadas**. Si ello ocurre, la oportunidad florecerá para mostrarnos la utilidad del modelo. Si ello no ocurre, los riesgos nos pasarán la factura tarde o temprano. La seriedad de los organismos estatales intervinientes y la calidad de los recientes proyectos estructurados y entregados por el Estado peruano nos demuestran que las APP sí pueden ser una excelente oportunidad. Sin embargo, no hay que bajar la guardia, y proponer el debate público y la reflexión sobre los pasos para mejorar este modelo y contribuir a su masificación y utilización.

⁴ Valga la referencia a recientes estudios sobre la materia como, GREVE, Carsten y Graeme HODGE (Editors): Rethinking Public-Private Partnerships. Strategies for turbulent times. Routledge, NY, 2013. Xii + 228 p.

⁵ Por ejemplo, como el caso del Aeropuerto de Ciudad Real (Toledo) en España, construido bajo una modalidad de APP para ser una alternativa al Aeropuerto de Barajas, pero cuando fue terminado, resultó totalmente innecesario, debido a que el referido aeropuerto de Barajas ya había sido repotenciado y ampliado, cubriendo ampliamente la demanda de vuelos internacionales de Madrid y cercanías. Sobre este escandaloso caso de una APP innecesaria puede verse lo siguiente: <http://www.abc.es/20110622/economia/abci-aeropuertos-fantasma-201106221235.html> (Página web consultada el 09 de octubre de 2013).

2. Tesis 1: Las APP son la expresión del tránsito del Estado Regulador al Estado de Colaboración Público-Privada

Considero que el movimiento **global** de la idea (y el desarrollo legal) de las APP en el mundo, tanto anglosajón, europeo, asiático, africano y latinoamericano, nos permite apreciar que luego del “Estado Regulador” de los noventas, estamos asistiendo a un nuevo proceso de transformación de las funciones del Estado en la economía.

Es que junto al rol regulador (ordenador, director) de la economía, los Estados (aún los autodenominados “mínimos”), no han podido renunciar a asumir compromisos prestacionales frente a la población, propios de los Estados “sociales de Derecho”. Algunos Estados (como el peruano) han asumido esos compromisos prestacionales a un nivel constitucional⁶, y por tanto, han asumido un rol de garantía prestacional⁷, que les exige tanto **prestar** ciertos servicios y bienes, o al menos **hacer que se presten** (por privados sujetos a autorización / concesión otorgada por el Estado).

Creo que las fórmulas clásicas / tradicionales de realización del rol prestacional, como la prestación directa de bienes o servicios, la empresa pública o los contratos públicos de colaboración⁸ y la administración directa de recursos a cargo de “programas especiales” del Estado, han resultado manifiestamente o incompetentes o insuficientes para cumplir con los compromisos prestacionales del Estado⁹.

Frente a ello, las APP constituyen una solución (de origen anglosajón, y particularmente, británico¹⁰), que implica, antes que nada, una **idea** y luego un **régimen legal**. La idea es que los cometidos prestacionales a cargo del Estado se pueden ejecutar con el concurso del sector privado. Pero no bajo las formas tradicionales de la contratación pública (contratos de locación de obra, de adquisición de bienes y servicios), sino mediante contratos de largo plazo, de riesgo compartido, donde se aporte la capacidad de levantar financiamiento y la capacidad técnica de los privados, y el Estado brinde garantías y soporte (amén de otras colaboraciones) para llegar a un objetivo de bienestar público¹¹.

⁶ En tanto somos un Estado democrático y social de Derecho.

⁷ Tomamos la expresión de recientes textos del profesor español José ESTEVE PARDO, quien recientemente, ha actualizado sus reflexiones sobre las relaciones entre Estado y sistema económico en los recientes estudios: ESTEVE PARDO, José: La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis. Marcial Pons. Madrid, 2013; y, ESTEVE PARDO, José: La extensión del Derecho Público. Una reacción necesaria. En: RAP N° 189. Septiembre-diciembre 2012. Páginas 11-40. También: ESTEVE PARDO, José: “La regulación de la economía desde el Estado garante”, *Publicaciones de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, vol. 2, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, págs. 79 y ss.

⁸ Como el contrato de locación de obras públicas regulado en la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo 1017.

⁹ Esto se debe a varias causas, pero sobre todo a los elevados costos administrativos y atomización de esfuerzos del Estado cuando busca procurar bienes semipúblicos (infraestructura) por medio de los mecanismos tradicionales de la contratación pública (locación de obra pública). Sobre el tema, véase, ESCAFFI, José: Entrevista “No se ejecutan S/. 8,625 millones de inversión pública por año”. En: Diario Gestión. 07 de octubre de 2013. Página 2.

¹⁰ Esto es reconocido por tirios y troyanos. Basta hacer una referencia genérica a la amplia bibliografía contenida en HODGE, Carsten, Graeme E. HODGE y Anthony E. BOARDMAN (Editors): *International Handbook on Public-Private Partnerships*. Edwar Elgar. Cheltenham, UK y Northampton, MA, USA, 2010. 631pp.

¹¹ Sobre el tema, dentro de una abrumadora literatura en inglés (para lo cual aconsejamos revisar el libro de HODGE, GREVE y BOARDMAN citado en la nota anterior), aconsejamos revisar recientes e informados

Las APP entonces suponen una idea bastante potente: la experiencia privada y el aporte estatal pueden constituir un medio para prestar mejores servicios públicos¹² y construir y gestionar infraestructura de largo plazo, en una lógica de compartir riesgos y beneficios. Es decir, el déficit de cumplimiento de los compromisos prestacionales del Estado puede manejarse de mucha mejor manera con las APPs, mediante el concurso de la experiencia privada y los aportes públicos. No sólo porque se escapa de los tradicionales mecanismos administrativos de provisión de los servicios y obras públicas, sino porque se trata de un mecanismo moderno, que se ocupa no sólo de proveer infraestructura, sino de una operación y mantenimiento que asegure su **sostenibilidad, tanto económica como técnica**.

Dicho lo anterior, las APP luego de ser una idea, o hasta una **filosofía** (que busca trasladar y compartir la creatividad y eficacia del sector privado sobre el sector público para una mejor realización de los cometidos públicos vinculados a servicios públicos e infraestructura), pasan a ser también un régimen legal. En nuestro país, si bien es cierto, encontrábamos atisbos de un régimen legal en la posibilidad de concesiones cofinanciadas contenidas en el Decreto Supremo No. 059-96-PCM, lo cierto es que el primer régimen legal de APPs, formalmente hablando, es el DL1012.

Dicho marco legal es un vehículo de procedimientos, metodologías, y establecimiento de pautas orientativas para el desarrollo de una APP. Pero no agota el fenómeno ni su regulación. Digamos que es un marco normativo principal, que fija grandes pautas para la realización de las APPs, pero nada más. ¿Será esto bueno o malo? No lo sabemos pero es un gran primer avance.

Por tanto, las APP no sólo son una moda pasajera. Son un régimen legal que sobre la base de diferentes contratos públicos de colaboración entre el Estado y los particulares, buscan aprovechar mejor las sinergias de una participación conjunta en la gestión de infraestructura para el desarrollo. El contratista, pasa de ser un mero locador, a un copartícipe de la gestión de la infraestructura, un socio del Estado.

En tal sentido, las APP son expresión de que el rol prestacional del Estado aún del que se precise ser “mínimo” o “Regulador” no puede estar ausente. Creo firmemente que estamos asistiendo a un tránsito desde el Estado Regulador, que impone reglas que subordinan al privado a cumplir con objetivos de **comando y control** hacia un esquema que busca asociar al privado con el Estado mediante contratos para la consecución de objetivos de interés público, fundamentalmente a un **gobierno a través de contratos**, o mejor dicho, a un Estado contractualizado para el cumplimiento de sus roles tradicionales. Que abandona los mecanismos clásicos de la locación de obra pública, para sustituirlos por los modernos mecanismos de la APP, con o sin cofinanciamiento, con o sin contratos de concesión, por iniciativa pública o privada, pero siempre con el objetivo de compartir espacios de beneficio y riesgo entre el particular y el Estado para obtener la prestación de mejores servicios públicos e infraestructuras en beneficio de la sociedad.

textos en español que son esclarecedores por su claridad en la aproximación al tema: ROZAS BALBONTIN, Patricio con José LUIS BONIFAZ y Gustavo GUERRA GARCIA: El financiamiento de la infraestructura. Propuestas para el desarrollo sostenible de una política sectorial. CEPAL, Santiago de Chile, 2012. 324 pp., y, asimismo, VASSALLO MAGRO, José Manuel y Rafael IZQUIERDO DE BARTOLOME: Infraestructura pública y participación privada. Conceptos y experiencias en América y España. CAF. Bogotá, 2010. 347 pp.

¹² En su acepción más amplia, como “servicios prestados por el Estado”.

3. Tesis 2: No existe un “contrato de APP” y Tesis 3: Las APP no sólo son contratos de concesión.

Una interrogante común que debe ser aclarada es determinar si es que en nuestro país existe o no un régimen contractual típico del “Contrato de APP”. La respuesta será negativa.

A diferencia de otros países¹³, en el Perú el DL1012 no ha regulado un tipo contractual de “contrato de asociación público-privada” o “Contrato de APP”. Todo lo contrario: nuestro régimen legal señala que se considera APP a **cualquiera** de las **“modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública o proveer servicios públicos.”**

En dicha línea el artículo 1 del RLAPP¹⁴ establece que una APP puede ser instrumentada bajo cualquier vehículo contractual, en los términos siguientes **“Las modalidades de APP incluyen todos aquellos contratos en los que se propicia la participación activa del sector privado, tales como la concesión, asociación en participación, contratos de gerencia, contratos de riesgo compartido, contratos de especialización, joint ventures, así como cualquier otra modalidad contractual permitida por ley.”**

De tal suerte que de lo anterior, se puede sostener lo siguiente:

- (i) No existe un “contrato de APP” tipificado contractualmente en nuestro ordenamiento. Por tanto, es incorrecto señalar que existe un “contrato de APP”. Éste no existe en nuestro régimen legal. En todo caso, hablemos de contratos a los cuales se les aplican las disposiciones de la LAPP.
- (ii) Una APP puede tomar cualquier forma contractual, la cual esencialmente será atípica, ya que en nuestro país, salvo algunas reglas aisladas no existe un régimen jurídico sustantivo de ejecución o de reglas aplicables a los contratos públicos de colaboración, sobre todo las concesiones. En concreto, cuando se estructura una APP se puede optar por cualquiera de los tipos contemplados en el Decreto Legislativo No. 674 y también por los contratos de concesión regulados bajo el Decreto Supremo No. 059-96-PCM.
- (iii) Cabe señalar, no obstante lo sostenido en el literal anterior que, actualmente, la mayoría de las APP en el Perú son convocadas únicamente bajo la modalidad de contratos de concesión¹⁵ (lo que pasa, por ejemplo, en las APP bajo iniciativas privadas cofinanciadas). Frente a ello se ha señalado que se pierde la riqueza de

¹³ Como Francia que tiene el contrato de “partenariat” o España que tiene el contrato de “colaboración público-privada” en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Haber regulado este tipo de contratos resulta bastante complicado, sobre todo para poder diferenciarlos conceptualmente de los clásicos contratos de concesión. Sobre el tema, un resumen actual de la experiencia francesa y española puede verse en: HERNANDO RYDINGS, María: La colaboración público privada. Fórmulas contractuales. Civitas – Thomson Reuters. Madrid, 2012. Páginas 246-254 y 329-346.

¹⁴ En su texto modificado por el Decreto Supremo N° 146-2008-EF y modificado por sucesivas normas.

¹⁵ Sobre el tema, véase, ESCAFFI, José: Entrevista... Op. Cit. Páginas 2-3. También, SANTAMARÍA, Hugo: “Esto solo pasa en el Perú”. Columna de opinión en Diario Gestión. 07 de octubre de 2013. Página 23.

emplear otros tipos de contratos que en la experiencia comparada sirven para la gestión de APP como son los contratos de gerencia, **outsourcing**, asociaciones en participación o **joint ventures**, los cuales han podido ser empleados exitosamente en algunos contratos ya celebrados por el Estado Peruano.

Ahora bien ¿es bueno no tener un “contrato de APP” regulado en forma típica? Personalmente, creo que es una excelente opción, que ayuda a no tener que diferenciarlo conceptualmente de los contratos de concesión, como sucede en países que han adoptado una definición legal y un régimen específico tratando de diferenciar entre el “nuevo” contrato de APP y el “clásico” contrato de concesión. Por el contrario, la opción adoptada por el legislador peruano, supone el establecimiento de “reglas de APP” aplicables a los clásicos contratos de concesión y similares, para **aggiornar** el régimen de estos contratos y materializar la colaboración público-privada mediante el reparto de riesgos y tareas entre el sector público y el contratista privado.

Por tanto, las APP no suponen una innovación entera, sino únicamente son una etapa “2.0” en los contratos de concesión y sus figuras similares de colaboración público-privada (**joint venture**, arrendamientos operativos, **“affermages”**, gerencia, **outsourcing**). Para ello no es necesario tipificar un “contrato” de APP, sino basta únicamente con lo hecho en la LAPP.

Por tanto, sin perjuicio de que el régimen requiere algunas mejoras, lo avanzado es importante, y por el momento, suficiente, al menos en este aspecto.

4. Tesis 4: La distinción entre APP “autosostenible” y “cofinanciada” es inútil: Todas las APPs son cofinanciadas.

La LAPP realiza una distinción entre APP’s “autosostenibles” y “cofinanciadas”, con la finalidad de realizar una diferencia entre “tipos de APP”, bajo el criterio del tipo y cantidad de aporte que brinda el Estado en la inversión. En el caso de autosostenibles se hace referencia a las APP donde el proyecto demanda nula o mínima garantía financiada por el Estado o si éste otorga garantías no financieras, éstas tienen la probabilidad mínima o nula de demandar el uso de recursos públicos. Son APPs cofinanciadas aquellas que requieren de cofinanciamiento estatal o el otorgamiento o contratación de garantías financieras o no financieras que tengan probabilidad de demandar el uso de recursos públicos.

Al parecer la intención del legislador fue establecer reglas diferentes: las APP autosostenibles serían de rápida gestión y procedimiento, en la medida que en apariencia no demandarían **significativamente** recursos del Estado, mientras que las “cofinanciadas”, en tanto proyectos que demandan **con alta probabilidad** recursos del Estado, deberían sujetarse a una mayor evaluación y requisitos de procedimiento.

Sin embargo, en los hechos, creemos que ambos tipos de proyectos demandan un interés o preocupación del Estado debido a que la realización de un proyecto de APP en el fondo, es un proyecto de inversión pública, debido a que involucra aunque sea **potencialmente** recursos del Estado. De otro lado, la provisión de servicios públicos e infraestructura, objeto de los contratos firmados bajo el régimen de APP, es de responsabilidad primaria del Estado y el hecho que exista un contratista privado prestando tales servicios no implica que el Estado se desembarace de dicha responsabilidad primaria.

Asimismo, sea “autosostenible” o “cofinanciada” la APP implica la presencia del Estado mediante la suscripción del respectivo contrato que establece un vínculo de largo plazo con el contratista encargado de gestionar y administrar la infraestructura o servicio objeto de la APP. En ese sentido, aún cuando estemos frente a una APP “autosostenible” el Estado estará presente en dicho contrato y acompañando la prestación del servicio o infraestructura que será ejecutada por el contratista privado.

Lo anterior queda demostrado en el hecho que actualmente se propugna la existencia de dos especies de APP: las provenientes de iniciativas públicas (autosostenibles y cofinanciadas, de acuerdo al artículo 4° de la LAPP) y las provenientes de iniciativas privadas (que también pueden ser autosostenibles y cofinanciadas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 14° de la LAPP, en este último caso, debido a su modificatoria operada en el año 2011)¹⁶. Inclusive el Estado actualmente está priorizando la existencia de APP que provengan de iniciativas privadas aún cuando sean cofinanciadas, es decir, que involucren el uso efectivo de recursos públicos. Esto se puede apreciar en el énfasis de esta última modalidad, contemplada en la nonagésima sexta disposición complementaria final de la Ley de Presupuesto de 2013, y lo establecido en el Decreto Supremo No. 005-2013-EF, norma que desarrolla lo previsto en dicha disposición en cuanto a sus aspectos operativos. Pese a los esfuerzos del Estado y del Ministerio de Economía y Finanzas en impulsar las APP provenientes de iniciativas privadas cofinanciadas, éstas no han tomado mucho vuelo, debido a restricciones señaladas por recientes estudios¹⁷, sobre todo porque se restringe la viabilidad de las IP's cofinanciadas a una lista de “proyectos priorizados”, lo cual, al igual que el sistema de obras por impuestos, es un fuerte impedimento para el desarrollo de esta modalidad de APP, debido a que muchas veces no se tiene criterios claros ni predictibilidad para la determinación de cuando una APP es un proyecto “priorizado” o no.

Por tanto, creemos que pese a pretenderse diferenciar entre tipos de APP autosostenibles y cofinanciadas, este criterio no debe perder de vista que en todas las APP interviene el Estado y en todas se involucrará con garantías, recursos o compromisos contractuales. Por tanto, es inútil diferenciar entre APP autosostenibles y cofinanciadas, puesto que en todas interviene el Estado y en todas habrá un proyecto que requerirá una inversión de largo plazo que requiere costos de operación y mantenimiento permanente.

5. Tesis 5: La necesidad de institucionalizar una Unidad Central de APPs en el Ministerio de Economía y Finanzas: Las APP requieren planificación.

Actualmente, uno de los problemas que existe para el Estado es que no tenemos un sistema de planificación para las APP o una gran “PPP Unit”¹⁸ o unidad central dentro del Poder Ejecutivo que piense los proyectos de APP y centralice criterios para impulsar

¹⁶ Sobre el tema, ESCAFFI, José: Entrevista... Op. Cit., y APOYO CONSULTORIA: Cuatro medidas para mejorar la infraestructura de forma rápida, eficiente y sostenible. Propuesta de Política N° 2. Setiembre 2013.

¹⁷ APOYO CONSULTORIA: Cuatro medidas para mejorar la infraestructura de forma rápida, eficiente y sostenible. Propuesta de Política N° 2. Setiembre 2013. Disponible vía web en www.apoyoconsultoria.com

¹⁸ La doctrina recomienda que se desarrollen PPP Units o entidades que planifiquen las principales actividades gubernamentales en las APP. Cfr. DELMON, Jeffrey: *Public-Private Partnerships Projects in Infrastructure. An essential guide for Policy Makers*. Cambridge University Press. NY, 2011. Páginas 33-39.

su desarrollo a nivel nacional, coordinando con las distintas instancias de gobierno nacional, regional y local interesadas en desarrollar tales proyectos.

El sistema de APP en sus cuatro modalidades, requiere de un fuerte impulso centralizado para su mayor desarrollo, sobre todo porque actualmente el Estado no concentra estudios ni tampoco planifica su actividad por medio de las APP. Actualmente, por ende, no existe un sistema centralizado que indique cuando es más conveniente hacer APPs o por el contrario, usar el sistema clásico de contratación pública. Vemos a diario concursos convocados por PROINVERSION o por Ministerios, Gobiernos Regionales y locales que no son planificados de una forma centralizada o compartiendo experiencias o criterios similares, sino que, por el contrario, tenemos proyectos aislados, muchas veces no estudiados suficientemente, y que luego se retrasan, son postpuestos o no atraen muchos postores.

Estas deficiencias, podrían superarse si es que se tuviera una entidad central de coordinación y planificación de APP en el medio, al igual que existe en Colombia, Brasil o México, por señalar ejemplos cercanos de países que están planificando su desarrollo por medio del impulso de APPs.

En tal sentido, es una tarea pendiente reforzar el marco institucional de las APP creando una gran Unidad de APP, tal vez dentro del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) que tenga por objeto, pensar y planificar las acciones institucionales en materia de APP, las cuales actualmente están demasiado desconcentradas y por tanto, desorganizadas en sus planteamientos y planificación.

6. Tesis 6: El comparador público-privado es algo que está más allá del mero “costo beneficio”.

Las APP sólo serán exitosas si se logra realizar lo que se denomina “Value for Money” o Valor por dinero (VfM): Es decir que la APP tiene que lograr como objetivo que el concurso del sector privado sirva para asegurar el máximo valor del servicio al ciudadano por cada sol invertido por el Estado¹⁹.

La LAPP enuncia como uno de sus principios al Valor por Dinero, el cual es definido en el artículo 5° de la LAPP en los términos siguientes:

“Valor por dinero: Establece que un servicio público debe ser suministrado por aquel privado que pueda ofrecer una mayor calidad a un determinado costo o los mismos resultados de calidad a un menor costo. De esta manera, se busca maximizar la satisfacción de los usuarios del servicio así como la optimización del valor del dinero proveniente de los recursos públicos”.

En términos estrictos valor por dinero implica que dentro de todas las opciones que tiene el Estado para obtener la prestación de un servicio público o una nueva infraestructura, la APP es la mejor de todas debido a que maximiza la utilidad o beneficio de los recursos escasos del Estado destinados al financiamiento de la obra o servicio a ser obtenido vía la APP. Para determinar esto, se adopta la metodología del “comparador público-

¹⁹ APOYO CONSULTORIA. Cuatro medidas para mejorar la infraestructura de forma rápida, eficiente y sostenible. Propuesta de Política N° 2. Setiembre 2013. Página 8.

privado” como una herramienta para determinar que para el Estado, la APP implica un sistema de contratación de servicios u obras públicas más útil y eficiente que optar por la provisión de estos servicios mediante el sistema clásico de contratación con el Estado regido por el Decreto Legislativo No. 1017.

No obstante lo anterior, uno de los defectos de la adopción de un régimen legal de APP es que, a diferencia de otros países, en el Perú recién se adoptó una metodología de “**comparador público-privado**” para efectivizar ese VfM a partir del Decreto Supremo No. 226-2012-EF, norma que aparte de modificar el RLAPP, estableció en su Anexo una Metodología para calcular dicho comparador, la misma que, lamentablemente, **se limita sólo a los proyectos cofinanciados**. No obstante ello, la utilidad de este “comparador público-privado” reside en que sirve para comparar cuánto costaría la provisión de un servicio u obra pública mediante los mecanismos clásicos de la contratación pública *versus* el empleo de una APP.

En tal sentido, ¿acaso el criterio del Comparador Público-Privado y el VfM, no **debería ser** aplicable a todo proceso de APP? Nosotros creemos que sí, ya que en todo proceso de APP es necesario demostrar que el mismo es más útil que emplear los mecanismos clásicos de contratación regidos por el Decreto Legislativo No. 1017, **es decir, es necesario demostrar siempre que optar por una APP es mejor o más eficiente que optar por el modelo de inversión pública bajo los contratos regidos por el Decreto Legislativo 1017**. Sin embargo, lastimosamente, hasta el momento el MEF no adopta una metodología general para determinar o cuantificar económicamente el VfM en caso se pretenda estructurar una APP. Por tanto, actualmente (salvo las cofinanciadas) no existe un criterio o metodología de Comparador Público-Privado que sea aplicable para toda APP.

Por esa razón, y aun cuando el actual RLAPP hable de un “análisis costo beneficio” como criterio para determinar cuando el Estado puede escoger realizar una obra o proyecto mediante APP o mediante los mecanismos clásicos de contratación pública, lo cierto es que urge adoptar de una vez, una metodología general de análisis que contenga el comparador público-privado y la determinación del VfM como paso previo a la decisión de llevar a cabo una APP, de cualquier tipo. Hasta que ello no exista, seguiremos empleando el mecanismo de APPs de manera discrecional, con escasa predictibilidad, ciertas probabilidades de fracaso, e inclusive posteriores renegociaciones, las cuales implican gastos para el Estado así como el desperdicio de los siempre escasos, tiempo y recursos públicos, pérdida que podría evitarse de mediar una planificación previa en la materia por medio del empleo del comparador.

7. Tesis 7: Hacen falta unos lineamientos generales de la provisión de servicios o infraestructura por medio de APP: la necesidad de liderar la difusión y el empleo de la APP como impulso de la inversión pública a nivel nacional, regional y local.

Actualmente, no existen mecanismos institucionales que creen y compartan información relativa a las experiencias y criterios aprendidos en los años en que el Perú lleva empleando los mecanismos de APP, los cuales por cierto, son anteriores a la LAPP. Esto se debe no solamente a que no existe una Unidad Central de Planificación de APPs, sino porque tampoco existen unos lineamientos generales de aplicación e interpretación y de metodología para el empleo de la APP.

Esta labor, que viene siendo paliada a medias por los esfuerzos de difusión del MEF y de PROINVERSION, hace que actualmente muchas entidades públicas, en lugar de planificar el desarrollo y prestación de servicios públicos e infraestructuras vía el sistema de APPs, sigan empleando los mecanismos clásicos de las licitaciones y contrataciones reguladas por el Decreto Legislativo No. 1017, cuando podrían estar aprovechando los beneficios de la LAPP y su régimen normativo.

Adicionalmente, vemos casos en los cuales se lanzan proyectos de APP sin una planificación previa, y, en algunos casos, sin estar dentro de los planes nacionales de crecimiento de infraestructura y de servicios públicos. Muchos proyectos son abortados antes de ser lanzados, algunos son lanzados y luego son retrasados, y otros son adjudicados, pero luego están sujetos a renegociaciones e inclusive a arbitrajes debido a su mala planificación.

En tal sentido, urge que aparte de mejorar el marco institucional de las APP en nuestro país, se adopten lineamientos generales que orienten a todas las entidades públicas promotoras de la inversión privada, dentro de la complejidad de los mecanismos de la APP y sobre todo para instruirlos en las ventajas que tiene el empleo del sistema de APP frente a los mecanismos clásicos de contratación con el Estado previsto en el Decreto Legislativo No. 1017.

Por último, estos lineamientos deberían ir acompañados de una agresiva campaña de estímulo y difusión de los sistemas de APP a todo nivel nacional, capacitando a las autoridades regionales y locales en las bondades del sistema y brindarles apoyo para una mayor difusión y empleo del sistema de APPs frente a los mecanismos de la Ley de Contrataciones del Estado.

8. Tesis 8: La inmotivada restricción de las causales de invocación del equilibrio económico-financiero en los contratos regulados bajo los alcances de la LAPP.

Como un comentario general, cabe indicar que el RLAPP, lamentablemente, ha adoptado una serie de restricciones que a nuestro juicio desnaturalizan el marco legal auspicioso para las APP que contiene la LAPP, y que inclusive carecen de justificación o sentido alguno. A continuación, veremos **tres ejemplos de las gruesas inconsistencias legales que tiene el RLAPP**, en aspectos claves como el alcance de la cláusula de equilibrio económico financiero, la restricción temporal a la modificación de los contratos suscritos bajo el régimen de APP y finalmente la restricción del ámbito de materias arbitrales que pueden ser conocidas en las controversias arbitrales que enfrenten al Estado e inversionistas dentro del marco de un contrato sujeto al régimen legal de las APP.

En primer lugar, conviene prestar atención a que el RLAPP, ha establecido como única causal de ruptura del Equilibrio Económico-Financiero a los cambios en las leyes²⁰, en la medida que esta situación tengan incidencia directa con los aspectos económicos y financieros vinculados a la variación de ingresos o costos asumidos por el inversionista privado o concesionario²¹.

²⁰ Obviamente dicha norma aplicará únicamente para contratos celebrados luego de la vigencia de la misma, y no afecta la validez de cláusulas más amplias de equilibrio económico-financiero presentes en contratos celebrados antes de su vigencia.

²¹ RLAPP. Artículo 10.- Cláusulas arbitrales

En ese sentido, al menos en lo que respecta a la normativa de APP's en el Perú, se ha limitado erróneamente las condiciones generales para la procedencia de la aplicación del principio de mantenimiento del equilibrio económico financiero y, por ende, su restablecimiento, contexto en cual, consideramos que dicha limitación genera incertidumbre a los inversionistas privados. Esta limitación del RLAPP desconoce que en los contratos de larga duración, como los contratos regidos bajo la LAPP, la relación jurídica puede ser afectada por diversas situaciones que ocasionen un desequilibrio económico financiero del contrato en detrimento de las partes. Efectivamente, el desequilibrio económico puede originarse por las siguientes causales²²: (i) **lus variandi** por parte del Estado, (ii) Hecho del príncipe o de tercero, (iii) Variación de costos que pueden originar la modificación de la onerosidad de las prestaciones, (iv) Aplicación de la Teoría de la Imprevisión y (v) Fuerza Mayor, la cual constituyen alteraciones provocadas por circunstancias ajenas a las partes y que resulten extraordinarias, imprevistas, o sobrevinientes que tornen excesivamente en onerosas las prestaciones.

Aunado a ello, la doctrina señala que el mantenimiento del equilibrio económico financiero, típica institución de la contratación administrativa, a lo largo de la fase de ejecución contractual, constituyen para ambas partes de la relación un derecho subjetivo que debe ser reconocido debido a que integra su derecho de propiedad en el sentido constitucional del término²³.

Tal como ya ha sido adelantado, en ejercicio del derecho que le corresponde a las partes para solicitar el mantenimiento o el restablecimiento del equilibrio de la ecuación económico-financiera del contrato, se podrán realizar mediante compensaciones a los desequilibrios que puedan generarse, o efectuando los reajustes (revisión o reajustes de precios) que sean necesarios para evitar resultados indebidos o ganancias improcedentes. A estas medidas se les denomina "instrumentos contractuales" para hacer efectivo el derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero, mediante la estipulación de diversas cláusulas que tienen por finalidad neutralizar o mitigar los efectos de los hechos o circunstancias que puedan alterar las condiciones inicialmente pactadas y afectar la economía del contrato²⁴.

Aún cuando la norma contenida en el RLAPP restrinja innecesariamente el alcance de las causales de invocación del restablecimiento del equilibrio económico financiero, concordamos con LINARES JARA cuando señala, refiriéndose a la falta de regulación normativa del principio de equilibrio económico-financiero, que "**es posible su utilización**

(...)

10.3 De incluirse disposiciones sobre equilibrio económico-financiero, éstas precisarán que el restablecimiento del mismo será invocado únicamente en caso éste se vea significativamente afectado, exclusivamente debido a cambios en las Leyes aplicables, en la medida que dichos cambios tengan directa relación con aspectos económicos financieros vinculados a la variación de ingresos o costos asumidos por el inversionista

²² ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos*. 1era. edición. Madrid: Institutos de Estudios Administrativos, 1968; pp. 3-12. Cfr. Del mismo autor, "El equilibrio financiero del contrato administrativo". En: Juan Carlos Cassagne e Ysern Rivero (directores). *La contratación Pública*. Tomo II. Buenos Aires: Hammurabi, 2006; pp. 725-746. También véase RODRIGUEZ, Libardo: *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. Segunda edición. Prólogo de Juan Carlos CASSAGNE. Bogotá: Editorial Temis, 2012.

²³ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Lizardo. *El Equilibrio Económico de los Contratos Administrativos*. 1era. edición. Bogotá: Editorial Temis, 2009; pp. 26 -32

²⁴ *Ibidem.*; pp. 181.

vía el principio de respeto a la propiedad y el antes acotado de igualdad ante las cargas públicas, principio este último que –aunque indirectamente- se encuentra reconocido en la Constitución”²⁵.

En tal sentido, un concesionario, aun cuando el contrato restrinja indebidamente (en aplicación del artículo 10.3 del RLAPP) la invocación de la cláusula de equilibrio económico-financiero, podrá invocar, basándose en el respeto del derecho de propiedad y el respeto de la igualdad ante las cargas públicas, que se renegocie el contrato a fin de subsanar el equilibrio económico afectado por fenómenos exógenos a las partes del contrato, los cuales vayan más allá del mero cambio de normas.

9. Tesis 9: La innecesaria restricción de tres (3) años para efectuar adendas a los contratos suscritos bajo los alcances de la LAPP.

No nos deja de llamar la atención la absurda limitación temporal a la modificación de los contratos regidos bajo la LAPP, contenida en el artículo 9.2 del RLAPP, el mismo que dispone lo siguiente:

“9.2. Durante los primeros tres (3) años contados desde la fecha de su suscripción, los sectores competentes no podrán suscribir adendas a los contratos de APP, salvo que se tratara de: a) la corrección de errores materiales; b) de requerimientos sustentados de los acreedores permitidos vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato; o c) de precisar aspectos operativos para la mejor ejecución del contrato o se sustentara la necesidad de adelantar el programa de inversiones y dicha modificación no implicase un cambio del contrato, de autosostenible a cofinanciado, ni se aumentasen los pagos a cargo del Estado previstos en el contrato. En cualquier caso, las partes procurarán respetar en lo posible la naturaleza de la APP, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio financiero para ambas partes”

Se ha señalado que una justificación para esta limitación (la misma que no está fijada en Ley, sino en un mero Reglamento, que carece de un apoyo normativo expreso²⁶), es evitar las denominadas “ofertas temerarias”, que es el caso en el cual un participante en las licitaciones previas a la adjudicación de una APP brinda una oferta económica especialmente baja para llegar a obtener el contrato necesario para realizarla, y luego, una vez firmado el mismo, solicitar la modificación de sus condiciones para obtener por vía de renegociación mejores condiciones contractuales.

Sin embargo, creemos firmemente que la solución para este malhadado fenómeno no está en prohibir las adendas o modificaciones contractuales en los tres primeros años de las concesiones, sino, por el contrario, en fijar mejores factores de competencia en la selección de los concesionarios y además, fijar fórmulas de evaluación y de incentivos para que éstos compitan efectivamente y así evitar las propuestas temerarias. Es decir, esto parte de **diseñar y pensar** la APP antes de lanzarla, si es por iniciativa pública, o en todo caso, **evaluarla correctamente** si estamos en un supuesto de APP proveniente de la iniciativa privada.

²⁵ LINARES JARA, Mario. El Contrato Administrativo en el Perú. En: Revista de Derecho Administrativo No. 01, Lima, 2006; p. 299. Del mismo autor, Cfr. El Contrato Estatal. Lima: Grijley, 2001; pp. 179 – 200.

²⁶ Y que en los hechos, desnaturaliza la LAPP.

Sin embargo, más allá de la torpe justificación de la regla contenida en el artículo 9.2 del RLAPP, lo cierto es que consideramos que la restricción contenida en dicha disposición es absurda, ya que se niega la posibilidad modificatoria, pero a continuación se permite para subsanar errores materiales, posibilitar el financiamiento del contrato (parte financiera-bancaria) y para “precisar aspectos operativos”, con lo cual, en los hechos, los contratos públicos de concesión sujetos al régimen PIP sí pueden ser modificados en los tres primeros años siguientes a su suscripción, siempre y cuando, las modificaciones propuestas estén dentro de las limitadas causales establecidas en el referido artículo 9.2 del RLAPP. Ergo, los contratos suscritos bajo el régimen de APP si son modificables, pero siempre y cuando las modificaciones estén incluidas dentro del embudo del mencionado artículo.

Por tanto, juzgamos irrazonable la restricción, la misma que, por ejemplo, no contempla supuestos distintos, tales como, la necesidad de modificar los contratos por fuerza mayor en la etapa constructiva de la concesión, o, de modificar los calendarios de ejecución de la construcción debido a retrasos imputables al propio Estado concedente o sus dependencias. Se puede citar, la ruta de una concesión de gasoductos que debe ser modificada debido a que la ruta determinada en los estudios técnicos no contempló un movimiento de tierras o un predio ocupado por habitantes, entre un largo etcétera de razones técnicas atendibles, las cuales peor aún, pueden darse en el medio de una fase constructiva. Inclusive, en algunos casos es necesario extender o modificar los plazos de la APP debido a la falta de aprobación de los permisos necesarios para la ejecución de las obras por parte de autoridades estatales, lo cual constituye un supuesto de morosidad administrativa que impide el desarrollo de la APP gracias al incumplimiento de compromisos por parte del Estado.

El error del RLAPP es considerar que restringiendo las causales de modificación se evitarán las propuestas temerarias, pero, efectivamente, terminan generando problemas a una de las etapas más álgidas del contrato de concesión que es la fase constructiva. Por tanto, sería recomendable modificar esta norma, ya que debido a su aplicación, actualmente, muchos contratos públicos contienen esta irrazonable restricción, la misma que genera varios problemas e inclusive gastos arbitrarios al Estado Peruano, por causa de una regulación deficiente y poco clara en esta materia.

10. Tesis 10: La inconstitucional restricción al arbitraje en los contratos suscritos bajo el régimen de la LAPP.

En el Perú, el sistema general de contratación pública²⁷, y en particular los contratos de concesión sujetos al régimen de Promoción de la Inversión Privada (PIP)²⁸ aceptan al arbitraje como regla general para la solución de controversias que surgen de la ejecución de los contratos e, inclusive, constituye mecanismo de garantía para los inversionistas en virtud a lo prescrito en los artículos 62° y 63° de la Constitución Política del Perú.

²⁷ Regido fundamentalmente por el Decreto Legislativo No. 1017, Ley de Contrataciones del Estado y las demás normas complementarias que regulan este sistema de contrataciones derivado del artículo 76° de la Constitución Política del Estado.

²⁸ Regidos, entre otras normas por el Decreto Supremo No. 059-96-PCM y el Decreto Legislativo No. 1012, entre otras normas que regulan el sistema de Promoción de la Inversión Privada.

No obstante ello, reconocemos que en este punto existen diferencias y discusiones dogmáticas en relación a los alcances del arbitraje en la contratación pública, régimen legal caracterizado por la presencia de prerrogativas y potestades de la Administración Pública contratante²⁹.

Ahora bien, una verdad incontrastable es que todos los contratos públicos de Concesión sujetos al régimen PIP en el derecho peruano tienen la obligatoriedad de incluir la Cláusula Arbitral por mandato legal. Por tanto, este campo resulta terreno fértil para el análisis dado del imparable avance del empleo de la técnica arbitral en la contratación administrativa a nivel global, como lo acreditan informados trabajos sobre la materia³⁰.

Lo que no podemos negar es que en nuestro país, el arbitraje está generalizado como el mecanismo jurídico-procesal para la solución de conflictos derivados de los contratos públicos, **por mandato constitucional**. Esto supone una gran diferencia frente a otros países de nuestro entorno, los cuales carecen de una legislación pro arbitral en materia de contratos públicos, e inclusive reniegan de la idea del arbitraje en materia de Derecho Administrativo.

Es por ello que, a partir de la Constitución de 1993 (artículos 62° y 63°) se acepta la factibilidad constitucional de someter a arbitraje los conflictos derivados de la relación contractual celebrada entre el Estado y sus contratistas, de acuerdo a lo que establezca la Ley³¹.

Ahora bien, esta previsión constitucional ha generado que prácticamente en todos los ordenamientos sectoriales se aplique la fórmula arbitral como mecanismo de solución de controversias en los conflictos derivados de los contratos (así por ejemplo, en los contratos de concesiones de servicios públicos y obras públicas de infraestructura sujetos al régimen PIP, concesiones sectoriales de servicios públicos, en los contratos regidos por la LAPP, contratos de privatización, contratos de estabilidad jurídica y contratos ley, contratos sujetos a la Ley de Contrataciones del Estado, entre otros).

En principio, hay dos vectores de análisis en esta tesitura. El primero, es el de la utilización del arbitraje, como un mecanismo de solución de controversias tradicionalmente privado,

²⁹ Cfr. BULLARD, Alfredo. "Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos". En Juan Carlos Cassagne e Ysern Rivero (directores). *La contratación Pública*. Tomo II.. Buenos Aires: Hammurabi, 2006; pp. 1193-1142. CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA: ¿Arbitraje y regulación de Servicios Públicos? El caso de OSITRAN. Palestra Editores – Estudio Mario Castillo Freyre. Lima, 2011

³⁰ Cfr. QUIÑONES ALAYZA, María Teresa: Arbitraje, *lus imperium* y Contratos de Concesión. En: Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz. Madrid: Ediciones La Ley, 2011; pp. 741-755 y la completa bibliografía que se cita en dicho trabajo.

³¹ El artículo 63° de la Constitución es esclarecedor en su tercer párrafo cuando señala lo siguiente: "Artículo 63.- La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley".

en la solución de conflictos que implican actividad administrativa³², y segundo, el alcance de las competencias de los árbitros, sujetos privados, para modificar decisiones tomadas por la Administración Pública en materia de ejecución de contratos públicos o administrativos.

En cuanto a lo primero, el empleo de una fórmula tradicionalmente privada ha supuesto una manifiesta innovación peruana frente a otros países que han optado por resolver sus conflictos contractuales públicos ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, el empleo del arbitraje genera problemas de resistencia en cuanto a la utilización de dicho medio de solución de controversias que es tradicionalmente desregulado, sujeto a la voluntad de las partes, antiformalista, y usualmente confidencial, para la solución de conflictos de derecho público. Por ejemplo, aspectos como los vinculados a la falta de formalidades pre-establecidas para los procedimientos, la libre elección y regulación por las partes de etapas y plazos procesales, la redacción de las cláusulas arbitrales, los procedimientos a seguir en defecto de la voluntad de las partes, entre otros aspectos, han llevado a que en algunos casos nuestra legislación haya llegado al extremo de regular con normas jurídico-públicas dichos aspectos del arbitraje como ocurre en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Precisamente, este tipo de regulaciones dan cuenta de lo impropio que puede ser pretender normar una especie de híbrido denominado arbitraje “administrativo”, en donde se pierden las ventajas del recurso al arbitraje privado debido a la intromisión excesiva de organismos públicos en la regulación del arbitraje. En esta línea, se van desdibujando las ventajas del arbitraje como medio de solución de controversias, debido a la mayor cantidad de formalidades que se vienen imponiendo en su utilización, así como al cúmulo de responsabilidades que actualmente se vienen colocando en cabeza de los árbitros, lo cual genera una serie de inconvenientes para la eficacia del empleo de este mecanismo que no conecta adecuadamente con el derecho público, o que en todo caso, debe ser regulado por éste apreciando sus ventajas y beneficios derivados de su naturaleza flexible y autorregulada³³.

Por otro lado, en cuanto a lo segundo, han surgido una serie de cuestionamientos relacionados con las competencias de los árbitros para pronunciarse respecto de la validez del ejercicio de potestades públicas dictadas en ejecución de contratos públicos. En particular, en los contratos de concesión de servicios públicos y de obras de infraestructuras bajo el régimen de la LAPP y el RLAPP donde se ha establecido³⁴ una infeliz limitación³⁵ a la función arbitral en materia de tales contratos públicos mediante la introducción de cláusulas arbitrales donde se señala que

³² Sobre el tema del arbitraje en español, puede verse la monumental obra de GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco: *Arbitraje*. 3era. edición. México D.F.: Editorial Porrúa, 2011

³³ Recientes estudios afirman lo señalado. Véase: GARCÍA PÉREZ, Marta. *Arbitraje y Derecho Administrativo*. Madrid: Aranzadi – Thomson Reuters, 2011, y, DÍAZ-CANDIA, Hernando. *El correcto funcionamiento expansivo del Arbitraje*. Con especial referencia a la aceptación del arbitraje contencioso-administrativo. Madrid: Aranzadi - Thomson Reuters., 2011

³⁴ El artículo 10° del RLAPP establece esta restricción al arbitraje, ciertamente en forma ilegal, puesto que dicha norma desnaturaliza lo previsto en el artículo 9.6 de la Ley de APPs, el mismo que establece la obligatoriedad del arbitraje como mecanismo de solución de controversias en los contratos de APP, sin mayores restricciones

³⁵ Sobre el tema, vale la referencia a MANAYALLE, Alejandro: *El arbitraje en las concesiones: ¿un mecanismo sin contenido?* En: *Revista de Economía y Derecho*. Volumen III. No. 12. Lima: UPC – Sociedad de Economía y Derecho Primavera 2006; pp. 69-80

“Podrán someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición de las partes, conforme a lo señalado en el Artículo 2° del Decreto Legislativo No. 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje. En tal sentido, se entiende que **no podrán ser materia de arbitraje, las decisiones de los organismos reguladores, u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la vía administrativa**”.

Parece claro que con este tipo de normas, lo que se viene propiciando es que los árbitros no puedan pronunciarse respecto de la validez de actos administrativos (dictados en ejecución de un contrato público) lo cual necesariamente genera una serie de contradicciones respecto a la utilidad de tener una cláusula arbitral (con su consiguiente **vis atractiva**) para la solución de los conflictos derivados de la ejecución de tales contratos públicos. Principalmente, porque la redacción del artículo 10° del Reglamento de la Ley de Asociaciones Público-Privadas en nuestro país, limita innecesariamente el ámbito del arbitraje, ya que en realidad en nuestro ordenamiento no está prohibido que los árbitros se pronuncien sobre la validez de los actos administrativos, sino que únicamente se prohíbe que se inmiscuyan en el ejercicio de funciones que involucren el ejercicio de potestades administrativas ablatorias, tales como sanciones administrativas o de ejercicio del poder de policía administrativo en los contratos de concesión, las cuales son típicamente indelegables al sector privado y donde los árbitros, al no estar investidos de funciones públicas, no pueden entrar a revisar.

Sin embargo, y pese al torpe planteamiento del Reglamento de la Ley de APPs (el cual evidencia un desconocimiento profundo del arbitraje y sus desarrollos más recientes en el derecho administrativo), es innegable que cuando un conflicto tiene que ver con actos administrativos vinculados a la validez, eficacia, ejecución o interpretación del contrato público de concesión, tales como la ejecución de penalidades, interpretación del contrato, fijación de tarifas u otros actos vinculados a la ejecución contractual (prórrogas de prestaciones o plazos contractuales) es claro que los árbitros tendrán plena competencia para pronunciarse sobre decisiones contractuales de la Administración Pública, aún cuando sean emitidas bajo la forma de actos administrativos. Hay que recordar adicionalmente que en el derecho comparado del arbitraje actualmente ha quedado desfasado aquel viejo criterio que señalaba que “hay cuestiones no disponibles”, sino que, por el contrario, donde la Ley lo permita, será posible el arbitraje de derecho público. Y precisamente, el artículo 9.6 de la Ley de APPs permite específicamente el arbitraje como mecanismo necesario para la solución de controversia (nótese de toda controversia) que exista entre las partes del Contrato de Concesión, pese a lo que señale el ilegal e írrito artículo 10 del Reglamento de la Ley de APP's.

Así las cosas, y pese a los bemoles anotados, el arbitraje ha tomado un impulso espectacular en nuestro derecho de la contratación pública, pero permanece en debate su alcance y ámbito objetivo para la solución de conflictos derivados de contratos públicos de concesión y APP's. De la misma manera, existen voces que pretenden la regulación de un “arbitraje administrativo”, las cuales juzgamos equivocadas, en la medida que consideramos que pretender forzar la intervención administrativa por medio de una regulación jurídico-pública (que es esencialmente formalista y que manifiesta un “horror al vacío” regulatorio) por sobre una materia como el arbitraje que por esencia es autorregulada y flexible, sería claramente un despropósito.

11. A guisa de conclusión.

Terminamos esta compilación de ideas o afirmaciones de trabajo que fueron esbozadas a título de tesis, para su contraste con la realidad, y con el estado actual de las APP, las cuales actualmente están siendo fuertemente impulsadas por el Gobierno y el MEF. Sin embargo, creemos que este esfuerzo de promoción también debe suponer un tiempo previo para pensar los proyectos a ser lanzados para su promoción, y asimismo, para planificar su desarrollo ordenado dentro de los objetivos del país en cuanto a su crecimiento de servicios públicos e infraestructura. Es decir, que si bien es cierto necesitamos inversiones en APP, también necesitamos pensarlas y ejecutarlas adecuadamente, para evitar incurrir en caros errores, como lo demuestran las experiencias comparadas sobre la materia.

Creemos que en la línea de impulsar el desarrollo de las APP conviene pensar y replantear algunas de las ideas al uso sobre esta materia, para lo cual este corto trabajo pretende únicamente avivar la discusión académica y jurídica necesaria para continuar en esta trascendental iniciativa.

Recibido: 08/10/13
Aprobado: 09/10/13