



Evolución del Marco Legal de las Concesiones y las Asociaciones Público-Privadas en el Perú

Evolution of the legal frame of concession contracts and public-private partnerships in Peru

Pierre Nalvarte Salvatierra* **

Resumen:

En el presente artículo se aborda la evolución del marco legal de las Asociaciones Público-Privadas en el Perú, haciendo énfasis en los incentivos dados a la inversión privada por medio de dicha legislación. Para ello, se hace un análisis pormenorizado de las introducciones hechas progresivamente en la materia. Finalmente, se plantea un caso práctico sobre lo visto.

Abstract:

The present paper discusses the evolution of the legal frame of public-private partnership in Peru, putting accent in the incentives given to private investment made by these specific laws. For that purpose, the paper makes a meticulous analysis about the progressive inclusion made on the matter. Finally, a practical case is presented.

Palabras clave:

Asociación público-privada – Inversión Privada – Estabilidad jurídica – Contrato administrativo – Cofinanciamiento

Keywords:

Public-private partnership – Private investment – Legal stability – Contract – Co-financing

Sumario:

1. Introducción – 2. Marco General de Promoción de la Inversión Privada – 3. Marco Legal de las Concesiones en Infraestructura Pública y Servicios Públicos – 4. Marco Legal de la Inversión Descentralizada y de las Iniciativas Privadas – 5. Marco Legal de las APP – 6. Conclusiones – 7. Caso Práctico: Iniciativa Privada “Mega Proyecto de Techo Propio. Mi Hogar y Mi Vivienda Ciudad Sol de Collique” – 8. Bibliografía

* Socio de Roselló Abogados. Abogado por la Universidad de Lima. MBA con mención en Finanzas por la Universidad ESAN. Máster en Derecho de la Contratación Pública por la Universidad Castilla La Mancha. Profesor de la Maestría en Finanzas y Derecho Corporativo. Contacto: pnalvarte@rosellolaw.com

** Este artículo fue elaborado con la valiosa colaboración de Paul Montjoy Forti, estudiante del último año de Derecho de la Universidad de Piura.

1. Introducción

En el presente documento abordaremos la evolución del marco legal referido a las concesiones y a las asociaciones público-privadas (APP) en el Perú. Para ello, haremos primero referencia a las normas que se dictaron a partir de la década de los 90 con la finalidad de promover la inversión privada en el Perú, tales como el Régimen de Estabilidad Jurídica a las Inversiones Extranjeras instituido mediante el Decreto Legislativo N° 662, la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada (Decreto Legislativo N° 757) y la Constitución Política de 1993.

Cabe señalar que a principios de los 90 el Perú salía de una profunda crisis económica y social¹, habiéndose registrado a finales de la década anterior una de las inflaciones más altas de la región, siendo urgente dictar medidas para promover la inversión privada, tanto nacional como extranjera.

2. Marco General de Promoción de la Inversión Privada

2.1. El Decreto Legislativo N° 662 (publicado el 02 de septiembre de 1991)

El Decreto Legislativo N° 662 es la primera de las normas que consideramos fundamentales para la promoción de la inversión extranjera. Entre sus principales aspectos se encuentran los siguientes:

- i. **Principio de Igualdad.** Estableció en el Art. 2 el principio de igualdad entre inversionistas extranjeros y nacionales, sin más excepciones que las que establezca la Constitución Política (cabe recordar que en ese momento estaba vigente la Constitución Política de 1979).
- ii. **Libertad de Remesas.** El Art. 7 garantizó el derecho de los inversionistas extranjeros a transferir al exterior, sin ninguna autorización previa de ninguna autoridad, sus capitales, dividendos o utilidades.
- iii. **Libertad de Conversión de Moneda Extranjera.** El Art. 9 instituyó la libertad de conversión de la moneda extranjera, consagrando el derecho de utilizar el tipo de cambio más favorable al momento de efectuar la operación cambiaria.
- iv. **Convenios de Estabilidad Jurídica.** El Art. 10 consagró la posibilidad de suscribir Convenios con los inversionistas extranjeros con la finalidad de garantizar la estabilidad de los 3 derechos anteriormente mencionados (Igualdad, Libertad de Remesas y Libertad de Conversión).

Como se puede apreciar, el Decreto Legislativo N° 662 significó un punto de inflexión que distinguió al Perú de otros regímenes en donde no existe igualdad entre inversión extranjera y nacional (estableciendo limitaciones a la inversión extranjera y privilegios para la inversión nacional), libertad de remesas (regulada y sometida al escrutinio de diversas autoridades) y no existe libertad de conversión de moneda extranjera (debido a controles y regulaciones del tipo de cambio y diversos tipos de cambio, dependiendo de la finalidad para la cual se utilizará la moneda). En otras palabras, con esta norma se dio un paso importante para colocar al Perú en la órbita de países atractivos para la inversión extranjera.

Cabe agregar que, en el Art. 16 de la norma bajo comentario, se estableció que el Estado podía someter las controversias derivadas de los Convenios de Estabilidad Jurídica a tribunales arbitrales constituidos en virtud de Tratados Internacionales, como, por ejemplo, el CIADI. Con ello se daba una mayor garantía a los inversionistas extranjeros respecto del cumplimiento de los Convenios de Estabilidad referidos.

2.2. El Decreto Legislativo N° 757 (publicado el 13 de noviembre de 1991)

El Decreto Legislativo N° 757 – Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, dictó medidas adicionales para promover y proteger la inversión privada, extendiendo beneficios consagrados en el Decreto Legislativo N° 662 para la inversión extranjera a la inversión nacional. Entre sus principales aspectos se encuentran los siguientes:

- i) **Eliminación del Control de Precios.** En su Art. 4 se estableció que los precios en la economía son determinados por la oferta y la demanda, estableciéndose que sólo se pueden fijar las tarifas de los servicios públicos conforme a lo que se disponga por Ley del Congreso.
- ii) **Eliminación de Reservas en favor del Estado.** Mediante el Art. 6 se derogó toda reserva en favor del Estado para la realización de actividades económicas o la explotación de recursos naturales, con excepción de las referidas a las áreas naturales protegidas.

1 La valoración porcentual real del PBI de 1988 fue de -9.44%, la de 1989 de -12.31% y la de 1990 de -4.98%. Fuente: BCRP.

- iii) **Igualdad de Condiciones con Empresas del Estado.** El Art. 7 instituyó la igualdad de condiciones cuando una misma actividad económica es realizada por el Estado y por empresas privadas.
- iv) **Convenios de Estabilidad Jurídica para Inversionistas Nacionales.** El Art. 38 extendió el derecho a suscribir los Convenios de Estabilidad Jurídica consagrado en el Decreto Legislativo N° 662 a los inversionistas nacionales y a las empresas en que éstos participan.
- v) **Contratos Ley.** En el Art. 39 se dispuso que los Convenios de Estabilidad Jurídica se celebran al amparo del Art. 1357 del Código Civil y tienen la calidad de contratos con fuerza de ley.
- vi) **Estabilidad del régimen tributario (renta).** Mediante el Art. 40 se determinó que los Convenios de Estabilidad Jurídica podían tener por objeto también garantizar la estabilidad del régimen tributario en cuanto a los impuestos aplicables a la renta de las empresas.
- vii) **Cobertura por el MIGA o similares.** Finalmente, entre los aspectos más destacados, en el Art. 47 se estableció que el Estado facilitaría a los inversionistas la cobertura de sus inversiones por la Agencia Multilateral de Inversiones (MIGA)² del Banco Mundial u otras entidades similares.

2.3. Decreto Supremo N° 162-92-EF (publicado el 12 de octubre de 1992)

Mediante el Decreto Supremo N° 162-92-EF se aprobó el Reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Privada contenidos en los Decretos Legislativos N° 662 y 757.

La importancia de esta norma reglamentaria radica en que agrupa, consolida y detalla las diferentes garantías a favor de la inversión privada establecidas en las dos normas anteriores. Además de esta consolidación de todas las garantías a favor de la inversión privada, podemos destacar como aspectos principales de este decreto supremo los siguientes:

- i) **Estabilidad del Impuesto a la Renta.-** En el Art. 23 se detalla que la estabilidad jurídica brinda protección frente a variaciones de la base imponible, de las alícuotas del impuesto, a la creación de nuevos impuestos que graven la renta de la empresa o a cualquier otra variación que afecte la utilidad o dividendos distribuibles.
- ii) **Ultractividad de las Normas.-** En el Art. 24 se precisa que, por medio de los Convenios de Estabilidad Jurídica, se otorga excepcionalmente ultractividad al régimen legal que regía al momento de suscribirse el convenio, en las materias sobre las cuales se otorga la estabilidad. Ello implica que a las empresas que suscribieron el convenio no les afectan las modificaciones que se produzcan a las normas objeto de la estabilidad jurídica, ni las derogatorias, así se trate de disposiciones más o menos favorables.
- iii) **Modelo de Convenio de Estabilidad Jurídica.-** En el Anexo I del decreto supremo se adjuntan los modelos de Convenio de Estabilidad Jurídica a ser suscritos con los Inversionistas así como con las Empresas receptoras de la inversión privada. Con ello, quedó expedito el derecho de los inversionistas a solicitar, gestionar y obtener la firma de los Convenios de Estabilidad Jurídica.

2.4. Constitución Política de 1993

La aprobación de la Constitución Política de 1993 significó un hito que marcó un antes y un después en materia de promoción de la inversión privada en el Perú. Entre los principales aspectos que podemos destacar de la Constitución, relacionados con la promoción de la inversión privada, se encuentran los siguientes:

- i) **Principios de Subsidiariedad.-** En el Art. 60 se consagra el Principio de Subsidiariedad, al establecer que sólo por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, por razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

Bajo nuestra Constitución el gobierno de turno no puede optar por un modelo de "Estado empresario". El mandato constitucional es claro, el Estado sólo puede desarrollar actividad empresarial de manera residual, subsidiariamente, es decir, cuando la Inversión Privada no atiende determinado sector del mercado.

Sobre el rol subsidiario del Estado consagrado en la Constitución nos señala BERNALES:

2 Multilateral Investment Guarantee Agency. Más información disponible en <https://www.miga.org>.

“El criterio del constituyente respecto de la actividad empresarial del Estado fue que debía ser verdaderamente restringida, luego de un período previo en el que las empresas públicas crecieron en número y generaron pérdidas presupuestales inimaginables”³

ii) Principio de Intangibilidad de los Contratos.- El Art. 62 resulta fundamental para la promoción de la inversión privada, al consagrar la intangibilidad de los contratos. En efecto, en dicho artículo se señala que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

Ello constituye una garantía de la autonomía de la voluntad. Ni siquiera por ley se pueden modificar los términos de un contrato. Cabe precisar que sí es posible que luego de suscrito un contrato se dicte una ley que tenga efectos en el cumplimiento de las obligaciones de un contrato, pero ante esa eventualidad, las partes deberán acordar, de ser necesario, la modificación de los términos contractuales.

Sobre este principio existe discusión en la doctrina respecto de si se recoge la teoría “voluntarista”, según la cual la voluntad de las partes es ley en sí misma y el Estado no hace más que reconocerlo; y la teoría “normativista”, según la cual el Estado tiene el poder de regular el contenido del contrato y lo delega a los particulares. Pero respecto de lo que no existe discusión es de la garantía constitucional brindada a los términos contractuales.⁴

iii) Principio de Igualdad de Condiciones.- En el Art. 63 se señala que la inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas condiciones, con la única excepción de que si en otro país se adoptan medidas “proteccionistas” o discriminatorias, el Estado puede adoptar medidas análogas.

Resulta sumamente importante que se haya consagrado a nivel constitucional el principio de igualdad de condiciones entre la inversión nacional y extranjera, pues de esta manera se extrae de la esfera de acción de un gobierno de turno la modificación de este principio.

iv) Arbitraje.- En el Art. 63 también se contienen importantes disposiciones relacionadas a la solución de controversias y al arbitraje. En dicho artículo se establece que el Estado puede someter las controversias derivadas de una relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados internacionales. Este sería, por ejemplo, el caso de la solución de controversias bajo el marco del CIADI, lo cual constituye una garantía invaluable para los inversionistas extranjeros.

Asimismo, en dicho artículo se establece de manera genérica que el Estado puede someter las controversias a arbitraje nacional o internacional, lo cual es percibido positivamente por los inversionistas privados frente a la alternativa de someter sus controversias al poder judicial.

Cabe señalar que en los arbitrajes internacionales y, específicamente, en los arbitrajes denominados “de inversión” (promovidos por un inversionista extranjero que ha sentido afectados sus derechos), los resultados no han sido del todo adversos para el Estado Peruano. Por el contrario, se pueden verificar una importante cantidad de casos en que el resultado ha sido favorable para el Estado.⁵

v) Concesión de Bienes de Uso Público.- Finalmente, cabe señalar que en el Art. 73 se establece que los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.

Dentro de la categoría de bienes de uso público podríamos mencionar, por ejemplo, a las carreteras, vías férreas, puertos y aeropuertos. Es importante destacar que la propia Constitución está contemplando que, al ser otorgados en concesión, el inversionista privado buscará obtener un aprovechamiento económico, dado que actúa bajo un criterio de racionalidad económica.

3. Marco Legal de las Concesiones en Infraestructura Pública y Servicios Públicos

3.1. Decreto Legislativo N° 758 (publicado el 13 de noviembre de 1991)

El Decreto Legislativo N° 758 – Ley para la Promoción de las Inversiones Privadas en Infraestructura de Servicios Públicos, fue el “primer intento” legislativo, desde la década de los 90, para impulsar un régimen de entrega en concesiones en materia de infraestructura pública y/o de servicios públicos.

3 Enrique Bernaldes Ballesteros y Raúl Mendoza Cánepa, *La Constitución de 1993. Veinte años después*. Sexta Edición, (Lima: Idemsa, 2012), 373.

4 Sobre este punto se puede encontrar un interesante punto de vista en Manuel De La Puente y Lavalle. “El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil.” Tomo I. Palestra Editores. Lima – 2011. Págs. 239 a 241.

5 Sobre este punto recomendamos revisar el artículo de BULLARD, Alfredo “Cuando se hacen las cosas bien.” Publicado en el diario El Comercio el 21 de febrero de 2015. Disponible en: http://elcomercio.pe/opinion/columnistas/cuando-se-hacen-cosas-bien-alfredo-bullard-noticia-1792889?ref=nota_opinion&ft=contenido.

Cabe señalar que en sus primeros años de vigencia esta norma no produjo mayores efectos, puesto que todavía no se contaba con un marco legal, constitucional e institucional suficiente para atraer la inversión privada y proceder al otorgamiento de concesiones de este tipo. A continuación, comentaremos los principales aspectos de esta norma:

i) Concesiones de “obras de servicios públicos”. En los Arts. 1, 3 y 4 de esta norma se señalaba que se podían otorgar concesiones de “obras de servicios públicos”, percibiéndose confusión entre los conceptos de infraestructura pública y el servicio público, confusión que sería resuelta con normas posteriores.

ii) Concepto de Concesión. En el Art. 5 se define a la concesión como el acto administrativo por el cual el Estado le otorga el aprovechamiento de una obra a un concesionario para la prestación de un servicio público. En ese sentido, se le otorga al privado un derecho nuevo para realizar una actividad de titularidad pública.

En dicho artículo se establece también que los contratos de concesión podían contener cláusulas de indemnización para el concesionario en caso que el Estado suspenda, deje sin efecto o modifique la concesión, pudiendo ser garantizadas las cláusulas indemnizatorias mediante contratos con fuerza de ley.

iii) Clasificación de las Concesiones.- En el Art. 9 se estableció una clasificación de las concesiones en las siguientes categorías:

- i. Onerosas
- ii. Gratuitas
- iii. Cofinanciadas
- iv. Mixtas

Las concesiones onerosas y las gratuitas son las más ampliamente conocidas y las que surgieron primero históricamente. Son aquellas concesiones que se sostienen únicamente con el cobro que les hacen a los usuarios para el uso de la infraestructura y/o el goce de un servicio. Sobre ellas ya se pronunciaba Adam Smith en 1776 cuando señalaba:

“En diversas partes de Europa el peaje o derecho de esclusa sobre un canal es propiedad de personas particulares, cuyo propio interés les obliga a mantener el canal. Si no lo hacen, la navegación necesariamente se interrumpe por completo y con ello todo el beneficio que podrían obtener a través de los peajes”⁶

iv) Precedente de las Iniciativas Privadas.- En el Art. 11 se introdujo de manera tímida el que sería un precedente de las iniciativas privadas (Unsolicited Proposals) al establecerse que las personas jurídicas podían presentar iniciativas de proyectos para una concesión, pudiendo el organismo concedente optar por llevar a cabo una licitación o un concurso. Se establece también un derecho al desempate (Right to Match) entre la mejor oferta y el proponente de la iniciativa.

Cabe señalar que bajo el marco del Decreto Legislativo N° 758 tan solo se produjo el otorgamiento de una concesión: la Concesión de la Rehabilitación y Mantenimiento de la Carretera Arequipa – Matarani cuyo contrato se suscribió el 19 de septiembre de 1994.

La concesión estuvo compuesta por tres tramos. Tramo I: Arequipa – Empalme Panamericana Sur; Tramo II: Empalme Panamericana Sur – Matarani; Tramo III: Vía de Evitamiento – Arequipa. Su objeto fue la rehabilitación de la carretera, el mantenimiento de la misma, explotación del peaje y administración general. El plazo del contrato fue de 74 meses y el monto de inversión fue de S/. 12.5 millones más IGV.⁷

Cabe agregar también que en esta norma no se previó una institución especializada a cargo del otorgamiento de concesiones, estando la conducción del proceso para el otorgamiento de la concesión señalada en el párrafo anterior a cargo del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

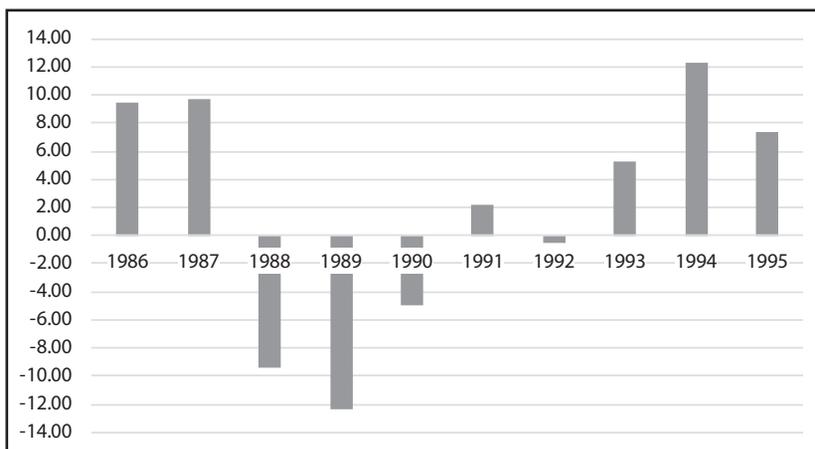
3.2. Decreto Legislativo N° 839 (publicado el 20 de agosto de 1996)

Como se señaló anteriormente, el Decreto Legislativo N° 758 no tuvo el impacto que se esperaba en la promoción de las concesiones en el Perú. El Decreto Legislativo N° 839 – Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, se publicó luego de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1993 y en un contexto en el cual se había estabilizado la economía del país y se daban mejores condiciones para recibir inversión privada, tanto nacional como extranjera.

⁶ Adam Smith, *La Riqueza de las Naciones*, Cuarta Edición (Madrid: Alianza Editorial: 2007), 688.

⁷ Cfr: *Contrato de concesión N° 01-94-MTC/15.03.SINMAC*.

Sobre la recuperación de la economía, consideramos importante observar en el siguiente gráfico la evolución del PBI en el período 1986 – 1995:



Fuente: Banco Central de Reserva del Perú

Elaboración: Propia

Entre las principales disposiciones contenidas en este decreto legislativo, destacamos las siguientes:

- i) **La concesión como herramienta de promoción de la inversión.-** En el Art. 1 se declara de interés nacional la promoción de la inversión privada en las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos; y en el Art. 2 se declara que la modalidad bajo la cual se promueve la inversión privada es la concesión. Con dicha declaración, resulta claro el enfoque decidido de esta norma legal para el impulso de las concesiones en el país.
- ii) **Organismo de promoción de la inversión privada.-** En el Art. 4 del decreto se dispuso la creación de PROMCEPRI como el organismo a cargo de la promoción de la inversión privada en el Perú, conformado, de acuerdo a lo señalado en el Art. 3, por una Dirección Ejecutiva y Comités Especiales. Si bien es cierto que luego se determinaría que el organismo encargado sería PROINVERSIÓN, lo importante es destacar que con este decreto legislativo se instituyó un organismo autónomo para la promoción de las inversiones, a diferencia del Decreto Legislativo N° 758, en donde se le asignaba esa responsabilidad a cada ministerio. Esto último pudo ser una de las razones del lento “despegue” de las concesiones en el Perú, puesto que cada ministerio tenía múltiples ocupaciones y no le dedicaba recursos a la labor, novedosa en ese entonces, de impulso de las concesiones.
- iii) **Empoderamiento de PROMCEPRI (luego PROINVERSIÓN).-** El Art. 16 del decreto fue de una importancia fundamental. En él se dispuso que las entidades del Estado debían adoptar los acuerdos o actos necesarios para ejecutar las decisiones de PROMCEPRI y de los Comités Especiales, sin excepción, presumiéndose que todas estas decisiones tenían relación con la promoción de la inversión privada.

De esta manera se empoderó a PROMCEPRI para poder encaminar y concretar la promoción de la inversión privada, estando los ministerios, por ejemplo, obligados a acatar los acuerdos de PROMCEPRI. Quizás sin este empoderamiento no se hubiera podido avanzar en el otorgamiento de concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos como se realizó en el período comprendido entre el 96 y el 2008.

- iv) **Extensión de los Convenios de Estabilidad Jurídica.-** En la Tercera Disposición Complementaria del decreto se estableció que los Convenios de Estabilidad Jurídica, a los que nos habíamos referido anteriormente, se extenderían en el caso de las concesiones, por todo el plazo de vigencia de la concesión, y no sólo por un plazo de 10 años, como estaba originalmente contemplado en los Decretos Legislativos N° 662 y 757.

3.3. Decreto Supremo N° 059-96-PCM (publicado el 27 de diciembre de 1996)

Mediante el Decreto Supremo N° 059-93-PCM se aprobó el TUO (Texto Único Ordenado) de las Normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos.

En el referido Decreto Supremo se unificó todas las normas con rango de ley que hasta la fecha regulaban la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, principalmente, los decretos legislativos N° 758 y N° 839.

Durante algo más de una década (hasta la dación del Decreto Legislativo N° 1012 en el año 2008), ésta fue la norma de referencia que se utilizó para el impulso y desarrollo de las concesiones de infraestructura y servicios públicos en el Perú. Usualmente se abreviaba su denominación a "TUO de Concesiones".

3.4. Decreto Supremo N° 060-96-PCM (publicado el 28 de diciembre de 1996)

Mediante el Decreto Supremo N° 060-96-PCM se aprobó el Reglamento del TUO de Concesiones señalado en el literal anterior. En el reglamento se detallaron diversas disposiciones del TUO que permitieron la aplicación práctica de dicha norma.

Bajo este marco jurídico podemos citar algunas de las principales y más representativas concesiones que se otorgaron en los primeros años de vigencia del TUO de Concesiones:

- **Ferrocarriles del Sur, del Sur Oriente y del Centro**, cuyos contratos de concesión se suscribieron el 19 de julio de 1999 (los 2 primeros) y el 20 de septiembre de 1999 (el último). Estas concesiones fueron del tipo onerosas, estableciéndose una retribución del 37.25% en los Ferrocarriles del Sur y Sur Oriente, y del 24.75% en el Ferrocarril del Centro. El plazo de vigencia en el contrato original era de 30 años.
- **El Aeropuerto Internacional Jorge Chávez**, cuyo contrato de concesión se suscribió el 14 de febrero de 2001. Esta concesión se otorgó bajo la modalidad de onerosa. El Concesionario se comprometió a pagar al Concedente una retribución del 46.51% de sus ingresos. El objeto de la concesión fue la operación del aeropuerto, que se encontraba en curso, la prestación de los servicios aeroportuarios, el mantenimiento y la realización de mejoras y ampliaciones, entre las cuales destaca la construcción de la Segunda Pista de Aterrizaje. El plazo de vigencia en el contrato original era de 30 años.
- **La Red Vial 05: Tramo Ancón – Huacho – Pativilca**, cuyo contrato se firmó el 15 de enero de 2003. La concesión se otorgó bajo la modalidad de onerosa. El Concesionario se obligó a pagar una retribución del 5.5% de sus ingresos por peaje. El objeto de la concesión fue la operación y mantenimiento de la carretera, así como la construcción de la segunda calzada. El plazo de vigencia en el contrato original era de 25 años.
- **El Eje Multimodal del Amazonas Norte**, cuyo contrato se suscribió el 17 de junio de 2005. Esta fue una de las primeras concesiones que se otorgó en el Perú bajo la modalidad de cofinanciada. El objeto de la concesión fue la construcción, rehabilitación o mantenimiento, según corresponda, de un tramo 955 kms de carretera.⁸
- **El nuevo terminal de contenedores del Callao – ZonaSur**, cuyo contrato fue suscrito el 24 de julio de 2006. Fue la primera concesión del tipo *greenfield* puesto que no existía ninguna infraestructura, debiendo el concesionario efectuar el diseño, dragado y construcción del muelle, ganando terreno al mar. La concesión fue del tipo onerosa y el plazo de vigencia de 30 años.

4. Marco Legal de la Inversión Descentralizada y de las Iniciativas Privadas

4.1. Ley N° 28059 (publicada el 13 de agosto de 2003)

Mediante la Ley N° 28059 – Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, se pretendió impulsar la promoción de la inversión privada a nivel de Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales.

i) Funciones de los gobiernos regionales y locales.- El Art. 1, que señala su objeto, establece el marco normativo para que el Estado, en sus tres niveles de gobierno, promueva la inversión privada.

El Art. 3 señala que es función del Gobierno Nacional la promoción de la inversión descentralizada y el Art. 4 señala las funciones de los Gobiernos Regionales, entre las cuales, podemos destacar las siguientes:

- Concertar con el sector privado a fin de que se promueva la inversión privada en la región.
- Formular y promover proyectos donde pueda participar la inversión privada.

⁸ Cfr: *Contrato de concesión de las obras y mantenimiento de los tramos viales del eje multimodal del Amazonas Norte del "Plan de acción para la integración de infraestructura regional sudamericana- IRSA"*

- Proponer soluciones a las trabas legales que afecten los proyectos de inversión.
- Brindar información a los potenciales inversionistas y a los Gobiernos Locales de su jurisdicción.

El Art. 5 establece las funciones de los Gobiernos Locales, de entre las cuales podemos destacar las siguientes:

- El gobierno municipal debe supervisar en su ámbito políticas y estrategias de inversión
- Concertar con el sector privado a fin de que se promueva la inversión en su localidad.
- Buscar la celeridad y transparencia en todo procedimiento administrativo a fin de promover la inversión privada.
- Identificar trabas y distorsiones legales que afecten la inversión privada y proponer soluciones para las mismas.

ii) Modalidades de participación de la inversión privada.- Uno de los aportes más interesantes de la Ley 28059 al marco legal de la promoción de la inversión privada en general fue el plasmado en el Art. 6, en donde se señala que la inversión privada se manifiesta a través de contratos como:

- Venta de activos,
- Concesión,
- Asociación en participación,
- Contrato de gerencia,
- Joint Venture,
- Outsourcing,
- Otros permitidos por ley.

Hasta ese entonces, sólo se manejaba como única modalidad de participación de la inversión privada, bajo el marco del Decreto Supremo N° 059-96-PCM, a las concesiones. Con esta norma se abrió el espectro a otras modalidades contractuales igualmente válidas para fomentar la inversión privada.

iii) Iniciativas Privadas.- A partir de la dación de la Ley 28059 se implementaron las Iniciativas Privadas (Unsolicited Proposals) como uno de los mecanismos más interesantes para la promoción de la inversión privada.

En efecto, en el Art. 7 se estableció que los distintos niveles de gobierno promoverían la inversión por iniciativa privada, no solo para las concesiones previstas en el Decreto Supremo N° 059-96-PCM, sino también para proyectos en activos, empresas del estado, proyectos del estado, servicios en general, obras públicas de infraestructura y servicios públicos.

Este artículo se debe leer concordantemente con el Art. 6, en donde se establecieron diversas modalidades de participación de la inversión privada.

En consecuencia, el legislador estableció que se podían presentar iniciativas privadas no sólo para el otorgamiento de concesiones (bajo el marco del TUO de Concesiones), sino para que, en general, se desarrollen otros tipos de proyectos y contratos, quedando a cargo de la inventiva del sector privado el idear estas propuestas y presentarlas al sector público.

Si bien es cierto, los detalles del procedimiento de las iniciativas privadas se desarrollarían en el reglamento, el cual veremos a continuación, en la ley se establecieron las siguientes directrices:

- a) Adjudicación Directa: Si en un plazo de 30 días no se presentaba un tercero interesado en el proyecto propuesto por iniciativa privada, contados a partir de la última publicación de la iniciativa, se procedería a la adjudicación directa a favor del proponente, pasándose a la negociación para la suscripción del correspondiente contrato.
- b) Proceso de Selección: Si se presentaba un tercero interesado en el proyecto propuesto en la iniciativa privada, se procedería a llevar a cabo un proceso de selección. En dicho caso, se reconocerían a favor del Proponente los gastos en que incurrió en la formulación de los estudios, en caso fuese favorecido con la adjudicación correspondiente.

4.2. Decreto Supremo N° 015-2004-PCM (publicado el 29 de febrero de 2004)

Mediante el Decreto Supremo N° 015-2004-PCM se aprobó el Reglamento de la Ley N° 28059. De esta norma lo que vamos a destacar a continuación es toda la regulación concerniente a las Iniciativas Privadas.

- i) **Contenido Mínimo de las Iniciativas Privadas.**- En el Art. 14 de la norma se consagró el derecho de las personas jurídicas, nacionales o extranjeras, de presentar iniciativas privadas ante el sector público. En el numeral 2 de dicho artículo se detalló el contenido mínimo que debía tener una iniciativa privada, en donde se destaca: (i) una ingeniería preliminar del proyecto; (ii) una evaluación económica y financiera del proyecto; y (iii) una evaluación preliminar del impacto ambiental.

Desde nuestro punto de vista resulta interesante que tan sólo se exigiera una “ingeniería preliminar” al momento de presentar una Iniciativa Privada. Como se puede apreciar, no se exigía un nivel de estudios determinado, como lo podría ser por ejemplo, un estudio de pre-factibilidad, un estudio de factibilidad o, por lo menos, un estudio a nivel de perfil. La categoría “ingeniería preliminar” no se encontraba regulada en otra norma y ello significaba que, en cada caso en particular, la autoridad competente debía evaluar si la ingeniería preliminar presentada por el proponente le parecía suficiente. Esto acarrea el riesgo de que, al no conocer con cierto grado de certeza cuál era el verdadero costo de la obra involucrada, no se podía realizar tampoco con certeza una correcta evaluación económico-financiera del proyecto.

- ii) **Petición de Gracia.**- Otro aspecto sumamente interesante de esta norma es que se establecía que las iniciativas privadas tenían el carácter de petición de gracia, es decir, que el proponente no tenía derecho de impugnación respecto del pronunciamiento emitido por la autoridad competente, por ejemplo, si se rechazaba la iniciativa privada. Este carácter de petición de gracia se mantuvo en las sucesivas normas que regularon este tema.

- iii) **Declaración de Interés.**- Luego de la presentación, admisión y evaluación de la iniciativa privada se procedía, si así lo consideraba conveniente la autoridad competente, a la Declaración de Interés de la Iniciativa Privada. Si se aprobaba la Declaración de Interés, ésta se publicaba y corría un plazo de 30 días calendarios para la presentación de terceros interesados. Si no se presentaba ningún tercero interesado, se adjudicaba directamente el proyecto al proponente. Si se presentaban terceros interesados, se daba lugar a un proceso de selección. Esta mecánica se ha mantenido hasta la actualidad, aunque con variaciones en el procedimiento y plazos. A través de las sucesivas normas que han regulado a las iniciativas privadas.

5. Marco Legal de las APP

A partir del 2008 se emitieron normas que trataron directamente, y por su nombre, a las APP, y ya no se limitaron solamente a regular lo concerniente a las concesiones (como el TUO de Concesiones) o de señalar tímidamente que existían otras modalidades de participación de la inversión privada (como la Ley 28059).

La existencia de una norma con rango de ley y luego de todo un conjunto de normas, reglamentos y directivas que aborden de manera integral la problemática de las APP nos diferencia de otros países, en donde no se ha regulado expresamente a las APP en un marco legal propio como, por ejemplo, en España, donde las concesiones, y no las APP, son tratadas en un capítulo de su ley de contrataciones (el denominado TRLCSP – Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público).

Sobre este punto, cabe destacar que conforme a un reciente estudio del BID⁹ (Banco Interamericano de Desarrollo), de 21 países de Latinoamérica, en 14 de ellos existe una ley o política expresa para APP, en 2 de ellos existe una Ley de Concesiones, pero no de APP en general y en 5 países no existe Ley ni de APP ni de Concesiones, conforme se puede apreciar a continuación:

Nº	País	Ley de APP	Concesiones	Ninguna
1	Argentina	Si		
2	Bolivia			X
3	Brasil	Si		
4	Chile		Si	
5	Colombia	Si		
6	Costa Rica		Si	
7	Ecuador	Si		

9 Joan Prats, “La gobernanza de las alianzas público-privadas. Un análisis comparado de América Latina.” Diciembre 2016. Documento para discusión N° IDB-DP-489. Disponible en: <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/8041/La-gobernanza-de-las-alianzas-publico-privadas-un-analisis-comparada-de-America-Latina.pdf>.

8	El Salvador	Si		
9	Guatemala	Si		
10	Haití			X
11	Honduras	Si		
12	Jamaica	Si		
13	México	Si		
14	Nicaragua	Si		
15	Panamá			X
16	Paraguay	Si		
17	Perú	Si		
18	Rep. Dominicana			X
19	Trinidad y Tobago	Si		
20	Uruguay	Si		
21	Venezuela			X

Fuente: Banco Interamericano de Desarrollo

Elaboración: Propia

Hemos considerado conveniente dividir el Marco Legal de las APP en el Perú en 3 fases: una primera fase, que comprende desde la dación de la primera Ley de APP (el Decreto Legislativo N° 1012); un segunda fase, que responde a las importantes modificaciones que se produjeron a la norma entre el 2013 y 2014, las cuales hicieron necesario que se emitiera un nuevo reglamento; y una tercera fase, que corresponde a la nueva Ley de APP (Decreto Legislativo N° 1224) y a todo un conjunto de normas, reglamentos, lineamientos y directivas, que persiguen alinearse con los Principios de la OCDE¹⁰ para la Gobernanza Pública de las APP.¹¹

5.1. Fase I

5.1.1. Decreto Legislativo N° 1012 (publicado el 13 de mayo de 2008)

El Decreto Legislativo N° 1012 – “Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los Procesos de Promoción de la Inversión Privada”, fue la primera norma con rango de ley que reguló expresamente las APP en el Perú. Esto significó un cambio profundo del marco legal sobre dicho tema.

a. Definición de APP

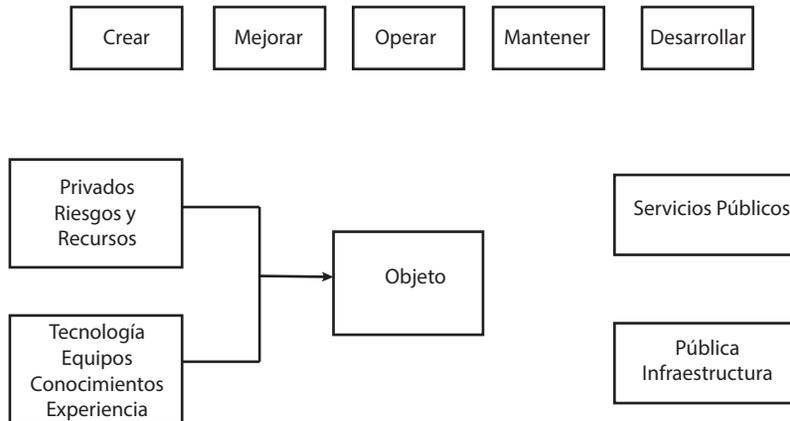
La referida norma contenía una definición de APP en su Art. 3, estableciendo que las APP eran una modalidad de participación de la inversión privada:

- o En la que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos y tecnologías privados,
- o Se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados,
- o Con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener, e
- o Infraestructura Pública o proveer servicios públicos.

La definición de APP contenida originalmente en el Decreto Legislativo N° 1012 se resume en el siguiente gráfico:

10 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD por sus siglas en inglés), conformado originalmente por 18 países europeos, Estados Unidos y Canadá.

11 OECD Principles for the Public Governance of Public-Private Partnerships. Mayo de 2012. Los principios están disponibles en: <http://www.oecd.org/gov/budgeting/oecd-principles-for-public-governance-of-public-private-partnerships.htm>.



Esta definición, con algunas variaciones, continúa vigente hasta la actualidad. Destacamos la importancia del aporte del sector privado en una APP, sobre todo en lo que se refiere a los riesgos y recursos pues, si no fuera así, no tendría objeto estructurar una APP y se podría ejecutar un proyecto simplemente bajo el marco general de contrataciones del Estado (obra pública).

De acuerdo a esta norma, las concesiones son una modalidad contractual dentro de las APP. Es decir, las APP son el género y el contrato de concesión la especie.

b. Clasificación de las APP

El Decreto Legislativo N° 1012 establece una clasificación de las APP en su Art. 4, dividiéndolas en autosostenibles y cofinanciadas, distanciándose de lo establecido en el Art. 9 del Decreto Legislativo N° 758.

La novedad de esta ley viene dada por el hecho de que clasifica como cofinanciadas a los proyectos que, a pesar de no contener ningún compromiso de pago firme por parte del Estado a favor del privado, contengan compromisos contingentes (garantías) de pago a favor del privado.

Hasta ese momento, bajo el marco del TUO de Concesiones, no se había establecido ningún parámetro para el otorgamiento de garantías (por ejemplo, garantías de demanda o garantías de ingreso mínimo) en las concesiones, dándose por sentado que una concesión que no contuviera compromisos de pago firme a favor del privado siempre sería clasificada como onerosa o gratuita, sin tomar en consideración las garantías otorgadas.

Cabe recordar que bajo el marco del TUO de Concesiones se otorgaron importantes proyectos como la Red Vial 5 y la Red Vial 6. En ambos proyectos se introdujeron garantías de ingreso mínimo (denominadas IMAG: Ingreso Mínimo Anual Garantizado), con la finalidad de mejorar la bancabilidad de los proyectos.

El Decreto Legislativo N° 1012 no prohíbe el otorgamiento de este tipo de garantías, pero sí regula sus consecuencias. Lo que establece es que, de haber incorporación de garantías en una APP, se debe evaluar la magnitud y probabilidad de ocurrencia de las mismas. Si la probabilidad supera cierto tope, entonces, se considerará a la APP como “cofinanciada”.

Cabe agregar, a modo de información para el lector, que hasta la fecha, transcurridos más de 10 años de vigencia de los contratos de concesión de la Red Vial 5 y Red Vial 6, nunca fue necesario activar la garantía de ingreso mínimo (IMAG).¹²

c. APP vs Obra Pública

Otra de las novedades que destacamos del Decreto Legislativo N° 1012 es que introdujo de manera expresa la necesidad de realizar una evaluación ex ante, respecto de la conveniencia y necesidad de ejecutar un proyecto como APP y no como obra pública.

Bajo el anterior marco legal, esta etapa de evaluación ex ante podía entenderse implícita o podía ser efectuada por los funcionarios involucrados *motu proprio*. Ante ello, con el Decreto Legislativo N° 1012 se

¹² Así por ejemplo en la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión de la Red Vial 6, firmado en el 2005, se previó una garantía de ingreso mínimo de 10 millones de Ejes entre los años 5to y 16to de la concesión. Siendo que en el año 2015 se registraron 25.98 millones de Ejes.

introdujeron las bases para contar con un sistema más ordenado de APP, estableciendo en el Art. 8 que las entidades públicas debían realizar un análisis costo-beneficio a fin de determinar si la participación privada (APP) implica un mayor beneficio neto para la sociedad respecto si estos fuesen proveídos por el Estado (Obra Pública).

d. Marco Institucional

Esta norma estableció un marco institucional para las APP en donde el MEF iba ocupando un lugar preponderante, estableciendo por primera vez la necesidad de una opinión previa y favorable del MEF para las APP Cofinanciadas o incluso para las autosostenibles, en caso que requieran garantías. Así por ejemplo:

- El Art. 9.1 estableció que las APP autosostenibles pasaban a la etapa de diseño, debiendo solicitar la opinión favorable del MEF en los proyectos que requieran garantías.
- El Art. 9.2 estableció que las APP cofinanciadas requerían la opinión favorable del MEF en la etapa de diseño. Adicionalmente, estos proyectos debían cumplir con el SNIP¹³ y la Ley del Sistema Nacional del Endeudamiento.
- El Art. 9.3 estableció que el diseño final del contrato de APP requería de la opinión favorable del MEF.

En este punto se generó un problema respecto de la interpretación del Art. 9.3. El problema se generó acerca de su alcance: si es que esto se aplicaba también para las APP auto sostenibles y a todos los niveles de gobierno (regional y local) y no solo al nacional. Hubo diversas interpretaciones. Así, por ejemplo, se firmaron los contratos de concesión de Línea Amarilla¹⁴ y de las Vías Nuevas de Lima¹⁵ por parte de la MML (gobierno local) sin la opinión favorable del MEF. En cambio, se firmó la concesión del Proyecto Olmos (Irrigación), a pesar de ser de alcance de un gobierno regional, solicitando la opinión favorable del MEF.

- El artículo 9.5 estableció que las modificaciones a la versión final del contrato de APP que impliquen cambios significativos en los parámetros económicos requería la opinión favorable del MEF. El problema en este caso era determinar qué se entendía por cambios "significativos".

e. Iniciativas privadas

El Decreto Legislativo N° 1012 reguló la presentación y trámite de las iniciativas privadas en su Art. 14, derogando el tratamiento que hasta ese momento se les daba, en base a la Ley N° 28059 y su reglamento. Cabe señalar que el Decreto Legislativo N° 1012 estableció la imposibilidad de presentar iniciativas privadas que demanden garantías financieras o no financieras con probabilidad significativa. En la práctica, durante esta "Fase I", no se permitió ni procedió ninguna iniciativa privada cofinanciada.

A grandes rasgos, se mantuvieron las principales características del procedimiento de las iniciativas privadas contenidas en la anterior norma. Así, por ejemplo, se mantuvo la posibilidad de que se presenten iniciativas privadas no solo para la ejecución de una APP, sino también para otro tipo de proyectos en activos y empresas del Estado (Art. 14).

Se ratificó el carácter de petición de gracia de las iniciativas privadas, precisando que mantendrían dicho carácter, en caso de adjudicación directa, hasta el momento de suscripción del contrato correspondiente. Esto implicaba que una iniciativa privada podía ser objeto de admisión, evaluación, modificación, declaración de interés, adjudicación directa y negociación, pero que, hasta el último momento, el Estado se reservaba la potestad de rechazar la iniciativa privada. Esta característica se mantiene hasta la actualidad.

El Art. 16 estableció el contenido mínimo de la declaración de interés, en caso de que la iniciativa privada hubiese superado satisfactoriamente la etapa de evaluación previa. A diferencia de la Ley N° 28059, en el Decreto Legislativo N° 1012 se estableció un plazo de 90 días calendarios para la aparición de terceros interesados. Es decir, se otorgó un plazo mayor a efectos de fomentar la competencia.

De manera similar al anterior marco legal, en caso de no aparecer terceros interesados, se procedía a la adjudicación directa a favor del proponente, pasando a la etapa de negociación del contrato. En caso de aparecer terceros interesados, se convocaba a un proceso de selección. En caso de realización de un proceso de selección (concurso) se introdujo una novedad a favor del proponente: el derecho al desempate (*Right*

13 El SNIP (Sistema Nacional de la Inversión Pública) fue creado mediante la Ley N° 27293 y tenía por finalidad implementar un sistema y metodología para evaluar, previamente, si un Proyecto de Inversión Pública (PIP) era socialmente rentable, para que sea efectivamente llevado a la Fase de Ejecución.

14 Contrato de Concesión suscrito el 12 de noviembre de 2009.

15 Contrato de Concesión suscrito el 27 de noviembre de 2012.

to Match). En virtud de ello, en caso el proponente fuera vencido en una primera ronda al momento de la realización del concurso, tenía derecho a una “segunda oportunidad”, en donde el ganador y el proponente volvían a presentar ofertas, siendo esta segunda ronda la definitiva.

El derecho al desempate se puso en práctica en la licitación del proyecto de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales “La Taboada”, en donde el proponente fue derrotado en una primera ronda, ejerció su derecho al desempate, pero volvió a ser derrotado y tuvo que resignarse a que un tercero interesado se adjudicase el proyecto que había propuesto.

5.1.2. Decreto Supremo N° 146-2008-EF (publicado el 09 de diciembre de 2008)

Mediante el Decreto Supremo N° 146-2008-EF se aprobó el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012. En el Art. 3 de dicho reglamento se incorporaron conceptos novedosos en nuestra legislación como, por ejemplo, el del Comparador Público Privado (Valor por Dinero o *Value For Money* en inglés), definido como una metodología que compara el costo neto en valor presente y ajustado por riesgo de proveer un proyecto como Obra Pública (bajo el mecanismo de contratación tradicional) o como APP.

Respecto a la importancia del Valor por Dinero consideramos relevante tomar en consideración lo señalado en el Numeral 5 de los Principios de la OCDE para la Gobernanza Pública de las APP:

“Carefully investigate which investment method is likely to yield most value for money. Key risk factors and characteristics of specific projects should be evaluated by conducting a procurement option pre-test. A procurement option pre-test should enable the government to decide on whether it is prudent to investigate a Public-Private Partnership option further.”¹⁶

a) Incorporación de los proyectos de APP

En concordancia con el propósito que se desprende del Decreto Legislativo N° 1012, consistente en darle un orden lógico y secuencial a todo el proceso de desarrollo de las APP, en el Decreto Supremo N° 146-2008-EF se estableció la obligatoriedad de elaborar un “informe de evaluación” como requisito previo a la incorporación de un proyecto de APP.

Dicho informe de evaluación tenía un contenido mínimo explicitado en el Art. 5.1, en donde destacaba el diagnóstico sobre la situación actual, la descripción del nivel de servicio que se deseaba alcanzar, la evaluación económica financiera, la asignación de riesgos, la viabilidad en el marco del SNIP en caso de proyectos cofinanciados y las ventajas de desarrollar el proyecto como una APP.

En otras palabras, se establecía una metodología a seguir en donde un proyecto, para ser desarrollado como una APP, debía contar con el sustento y el análisis respectivo para su incorporación al proceso de promoción a la inversión privada.

b) Limitación a la suscripción de Adendas

Otra de las principales novedades de esta norma, no exenta de polémica, fue la prohibición de la suscripción de adendas a los contratos de APP durante los 3 primeros años de su vigencia, restricción materializada en el Art. 9.

Sin que ello signifique que estamos de acuerdo con la restricción establecida en la norma (y que se mantiene hasta la actualidad con ciertas precisiones), consideramos necesario explicar cuáles fueron las razones que llevaron al MEF a establecer esta prohibición.

Entre los años 1996 y 2008, y con mayor intensidad en el último quinquenio previo a la dación de esta norma, se había producido una importante cantidad de adendas a los contratos de concesión, lo cual había sido objeto de polémica por parte de algunos líderes de opinión pública y funcionarios públicos. En especial, algunas adendas tuvieron como efecto que se duplique el monto de inversión previsto en un proyecto. No necesariamente ello quiere decir que la adenda fuera injustificada. Pero sí existía una percepción, en cierto sector del aparato público (especialmente en el MEF, en el Regulador y el Órgano de Control), en el sentido que mediante adendas los concesionarios podían obtener ventajas que no se previeron al momento de suscribir sus respectivos contratos.

Es dentro de este contexto que el MEF optó por establecer esta suerte de “moratoria”, prohibiendo la suscripción de adendas durante los 3 primeros años, buscando desincentivar un comportamiento

¹⁶ Contrato de Concesión suscrito el 27 de noviembre de 2012.

especulativo de algún potencial postor que, hipotéticamente, podría presentar la mejor oferta en un concurso público, con la secreta esperanza de obtener mejores condiciones vía una adenda en el corto plazo.

c) *Iniciativas Privadas*

En cuanto a las iniciativas privadas, las principales novedades que podríamos señalar, fuera de la prohibición de que las iniciativas privadas incluyan garantías financieras ya establecida en el Decreto Legislativo N° 1012, está la opinión previa y favorable del MEF, necesaria en caso una iniciativa privada incluya garantías no financieras (como por ejemplo podría ser una garantía de demanda) tal como se señala en el Art. 17.3.

Otra novedad es que en el Art. 19.3 se hace énfasis en que, en caso de adjudicación directa por no haberse presentado terceros interesados, la negociación para la firma del contrato deberá versar únicamente sobre aspectos no sustanciales, no pudiéndose modificar los elementos esenciales contenidos en la declaración de interés.

Con ello era claro el mensaje de la norma, a nuestro parecer: la declaración de interés debía ser elaborada exhaustivamente de tal modo que, en caso de adjudicación directa, quede poco espacio para negociar. Esta tendencia sería profundizada en las normas posteriores, como veremos más adelante.

5.2. Fase II

5.2.1. *Leyes N° 30114 (publicada el 30 de noviembre del 2013) y 30167 (publicada el 17 de febrero del 2014)*

a) *Amigable Componedor*

En el 2013 se publicó la Ley N° 30114 – Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2014, la cual incluyó la figura del “amigable componedor” como mecanismo facultativo de solución de controversias antes del arbitraje en las APP. Bajo esta figura, ambas partes asistían a un amigable componedor *ad hoc* que actuaba a modo de conciliador. Frente a una controversia, el amigable componedor emitía una opinión o dictamen, que podía ser una fórmula de solución. Si las partes aceptaban dicho dictamen, ese acuerdo tenía condición de cosa juzgada. Si no lo aceptaban, la controversia se podía resolver en la vía arbitral.

A priori se podría considerar como una figura poco práctica, dado que el dictamen emitido por el amigable componedor no tenía efectos mandatorios por sí mismo. Sin embargo, la finalidad de la norma era que, luego de emitido el dictamen, el representante del Estado podría aceptarlo, dado que se trata de una opinión autorizada emitida por un experto en la materia, y de ese modo evitar un arbitraje que podría resultar más oneroso para el Estado, tanto por los costos del proceso como porque en un arbitraje se incluye, además de la reposición del daño emergente, la indemnización por cualquier otro concepto, así como los intereses.

Sin embargo, esta figura no tuvo mayor aplicación en la realidad. No ha sido utilizada debido a que, a pesar de lo señalado líneas arriba, existe mucha resistencia por parte de los funcionarios públicos a suscribir cualquier acuerdo que pudiera luego ser revisado por el Órgano de Control respectivo.

b) *Iniciativas Privadas Cofinanciadas*

La principal novedad de la Ley N° 30167 fue la incorporación de las iniciativas privadas cofinanciadas en el marco legal regular y permanente de las APP. Ello significó un giro con respecto a la legislación anterior que solamente aceptaba iniciativas privadas de APP autosostenibles o autofinanciadas.¹⁷

El detalle en cuanto al trámite y procedimiento de las iniciativas privadas cofinanciadas sería definido en el reglamento.

c) *Definición de APP*

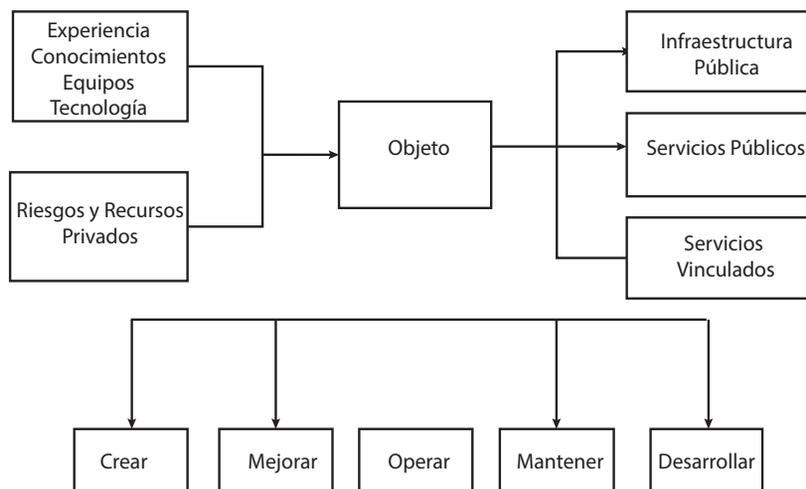
En el Art. 3 de la Ley N° 30167 se da una nueva definición de APP, en la cual se introduce una precisión importante: se indica que sirven para proveer o mantener infraestructura pública, servicios públicos y/o servicios vinculados a éstos. Es decir, se admite la posibilidad de una APP que no trate directamente sobre una infraestructura pública o un servicio público.

Es conveniente reflexionar un poco respecto a la noción de servicio público. Un sector formalista considera que se debe entender como servicio público solamente a aquello que la ley establece así explícitamente.

¹⁷ Aunque, de manera extraordinaria, la Ley N° 29951 – Ley de Presupuesto del sector público para el año fiscal 2013, en su nonagésima sexta disposición complementaria permitió la presentación de iniciativas privadas cofinanciadas.

Otro sector plantea que servicio público es aquello que cumple unas características que lo determinan como tal, más allá de que esté o no calificado como tal en la ley.

Aunque no suficientemente clara, ésta última parece ser la postura del Tribunal Constitucional que, en su Sentencia N° 00034-2004-PI/TC, afirma que las características del servicio público son esencialidad, utilidad pública e interés general. Asimismo, también se resaltan otras características, como la necesidad de igualdad al acceso al servicio, la prestación continua y los estándares mínimos de calidad.



d) *Opinión previa del MEF*

En el Art. 9.3 de la referida ley se hace énfasis en la necesidad de la opinión previa y favorable del MEF respecto del diseño final de un contrato de APP. La norma precisa que se requiere la opinión favorable del MEF bajo sanción de nulidad. De este modo, quedaba absolutamente claro que, si una entidad se arriesgaba a no requerir dicha opinión previa y favorable, corría el riesgo de que se declare la nulidad de todo lo actuado. Esta tendencia a requerir la opinión favorable del MEF bajo sanción de nulidad se mantiene hasta la actualidad.

5.2.2. *Decreto Supremo N° 127-2014-EF (publicado el 31 de mayo de 2014)*

Debido a los importantes cambios introducidos en el Decreto Legislativo N° 1012, principalmente en virtud de la Ley N° 30167, se requirió la elaboración de un nuevo Reglamento, el mismo que fue aprobado mediante el Decreto Supremo N° 127-2014-EF.

a) *Opinión favorable del MEF*

En el nuevo reglamento se precisó con mayor detalle y énfasis la necesidad de la opinión previa y favorable del MEF para la versión final de los Contratos de APP.

En efecto, en el Art. 14.1 se señaló que se requeriría dicha opinión aun cuando el proyecto sea originado por iniciativa estatal o iniciativa privada. Con ello se quiso despejar todo tipo de dudas al respecto. Cabe recordar que, conforme a ley, la sanción por no obtener dicha opinión favorable era la nulidad.

b) *Modificación de los Contratos de APP*

En el Art. 15 se reguló lo concerniente a la modificación de los contratos de APP, estableciendo que cuando un contrato de APP se incluya disposiciones para la ejecución de inversiones adicionales, se incluyan disposiciones para que cada inversión adicional se apruebe mediante el procedimiento de modificación del contrato.

Esta novedad del reglamento es relevante dado que casi todos los contratos de APP contenían cláusulas que permitían que las partes acuerden la ejecución de obras adicionales. Hasta antes de este Reglamento, no se requería una adenda al contrato (ni seguir un procedimiento similar) dado que, al estar ya contemplada en el contrato esa posibilidad, las partes simplemente llegaban a un acuerdo para poner en práctica lo que establecía la cláusula de obras adicionales.

A partir de este reglamento, no bastaba con el simple acuerdo de las partes para la ejecución de una obra adicional, sino que además se debía seguir el procedimiento previsto para una adenda. Es decir, se debía sustentar el pedido y requerir las opiniones previas correspondientes, tanto del regulador como del MEF (en este último caso, opinión vinculante).

c) *Iniciativas Privadas Cofinanciadas*

Quizás la principal novedad del Reglamento haya sido la regulación correspondiente a las iniciativas privadas cofinanciadas contenida en el Art. 25 y siguientes.

De acuerdo a este Reglamento, las iniciativas privadas cofinanciadas solamente se podían presentar ante PROINVERSIÓN, sin importar si se trataba de un proyecto de alcance regional o local. Esta es una diferencia importante dado que centralizaba en una sola entidad a nivel nacional el trámite de todas las iniciativas, a diferencia de las iniciativas privadas autosostenibles, las mismas que se presentaban ante los gobiernos regionales o locales, en caso el proyecto fuere de alcance regional o local.

Otra restricción importante aplicada para las iniciativas privadas cofinanciadas fue la limitación en el tiempo establecida para la presentación de este tipo de proyectos. En el Reglamento se estableció que solamente se podían presentar este tipo de iniciativas durante los primeros 45 días de cada año. Es decir, una vez cerrada esta “ventana”, se debía esperar hasta el próximo año para poder presentar una iniciativa privada cofinanciada.

En cuanto al contenido mínimo de estas iniciativas, difieren significativamente del correspondiente a las iniciativas privadas auto sostenible. En efecto, para las iniciativas privadas auto sostenibles se exige el sustento de la ingeniería (aunque sin detallar qué nivel de estudio), el sustento económico y la evaluación preliminar ambiental. En el caso de las iniciativas privadas cofinanciadas los requisitos son más laxos, debido a que, al ser cofinanciados, este tipo de proyectos se verían sometidos obligatoriamente al SNIP. Es decir, luego de admitidas estas iniciativas, se procedería a formular los estudios de Pre inversión (que contienen la ingeniería) y a verificar si los proyectos eran socialmente rentables o no.

5.3. Fase III

5.3.1. *Decreto Legislativo N° 1224 (publicado el 24 de septiembre de 2015)*

Mediante el Decreto Legislativo N° 1224 se aprobó la nueva Ley de APP. Es decir, con ello se marcó un nuevo hito en la evolución del marco legal de las APP en el Perú.

a) *Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada*

La nueva Ley de APP tuvo como uno de sus principales propósitos el implementar un sistema ordenado para el desarrollo de las APP. Prueba de ello lo constituye lo dispuesto en el Art. 5, en donde se da lugar a la creación del Sistema Nacional de Promoción a la Inversión Privada – SNPIP, cuyo ente rector es el MEF y del cual participan los ministerios, PROINVERSIÓN, los gobiernos regionales y los gobiernos locales, asignándose a cada uno, básicamente, uno de estos 3 roles:

- **Ente Rector.-** el MEF
- **Organismo Promotor de la Inversión Privada – OPIP.-** Generalmente PROINVERSIÓN. Eventualmente cada ministerio o los gobiernos regionales y locales.
- **Entidad Pública (titular del proyecto).-** Cada ministerio, gobierno regional o local, dependiendo del alcance del proyecto.



b) *Fases de las APP*

El Decreto Legislativo N° 1224 estableció en blanco y negro las 5 fases por las cuales debía producirse el desarrollo de una APP:

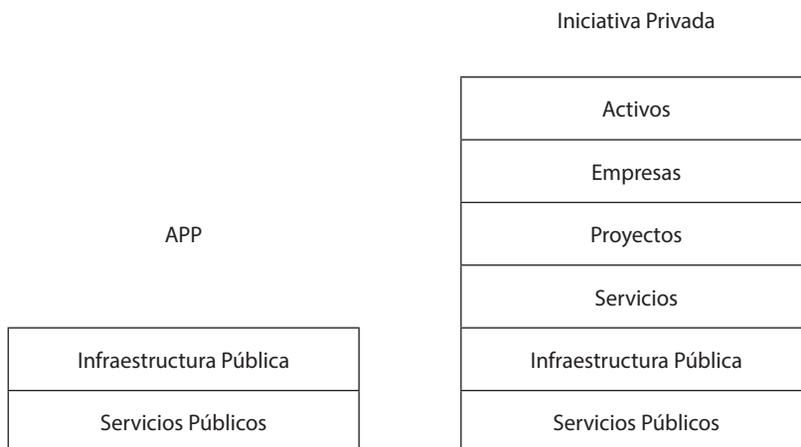
1. Planeamiento y programación
2. Formulación
3. Estructuración
4. Transacción
5. Ejecución

Como se puede apreciar, esto era parte de la finalidad de la nueva Ley de APP: establecer un orden lógico no solo a nivel del marco institucional (asignando roles específicos a cada actor involucrado) sino también estableciendo fases definidas para el desarrollo de las APP.

Aun cuando la norma no lo señala, consideramos que una de las finalidades de establecer un sistema ordenado y secuencial en el Decreto Legislativo N° 1224 es el de minimizar la interferencia del poder político sobre el desarrollo de las APP. En otras palabras, que no se encamine un proyecto de APP de la noche a la mañana por los deseos del gobernante de turno, sino que todo proyecto de APP pase por cada una de las fases señaladas y se evalúe, paso a paso, su conveniencia, posibilidad real de realización y diseño adecuado.

c) *Proyectos en Activos*

Las APP están referidas a proyectos de infraestructura pública y/o prestación de servicios públicos, mientras que las iniciativas privadas pueden ser realizadas, además de mediante una APP, en activos, empresas y proyectos del Estado¹⁸, como se observa en el siguiente cuadro:



El Decreto Legislativo N° 1224 diferencia claramente una figura que es diferente a las APP pero que puede viabilizarse a través de una iniciativa privada o incluso por iniciativa estatal: los proyectos en activos.

Esta figura es regulada en los Arts. 31 y 32 de la norma y consiste básicamente en la posibilidad de que se presenten proyectos de inversión en un activo del Estado, por ejemplo, un inmueble, pero no para la prestación de un servicio público sino, eventualmente, para el desarrollo de una actividad privada, como podría ser la construcción y puesta en operación de un centro comercial. Todo lo anterior podría materializarse a través de un contrato de superficie o de usufructo y hasta mediante una compraventa simple.

5.3.2. *Marco Legal de las Asociaciones Público Privadas*

El Decreto Legislativo N° 1224 tuvo por finalidad alinear el ordenamiento peruano a los Principios de la OCDE para la Gobernanza Pública de las APP, los mismos que se resumen en los 3 enunciados que reproducimos a continuación:

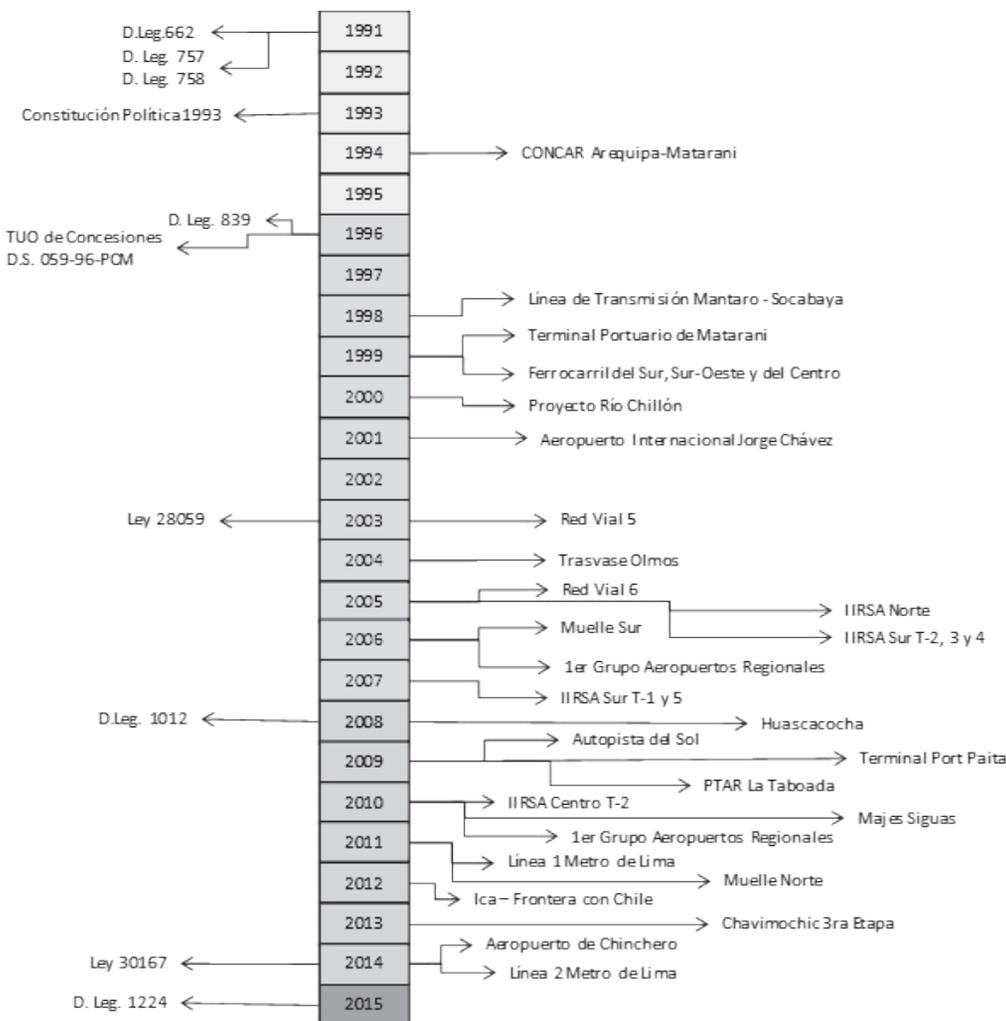
¹⁸ Pierre Nalvarte, *Una Iniciativa Privada no es necesariamente APP*. Disponible en: <http://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2013/12/04/iniciativa-privada-app>.

- a. Establecer un marco institucional claro, predecible y legítimo con el apoyo de autoridades competentes y con recursos suficientes.
- b. Enfocar la selección de las APP en el Valor por Dinero (*Value for Money*).
- c. Aplicar el proceso presupuestario transparentemente para minimizar los riesgos fiscales y asegurar la integridad del proceso de adquisición.

En ese sentido, más allá del Decreto Legislativo N°1224 y el Decreto Supremo N°410-2015-EF (su reglamento), se dieron una serie de lineamientos, guías, lineamientos, que formaron en su conjunto el marco actual de las APP:

- La Guía orientativa para la aplicación del Decreto Legislativo N°1224.
- La Política Nacional de Promoción de la Inversión Privada y Proyectos en Activos, aprobada mediante Decreto Supremo N° 077-2016-EF.
- Los Lineamientos para la Aplicación de los Criterios de Elegibilidad de los Proyectos de APP, aprobados mediante Resolución Directoral N° 004-2016-EF/68.01.
- Los Lineamientos para la asignación de riesgos en los Contratos de APP, aprobados mediante la Resolución Ministerial N°167-2016-EF/15.
- Los Lineamientos para el desarrollo de las fases de formulación y estructuración en los proyectos de APP, aprobados mediante la Resolución Directoral N°005-2016-EF/68.01.

En el siguiente cuadro se puede observar una línea de tiempo donde se especifica el marco legal y algunos ejemplos de los contratos de APP más representativos firmados por el Estado:



6. Conclusiones

Como se puede apreciar, la evolución del marco legal de las concesiones y las APP en el Perú ha tenido un desarrollo paulatino y progresivo. En efecto, el marco legal ha ido evolucionando desde unas primeras normas de alcance genérico (como el Decreto Legislativo N° 758), las cuales promovían las concesiones, pero no establecían un marco legal ni un marco institucional completo, hacia una norma que logró dar un buen impulso al otorgamiento de concesiones (el TUO de Concesiones), luego se enfatizó en la necesidad de aplicar los mecanismos de participación privada en los gobiernos regionales y locales (Ley 28059), así como también se dio gran impulso a las iniciativas privadas (con la misma Ley 28059).

Luego de haber pasado por las etapas de crecimiento, se fue tendiendo hacia una madurez con un marco legal que comprendía a las APP en general y no solo a las concesiones (Decreto Legislativo N° 1012), norma mediante la cual se fue asentando un marco institucional y un proceso de evaluación más rígido.

Finalmente, se cuenta en la actualidad con un marco legal orientado a establecer un orden en el desarrollo de las APP, alineado con los principios de la OCDE de gobernanza pública para las APP (Decreto Legislativo N° 1224 y otras normas ya señaladas). Pero como cualquier tarea o propósito en la vida, siempre existe un *trade off* en este tipo de evoluciones: de un lado se cuenta con un marco institucional, unas etapas de desarrollo de las APP y un control presupuestal más claro y ordenado para el desarrollo de las APP, pero de otro lado, este sistema más ordenado y controlado ralentiza el desarrollo de los proyectos de APP, pues están sometidos a etapas, evaluaciones y aprobaciones más rígidas.

7. Caso Práctico: Iniciativa Privada “Mega Proyecto de Techo Propio. Mi Hogar y Mi Vivienda Ciudad Sol de Collique”.¹⁹

El consorcio DHMONT & M S.A.C presentó, bajo el marco normativo de la Ley N° 28059 y su reglamento (Decreto Supremo N° 015-2004-PCM), un proyecto de inversión de iniciativa privada denominado “*Mega Proyecto de Techo Propio. Mi Hogar y Mi Vivienda ‘Ciudad Sol de Collique’*”. La iniciativa privada fue admitida a trámite el 8 de mayo del 2007 y se solicitó al proponente la conformidad a las modificaciones, entre ellas, la exigencia de una carta de compromiso emitida por alguna entidad financiera comprometiéndose a financiar la obra por completo. La empresa privada aceptó los nuevos términos y PROINVERSIÓN realizó la respectiva declaratoria de interés, la cual fue publicada según ley en el diario oficial El Peruano y en el diario “Expreso”, el 13 y 14 de julio de 2007. La empresa presentó la carta solicitada sin mayor inconveniente.

Se presentaron dos empresas como terceros interesados para la ejecución de dicho proyecto, empresas que presentaron cartas de intención de financiamiento dentro del plazo establecido en la declaración de interés para la presentación de terceros interesados, el mismo que era de (30) treinta días hábiles contados a partir del día siguiente de la publicación de la declaración de interés. Sin embargo, una carta de intención es distinta a una de compromiso financiero, en la segunda existe el pacto de una obligación. Las cartas de compromiso financiero, que eran las exigidas en dicha declaración, fueron entregadas extemporáneamente por dichas empresas, ahí es donde se inicia la controversia.

El 15 de agosto del 2007 PROINVERSIÓN emitió dos oficios. El comité de PROINVERSIÓN, a través del Oficio N° 203-2007-CPS-INM-PROINVERSIÓN, indicó que los terceros interesados en el proyecto no tenían que presentar cartas de compromiso de financiamiento firmes sino solamente intenciones de financiamiento. El mismo día también se emitió el Oficio N° 211/2007/CPS-INM/PROINVERSIÓN aprobando la precalificación de los terceros interesados.

El inversionista, considerando que era la única empresa que había cumplido con todos los requisitos señalados en la declaración de interés, interpuso, el 29 de agosto del 2007, un Recurso de Nulidad contra el oficio N° 211/2007/CPS-INM/PROINVERSIÓN. Asimismo, el 11 de septiembre del 2007 interpuso un recurso de apelación contra dicho oficio, en el que se solicitó que se declare la nulidad del referido acto de precalificación.

PROINVERSIÓN, el 2 de octubre del 2007, mediante el Acuerdo del Consejo Directivo N°201-01-2007 declaró la nulidad de la declaración de interés, así como la nulidad de los actos posteriores a la tramitación de la iniciativa privada, retro trayendo el procedimiento al estado anterior de la misma.

Posteriormente, mediante el Acuerdo del Consejo Directivo de PROINVERSIÓN N°215-07-2008, con fecha el 15 de enero del 2008, se declaró de no interés la iniciativa privada.

¹⁹ EXP.N.° 01387-2009-PA/TC

Ante ello, el Consorcio DHMONT & M S.A.C. presentó una Demanda de Amparo el 17 de enero del 2008 alegando que se había vulnerado su derecho al debido proceso, alegando que el Comité de PROINVERSIÓN no siguió el procedimiento establecido en el Decreto Supremo N° 015-2004-PCM y su modificatoria el Decreto Supremo N° 013-2007-PCM.

El Quincuagésimo Segundo Juzgado Especializado en lo Civil en Lima, el 21 de enero del 2008, declaró improcedente la demanda de amparo argumentando que existía una vía igualmente satisfactoria para canalizar su reclamo. El 31 de enero del 2008, el inversionista apeló la resolución del Juzgado Especializado. La Corte Superior de Lima confirmó la resolución de primera instancia. En ese momento, el 25 de noviembre del 2008, el inversionista interpuso Recurso de Agravio Constitucional contra la Resolución de la Corte Superior.

El Tribunal Constitucional emitió la sentencia N° 01387-2009-PA-TC el 11 de mayo del 2009. La cual, en el numeral 4, consideró que el proceso especial previsto en la Ley N° 27584, que regula el proceso contencioso administrativo no puede, en este caso, ser calificado como la vía igualmente satisfactoria al amparo, pues incluye la participación del Ministerio Público, lo que hace que este no sea verdaderamente una manifestación de urgencia.

En su análisis, el Tribunal afirma que es PROINVERSIÓN mismo quien introduce como requisito para el proyecto la carta de compromiso emitido por alguna entidad financiera y el plazo para presentarla. Dicho requisito también ha sido considerado como requisito de precalificación para los terceros interesados, como consta en las publicaciones de la declaración de interés. Siendo esto así, PROINVERSIÓN, mediante el Oficio N° 203-2007-CPS-INM-PROINVERSIÓN cambió el fundamento legal de los requisitos de precalificación, contraviniendo al debido proceso y al principio de legalidad porque dicho procedimiento no está previsto en el Decreto Supremo N° 015-2004-PCM. Fue un comportamiento que puso en evidencia un tratamiento desigual carente de una justificación objetiva,

El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda interpuesta por la empresa y declaró nulos los oficios de PROINVERSIÓN y se ordenó que continúe el procedimiento con el Consorcio DHMONT & CG& M S.A.C.

Declaró, asimismo, la nulidad o revocación de todos los actos que se hubieren emitido después. Ello conllevó a que se declare la nulidad de un contrato de compraventa con compromiso de inversión suscrito como consecuencia de un proceso llevado a cabo por el Fondo Mi Vivienda, bajo su propio marco legal especial, para la construcción de viviendas en los terrenos de Collique, es decir, los mismos terrenos objeto de la Iniciativa Privada.

PROINVERSIÓN, mediante escrito de fecha 7 de julio del 2009, presentó al Tribunal Constitucional un Recuerdo de Nulidad y aclaración respecto a dicha sentencia. El Tribunal Constitucional emitió una Resolución de fecha 06 de agosto del 2009, la cual declaró improcedente la solicitud de PROINVERSIÓN.

El Consejo Directivo de PROINVERSIÓN, en una sesión de fecha 14 de agosto del 2009, a fin de cumplir lo ordenado por la sentencia del Tribunal Constitucional, acordó, a través del Acuerdo N°301-01-2009, declarar la nulidad de los actos administrativos contenidos en los Oficios N° 203 y 211-2007-CPS-INM-PROINVERSIÓN, así como el Acuerdo del Consejo Directivo 201-01-2007, como los demás actos que se hubiesen emitido para su ejecución. También declaró válido el Acuerdo del Comité N° 439-04-2007 que declaró de interés la iniciativa privada y continuar el procedimiento con el inversionista.

El 9 de diciembre del 2009, el Consejo Directivo de PROINVERSIÓN acordó aprobar la iniciativa privada y proceder a la adjudicación directa a favor del inversionista mediante Acuerdo N° 317-01-2009.

PROINVERSIÓN, el 10 de febrero del 2010, acordó, mediante el Acuerdo N° 329-01-2010 dejar sin efecto el Acuerdo N°317-01-2009 manteniéndose válido el Acuerdo N°301-01-2009. Dispuso la cancelación del proceso de la iniciativa privada denominada "Mega Proyecto de Techo Propio, Mi Hogar y Mi vivienda Ciudad Sol de Collique", por considerarlo una petición de gracia.

El 23 de febrero del 2010, el inversionista interpuso un Recurso de Reconsideración contra el Acuerdo N° 329-01-2010. Asimismo, el inversionista amplió los términos del Recurso de Reconsideración mediante Carta N° 034-2010-GG, de fecha 19 de marzo de 2010. El privado expuso una serie de medidas y se comprometió a aceptar los valores de una nueva tasación de los inmuebles. El 31 de marzo del 2010 se hizo de conocimiento del inversionista el valor actualizado de los inmuebles de acuerdo con la tasación efectuada por la Dirección Nacional de Construcción del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, mediante Oficio N° 125-2010-DE-PROINVERSIÓN. El inversionista manifestó su conformidad mediante carta N° 039-2010-GG.

Mediante el Acuerdo N°339-01-2010 de fecha 5 de abril del 2010, PROINVERSIÓN declaró fundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por el inversionista y, por lo tanto, válido el Acuerdo N° 317-01-2009. El 5 de mayo del 2010 se aprobó la versión definitiva del Contrato de Compraventa de Bienes Inmuebles para el Desarrollo de Proyecto Inmobiliario con Compromiso de Inversión. El 11 de mayo del 2010 las partes firmaron dicho contrato.

8. Bibliografía

Bernales Ballesteros, Enrique. 2012. *La Constitución de 1993. Veinte años después*. Sexta Edición. Lima: Idemsa.

Bullard, Alfredo. 2015. Cuando se hacen las cosas bien. *El Comercio*, 21 de febrero.

Guash, Jose Luis. 2005. *Concesiones en infraestructura, cómo hacerlo bien*.

La Puente y Lavalle, Manuel. 2011. *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo I. Lima: Palestra Editores.

Nalvarte, Pierre. *Una Iniciativa Privada no es necesariamente APP*.

OECD, Principles for the Public Governance of Public-Private Partnerships. May 2012. OECD. <https://www.oecd.org/governance/budgeting/PPP-Recommendation.pdf> (consultado el 29 de abril de 2017).

Prast, Joan, "La gobernanza de las alianzas público-privadas. Un análisis comparado de América Latina." Diciembre 2016. Documento para discusión N° IDB-DP-489.

Smith, Adam. "La Riqueza de las Naciones." Alianza Editorial. Cuarta Edición 2007. Madrid – España. Pág. 688.