



¿Las Asociaciones Público-Privadas en el Perú se alinean a los estándares internacionales?

Reflexiones a propósito de las Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre las Alianzas Público-Privadas



CLAUDIA ARMÉSTAR ALZAMORA

Abogada por la Universidad del Pacífico.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 31 de enero de 2021 y fue aceptado con fecha 18 de julio de 2021.



SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. ¿Qué se necesita para ejecutar una Asociación Público Privada con éxito?
- III. Principios generales de las Asociaciones Público Privadas.
- IV. Planificación y preparación de proyectos.
- V. Adjudicación de proyectos.
- VI. Contenido y ejecución del contrato de Asociación Pública Privada.
- VII. Duración, prórroga y rescisión del contrato de Asociación Pública Privada.
- VIII. Conclusiones.

RESUMEN:

Hoy en día, la importancia de la infraestructura y la prestación de servicios públicos es innegable. Contar con Asociaciones Público Privadas exitosas es un recurso indispensable para el Perú. Recientemente, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional emitió las Disposiciones Legales sobre las Alianzas Público-Privadas, que recogen los estándares y las prácticas internacionales para el desarrollo de Asociaciones Público Privadas. En el presente artículo, la autora comenta las principales recomendaciones que proponen las referidas Disposiciones Legales y los impactos que podrían generar en el desarrollo de proyectos en el Perú.

Palabras clave: Brecha de infraestructura, Asociaciones Público-Privadas, Disposiciones Legales Modelo, CNUDMI, Proyectos.

ABSTRACT:

Presently, the importance of infrastructure and the provision of public services is undeniable. Having successful private-public partnerships is a crucial resource for Peru. Recently, the United Nations Commission on International Trade Law issued the Model Legislative Provisions on Public-Private Partnerships, which gathers the standards and international practices for the public-private partnership development. In this article the author comments on the main recommendations proposed by the mentioned provisions and the impact they could have in project development in Peru.

Keywords: Infrastructure gap, Public-Private Partnership, Model Legislative Provisions, UNCITRAL, Projects.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad existe un consenso sobre los efectos que ejercen la disposición y la calidad de la infraestructura y los servicios derivados, sobre el crecimiento económico de un país.¹ El Perú presenta un desafío importante respecto a la provisión de infraestructura, que suele conocerse como la brecha de infraestructura.²

En el plano internacional, se han realizado importantes reportes que estudian la brecha de infraestructura. Así, el Foro Económico Mundial —WEF, por sus siglas en inglés— publicó el Reporte Global de Competitividad 2019-2020³, en el que realiza un análisis comparativo de 141 economías a nivel mundial con respecto a los principales pilares que sustentan su posicionamiento en la generación de desarrollo econó-

mico y la atracción para las inversiones. En lo que respecta a la calidad global de infraestructura, el Perú se encuentra en el puesto 88.⁴

En el plano nacional, la brecha de infraestructura ha sido motivo de emisión de diferentes planes y normas que persiguen acortarla. Este, por ejemplo, ha sido el caso del Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad —PNIC—.

Teniendo en cuenta este contexto, las Asociaciones o Alianzas Público-Privadas cumplen un rol fundamental en el desarrollo de la infraestructura y la promoción de la inversión privada de un país. Este tipo de acuerdos han sido impulsados por las limitaciones de los fondos públicos para cubrir las necesidades de inversión, pero también por los esfuerzos para au-

-
1. Daniel Perroti y Ricardo Sánchez, *La brecha de infraestructura en América Latina y el Caribe* (Chile: CEPAL/División de Recursos Naturales e Infraestructura, 2011), p. 9.
 2. *Ibid.*
 3. Disponible en: <https://es.weforum.org/>
 4. Deloitte, *Reporte Global de Competitividad 2019: Datos clave del sector infraestructura*. Reporte preparado por Financiamiento y Asesoría - Infraestructura & Capital Projects (I&CP) Centroamérica, 2019.

mentar la calidad y la eficiencia de los servicios públicos.⁵

Debido a la importancia de esta figura legal, el pasado mes de setiembre del 2020, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional —en adelante, "CNUDMI"— publicó las nuevas Disposiciones Legales Modelo sobre las Alianzas Público-Privadas —en adelante, las "Disposiciones Legales Modelo"—, las cuales buscan contribuir con el establecimiento de un marco legislativo favorable para las Asociaciones o Alianzas Público-Privadas —en adelante, "APP"—. ⁶ Estas Disposiciones Legales Modelo fueron emitidas siguiendo las notas de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Alianzas Público-Privadas, que fueron aprobadas en julio de 2019.⁷ Así, las Disposiciones Legales Modelo traducen, en lenguaje legislativo, aquellas recomendaciones previamente plasmadas en la referida Guía Legislativa.⁸

Las Disposiciones Legales Modelo reconocen la importancia de las APP para el suministro de la infraestructura y los servicios públicos. Surgen como respuesta a las deficiencias del marco jurídico y la falta de transparencia, que pueden adolecer algunas legislaciones, lo que desalienta la inversión en infraestructura y servicios públicos; y genera un mayor riesgo de corrupción y mala administración de fondos públicos.⁹

Si consideramos que, la brecha de infraestructura y la necesidad de inversión privada para acotarla, es un desafío que ha estado presente a largo de los años en el Perú, la reciente publicación de las Disposiciones Legales Modelo

puede generar un impacto en la legislación peruana.

No olvidemos que el Perú es un país que, para determinadas materias como es el caso de la legislación arbitral, se ha acogido a las disposiciones modelo emitidas por la CNUDMI. Esto debido a que, finalmente, dichas disposiciones son reconocidas como las prácticas internacionales de cada materia. Siendo ello así, no resultaría extraño que, en el ámbito nacional, las Disposiciones Legales Modelo generen alguna modificación o novedad normativa.

Por ello, a lo largo del presente artículo comentaremos las principales propuestas que se plasman en las Disposiciones Legales Modelo, resaltando cuál podría ser el impacto práctico en el desarrollo de las APP en el Perú.

Nuestra estructura será la siguiente: iniciaremos comentando qué es lo que se necesita para ejecutar una APP con éxito; luego, explicaremos cuáles son los principios generales que rigen la ejecución de una APP; tras ello, desarrollaremos los criterios para la planeamiento y preparación de un proyecto; y, posteriormente, comentaremos los pilares de la adjudicación de proyectos. Seguidamente, explicaremos la ejecución de una APP resaltando los elementos contractuales principales; y, finalizaremos con nuestras conclusiones.

II. ¿QUÉ SE NECESITA PARA EJECUTAR UNA APP CON ÉXITO?

Las APP son acuerdos entre el sector público —entidad contratante— y el sector privado —socio privado— con el fin de realizar

6. Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre las Alianzas Público - Privadas de setiembre de 2020.

7. Guía legislativa de la CNUDMI sobre las Alianzas Público - Privadas de julio de 2019.

8. Cabe mencionar que, las Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre las Alianzas Público - Privadas de setiembre de 2020, actualizan, amplían y sustituyen dos textos anteriores elaborados por la CNUDMI que son la Guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada —julio de 2000— y las Disposiciones Legales Modelo sobre proyectos de infraestructura con financiación privada —julio 2003—.

9. Resolución 74/183 probada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2019.

un proyecto o servicio que tradicionalmente es prestado por el sector público¹⁰, pero que será suministrado por el sector privado bajo una asignación de riesgos determinada.¹¹ De acuerdo al artículo 29 del Reglamento del Decreto Legislativo 1362:

"Las APP constituyen una de las modalidades de participación de la inversión privada en la que se distribuyen de manera adecuada los riesgos del proyecto y se destinan recursos, preferentemente del sector privado, para la implementación de proyectos en los que se garanticen Niveles de Servicios óptimos para los usuarios. Esta modalidad se implementa mediante Contratos de largo plazo, en los que la titularidad de las inversiones desarrolladas puede mantenerse, revertirse o ser transferidas al Estado, según la naturaleza y alcances del proyecto y a lo dispuesto en el respectivo Contrato."¹²

Tal como comentamos anteriormente, la brecha de infraestructura es un desafío permanente en el Perú. La ejecución de las APP resulta indispensable para poder enfrentar dicho desafío. Así, la pregunta que surge inmediatamente es: ¿cómo ejecutar una APP con éxito?

Las Disposiciones Legales Modelo responde esta interrogante indicando lo siguiente:

"(..), para implementar con éxito las APP, suelen ser necesarias varias medidas que van más allá de la creación de un marco legislativo apropiado, como dotarse de estructuras y prácticas administrativas adecuadas, desarrollar capacidad organizativa, albergar conocimientos técnicos, contar con recursos humanos y financieros apropiados y mante-

ner la estabilidad económica". —El subrayado es nuestro—

Esta respuesta resulta interesante. No basta con crear un marco legislativo apropiado a las APP que reconozca, respete e incentive la inversión privada en proyectos de infraestructura y servicios públicos; sino que también es muy importante contar con la estructura y la práctica administrativa adecuada. Ello quiere decir que, no basta con tener una normativa en blanco y negro, sino que esta normativa debe ser aplicada de manera correcta y teniendo en cuenta el objetivo de la misma.

Las instituciones que apliquen el marco normativo de las APP deben dotarse de conocimientos técnicos y financieros, recursos humanos capacitados, que sean suficientes para entender la lógica de este tipo de proyectos. Esto es indispensable para el desarrollo de las APP, pues si bien el marco legislativo juega un rol fundamental en el desarrollo de los proyectos, las normas finalmente son aplicadas por personas o instituciones que deben tener la capacidad y el criterio suficiente para mantener la estabilidad económica y, por el contrario, no entorpecerla.

En el derecho todo evoluciona. Si bien para determinadas acciones o aprobaciones puede ser necesario partir de un marco legislativo —sobre todo cuando hay recursos públicos de por medio y funcionarios públicos que se rigen por el principio de legalidad—, no se puede dejar de lado el contexto en el que estas normas son aplicadas. Las APP se nutren de prácticas de la industria, que no necesariamente están tipificadas en un marco normativo, sino que nacen de la práctica habitual de este tipo de proyectos.

-
10. Comisión Europea del Banco Mundial, *Guidelines for successful Public - Private Partnerships*, Regional Policy. (2003), p. 16.
 11. Definición encontrada en: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/asociaciones-publico-privadas/definicion>
 12. Decreto Supremo N° 240-2018-EF que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos.

Como bien reconoce la Resolución 84/183 que aprueba las Disposiciones Legales Modelo, se requieren "procedimientos eficientes y transparentes" y que se "eliminen las restricciones indeseables a la participación del sector privado en el desarrollo y funcionamiento de la infraestructura y los servicios públicos". Es importante interiorizar estos dos preceptos, pues para que las APP logren un desarrollo eficiente y positivo en la ejecución de proyectos de infraestructura, es indispensable que la actuación de sus participantes no sea excesivamente rígida, burocrática y que pierda de vista lo que sucede en la práctica.

Un país en desarrollo como el Perú necesita de un marco normativo que incentive la inversión privada, que asegure la transparencia del uso de recursos públicos, pero, además, que sea aplicada por personas que conozcan la industria y el contexto en el que se desarrolla el proyecto en cuestión. Esta posición se resalta en las Disposiciones Legales Modelo.

III. PRINCIPIOS GENERALES DE LAS APP

En la Disposición Modelo 1 referida a los principios rectores de las APP se proponen dos opciones. La Opción I reconoce como principios: la transparencia, la equidad, la estabilidad y la previsibilidad, promover la buena gestión, la integridad, la competencia y la económica; y garantizar la sostenibilidad a largo plazo. Por su parte, la Opción II resalta la importancia de los procedimientos necesarios para la aprobación, adjudicación y ejecución de proyectos de APP; y, recoge como principios: la transparencia, la equidad, la estabilidad, la buena gestión, la integridad, la finalización, la económica y sostenibilidad a largo plazo.

Ambas opciones cuentan con aspectos positivos, pero teniendo en cuenta cómo se ha de-

sarrollado el marco normativo peruano y los principios que reconoce¹³, la Opción I podría ser la más adecuada para el Perú.

En la Disposición Modelo 2 se incluyen las definiciones. Así, en la definición de "alianza público - privada" se señala lo siguiente:

"Se entenderá por "alianza público - privada" (APP) un acuerdo entre la autoridad contratante y una entidad privada para la ejecución de un proyecto, a cambio de pagos que serán efectuados por la autoridad contratante o los usuarios de la infraestructura, incluidos tanto los proyectos que entrañan una transferencia del riesgo de demanda al socio privado ("alianzas público-Privadas que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión") como los tipos de APP que no entrañan esa transferencia del riesgo ("alianzas público-privadas que no realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión")."

De esta definición se desprende que, las APP pueden financiarse con los propios flujos del proyecto, lo que bajo el marco normativo peruano se conoce como proyectos autofinanciados, o pueden financiarse a través de pagos que serán efectuados por la autoridad contratante, lo que bajo el marco normativo peruano se conoce como proyectos cofinanciados.¹⁴

La definición que se propone es completa, pero también es amplia. Debemos recordar que en el Perú existen diversos tipos de contratos con el Estado. En ese sentido, una definición amplia podría confundir a los administrados, ya que podría incluir a aquellos contratos que se celebren bajo la Ley de Contrataciones del Estado. Por ello, la propuesta para el marco normativo peruano debería incluir una definición que permita diferenciar dichos contratos de las APP.

13. Principalmente, el Decreto Legislativo 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 240-2018-EF.

14. Decreto Legislativo 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos, artículo 22.

Otra definición que resalta de la Disposición Modelo 2 es la de "proyecto de infraestructura", pues se reconoce como *"la concepción, la construcción, el desarrollo y la explotación de nuevas obras de infraestructura o la rehabilitación, modernización, expansión o explotación de obras de infraestructura ya existentes"*. Esta definición incluye la mayoría de las actividades que usualmente se ejecutan en un proyecto de infraestructura. Por lo tanto, sin perjuicio de que cada contrato definirá el alcance del trabajo que realizará el inversionista privado, la definición propuesta es completa.

En línea con lo anterior, una tercera definición que salta a la luz de la Disposición Modelo 2 es la de "socio privado", que es *"la entidad privada contratada por la autoridad contratante para llevar a cabo un proyecto en el marco de un contrato de participación público - privada"*. Esta definición llama especial atención, pues reconoce al inversionista privado como una persona asociada a la autoridad contratante para un fin, que es la ejecución de un proyecto de infraestructura bajo la modalidad de APP.

El inversionista privado que celebra un contrato de APP es un socio privado, no es solo un contratista. Es importante resaltarlo, pues en este tipo de contratos, como su propio nombre lo indica, se ejecutan "asociaciones" entre una autoridad contratante y un socio privado. No se trata de relaciones con el Estado donde la entidad pública ocupa un lugar soberano o autoritario frente al administrado. Sin duda, la autoridad contratante tendrá ciertas facultades frente al socio privado, pero ello no significa que deba aplicar su soberanía frente a este.

Por último, resalta otra definición de la Disposición Modelo 2 que es la de "propuesta no solicitada", que involucra *"toda propuesta relativa a la ejecución de un proyecto de infraestructura que no se presente a raíz de una solicitud o de una convocatoria realizada por la autoridad contratante en el contexto de un proceso de selección"*. Así pues, esta propuesta no solicitada sería el equivalente a una iniciativa privada bajo el marco normativo peruano. Las disposiciones particulares para este tipo de propuestas se en-

cuentran en un capítulo independiente que va desde la Disposición Modelo 25 hasta la Disposición Modelo 28.

Una particularidad de las propuestas no solicitadas es lo que indica la nota al pie 24. Esta nota establece que algunos Estados podrían asignar la revisión de dichas propuestas a un órgano distinto de la autoridad contratante, para así determinar, por ejemplo, si éstas revisten interés público. Ello quiere decir que una propuesta no solicitada debería perseguir un interés público para ser aprobada, el cual puede materializarse en posibles beneficios del proyecto para el público o su relación con la política pública. Conforme establece la nota al pie 25, el Estado puede regular los criterios específicos sobre los cuales se apruebe las propuestas no solicitadas.

Las Disposiciones Legales Modelo reconocen la necesidad de establecer mecanismos institucionales para coordinar las actividades de las autoridades públicas. Esto es importante en el Perú, pues en este país contamos con diferentes entidades públicas encargadas de permisos, licencias, aprobaciones, opiniones, etcétera. Por lo tanto, contar con un sistema de coordinación interestatal es fundamental para un desarrollo eficiente de un proyecto de APP. La importancia de esta coordinación interestatal se resalta en la Disposición Modelo 7, que exhorta a los Estados a aplicar mecanismos institucionales de coordinación de las autoridades públicas que tienen a su cargo aprobación, licencias, permisos o autorizaciones que sean necesarias durante la ejecución del proyecto.

Además, la nota al pie 4 señala que los países pueden prever *"formas específicas de respaldo público a los proyectos de participación público-privada"*. Así, no basta que la autoridad contratante realice una declaración de mejores esfuerzos o de colaboración con el socio privado, sino que sería ideal que se establezca en los contratos de APP qué tipo de respaldo puede prestar la autoridad contratante. De lo contrario, este respaldo sería un compromiso genérico complicado de delimitar en la práctica. Esta disposición debería reforzarse en la práctica de las APP en el Perú. Si bien es cierto, sería complicado —y costoso—

regular todas las situaciones que podrían presentarse durante la ejecución de una APP que requieran de respaldo público; lo cierto es que, se debería "aterrizar" a la práctica el compromiso de colaboración del Estado con el socio privado. Con ello, se podrá contar con mayor predictibilidad respecto a la interpretación del deber de colaboración que prestará la autoridad contratante al socio privado.

IV. PLANIFICACIÓN Y PREPARACIÓN DE PROYECTOS

La Disposición Modelo 5 establece los criterios para que las autoridades contratantes prevean la ejecución de proyectos de APP. Es interesante la propuesta de que estos criterios estén incluidos en el mismo marco normativo que regula la ejecución de los contratos de APP. En el Perú, este marco normativo no necesariamente es el mismo.

Por un lado, contamos con la normativa de Invierte.pe que regula las fases del ciclo de inversión, incluyendo los criterios y los estudios necesarios para que las entidades públicas formulen y evalúen los proyectos que pueden ejecutarse vía APP.¹⁵ Por otro lado, contamos con el Decreto Legislativo 1362 y su Reglamento, que es el marco que regula la adjudicación, celebración y ejecución de los proyectos de APP.

Teniendo en cuenta ello, resulta interesante cómo es que las Disposiciones Legales Modelo proponen recoger en una misma norma los criterios principales para que las entidades públicas estructuren proyectos de APP; y, los criterios que guían la ejecución del contrato de APP propiamente dicho. Contar con ambas regulaciones en un mismo marco normativo permite un entendimiento integral de cómo es el sistema de APP en un determinado país. Ello, no impide que existan otras normas que

reglamenten cada una de las actuaciones de las dependencias públicas; pero, la propuesta de contar con un marco normativo integral puede generar efectos positivos para la inversión privada en el Perú.

Por otro lado, llama la atención el segundo párrafo de la Disposición Modelo 6 que establece que cada Estado indicará que un determinado órgano será el encargado de: examinar las propuestas de proyectos de APP y los estudios de viabilidad presentados por la autoridad competente; elaborar directrices relativas a APP; asesorar a las autoridades contratantes sobre la metodología para la realización de estudios de viabilidad y otros estudios; preparar los documentos estándar de licitación y contratación para uso de las autoridades contratantes; prestar asesoramiento en relación con la ejecución de los proyectos de APP; entre otros. De esta manera, las Disposiciones Legales Modelo proponen centralizar dichas actividades en un solo órgano competente distinto a la autoridad contratante del proyecto.

En el Perú, las actividades antes mencionadas no son realizadas por un solo órgano; sino que, se reparten entre diferentes entidades dependiendo del tipo de proyecto. Dependiendo de si es un proyecto nacional o local, autofinanciado o cofinanciado, si involucra diferentes sectores o no, entre otras características, determinadas funciones las asume, por ejemplo, la Gerencia de Promoción de la Inversión Privada de cada entidad, el Ministerio de Economía y Finanzas, la Contraloría General de la República, PROINVERSIÓN, entre otros.

Por ejemplo, las directrices relativas a APP son emitidas por el Ministerio de Economía y Finanzas. Esta entidad ha emitido los Lineamientos para la asignación de riesgos en los contratos de Asociación Público-Privada¹⁶, los Lineamien-

15. Decreto Legislativo 1 252, Decreto Legislativo que crea el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 284-2018-EF.

16. Resolución Ministerial N° 167-2016-EF/15 que aprueba los Lineamientos para la asignación de riesgos en los contratos de Asociación Público-Privada.

tos para el diseño de contratos de Asociación Público-Privada¹⁷; y, los recientes Lineamientos para la respuesta del Estado frente a los potenciales impactos generados por la pandemia del COVID-19 en proyectos de Asociación Público-Privada.¹⁸

Al respecto, considerando el principio de autonomía política, económica y administrativa de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales¹⁹, en el Perú sería complicado que un solo órgano se encargue de todas las funciones listadas en las Disposiciones Legales Modelo. No obstante, lo que podría ser una propuesta interesante es centralizar aquellas funciones transversales en un solo organismo. Dichas actividades pueden ser, por ejemplo, la elaboración de las directrices relativas a APP; el asesoramiento en relación a proyectos de APP; el asesoramiento a las autoridades contratantes sobre la metodología para la realización de estudios de viabilidad; etcétera. Dicho organismo debería contar con los conocimientos técnicos, económicos, legales y de la industria, que sean suficientes para cumplir sus respectivas funciones.

V. ADJUDICACIÓN DE PROYECTOS

Las Disposiciones Legales Modelo desarrollan una serie de recomendaciones para regular los procedimientos de selección del licitante que ejecutará el proyecto de APP. Nuestra intención no es ahondar en estos procedimientos, pero resaltaremos aquellos criterios y pilares que rigen la adjudicación de proyectos.

En primer lugar, resalta lo indicado en la nota al pie 7 que señala que si bien existen elementos de los métodos de contratación tradicionales que se pueden utilizar de manera provechosa, se recomienda hacer ajustes de acuerdo a las

necesidades especiales de los proyectos de APP. Esta recomendación es valiosa para el Perú.

Si bien, en el contexto nacional existen diversos contratos que se celebran con entidades públicas, dependiendo del tipo de proyecto, la modalidad de contratación puede presentar diferencias importantes. Recordemos que, los proyectos de APP se diferencian de otros tipos de contratación estatal en, por ejemplo, la asignación de riesgos, la duración del contrato, el financiamiento del proyecto, el retorno de la inversión, etcétera. Por ello, dichas características pueden generar ajustes en los métodos de contratación.

En segundo lugar, las Disposiciones Legales Modelo resaltan la capacidad de negociación que se requiere para la ejecución de proyectos de APP; e, incluso, proponen un segundo tipo de procedimiento —el primer tipo es un proceso de licitación de dos etapas— que reconoce expresamente una etapa de diálogo —Disposición Modelo 18—. Es interesante el énfasis en la necesidad de contar con un margen de negociación entre la autoridad contratante y los licitantes; y, posteriormente, entre la autoridad contratante y el socio privado.

Así pues, la Disposición Modelo 14 señala que como parte del contenido de la solicitud de propuestas que debe emitir la autoridad contratante se encuentran: "*c) las cláusulas contractuales propuestas por la autoridad contratante, incluida una indicación de las que se consideren no negociables*".

De lo anterior se advierte que, el modelo de contrato de APP incluirá cláusulas que no sean negociables y, a contrario, cláusulas que sí lo sean. Es decir, no se trata de un contrato modelo que sea no negociable y sobre el cual el

-
17. Resolución Directoral N° 001-2019-EF/68.0 que aprueba los Lineamientos para el diseño de contratos de Asociación Público-Privada.
 18. Resolución Directoral N° 003-2020-EF/68.01 que aprueba Lineamientos para la respuesta del Estado frente a los potenciales impactos generados por la pandemia del COVID-19 en proyectos de Asociación Público-Privada.
 19. Constitución Política del Perú, artículos 191 y 194.

postor ganador deba adherirse, sino que se trata de un modelo de contrato que cuenta con cláusulas que pueden negociarse.

Si bien en el Perú, luego de la selección del postor ganador hay un espacio de definición de las cláusulas contractuales, lo cierto es que no hay un reconocimiento de un margen de negociación como tal. El postor ganador no cuenta con una disposición legal expresa para poder negociar determinadas cláusulas contractuales. De hecho, en la práctica, muchas veces el postor ganador no cuenta con un margen para definir las cláusulas contractuales con la autoridad contratante, sino que termina adhiriéndose al contrato que la entidad pública proponga.

Por su parte, la Disposición Modelo 22 señala en el numeral 1.a) lo siguiente:

"La autoridad contratante clasificará todas las propuestas que haya declarado conformes sobre la base de los criterios de evaluación e invitará al licitante que haya obtenido mejor puntuación a una negociación final del contrato de participación público - privada. La negociación final no se referirá a aquellas cláusulas contractuales que, en su caso, hayan sido declaradas no negociables en la solicitud de propuestas definitiva;". —El subrayado es nuestro—

Dicha disposición incluso regula qué es lo que sucedería si tras la negociación final entre la autoridad contratante y el postor ganador, no se llegará a obtener la celebración del contrato. Así, establece lo siguiente:

"b) Si a la autoridad contratante le resulta evidente que las negociaciones con el licitante convocado no culminarán en la celebración de un contrato, informará al licitante que ha decidido dar por terminadas las negociaciones y le dará un plazo razonable para que presente su mejor oferta final;

c) Si la autoridad contratante no considera aceptable la oferta, la rechazará e invitará a negociar a los demás licitantes, por orden de clasificación, hasta concluir un contrato de participación público - privada o rechazar todas las propuestas restantes;" —El subrayado es nuestro—

El margen de negociación cumple un rol importante en el desarrollo de una APP, puesto que finalmente la autoridad contratante celebrará un pacto contractual a largo plazo con su socio privado, quien va a asumir el riesgo de diseñar, financiar, ejecutar y operar el proyecto. Si ambas partes pueden negociar y definir las cláusulas contractuales se podría, por ejemplo, reducir el riesgo de errores técnicos y/o financieros en el contrato y, consecuentemente, reducir el número de modificaciones contractuales que intenten subsanar dichos errores.

Además, contar con un margen de negociación demostraría que la participación de la autoridad contratante es, como su propio nombre lo indica, como contratante y no como soberano. A pesar de ser una entidad pública que representa al Estado quien suscribe el contrato de APP, esta entidad no puede perder de vista que dicha actuación no se da en ejecución de su *ius imperium*, sino que se da como contraparte contractual de un inversionista privado.

En tercer lugar, las Disposiciones Legales Modelo resaltan la importancia de una competencia real en la preselección y selección de los licitantes. Incluso, la Disposición Modelo 9 en el numeral 4.c) establece que, si la autoridad contratante decide limitar el número máximo de licitantes, dicho número deberá asegurar que exista una competencia real.

Estas disposiciones van en el línea con lo que establece el marco normativo peruano, pues éste también incorpora como uno de los principios rectores de la ejecución de una APP al principio de competencia.²⁰

20. Decreto Legislativo 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos, artículo 4.1.1.

En cuarto lugar, resaltan los criterios de preselección indicados en la Disposición Modelo 10. Particularmente, el literal g) que establece lo siguiente:

"No haber sido condenados, así como tampoco sus directores o gestores, por algún delito relacionado con su conducta profesional o la formulación de declaraciones falsas acerca de sus calificaciones para celebrar un contrato público en... años [el Estado promulgante especificará el número de años] que antecedan al comienzo del proceso de adjudicación del contrato, ni haber sido tampoco objeto de inhabilitación o suspensión profesional a raíz de algún proceso administrativo".

Esta disposición plasma la restricción de participar como postor para ejecutar proyectos de APP en caso de haber sido condenado. En los últimos años, esta restricción ha sido objeto de constantes comentarios y críticas, como consecuencia de los últimos acontecimientos relacionados a casos de corrupción. Incluir una restricción de este tipo en el marco normativo que rige a las APP ha sido prioritario para la continuidad de los proyectos de APP. La recomendación que proponen las Disposiciones Legales Modelo nos parece adecuada, pues evita que la restricción sea excesivamente amplia y genérica; y, por el contrario, acota los efectos a determinadas personas y delitos.

En quinto lugar, la Disposición Modelo 23 reconoce que existen determinadas circunstancias en las que la autoridad contratante está facultada para negociar un contrato de APP de manera directa sin recurrir a un procedimiento.

Al respecto, considerando que los proyectos de APP en el Perú suelen ser de gran envergadura, contar con una contratación directa sin competencia real podría ser complicado. Esto, por ejemplo, se diferencia de otros tipos de contratación pública, donde puede haber proyectos en los que sí sea viable aplicar la contratación directa.

En todo caso, si hubiese la necesidad de realizar

una adjudicación directa, por ejemplo, por la necesidad urgente de garantizar la continuidad del servicio, podría gatillarse la opción que se propone en la nota al pie 19 de las Disposiciones Legales Modelo. Es decir, podría supeditarse la adjudicación directa del contrato de APP a la aprobación de una autoridad superior con objeto de que la autoridad contratante solo recurra a esta posibilidad en casos excepcionales.

En sexto lugar, la Disposición Modelo 29 establece que las propuestas presentadas por los licitantes serán tratadas de manera confidencial por parte de la autoridad contratante. Incluso, señala que:

"Toda conversación, comunicación y negociación entre la autoridad contratante y un licitante (...), será confidencial. Salvo que lo requiera la ley o una orden judicial, ninguna de las partes en las negociaciones revelará a un tercero el precio o cualquier dato técnico o de otra índole que guarde relación con las conversaciones, comunicaciones y negociaciones llevadas a cabo (...)".

A primera vista, dicha disposición puede sonar extraña. Normalmente, en procedimientos con entidades públicas se suele evitar utilizar el término "confidencial" y, por el contrario, se usa frecuentemente el término "transparencia". Sin embargo, la disposición anterior no es contraria a la transparencia que se requiere en las contrataciones públicas, pues lo que propone es que mientras dure el procedimiento de selección, se mantenga la confidencialidad respecto al contenido de las propuestas presentadas por los licitantes. Dicha confidencialidad puede resultar importante por razones comerciales y/o técnicas.

De todos modos, tal como establece la Disposición Modelo 31, la autoridad contratante contará con un expediente que incluye la información relativa al proceso de selección y adjudicación del proyecto. En el Perú, este expediente sería el equivalente al Libro Blanco del proyecto que tiene en su poder la autoridad contratante. Incluso, en el Perú, en caso algún administrado quisiera acceder a algún documento en parti-

cular del proceso de selección, puede solicitarlo a través del acceso a la información pública.

VI. CONTENIDO Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE APP

Las Disposiciones Legales Modelo reconocen dos tipos principales de contratos de APP. Por un lado, aquel proyecto cuya remuneración del socio privado consiste en ingresos de explotación, como el cobro de tarifas y derechos por concepto de utilización de la infraestructura o de prestación de servicios. Y, por otro lado, aquel cuya remuneración del socio privado consiste en pagos efectuados por la autoridad contratante —Disposición Modelo 33, literales f) y g)—.

Dentro del marco normativo peruano, también se puede identificar dos tipos de proyectos de APP. Por un lado, un proyecto autofinanciado cuando cuenta con la capacidad propia de generación de ingresos, que no requieren cofinanciamiento y cumplen con determinadas condiciones legales. Por otro lado, un proyecto cofinanciado cuando requiere cofinanciamiento, u otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que tienen probabilidad significativa de demandar cofinanciamiento.²¹ Dependiendo del tipo de proyecto, cada contrato incluye la regulación específica que corresponda.

Ahora bien, las Disposiciones Legales Modelo también reconocen la figura del "Organismo Regulador". Así, la Disposición Modelo 33 literal j) establece lo siguiente respecto a la función del organismo regulador:

"el derecho de la autoridad contratante o de otra autoridad pública a supervisar las obras que deba realizar y los servicios que deba prestar el socio privado y las condiciones y el margen de que dispondrá la autoridad contratante o un organismo regulador para or-

denar que se introduzcan variaciones en las obras y las condiciones de servicio o adoptar otras medidas razonables que considere apropiadas para que la infraestructura se explote debidamente y los servicios se presten de conformidad con los requisitos legales y contractuales aplicables;".

Como se advierte, no solo se reconoce la figura del organismo regulador, sino que incluso se le dota de un margen para ordenar variaciones en las obras y las condiciones de servicio. Esta recomendación supera las facultades que en el marco normativo peruano se le reconocen a los organismos reguladores.

Por ejemplo, OSITRAN, OSINERGMIN o INVERMET, no cuentan con facultades para ordenar modificaciones contractuales de un proyecto de APP. Jurídicamente solo las partes de un contrato pueden solicitar que se modifiquen las obras a ejecutar o el alcance contractual. Salvo que, en el propio contrato las partes decidan reconocer dicha facultad al organismo regulador —lo cual no suele ocurrir—, éste no está facultado para modificar el contrato. Por ello, sorprende la recomendación de las Disposiciones Legales Modelo respecto a que un organismo regular pueda *"ordenar que se introduzcan variaciones en las obras y las condiciones de servicio."*

Por otro lado, la Disposición Modelo 37 regula la adquisición de derechos relativos a terrenos. El párrafo 2 indica expresamente que el encargado de realizar la adquisición forzosa de terrenos es la entidad pública, no el inversionista privado.

Esta idea suele reconocerse durante la ejecución de una APP en el Perú, pero contar con una disposición legal expresa sería positivo. Sobre todo, si consideramos que, en la práctica peruana, durante el desarrollo de los proyectos de APP suelen presentarse retrasos o dificultades por la demora o falta de adquisición de te-

21. Decreto Legislativo 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos, artículo 22.

renos por parte de la entidad pública. Así, con una disposición legal como la propuesta, quedaría claro que el responsable de tales retrasos o dificultades en la ejecución de la APP sería la entidad pública y no el inversionista privado. No solo se trataría de una obligación contractual, sino también de una obligación legal de la entidad pública, lo que puede generar efectos positivos en el mercado peruano.

Por otro lado, las Disposiciones Legales Modelo regulan las garantías reales —directamente vinculadas al financiamiento del proyecto—, la posibilidad de realizar la cesión del contrato de APP, el traspaso de control de la sociedad del socio privado, la modificación del contrato de APP, etcétera. No ahondaremos en estas disposiciones, pero sugerimos revisarlas.

Ahora bien, la Disposición Modelo 44 regula una indemnización por cambios legislativos a favor del socio privado, siempre que dichos cambios generen que el costo que le exija el cumplimiento del contrato haya aumentado sustancialmente o el beneficio que debe obtener el inversionista por dicho cumplimiento haya disminuido sustancialmente.

En el Perú, esta indemnización suele recogerse dentro del denominado "*restablecimiento del equilibrio económico financiero*". Típicamente, los contratos de APP contienen una sección que regula los mecanismos para restablecer al socio privado en caso se hayan presentado cambios normativos que impacten en los costos o ingresos que éste tenía previsto asumir o recibir, respectivamente. Esta sección ha cobrado especial relevancia a partir de la ocurrencia de la pandemia mundial COVID-19 e incluso ha sido parte del objeto de análisis del Ministerio de Economía y Finanzas para emitir los recientes "Lineamientos para la respuesta del Estado frente a los potenciales impactos generados por la pandemia del COVID-19 en proyectos de Asociación Público-Privada."²²

Finalmente, pero no menos importante, resalta la perspectiva financiera que recogen estas Disposiciones Legales Modelo. Así, por ejemplo, la nota al pie 34 indica expresamente que las tarifas pueden ser la principal fuente de ingresos, o incluso la única, que permite al socio privado amortizar las inversiones realizadas en el proyecto cuando la autoridad pública no aporte subvenciones o pagos específicos.

Esta recomendación es importante. Aun cuando parezca evidente que, en este tipo de proyectos, las tarifas cumplen un rol principal, contar con una disposición legal expresa que reconozca el vínculo directo entre el pago de tarifas y la recuperación de la inversión del socio privado es fundamental.

Si tenemos en cuenta los últimos acontecimientos en el Perú; en específico, si consideramos que durante el 2020 el Congreso de la República ordenó suspender el pago de las tarifas del peaje por un determinado periodo de tiempo, la recomendación de las Disposiciones Legales Modelo cobra un rol importante. Si bien cierto, posteriormente el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional tal medida, lo cierto es que con una disposición legal expresa que reconozca la importancia del pago de la tarifa en un contrato de APP, habría mayor seguridad de que las entidades públicas no atenten contra la lógica económica financiera del contrato.

VII. DURACIÓN, PRÓRROGA Y RESCISIÓN DEL CONTRATO DE APP

En las últimas secciones, las Disposiciones Legales Modelo describen los elementos principales del contrato de APP. Para culminar el presente artículo, comentaremos puntalmente algunos de dichos elementos.

En primer lugar, se regulan las causales y las consecuencias de la rescisión del contrato de APP. Por ejemplo, en caso la autoridad contra-

22. Resolución Directoral N° 003-2020-EF/68.01 que aprueba Lineamientos para la respuesta del Estado frente a los potenciales impactos generados por la pandemia del COVID-19 en proyectos de Asociación Público-Privada.

tante rescinda el contrato por razones de interés público, la Disposición Modelo 50 reconoce que se reconocerá una indemnización al socio privado cuyas condiciones se deberán establecer en el contrato.

En segundo lugar, respecto a la rescisión del contrato APP, la Disposición Modelo 52 incorpora la posibilidad de terminar el contrato por mutuo acuerdo de las partes. Esta opción es útil, pues finalmente el contrato es una regulación con efectos *inter-partes* y son ellas quienes deberían contar con la opción de rescindir el contrato, en caso hayan llegado a un mutuo acuerdo. No necesariamente deben ocurrir incumplimientos contractuales o razones de interés público para rescindir un contrato, sino que también podría suceder que las circunstancias, que escapen del control de las partes, hagan el negocio inviable. Si ello es así, permitir que las partes acuerden terminar la relación contractual es lo más lógico.

Por último, resalta la Disposición Modelo 53 que establece que el socio privado tiene derecho a una indemnización tras la rescisión y expresamente establece que dentro de tal indemnización se incluirán *"los gastos realizados o las pérdidas sufridas por cualquiera de las partes, incluido, en su caso, el lucro cesante."* Esta recomendación ayuda a que haya más predictibilidad respecto a que se puede o no reconocer dentro de la indemnización.

VIII. CONCLUSIONES

Las Disposiciones Legales Modelo generarán, sin duda, efectos en nuestra legislación. Sin embargo, más allá de los cambios o novedades que se vayan a emitir en nuestra normativa nacional, debemos resaltar una de las recomendaciones que nos da la CNUDMI para ejecutar un proyecto de APP con éxito: contar con instituciones capaces, fuertes y eficientes.

Ello quiere decir que, además de contar con un marco normativo sólido que reconozca la importancia de la inversión privada, es indispensable contar con recursos que apliquen dichas normas, considerando la industria en la que se desarrolla el proyecto. Las instituciones deben contar con los conocimientos técnicos, económicos y jurídicos suficientes para poder aplicar las normas sin perder de vista los efectos de la misma y el contexto en el que se aplican.

Las Disposiciones Legales Modelo ratifican la importancia de la transparencia en la estructuración, adjudicación y ejecución de proyectos de APP. Además, reconocen la importancia de contar con un margen de negociación entre la autoridad contratante y el socio privado. En el Perú, debemos interiorizar esta idea. Quizás, esta sea una de las recomendaciones más valiosas de las Disposiciones Legales Modelo.

Por último, las Disposiciones Legales Modelo recomiendan incluir en el marco normativo una disposición que brinde mayor predictibilidad respecto a la indemnización que se puede gatillar a favor del socio privado, bajo determinadas circunstancias. Esta disposición puede resultar útil, sobre todo si consideramos los últimos cambios normativos que se han emitido en el Perú a raíz de la ocurrencia de la pandemia del COVID-19, que pueden gatillar una situación que amerite ser indemnizada a favor del socio privado.

En el derecho todo evoluciona. Por ello es necesario que la normativa peruana se alinee a los estándares y las prácticas internacionales. Con ello, no solo se generan efectos positivos para los inversionistas nacionales, sino que también permite incentivar las inversiones extranjeras. Esperemos que los cambios que se generen a raíz de las Disposiciones Legales Modelo sean positivos para la infraestructura y los servicios públicos que se prestan en el Perú.