UNIVERSIDAD PERUANA DE CIENCIAS APLICADAS

ESCUELA DE POSTGRADO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN REGULACIÓN

Las optimizaciones en los contratos de asociación público privada a la luz de la normativa
vigente: la regulación incoherente

TESIS

Para optar el grado académico de Maestro en Regulación

AUTOR

Li Ojeda Jaime Alfieri (0000-0003-4242-7371)

ASESOR(ES)

Henderson Palacios Lucy (0000-0002-0707-0381)

Lima, [03 de diciembre 2019]

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo de investigación a mis padres, hermano y amada esposa quienes siempre me apoyaron para la culminación del reto que ha significado la culminación de mi maestría en regulación

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a los diversos profesionales del sector privado como del sector público (Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Autoridad Autónoma del Sistema Eléctrico de Transportes Masivo de Lima y Callao, y Proinversión quienes me apoyaron en todo momento brindándome información muy útil para el desarrollo de mi tesis.

RESUMEN

Por medio del Decreto Supremo N° 410-2015-EF, el cual aprobó el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas (en adelante, las APP's) y Proyectos en Activos (actualmente derogado) se incorporó a las optimizaciones en el marco normativo nacional referido a la ejecución de contrato de APP. El mencionado mecanismo ha vuelto a ser considerado dentro del Decreto Legislativo N° 1362 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 240-2018-EF. Así, las optimizaciones se incorporaron como un mecanismo para realizar cambios a determinadas obligaciones establecidas en los contratos de APP.

No obstante, se ha apreciado que dichas optimizaciones presentan una regulación confusa, la cual ha generado confusiones y discordancias respecto de en su correcta ejecución y, por ende, el desarrollo de las obligaciones establecidas en los contratos; ello se aprecia por ejemplo en el caso específico del Contrato de Concesión de la Línea 2 del Metro de Lima.

Por lo tanto, por medio del presente trabajo de investigación se planteará una propuesta de regulación de las optimizaciones, la cual tiene por finalidad que estas se vuelvan una herramienta que permita mejorar su aplicación en los contratos de APP.

Palabras clave: [Asociaciones Público Privadas; modificación de contratos de concesión; optimizaciones; regulación coherente]

optimizations in private public association contracts in light of current regulations:
incoherent regulation

ABSTRACT

Through the promulgation of Supreme Decree 410-2015-EF, which approved the Regulation of Legislative Decree No. 1224, Legislative Decree that regulates the Promotion of Private Investment through Public-Private Partnerships and Projects in Assets was incorporated into the optimizations in the national regulatory framework referred to the execution of the PPP contract. The mentioned mechanism has been considered again in Legislative Decree No. 1362 and its regulations approved through Supreme Decree No. 240-2018-EF. Thus, the optimizations were incorporated as a mechanism to make changes to certain obligations established in the PPP contracts.

However, it has been appreciated that these present incoherent regulations, which damages their correct execution and, therefore, the development of the established obligations; This has been seen in the specific case of the Concession Contract for Line 2 of the Lima Metro.

Therefore, by means of this research work, a proposal for the regulation of optimizations will be proposed, it is intended that they become a tool to improve their application in PPP contracts.

Key words: [Public Private Partnerships; modification of concession contracts; optimizations; consistent regulation]

Tabla de Contenidos

RESUMEN.....	III
OPTIMIZATIONS IN PRIVATE PUBLIC ASSOCIATION CONTRACTS IN LIGHT OF CURRENT REGULATIONS: INCOHERENT REGULATION	IV
ABSTRACT.....	IV
1. CAPITULO I: MARCO TEÓRICO: LA DEFINICIÓN E IMPORTANCIA DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN EL MARCO DE LA NORMATIVA NACIONAL Y LA LITERATURA INTERNACIONAL ENFOCADA EN LA EJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES A SER ASUMIDAS POR LAS PARTES	1
1.1 LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS COMO MECANISMOS QUE PROMUEVEN LA COMPETITIVIDAD DE LOS PAÍSES	1
1.2 LA COMPLEJIDAD EN LA DEFINICIÓN DE LAS APP	5
1.3 PRESENCIA DE EXPERIENCIA Y RECURSOS DEL SOCIO PRIVADO	15
<i>1.3.1 De la experiencia y recursos del socio privado en la contratación pública tradicional.....</i>	<i>15</i>
<i>1.3.2 De la experiencia y recursos del socio privado en la contratación mediante las APP's</i>	<i>16</i>
1.4 DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS ENTRE LAS PARTES	18
<i>1.4.1 De la asignación de riesgos entre las partes en la contratación pública tradicional</i> 19	
<i>1.4.2 Distribución de riesgos entre las partes en las APP's</i>	<i>22</i>
1.5 PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS COMO ELEMENTO INDISPENSABLE EN UNA APP ..	25
1.6 RESPECTO DEL PRINCIPIO DEL “VALUE FOR MONEY” O PRINCIPIO DEL VALOR POR DINERO	28
<i>1.6.1 Análisis Cuantitativo del VpD</i>	<i>31</i>
<i>1.6.2 Análisis Cualitativo del VpD</i>	<i>32</i>
1.7 LA RENEGOCIACIÓN DE OBLIGACIONES EN LOS CONTRATOS DE APP ‘s	34
1.8 DE LOS PROBLEMAS QUE SE PRESENTAN EN EL PROCESO DE RENEGOCIACIÓN DE LOS CONTRATOS DE APP	37

1.8.1	<i>Sobre el contenido de las modificaciones de los contratos</i>	37
1.8.2	<i>Sobre los intereses de las partes en el proceso de renegociación</i>	39
1.9	CONCLUSIÓN.....	44
2.	CAPITULO II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: PRESENCIA DE UN INCOHERENTE MARCO REGULATORIO PARA LA APLICACIÓN DE LAS OPTIMIZACIONES.....	45
2.1	CONCEPTO DE OPTIMIZACIÓN EMPLEADO EN EL PRESENTE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN.....	45
2.2	DEL CONCEPTO DE “COHERENCIA REGULATORIA”	46
2.3	DEL ESTABLECIMIENTO DE LAS OPTIMIZACIONES EN LA NORMATIVA NACIONAL	50
2.3.1	<i>Del marco regulatorio de las optimizaciones en la normativa nacional.....</i>	52
2.4	«EFFICIENCY	61
2.5	«PARETO EFFICIENCY	62
2.6	OTROS ASPECTOS NORMATIVOS QUE DIFICULTAN LA EJECUCIÓN DE LAS OPTIMIZACIONES 73	
2.6.1	<i>No se establece claramente la asignación del riesgo sobre la ejecución de la optimización.....</i>	73
2.6.2	<i>No se establece si los elementos establecidos para la aplicación de las optimizaciones pueden ser aplicados de manera individual o de manera conjunta</i>	74
2.7	CONCLUSIÓN.....	75
3.	CAPITULO III: PROPUESTA DE SOLUCIÓN: PROPUESTA DE MODIFICACIÓN REGULATORIA DE APLICACIÓN DE OPTIMIZACIONES EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN	76
3.1	ESTABLECIMIENTO DE MEJORAS EN EL MARCO NORMATIVO DE LAS OPTIMIZACIONES ...	76
3.1.1	<i>Objetivo del marco regulatorio de las optimizaciones en las APP</i>	77
3.1.2	<i>Alcance del marco regulatorio de las optimizaciones en las APP</i>	79
3.1.3	<i>Elección del instrumento normativo para la promulgación de la mejora regulatoria 82</i>	
3.1.4	<i>Responsabilidad para las partes al momento de la implementación de la optimización</i>	83

3.2	<i>PROPUESTA CONSOLIDADA DE MODIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN DE LAS OPTIMIZACIONES EN LOS CONTRATOS DE APP</i>	84
4.	REFERENCIAS	91
5.	ANEXOS	98

INDICE DE TABLAS

Table 1.- Propuesta de modificación de la regulación de las optimizaciones	85
--	----

ÍNDICE DE FIGURAS

Ilustración 1.- Modelo que explica la efectividad de las APP como mecanismo de competitividad regional	4
Ilustración 2.- Indices de competitividad global	5
Ilustración 3.- índice de competitividad global del Perú 2018	6
Ilustración 4.- Ejemplos de nomenclaturas contractuales de APP	8
Ilustración 5. Criterios para definir los niveles de servicio	58

1. CAPITULO I: MARCO TEÓRICO: LA DEFINICIÓN E IMPORTANCIA DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN EL MARCO DE LA NORMATIVA NACIONAL Y LA LITERATURA INTERNACIONAL ENFOCADA EN LA EJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES A SER ASUMIDAS POR LAS PARTES

1.1 Las Asociaciones Público-Privadas como mecanismos que promueven la competitividad de los países

Resulta necesario comenzar el desarrollo del presente trabajo planteando —como marco teórico— la importancia que presentan las APP's en el desarrollo de los Estados como generadoras de competitividad.

Ahora bien, lo antes mencionado será realizado de manera general, puesto que no forma parte del tema central del presente trabajo de investigación, pero es necesario para demostrar la importancia de contar con una regulación coherente que permita dotar de agilidad a la ejecución de dichos contratos, a efectos de atraer capitales privados quienes se encargarán de desarrollar servicios públicos y/o infraestructura que los Estados, por diversas razones, no pueden desarrollar de manera directa, y con ello cumplir con el interés público inmerso en dichos servicios.

En razón a lo anterior, Chiri menciona que «la competitividad es un proceso que supone la mejora permanente del ambiente donde operan las empresas y responde a los retos propios de la etapa de desarrollo de cada país. Según Porter, en la medida en que estos desarrollan sus ventajas competitivas y formas de competir, se mueven a través de tres momentos característicos: la competencia basada en la producción de recursos naturales, basada a su vez en la eficiencia en la

producción o a la innovación. Los países más competitivos del mundo, que además compiten innovando, también se encuentran en la frontera tecnológica.»¹

Así, «[...] el esfuerzo por mejorar la competitividad es permanente y ubica a los países en diferentes etapas en su desarrollo competitivo; así los menos competitivos lo hacen sobre la base de recursos naturales, mientras que las más competitivas lo hacen basándose en la innovación. Este marco analítico sugiere, además, que se deben hacer esfuerzos conscientes para mantener altos niveles de competitividad; ello implica que los países y regiones desarrollen estrategias para competir, que, formulando una propuesta de valor único, así como un conjunto de objetivos, políticas y prioridades, en el largo plazo aseguren la obtención de mayores niveles de prosperidad.»²

Dado lo anterior, Akitoby, Hemming & Schwartz mencionan que se ha incrementado el número de países que utilizan a las APP's como un mecanismo para promover la provisión de infraestructura y servicios públicos por parte del sector privado³. «Ello se debe a que las APP permiten a los gobiernos evitar o diferir el gasto en la infraestructura sin renunciar a sus beneficios»⁴. Así, al desarrollar ciertos proyectos por medio de las APP's se contribuye en la generación de competitividad, ya que, además del uso eficiente de los recursos antes mencionado,

¹ **Chiri, Adolfo.** Marco Analítico de la Competitividad de Michel E. Porter. En: Alarco, Germán y Otros. Competitividad y Desarrollo, Evolución y Perspectivas Recientes. Ed, Planeta. Centrum, Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp40

² **Idem,** Pp 42

³ **Op cit, Akitoby, Hemming & Schwartz,** Public Investment and Public-Private Partnerships. Economic Issues N° 40. International Monetary Fund. 2007. Pp 8
Texto original :
«An increasing number of countries have entered into PPPs to promote the private sector supply of infrastructure assets and infrastructurebased services»

⁴ **PANAMPOST.** El éxito de las Asociaciones Público Privadas en el Perú. Visto en: <https://es.panampost.com/rafael-arribas/2014/03/14/el-exito-de-las-asociaciones-publico-privadas-en-peru/>

los servicios públicos desarrollados por los privados tienden a ser más eficientes y de mejor calidad de lo que ofrecería el Estado directamente.

Efectivamente, por medio de una investigación realizada por Wilder Pizarro Rodas y Luz del Rosario Alatrística Del Aguila denominada “efectividad de las asociaciones público-privadas como mecanismo de competitividad en el ámbito de mayor incidencia regional 2010-2015”, véase Imagen N° 1, en el Perú determinaron lo siguiente:

«• En cuanto a la primera pregunta específica: ¿Han sido efectivas las APP como mecanismo de actividad económica en el ámbito regional en el periodo 2010-2015?, [...] , en las regiones consideradas en el estudio muestran que la promoción de inversiones por la modalidad de APP conducen a un proceso de convergencia en crecimiento económico, es decir que en el tiempo, las regiones con menores tasas de crecimiento económico, alcanzarían a las regiones con mayores tasas de crecimiento económico logrando así cerrar la brechas en cuanto a la actividad económica regional.

[...]

- En cuanto a la segunda pregunta específica ¿Han sido efectivas las APP en la formación de capital humano en el ámbito regional en el periodo 2010-2015?, de acuerdo a los resultados [...] la inversión por APP tiene efecto significativo para cerrar brechas en la tasa de analfabetismo, la tasa de asistencia escolar, los años promedio de educación, los colegios con acceso a internet y la PEA ocupada con educación superior.

[...]

- Por último, con respecto a la tercera pregunta específica: ¿Han sido efectivas las APP en la formación de infraestructura en el ámbito regional en el periodo 2010-2015?, [...] la inversión por la modalidad de APP tiene potencialidades positivas y significativas para cerrar brechas de densidad vial, incrementar la red vial asfaltada por región, cerrar la brecha de hogares con acceso a internet e incrementar la frecuencia de vuelos a nivel regional.

[...]»⁵

Ilustración 1.- Modelo que explica la efectividad de las APP como mecanismo de competitividad regional

⁵

Pizarro Rodas, Wilder y Alatrística Del Aguila, Luz del Rosario. Efectividad de las asociaciones público privadas como mecanismo de competitividad en el ámbito de mayor incidencia regional 2010 – 2015. Tesis para obtener el Grado de Magister en Gestión Pública. Universidad San Ignacio de Loyola. Pp. 65-67.
En: http://repositorio.usil.edu.pe/bitstream/USIL/2547/1/2017_Pizarro_Efectividad_de_las_asociaciones.pdf

En razón a ello, conforme se aprecia en la Imagen N° 2 y la imagen N° 3, siendo que el desarrollo de infraestructura es uno de los pilares de la competitividad, queda claro que las APP's son un mecanismo que ayuda a la generación de competitividad debido a la contribución del desarrollo económico producto de la participación de los capitales privados.

Ilustración 2.- Indices de competitividad global

Peru

63rd / 140

Global Competitiveness Index 4.0 2018 edition

Rank in 2017 edition: 60th/135

Performance Overview 2018 Key ◇ Previous edition ▲ Upper middle income group average □ Latin America and the Caribbean average

Selected contextual indicators

Population millions	31.8	GDP (PPP) % world GDP	0.33
GDP per capita us\$	6,762.2	Unemployment rate %	3.6
10-year average annual GDP growth %	4.8	5-year average FDI inward flow % GDP	4.1

Social and environmental performance

Environmental footprint gha/capita	2.3	Global Gender Gap Index 0-1 (gender parity)	0.7
Inclusive Development Index 1-7 (best)	4.3	Income Gini 0 (perfect equality) -100 (perfect inequality)	43.8

IMAGEN N° 3

Fuente:

World Economic Forum. Global Competitiveness Index 4.0 2018 edition. Pp 459

Ilustración 3.- índice de competitividad global del Perú 2018

Habiendo mencionado de manera general el efecto que tienen las APP's como mecanismos para la generación de competitividad, se procederá a analizar su definición, a efectos de establecer el marco teórico que permitirá realizar el análisis de la regulación de las optimizaciones.

Entonces, corresponde señalar que las APP's, como instrumento de promoción de la inversión privada, han sido incorporadas en cada país según sus propias necesidades y particularidades⁶. En ese sentido, no existe una definición unificada de lo que debe de entenderse como una APP's y con ello de los elementos que influyen en la ejecución de las obligaciones a ser asumidas por las partes.

No obstante, para que los gobiernos puedan garantizar el desarrollo de infraestructura y servicios eficientes en la modalidad de APP's, la literatura internacional reconoce que se requiere que todo gobierno desarrolle tres factores claves, los cuales son:

- El marco regulatorio que gobierne a las APP's.
- Los procesos de selección, la implementación de las APP's y el papel que juega el ministerio de finanzas en este contexto.
- Las obligaciones contractuales sobre las cuales se basan las APP's determinarán directamente el riesgo fiscal incurrido por el gobierno, lo cual debe de estar

⁶ **Op cit, Banco Interamericano de Desarrollo (BID)**, Asociaciones Público-Privadas: Implementando soluciones en Latino América y el Caribe. Introducción a las Asociaciones Público-Privadas. Unidad 1: Visión General de las APP. Pp. 07

acompañado de una contabilidad fiscal transparente y divulgación completa de todos los riesgos fiscales.⁷

Asimismo, resulta necesario mencionar que tampoco existe un número establecido o *numerus clausus*⁸ de nomenclaturas contractuales que constituyan todas las posibilidades con las que cuentan los Estados para la formulación y ejecución de APPs. No obstante, en la siguiente imagen se aprecian las nomenclaturas contractuales más usuales utilizadas para la formulación y ejecución de APP's.

Ilustración 4.- Ejemplos de nomenclaturas contractuales de APP

⁷ Akitoby, Hemming & Schwartz, *Public Investment and Public-Private Partnerships*. Economic Issues N° 40. International Monetary Fund. 2007. Pp 10.

Texto original:

«How can governments ensure that PPPs provide high-quality infrastructure services efficiently? Three key factors are (1) the legal framework governing PPPs, (2) the processes for selecting and implementing PPPs, as well as the role the ministry of finance plays in this context, and (3) the contractual obligations on which PPPs are based that directly determine the fiscal risk incurred by the government. In addition, governments should aim at transparent fiscal accounting and comprehensive disclosure of all fiscal risks.»

⁸ **Diccionario panhispánico del español jurídico de la Real Academia de la Lengua Española.**

«Numerus Cláusus: Carácter taxativo de los supuestos comprendidos en una norma.»

Entonces, en razón a la importancia que presentan las APP's en el proceso de generación de competitividad y en concordancia con los factores claves que permitirían garantizar el desarrollo de infraestructura y servicios eficientes en la modalidad de APP's antes mencionados, el presente capítulo se centrará a analizar y determinar las consideraciones regulatorias que integran la definición de las APP's en la normativa nacional enfocados en la ejecución de las obligaciones a ser asumidas entre las partes en el marco de lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la promoción de la inversión privada mediante asociaciones público privadas y proyectos en activos (en adelante, el **Decreto Legislativo**) y el Decreto Supremo 240-2018-EF, por medio del se aprobó el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, (en adelante, el **Reglamento**) y la literatura internacional; esto se desarrollará tomando como punto de comparación la ejecución de obligaciones en los procesos de contratación tradicional llevado a cabo en el marco de lo establecido en la Ley N° 30225, por medio de la cual se aprobó la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la **Ley de Contrataciones**), pero de manera general al no ser el desarrollo de la contratación pública el objeto del presente trabajo. Lo antes señalado permitirá establecer el contexto que servirá como base para sustentar el problema que justificó el desarrollo del presente trabajo de investigación; sin intentar disminuir la complejidad de los procesos de contratación tradicional.

En ese sentido, en lo que respecta al marco normativo nacional, se tiene que en el Artículo 20° del Decreto Legislativo, las APP's se definen de la siguiente manera:

«Artículo 20. Definición

- 20.1 Las Asociaciones Público Privadas constituyen una modalidad de participación de la inversión privada, mediante contratos de largo plazo en los que interviene el Estado, a través de alguna entidad pública y uno o más inversionistas privados.
- 20.2 Mediante Asociaciones Público Privadas **se desarrollan proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a infraestructura pública y servicios públicos, investigación aplicada, y/o innovación tecnológica.**
- 20.3 En las Asociaciones Público Privadas, **se distribuyen riesgos y recursos; en este último caso, preferentemente privados.**
- 20.4 Las Asociaciones Público Privadas se originan por iniciativa estatal o por iniciativa privada.» (el resaltado es agregado)

Así, como primera característica de nuestro marco normativo, el cual se guía de conceptos desarrollados por diversos órganos internacionales -los cuales serán mencionados a continuación- es que no se ha establecido un *numerus clausus* de nomenclaturas contractuales que puedan ser empleadas para la formulación de contratos APP.

En ese sentido, para los fines del presente trabajo, se empleará el término “concesión” o APP de forma indistinta, puesto que una concesión es una nomenclatura o forma de ejecución contractual dentro de la categoría de la APP y es la nomenclatura más empleada en el Perú. «El término "concesión" se usa globalmente para varios propósitos diferentes. En su forma más básica, el término significa la concesión por parte de un gobierno del derecho a proporcionar un servicio o al uso de un activo, por ejemplo, la concesión del derecho a explotar los recursos naturales ubicados en un terreno particular o debajo de él. También se usa para referirse a diferentes estructuras PPP. [...]»⁹

Entonces, el desarrollo de la normativa nacional antes mencionada sigue la línea de desarrollo de diversos organismos internacionales; por ejemplo, del Banco Mundial, el cual define a las APP's de la siguiente manera:

«Un contrato de largo plazo entre un socio privado y una entidad gubernamental, **para proveer bienes o servicios públicos, en los cuales el socio privado asume riesgos significativos y la responsabilidad de la administración** y la remuneración se encuentra vinculada al desempeño.

⁹ **DELMON JEFFREY (2010).** in Understanding Options for Public-Private Partnerships infrastructure, The World Bank Finance and Economics & Urban Department. Pp09

Texto original

«The term “concession” is used globally for a number of different purposes. At its most basic, the term means the grant by a government of a right to provide a service or to use an asset, for example the grant of the right to exploit natural resources located on or under a particular plot of land. It is also used to refer to different PPP structures. [...]»

Esta Definición:

- Incluye las APP's que proporcionan tanto activos nuevos como existentes y servicios relacionados.
- Incluye las APP's en las que la parte privada es pagada integralmente por los usuarios y aquellas en las que la agencia gubernamental realiza algunos o todos los pagos.
- Incluye contratos en muchos sectores y para muchos servicios, **siempre que haya un interés público en la prestación de estos servicios y el proyecto involucre activos de larga vida** vinculados a la naturaleza a largo plazo del contrato APP»¹⁰ (Resaltado es agregado)

Asimismo, para la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) las APP's son consideradas de la siguiente manera:

¹⁰ Banco Mundial (2016). PPP Reference Guide 3.0.

Texto Original

«A long-term contract between a private party and a government entity, for providing a public asset or service, in which the private party bears significant risk and management responsibility and remuneration is linked to performance.

This definition

- Encompasses PPPs that provide for both new and existing assets and related services;
- Includes PPPs in which the private party is paid entirely by service users, and those in which a government agency makes some or all payments;
- Encompasses contracts in many sectors and for many services, provided there is a public interest in the provision of these services and the project involves long-life assets linked to the long-term nature of the PPP contract. »

«[...] **acuerdo entre el gobierno y uno o más privados** (lo cual podría incluir al operador y los financiadores), conforme a cual de **los privados ofrecen el servicio de una determinada manera que los objetivos de la prestación del gobierno estan alineados con los objetivos de beneficio de los socios privados y donde la efectividad de los alineamientos depende de una suficiente transferencia de riesgos a los socios privados**»¹¹. (Resaltado agregado)

En esa misma linea, para el Fondo Monetario Internacional (FMI), las Asociaciones Público Privadas, se refieren a:

«[...] mecanimos donde **el sector privado provee infraestructura y servicios que tradicionalmente son prestados por el Estado**. En adición a la ejecución y financiamenton privado de la inversión pública, las APP's tiene dos importantes características: **hay un énfasis en la provisión del servicio, tanto como la inversión, por parte de sector privado, y una significativa transferencia de riesgos por parte del gobierno al sector privado, [...]**»¹² (Resaltado agregado)

Por último, para el Banco Europeo de Inversiones (EIB), una Asociación Público Privada es:

¹¹ **OCED** (2008), Public-Private Partnerships: In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money. Pp 17.

Texto Original:

«As an agreement between the government and one or more private partners (which may include the operators and the financers) according to which the private partners deliver the service in such a manner that the service delivery objectives of the government are aligned with the profit objectives of the private partners and where the effectiveness of the alignment depends on a sufficient transfer of risk to the private partners. [...]

¹² **FMI** (2006), Public Private Partnerships, Government Guarantees, and Fiscal Risk, Fiscal Affairs Department. Pp 4.

Texto Original:

«Public-Private Partnerships (PPPs) refer to arrangements where the private sector supplies infrastructure assets and services that traditionally have been provided by the government . In addition to private execution and financing of public investment, PPP's have two other important characteristics: there is an emphasis on service provisión, as well as investment, by the private sector, and significant risk is transferred from the government to the private sector. [...]

«[...] un término genérico para la relación formada entre el sector privado y organismos públicos a menudo **con el objetivo de introducir recursos del sector privado y/o experiencia con el fin de ayudar a proporcionar y entregar los bienes y servicios del sector público.** [...]»¹³ (Resaltado agregado).

Entonces, de un análisis de las diversas definiciones antes citadas, en concordancia con lo establecido en la normativa nacional, se aprecia que los elementos que definirán a los contratos de APP's en el Perú y, por ende, las particularidades de la ejecución de las obligaciones de estos, son los siguientes:

- a) Presencia de experiencia y recursos del socio privado
- b) Transferencia de riesgos entre las partes
- c) Prestación de servicios públicos con miras a la satisfacción de un interés público

A continuación, se procederá a analizar los elementos que definirán a las APP's en comparación con el método de contratación tradicional.

¹³ **EIB** (2004), The EIB'S Role in Public-Private Partnerships (PPPs).

Texto Original:

«PPP Is a generic term for the relationships formed between the private sector and public bodies often with the aim of introducing private sector resources and/or expertise in order to help provide and deliver public sector assets and services. The term PPP is thus used to describe a wide variety of working arrangements from loose, informal and strategic partnerships, to design-build-finance-and-operate (DFBO) type service contracts and formal joint venture companies.»

1.3 Presencia de experiencia y recursos del socio privado

1.3.1 De la experiencia y recursos del socio privado en la contratación pública tradicional

En lo que respecta al primer punto, en un proceso de contratación tradicional en el marco de la Ley de Contrataciones, el privado, de primera mano, ejecuta lo expresamente solicitado por el Estado y por lo que solicita el reconocimiento de gastos y pago por los trabajos realizados. El privado no asume más riesgos de lo expresamente establecido en el contrato.

Efectivamente, y en concordancia con lo establecido en el Artículo 1° de la Ley de Contrataciones¹⁴, «[...] cuando la infraestructura es licitada de forma convencional significa que la autoridad licitante paga por el trabajo contra el presupuesto público y asume la entera responsabilidad del activo cuando la construcción es completada. Los pagos usualmente son hechos a medida que el trabajo avanza. El contratista será responsable de reparar defectos a su costo durante un corto periodo y de ser posible proveerá seguridad [...] con respecto a su responsabilidad por los defectos. [...] para las labores ordinarias de mantenimiento usualmente se contrata a un agente privado de manera separada. Sin embargo, la gestión a largo plazo o el ciclo de vida la administración (y los riesgos relacionados) siguen siendo responsabilidad directa del gobierno, agencia pública o corporación creada para ese propósito.»¹⁵

¹⁴ **«Artículo 1. Finalidad**
La presente Ley tiene por finalidad establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos. Dichas normas se fundamentan en los principios que se enuncian en la presente Ley.» (Resaltado es agregado)

¹⁵ The Public – Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF). The APMG Public Private PartnerShips (PPP) Certification Guide, Chapter 1: Public-Private Partnerships – Introduction and Overview. Pp 25.

Texto original:

Por lo tanto, en el ámbito de la contratación tradicional —de manera general por no ser materia del presente trabajo de investigación—, el aporte de experiencia se limita al cumplimiento de lo estrictamente requerido por el Estado sin mayor internalización de riesgos tales como los que implican la gestión de un servicio público, a efectos de ser retribuidos por ello. Después de ello, el Estado se hace responsable de la infraestructura por lo que decide si la opera directamente o se la entrega a otro privado mediante un contrato de gestión-

1.3.2 De la experiencia y recursos del socio privado en la contratación mediante las APP's

A diferencia de un proceso de contratación tradicional, la presencia de experiencia y recursos del socio privado en las APP's presenta un papel más activo en el desarrollo de las obligaciones contractuales. Esta se centra en la búsqueda de generación de eficiencia no solo a nivel de las obligaciones objetivamente establecidas en el contrato y/o las bases, sino que ello trasciende a los riesgos que cada parte haya asumido para la satisfacción del servicio público. Los beneficios de ello, a criterio del autor, son desarrollados desde dos perspectivas.

Por un lado, la eficiencia en el uso de recursos públicos, ya que, a diferencia de lo que ocurre en un proceso de contratación tradicional, en el caso de una APP, el privado puede asumir el total o cierta parte de los costos de inversión y/o operación del servicio público. Ello ha sido recogido en el Artículo 22° del Decreto Supremo de la siguiente manera:

«When infrastructure is procured by conventional means, the procuring authority pays for the works against its budget and assumes the entire responsibility of the asset once construction is completed (see Figure 1.2). Payments are usually made as work is progressing, and at the stipulated price (or subject to revisions). The contractor may be responsible for fixing defects at its own cost during a short period, and may provide security (such as a bank guarantee) in respect of its liability for defects. [...]

The ordinary maintenance tasks are usually contracted out to a private party through a separate contract. However, long-term management or life-cycle management (and related risks) remain a direct responsibility of the government, public agency or corporation created for that purpose. [...]

«Artículo 22.- Clasificación

Las Asociaciones Público Privadas se clasifican en:

1. Cofinanciadas: son aquellas que requieren cofinanciamiento, u otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que tienen probabilidad significativa de demandar cofinanciamiento.
2. Autofinanciadas: son aquellas con capacidad propia de generación de ingresos, que no requieren cofinanciamiento y cumplen con las siguientes condiciones:
 - a. Demanda mínima o nula de garantía financiera por parte del Estado, conforme lo establece el Reglamento.
 - b. Las garantías no financieras tienen una probabilidad nula o mínima de demandar cofinanciamiento, conforme lo establece el Reglamento.»

Efectivamente, «las PPP pueden habilitar a las autoridades públicas que carecen de un suficiente presupuesto de capital logren la estrategia de inversión de capital deseada [...]»¹⁶. Ello se debe a que las APP's, bien estructuradas, son utilizadas cuando los gobiernos presentan restricciones crediticias o limitaciones presupuestarias, pero, a su vez, requieren desarrollar infraestructura y/o proveer servicios públicos que permitan satisfacer sus necesidades.

¹⁶

BUSO MARCO Y OTROS. Public Private Partnership form Budget Constraints: Looking for Debt Hiding? Università Degli Studi Di Padova. 2014. Pp 9

Por el otro lado, desde la perspectiva de la rentabilidad social¹⁷ que se obtendría producto de la eficiencia en la prestación del servicio público producto del *Know-How*, *Know-What* y *Know-Why*¹⁸ por parte del socio privado;

Efectivamente y como se explicará posteriormente, en las APP's se busca una mayor participación del socio privado quien, a diferencia de lo que se desarrolla en la contratación pública tradicional, internaliza y asume riesgos propios de la construcción y/o gestión del servicio público, aportando experiencia y conocimientos especializados. Con ello, el socio privado buscará los medios para establecer innovación y mejoras, a efectos de mejorar su rentabilidad, lo cual no se aprecia en los procesos de contratación tradicional donde al socio privado se le remunera por lo efectivamente realizado (siempre que ello se sea aprobado por el Estado), sin asumir mayores riesgos que lo incentiven a innovar y realizar mejoras.

1.4 Distribución de riesgos entre las partes

En la línea de lo antes señalado, en lo que respecta a la distribución de riesgos, corresponde señalar que este, a criterio del autor, representa el elemento clave tanto en la formulación de procesos de

¹⁷ La rentabilidad social de un determinado proyecto de inversión puede ser definida como el valor que éste genera para la sociedad en comparación con los costos públicos empleados. Op, cit. **ALONSO-CARRERA, J., FREIRE-SERÉN, M. J., & MANZANO, B.** Rentabilidad social de la inversión pública española en infraestructuras. Documento de trabajo N° 30/03, Universidad de Vigo. 2003.

¹⁸ **GARUD, Raghu.** On the distinction between know-How, Know-What and Know-Why. Leonard N. School of Management. New York University. Pp 3

El Know-Why representa el entendimiento de los principios de los principios subyacentes de un fenómeno. El know-What representa una apreciación de los tipos de fenómenos que vale la pena perseguir. El Know-How representa una comprensión de los procesos generativos que constituyen fenómenos. (Traducción propia)

Texto Original:

«Know-why represents an understanding of the principles underlying phenomena. Know-what represents an appreciation of the kinds of phenomena worth pursuing. Know-how represents an understanding of the generative processes that constitute phenomena. »

contratación tradicional como en las APP's. No obstante, este se presenta de manera diferencia en cada uno.

En ese sentido, siguiendo con la metodología del numeral anterior, se procederá a mostrar de manera general el proceso de identificación y distribución de riesgos de manera comparada con los procesos de contratación tradicional, a efectos de poder percibir las particularidades que se presentan en la ejecución de obligaciones en las APP's.

1.4.1 De la asignación de riesgos entre las partes en la contratación pública tradicional

En lo que respecta a los procesos de contratación pública, a diferencia de lo que se apreciará en las APP's, el Estado —bajo su riesgo— es el encargado de identificar todos y cada uno de los riesgos que podrían presentarse en la ejecución del contrato por parte del privado.

Ciertamente, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE, por medio de lo mencionado en el Numeral 7.2 de la Directiva N° 012-2017-OSCE/CD ha establecido una lista enunciativa de riesgos que el Estado debe de tener en consideración durante el proceso y establecimiento de obligaciones en los contratos. En la mencionada directiva se establece lo siguiente:

«[...]»

7.2 Identificar los riesgos

Durante la elaboración del expediente técnico **se deben identificar los riesgos previsibles que puedan ocurrir durante la ejecución de la obra, teniendo en**

cuenta las características particulares de la obra y las condiciones del lugar de su ejecución.

A continuación, se listan algunos riesgos que pueden ser identificados al elaborar el expediente técnico:

- «a) Riesgo de errores o deficiencias en el diseño que repercutan en el costo o la calidad de la infraestructura, nivel de servicio y/o puedan provocar retrasos en la ejecución de la obra.
- b) Riesgo de construcción que generan sobrecostos y/o sobreplazos durante el periodo de construcción, los cuales se pueden originar por diferentes causas que abarcan aspectos técnicos, ambientales o regulatorios y decisiones adoptadas por las partes.
- c) Riesgo de expropiación de terrenos de que el encarecimiento o la no disponibilidad del predio donde construir la infraestructura provoquen retrasos en el comienzo de las obras y sobrecostos en la ejecución de las mismas.
- d) Riesgo geológico / geotécnico que se identifica con diferencias en las condiciones del medio o del proceso geológico sobre lo previsto en los estudios de la fase de formulación y/o estructuración que redunde en sobrecostos o ampliación de plazos de construcción de la infraestructura.
- e) Riesgo de interferencias / servicios afectados que se traduce en la posibilidad de sobrecostos y/o sobreplazos de construcción por una deficiente identificación y cuantificación de las interferencias o servicios afectados.

- f) Riesgo ambiental relacionado con el riesgo de incumplimiento de la normativa ambiental y de las medidas correctoras definidas en la aprobación de los estudios ambientales.
- g) Riesgo arqueológico que se traduce en hallazgos de restos arqueológicos significativos que generen la interrupción del normal desarrollo de las obras de acuerdo a los plazos establecidos en el contrato o sobrecostos en la ejecución de las mismas.
- h) Riesgo de obtención de permisos y licencias derivado de la no obtención de alguno de los permisos y licencias que deben ser expedidas por las instituciones u organismos públicos distintos a la Entidad contratante y que es necesario obtener por parte de ésta antes del inicio de las obras de construcción.
- i) Riesgos derivados de eventos de fuerza mayor o caso fortuito, cuyas causas no resultarían imputables a ninguna de las partes.
- j) Riesgos regulatorios o normativos de implementar las modificaciones normativas pertinentes que sean de aplicación pudiendo estas modificaciones generar un impacto en costo o en plazo de la obra.
- k) Riesgos vinculados a accidentes de construcción y daños a terceros. Esta lista no es taxativa, sino enunciativa, pudiendo la Entidad incorporar otros riesgos, según la naturaleza o complejidad de la obra.»¹⁹ (Resaltado es agregado)

Así, en el marco de la normativa nacional, específicamente por medio de lo establecido en el Numeral 32.2, Artículo 32° de la Ley de Contrataciones, la finalidad de dicho proceso de análisis

¹⁹ Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE (2017). Directiva N° 012-2017-OSCE/CD. Gestión de riesgos en la planificación de la ejecución de obras

de la asignación de riesgos en el marco de la ejecución de obras públicas es identificar y asignar los riesgos previsibles de ocurrir durante la ejecución de los contratos²⁰, a efectos de colocarlo de manera específica en el expediente técnico que el privado deberá de cumplir a cabalidad.

1.4.2 Distribución de riesgos entre las partes en las APP's

Por el otro lado, en lo que respecta a las APP's, la literatura ha establecido que una de las claves del éxito es la apropiada asignación y mitigación de riesgos entre el Estado y el socio privado, esta se realiza bajo el principio básico de que el riesgo se comparte y se carga a la parte más capaz de controlar esos riesgos.²¹

Así, a diferencia de lo que sucede en los mecanismos de contratación pública, se puede afirmar que en un contrato de APP's las obligaciones de las partes no se limitan a lo objetivamente establecido en el contrato y/o las bases, sino que estas se interpretarán de manera integral y de

²⁰ Véase Numeral 32.2, Artículo 32° de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

Texto original

«**Artículo 32.- Contrato**

[...]

32.2 En los contratos de obra deben identificarse y asignarse los riesgos previsibles de ocurrir durante su ejecución, según el análisis realizado en la planificación. Dicho análisis forma parte del expediente técnico y se realizará conforme a las directivas que se emitan para tal efecto, según los criterios establecidos en el reglamento.»

[...]

²¹ **Op, Cit, Latief, Rusdi Usman.** Implementation of Risk Assessment Model for Public Private Partnership (PPP) of Airport Infrastructure Development in Indonesia. Indian Journal of Science and Technology. Vol 8(28). 2015. Pp.3

Texto original

«One of the keys to success of a project of PPP risk allocation and mitigation is appropriate. The allocation of risk is a risk-sharing partnership project with the basic principle that the risk is shared and charged to the party most able to control those risks. Allocation of risk includes the risksharing project between the Government and Private Business entities based on the principle of allocation of risk. Risk mitigation aimed at reducing the possibility of risk to the impact thereof. The Government or Private Business entities must prepare risk mitigation well because both of them are the responsibility of the respective risk Project. [...]

manera concordante con los riesgos que cada una de las partes ha asumido^{22 23}; la finalidad de la distribución de riesgos consiste en que cada parte busque la forma de mitigar las posibles consecuencias de estos, asignándolo a quien se encuentre en la mejor posición para afrontarlos en razón al denominado *Know-How*, *Know-What* y *Know-Why*.

Ahora bien, en la línea de lo antes señalado, corresponde mencionar que no existe una lista objetiva y única de riesgos que necesariamente se presentarán por cada proyecto de APP's y ni se establece qué parte es la que siempre deberá de asumir obligatoriamente un determinado riesgo sin importar la naturaleza del proyecto; esto dependerá de la estructura de cada caso en particular^{24 25}.

No obstante, de la experiencia, la bibliografía internacional y la finalidad de la Sociedad de Propósito Especial (en adelante, la **SPE**) se aprecia que en la distribución de riesgos en una APP el socio privado es el que usualmente se encuentra en mejor posición para asumir los aspectos

²² **Ejemplo.** En un contrato de APP en el cual el socio privado tiene la obligación de operar y mantener la infraestructura destinada para la prestación del servicio público, se establece que este tiene por obligación el mantener los aspectos ambientales y socio ambientales en el área de concesión, pero en el contrato no se especifica quien es el responsable de, por ejemplo, mantener y conservar las áreas verdes y los árboles dentro del área de concesión. Así, a pesar que en el contrato no se establece objetivamente la mencionada obligación, esta se infiere que ello es obligación del concesionario producto de la naturaleza y obligación central de mantener los aspectos ambientales y socio ambientales en el área de concesión, y producto de la Matriz de Riesgos.

²³ **Op Cit. Ministerio de Economía y Finanzas.** Lineamientos para la asignación de riesgos en los contratos de asociaciones público privadas.

²⁴ **Lineamientos para la asignación de riesgos en la contratación de asociaciones público privadas del Ministerio de Economía y Finanzas.**

« Los presentes lineamientos establecen un listado de los riesgos más relevantes del proyecto, divididos en dos etapas: i) Etapa de diseño y construcción; y, ii) Etapa de Operación y Mantenimiento. En cada etapa, luego de identificar el riesgo, se establece la práctica recomendada para su asignación, incluyendo los posibles mecanismos de mitigación.

Considerando que no existe una asignación única de riesgos, sino que depende del perfil del proyecto, en caso el OPIP decida apartarse de la práctica recomendada en los presentes lineamientos, deberá sustentar su posición en el informe de riesgos.

En estos lineamientos se han incorporado los riesgos principales del proyecto, pero no significa que sean los únicos riesgos que se deben evaluar. La identificación del riesgo dependerá del tipo de proyecto, la dificultad de ejecución del mismo, y los niveles de estudios y desarrollo con los que se cuente sobre dicho proyecto.
[...]

²⁵ **OP. Cit. Li, Bing y otros.** Risk Analysis and allocation in Public Private Partnership Projects. Department of Building and Surveying, Glasgow Caledonian University, United Kingdom.

técnico-constructivos y operativos propios del contrato de APP's, ya que este cuenta con la experiencia y conocimientos para la prestación del servicio público; mientras que el Estado asume los riesgos políticos y regulatorios, ya que estos no se encuentran directamente vinculados con la ejecución del proyecto y depende del riesgo país y la seguridad jurídica que cada Estado brinde.²⁶

27

A fin de ejemplificar lo anteriormente expuesto, en el marco de un proyecto de infraestructura en transporte en la modalidad de APP's, los riesgos más usuales, pero no los únicos, que se asignarán a las partes son los siguientes:

- Riesgo político
- Riesgo regulatorio
- Riesgo de desórdenes públicos²⁸
- Riesgo de diseño
- Riesgo medioambiental

²⁶ Op Cit, **Pauline Hovy**. Risk Allocation in Public Private Partnerships: Maximizing value for money. International Institute for Sustainable Development. Discussion paper, 2015. Pp 5

Texto Original:

«[...] The SPV is typically willing to accept risks that it can transfer to design-build and operations and maintenance subcontractors—such as the risks associated with design, construction and timely completion.»

²⁷ **Op Cit. World Bank Group**. Public Private Partnerships Legal Resource Center.

En: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/financing/risk-allocation-mitigation>

Texto original:

Political and Regulatory Risk and Expropriation or Nationalization Risk

«As the market for project finance transactions has expanded into developing countries, concerns about political risk have grown. Key risks that arise are the decision by a government to cancel a project or to change the terms of the contract or not to fulfil its obligations, political or regulatory risk in failing to implement the tariff increases agreed upon in the contract, the risk of expropriation or nationalization of project assets by a government. Some of this will be managed in the project agreements with the government taking some of the risk in terms of compensation to be paid in the case of unilateral termination or expropriation, but not all political risks are likely to be borne by the government.

Commercial lenders may be prepared to take a degree of political risk, but in some countries the perceived political risk inhibits or even prevents the financing of projects which otherwise might be viable. [...]»

²⁸ **Structuralia y Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos**. Material del Módulo D: Sistema Concesional. Sub-Módulo D-II: La Concesión desde el punto de vista del Concedente. Material del Curso Superior de Concesiones, Colaboraciones Público Privada y Gestión de Infraestructuras, Equipamiento y Servicios. Madrid, España, 2016. Pp. 6

- Riesgo de catástrofe natural
- Riesgo de expropiaciones
- Riesgos geológicos y arqueológicos
- Riesgo de financiación
- Riesgo de tipo de cambio
- Riesgo de tipo de interés
- Riesgo de construcción
- Riesgo de demanda
- Riesgo de disponibilidad
- Riesgo de sobrecostos operativos
- Riesgo de cobro

Por lo tanto, a través de la distribución de riesgos se establecerán e interpretarán las obligaciones que las partes deben de asumir para la satisfacción del servicio público, más aún cuando, como se verá más adelante, se trata de contratos de largo plazo y de obligaciones tan complejas que naturalmente requerirán ser modificadas en el marco de los riesgos originalmente asignados, lo cual no se aprecia en la contratación pública tradicional.

1.5 Prestación de servicios públicos como elemento indispensable en una APP

Como tercer punto, se aprecia que tanto la normativa nacional como la literatura internacional antes citada establecen que otro elemento que define a las APP's es que el desarrollo de estas, a diferencia de un proceso de contratación tradicional, debe de estar enfocado en que el socio privado

contribuya efectivamente en la prestación de servicios públicos con las obligaciones regulatorias que ello conlleva.

Así, las actividades a ser desarrolladas por medio de una APP no se limitan únicamente a la ejecución de la actividad económica^{29 30} —en el caso peruano— retirada de la actividad privada producto de una declaración pública o *publicatio*, sino que se refiere al desarrollo de la actividad económica interiorizando, valga la redundancia, el interés y necesidad pública que motivó su declaración de “servicio público” en cumplimiento de la regulación vinculada a esta.

En la línea de lo antes mencionado, se aprecia, por medio de lo desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el numeral 41 de la Sentencia N° 005-2013-AI/TC, la vinculación de la presencia del interés público como un elemento esencial dentro de la ejecución de los contratos de APP. Así, la mencionada jurisprudencia presenta la siguiente redacción:

«41. El servicio público es la prestación que efectúa la administración del Estado en forma directa e indirecta. Esta última se realiza a través de concesiones, y tiene el objeto de satisfacer necesidades de interés

²⁹ En el caso del Contrato de Concesión de la Línea 1 del Metro de Lima, las obligaciones no se limitan a trasladar los trenes entre las estaciones. Existen diversas obligaciones de índole regulatorio vinculadas con la actividad entregada en exclusividad que el Concesionario se encuentra obligado a realizar. En el caso de la Línea 1, ello se encuentra establecido en la Cláusula 8.1 la cual establece lo siguiente:

«8.1.- El CONCESIONARIO deberá cumplir con los procedimientos y disposiciones de seguridad establecidos en el Anexo 7 del Contrato, **en el Capítulo VII del Reglamento Nacional del Sistema Eléctrico de Transporte de pasajeros en vías férreas que formen parte del Sistema Ferroviario Nacional aprobado por D.S. N° 039-2010-MTC y otras Leyes Aplicables**, debiendo proveer a su costo, los vigilantes que actuarán en las estaciones, trenes y demás dependencias con el objeto de contribuir a la seguridad de los pasajeros y empleados dentro de los límites de la Concesión y de la custodia de los Bienes de la Concesión.» (El resaltado es agregado)

³⁰ Cláusula 2.6 del Contrato de Concesión de la Línea 1 y Línea 2 del Metro de Lima en la cual se establece uno de los objetos de estos.

«2.6.- Considerando que el objeto del derecho de Concesión **es contribuir con el bienestar social de la población a través de una adecuada prestación de Servicios en las condiciones económicas y Niveles de Servicio** que se establecen en el Contrato por tiempo determinado, los actos de disposición y la constitución de derechos sobre la Concesión, deben ser compatibles con esta naturaleza y ser aprobados por el CONCEDENTE, en los casos que así lo disponga el Contrato.»

general. Mediante la concesión se organiza de la manera más adecuada la prestación de un servicio público por un determinado tiempo, actuando el concesionario por su propia cuenta y riesgo, y su labor o prestación será retribuida con el pago que realizan los usuarios.

[...]» (Resaltado es agregado)

Asimismo, resulta necesario mencionar que la jurisprudencia nacional, por medio de lo desarrollado por el Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente N° 2488-2004-AA/TC, ha establecido que los contratos de APP's son de naturaleza mixta, es decir que las obligaciones que de estos se generen deben de ser interpretadas tanto desde la perspectiva contractual como desde la perspectiva de cumplimiento del interés público que justificó el desarrollo del servicio público por medio de un contrato de APP. Así, la mencionada jurisprudencia establece lo siguiente:

« [...] la concesión como un acto con dos facetas. **Por un lado, un acto de poder público que se refiere al aspecto legal o reglamentario de la concesión y en atención al cual el Estado se desprende de una determinada actividad para entregarla al sector privado, conservando los poderes de vigilancia y control en atención al interés público; y por otro, una faz contractual, que se refiere a los deberes que recíprocamente se fijan las partes y en las que es posible referirse al contrato de concesión administrativa.**

[...]» (Resaltado es agregado)

Así pues, las APP's nacieron con la finalidad que el sector privado apoye el sector público en la satisfacción de los intereses y necesidades de este último. No obstante, no podrá desarrollarlo sin que el privado interiorice aspectos regulatorios vinculados con la actividad económica concesionada.

1.6 Respecto del Principio del “Value For Money” o Principio del Valor por Dinero

Ahora bien, resulta necesario señalar que, a pesar de lo desarrollado a lo largo del presente trabajo de investigación, no siempre será más eficiente el prestar un servicio público por medio de la APP. Producto de la complejidad que implican las APP's antes mencionadas es que la decisión de optar por este mecanismo o por un proceso de contratación tradicional se definirá, desde la perspectiva técnica, por el denominado principio del “Valor por Dinero” (en adelante, el **VpD**). La finalidad del presente punto es mostrar otro elemento que muestra la complejidad que acompaña a la ejecución de un proyecto en el marco de una APP.

Así, el VpD, en el marco de las APP's, se encuentra establecido en la normativa nacional en el Numeral 3.3, Artículo 3° del Reglamento. Dicho artículo presenta el siguiente tenor:

«Artículo 3. Aplicación de los principios

[...]

- 3.3. El principio de Valor por dinero tiene como objeto la búsqueda de la combinación óptima entre los costos y la calidad de los servicios ofrecidos a los usuarios, teniendo en cuenta una adecuada distribución de riesgos en todas

las fases del proyecto de APP. La generación de valor por dinero en las fases de desarrollo de las APP es responsabilidad del Organismo Promotor de la Inversión Privada (en adelante, el **OPIP**) o de la entidad pública titular del proyecto y puede darse de manera no limitativa al momento de:

1. Priorizar los proyectos que promuevan la disponibilidad de la infraestructura o servicios relacionados al proyecto.
2. Seleccionar la modalidad de ejecución más adecuada para llevar a cabo el proyecto, teniendo en cuenta la aplicación de los criterios de elegibilidad.
3. Identificar los riesgos y distribuirlos a aquella parte con mayores capacidades para administrarlos.
4. Asegurar las condiciones de competencia, a través de un Proceso de Promoción transparente, garantizando la igualdad de condiciones entre todos los participantes.
5. Establecer mecanismos de pago vinculados a la prestación del servicio y/o disponibilidad de la infraestructura conforme a lo establecido en el presente Reglamento

[...]»

En lo que respecta a la normativa nacional, se han establecido “Lineamientos para la aplicación de los Criterios de Elegibilidad de los proyectos de Asociación Público Privada” aprobados por Resolución Directoral N° 004-2016-EF/68.01, los cuales se anexarán al presente trabajo de investigación; sin embargo, para los fines del presente trabajo, se ha considerado bibliografía

internacional en la cual se presentan lineamientos conceptuales que resumen el análisis a ser desarrollado cuando se determina el VpD de un proyecto.

Así, de la lectura de diversa bibliografía se aprecia que la aplicación del VpD conlleva a realizar un análisis mediante el cual se busca determinar si es más eficiente, en términos de uso de recursos y beneficios no financieros, el desarrollar la ejecución de una obra pública de infraestructura y la prestación de un servicio público vinculado a dicha obra mediante un proceso de contratación tradicional o mediante una APP, dependiendo de las situaciones particulares de cada caso; la finalidad del VpD es «asegura la mejor mezcla de calidad y eficiencia por el menor costo en el periodo en el cual se usen o se dé el servicio.»³¹

Por ello, para el desarrollo de dicho análisis debe de definirse de manera clara el objetivo o necesidad pública que se busca satisfacer mediante el mecanismo de contratación tradicional o mediante el contrato de APP. Asimismo, la literatura internacional establece que la aplicación del principio valor por dinero implica necesariamente realizar dos análisis conjuntos, los cuales, a su vez, deben de cumplir con una serie de pasos.

³¹ Op Cit, **Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF)**, Toolkit for Public-private Partnerships in Roads & Highways Pp 5. En: <https://ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/highwaystoolkit/6/pdf-version/5-22.pdf>
Texto original:

«Value for money (VfM) has two meanings within the PPP development process; Firstly, that there is an absolute benefit to a country of implementing projects through a PPP modality. The fundamental objective of PPPs is to maximize efficiency and generate investment that is value for money. PPP procurement has the potential to offer better value for money through:

- Allocation of risk to the party that can manage it best;
- Performance based payments;
- Capturing private sector innovation, commercial and management expertise by involving the private sector more centrally in the provision of assets and services;
- Use of long-term contracts whereby bidders focus on the whole life cycle cost of projects and not just on the upfront capital costs. This can lead to more innovative designs with lower life-cycle costs and higher maintenance and operational standards; and
- Better project delivery than the public sector; much reduced time and cost overruns
- Increasing the tax revenue base of the country.

[...]

The second meaning; is that a Project, undertaken through PPP, delivers a net benefit relative to a public procurement procedure for the same specific Project i.e. the country receives a better deal through PPP than public procurement for any proposed project.

[...]»

A continuación, se hará mención, de manera general por no ser materia del presente trabajo de investigación, al procedimiento que la literatura internacional muestra que debería de realizarse para efectuar el VpD, sin perjuicio de los “Lineamientos para la aplicación de los Criterios de Elegibilidad de los proyectos de Asociación Público Privada” aprobado por medio de la Resolución Directoral N° 004-2016-EF/68.01. Dicho procedimiento es el siguiente:

1.6.1 Análisis Cuantitativo del VpD

- **Primer paso:** Realizar un Comparador del Sector Público o Comparador Público Privado (en adelante, el **CPP**), lo cual implica, de manera general, estimar la línea base de los costos en general del proyecto en el supuesto que este fuera a desarrollarse mediante un mecanismo de contratación tradicional.
- **Segundo paso:** Ajustar el análisis del CPP a los riesgos que normalmente el gobierno retiene en un mecanismo de contratación tradicional. La finalidad del ajuste es que el flujo de caja refleje los mismos riesgos desde la perspectiva del gobierno.
- **Tercer paso:** Estimar el costo del proyecto mediante una APP.
- **Cuarto paso:** Comparar el valor del costo de estructuración de las dos alternativas en diferentes escenarios y periodos de tiempo.
- **Quinto paso:** Indicar cuál de las dos propuestas representa la mejor alternativa para implementar el proyecto.³²

³² Op. Cit. APMG International. PPP Certification Guide. Chapter 4: Appraising PPP Projects.

1.6.2 Análisis Cualitativo del VpD

En lo que se refiere al análisis cualitativo del VpD, este, usualmente, se enfoca en la comparación de los beneficios no financieros o socio-económicos producto del desarrollo del servicio público que se obtendría si se aplicara una u otra alternativas.

Así, de manera general, se tiene que los beneficios no financieros se analizan sobre la base de tres puntos claves, los cuales son los siguientes:

- Entrega acelerada
- Mejora en la prestación del servicio
- Impacto social más amplio³³

1.6.2.1 Entrega acelerada

El beneficio no económico de la “entrega acelerada” que debe de ser apreciado en el desarrollo del análisis cualitativo del VpD se refiere a «los beneficios de tener bienes y servicios relacionados disponibles de manera pronta, es decir el beneficio social que se tendría producto de tener un activo y servicio disponible antes de lo que normalmente se tendría en otros casos. Por ejemplo, tener un camino, una escuela o un hospital entregado antes significa que la sociedad puede disfrutar de los

³³ **Op cit. European PPP Expertise Center.** The Non-Financial Benefits of PPP's: A Reveiw of Concepts Methodology. Junio 2011 Pp 7:
Texto original:
«[...]The NFB's are delivered through three key mechanisms:

- Accelerated delivery
- Enhanced delivery; and
- Wider social impacts

[...]»

beneficios socioeconómicos esperados que llegan antes del transporte, la educación y los servicios de salud. El valor de la entrega acelerada, por lo tanto, es una función de cuánto más rápido comienza el servicio y los beneficios que se obtienen con estos servicios.»³⁴

1.6.2.2 Mejora en la prestación del servicio

En lo que se respecta a la existencia de “mejora en la prestación del servicio” «se refiere a la calidad adicional de los activos de infraestructura y servicios relacionados entregados en proyectos de PPP. En otras palabras, la mejora de la entrega se refiere a un mayor nivel de calidad del servicio a partir de un activo de infraestructura dado.»³⁵

1.6.2.3 Impacto social más amplio

El tercer beneficio potencial se encuentra relacionado con las externalidades positivas de usar el modelo de las APP's, ya que estas reflejan la generación de beneficios para las personas que no sean los usuarios de un activo o servicio relacionado.³⁶

³⁴ Idem, Pp.7
Texto original
«Accelerated delivery refers to the benefits of having an asset and related services available earlier than otherwise would be the case. For instance, having a road, school or hospital delivered earlier means that society can enjoy the expected socio-economic benefits that come from transport, education and health services earlier. The value of accelerated delivery therefore is a function of how much more quickly service commence, and the benefits that come with these services.»

³⁵ **Idem.** Pp 12
Texto original
«The second set of benefits refers to the additional quality of infrastructure assets and related services delivered in PPP projects. [...] In other words, enhanced delivery refers to a higher level of service quality from a given infrastructure assets. [...]»

³⁶ **Idem.** Pp 16
Texto original
«The third set of potential benefits is related to the positive externalities of using the PPP model. Positive externalities capture the benefits to persons other than the users of an asset or related service. [...]»

1.7 La renegociación de obligaciones en los contratos de APP 's

Siguiendo con el desarrollo del presente capítulo y habiendo mostrado la complejidad presente dentro del proceso de formulación de un proyecto en el marco de las APP's, la normativa ha establecido que estos contratos serán de “largo plazo”, pero no establece cual es la temporalidad mínima que permitirá entender que nos encontramos frente a un “largo plazo”. Lo antes mencionado ha sido recogido en el Numeral 20.1 del Artículo 20° del Decreto Supremo en el cual se establece lo siguiente:

«Artículo 20°.- Definición

20.1 Las Asociaciones Público Privadas constituyen una modalidad de participación de la inversión privada, **mediante contratos de largo plazo en los que interviene el Estado**, a través de alguna entidad pública y uno o más inversionistas privados.

[...]» (Resaltado es agregado)

En ese sentido, en la bibliografía internacional³⁷ se aprecia que, debido a la complejidad que rodea a las APP³⁸, la duración de estos implica periodos de 20, 30 o más años³⁹.

En razón de la afirmación anterior, es necesario mencionar que, en palabras de Luis Guash, « [...] quizá el problema más grande con las concesiones haya sido la alta incidencia de renegociaciones de contratos poco tiempo después de su adjudicación, lo que a menudo afectó negativamente el proceso de asignación mediante subasta competitiva, al bienestar de los usuarios y al funcionamiento del sector, provocando un aumento de la oposición pública a la participación privada en infraestructura [...]»⁴⁰. Ello se debe a que la prolongada duración de estos trae consigo la inevitable aparición de distintas circunstancias que sustentan la necesidad de generar modificaciones.

Precisamente, en este aspecto, Perez Hualde señala que «El terreno de aplicación más fecundo de la potestad de ius variandi son los contratos de larga duración, donde su contenido, es altamente aleatorio. Es el contrato donde las partes han previsto la satisfacción de intereses a lo largo de una vinculación prolongada, y por ello no establecen su acuerdo definiendo materialmente los bienes,

³⁷ La norma peruana no han determinado lo que debería de entenderse por “Largo Plazo”. No obstante, el Banco Interamericano de Desarrollo ha determinado que estos, en la mayoría de los casos, suelen ser de 20, 30 o más años. Sin perjuicio de ello, los contratos de APP no podrán sobrepasar el límite de sesenta años establecido en el Artículo 52° del Decreto Supremo.

«Dado que los contratos APP, en la mayoría de los casos, **suelen ser de 20, 30m o más años**, la probabilidad de alguna necesidad de refinanciamiento es alta y por ello se debe especificar quien asume el riesgo de refinanciamiento.» En: **Banco Interamericano de Desarrollo (BID)**. Asociaciones Público Privadas: Implementando Soluciones en Latinoamérica y el Caribe. Módulo I. Introducción a las Asociaciones Público Privadas. Unidad 3: Financiamiento de las APP's. Pp. 14

³⁸ Las APP son contratos de largo plazo debido a que estos proyectos que únicamente son financiados por los flujos de caja y sin recursos — o con recursos limitados— contra los sponsors o patrocinadores del proyecto. Por lo tanto, el financiamiento del proyecto se dará con los flujos provenientes del mismo proyecto.

³⁹ Op cit. Banco Interamericano de Desarrollo. «Las APPs son contratos a largo plazo (por lo general duran entre 20 y 30 años) entre entidades públicas y privadas para la prestación de bienes o servicios.» Visto en <https://blogs.iadb.org/ciudadessostenibles/2016/01/28/asociaciones-publico-privadas/> (19.12.18)

⁴⁰ **Guash (2004)**, Luis J. Concesiones en Infraestructura. Como hacerlo bien. Universidad de California, San Diego. The World Bank. Pp 53

sino estableciendo normas procedimentales. [...] son contratos donde el tiempo es lo esencial y no lo accesorio; por ello es que —se afirma— el tiempo se vincula con el objeto del contrato.»⁴¹

Asimismo, el mencionado autor señala que «El contrato de servicios públicos está destinado “ab initio” a cambiar, lo normal es que cambie. Entre otras palabras, lo previsible es que cambiará y no lo contrario [...]. Al momento de su celebración, ambas partes saben y conocen que el contrato sufrirá múltiples variaciones. Algunos provenientes de la innovación tecnológica, que el concesionario está obligado a incorporar, otras veces como consecuencia de la reformulación de las políticas de servicios públicos o de urbanismo, o de seguridad. También por razones de economía. [...]»⁴²

Con ello, «[...] el costo significativo del proceso de renegociación, en el que incurren ambas partes, puede conducir a importantes pérdidas irre recuperables en términos de bienestar general. [...]»⁴³.

⁴¹ **PÉREZ HUALDE**, Alejandro. “Contratos Administrativos: Versión Crítica”. Contratos Administrativos. Primera edición. Lexis Nexis - Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2002. P. 451. De la misma manera, Cfr. Del mismo autor, “Tarifas y renegociación de contratos”. En: El contrato administrativo en la actualidad. Agustín Gordillo (Director). La Ley, 2004. Buenos Aires. P. 54 con cita de MORELLO, Augusto M. “Los Contratos de larga duración y la necesidad de una renegociación permanente”, LL. 1989 –C-1227.

⁴² **Perez Hualde**, Alejandro. Renegociación de los Contratos de Gestión de Servicios Públicos. En: Revisto de Derecho Administrativo N° 07, Año N° 04. Lima, Mayo 2009. Pp276-277.

⁴³ **GUASH**, J. Luis. Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien. University of California, San Diego. The World Bank.

1.8 De los problemas que se presentan en el proceso de renegociación de los contratos de APP

1.8.1 Sobre el contenido de las modificaciones de los contratos

A pesar de que el proceso de renegociación contractual de las adendas de las APP's es algo natural e incluso deseable a efectos de salvaguardar el interés público inmerso, resulta necesario mencionar que, de las entrevistas realizadas y la experiencia del autor, se aprecia que las entidades no realizan una adenda por cada necesidad de renegociación identificada. Estas son utilizadas como “cajones de sastre” en los cuales se aprovecha colocar todos los cambios que hasta dicho momento se habrían identificado en un contrato en particular. Ello genera que la incorporación de modificaciones que permitirían la satisfacción del interés público que justificó la suscripción del contrato de APP se volviera engorrosa, lenta y perjudique su cumplimiento.

En ese sentido, los procesos de renegociación en la práctica pueden demorar entre uno a dos años, ello ha sido confirmado por la Contraloría General de la República, la cual ha señalado que [...] al analizar el tiempo que transcurre entre la suscripción de los contratos de concesión y la primera renegociación [...] tenemos que el tiempo promedio de renegociación es de 2,9 años [...]. Sin embargo, si excluimos al contrato de Telefónica Móviles, se obtiene que el tiempo promedio baja a 1,7 años [...]»⁴⁴.

Lo antes manifestado se pudo confirmar producto de las entrevistas realizadas a diversos funcionarios de la Autoridad Autónoma del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y

⁴⁴ **Contraloría General de la República.** Causas y efectos de las renegociaciones contractuales de las Asociaciones Público Privadas en el Perú. 2015. Pp.12

Callao (en adelante, la **AATE**) que participaron en el proceso de elaboración de las adendas del Contrato de Concesión de la Línea 1 y Línea 2 del Metro de Lima y Callao ^{45 46}. Cabe resaltar que en el caso del Contrato de Concesión de la Línea 2 del Metro de Lima, la primera adenda se suscribió 8 meses después de la suscripción del contrato, debido a que el Estado no pudo cumplir con la entrega de las áreas de concesión en el plazo establecido en el contrato.

Así pues, los problemas en la negociación de los contratos se debieron en gran medida, por un lado, a las deficiencias presentadas en el diseño que no fueron previstos en su momento o circunstancias que, debido a la complejidad propia de los contratos de APP's desarrollada en el Capítulo I del presente documento, no eran posible preverlas. A ello se le debe de aumentar el hecho que las obligaciones contenidas en los contratos de APP's son muy diversas; muchas de ellas no se encuentran directamente vinculadas con la prestación propia del servicio público, sino a aspectos técnico-constructivos.

Efectivamente, Martin Tirado comenta que, en el proceso de renegociación del contrato de concesión, se aprecia que entre los aspectos técnicos, legales y económicos más susceptibles de ser modificados son los siguientes:

⁴⁵ Entrevistas realizadas en día 15 de septiembre de 2017.

Ing. Svetlana Tarasova. Gerente de la Unidad Gerencial de Infraestructura de la AATE y ex Gerente de la Unidad Gerencia de Operaciones de la AATE.

Ing. Alejandro Ballesta Perez. Consultor del Banco Interamericano de Desarrollo – BID destacado en la Unidad Gerencia de Infraestructura.

Ing. Iván Villegas Flores. Especialista en seguimiento y verificación de recaudo de la Unidad Gerencial de Operaciones de la AATE.

⁴⁶ Si bien a nivel documental puede apreciarse que el proceso de negociación para la suscripción de una adenda tomó algunos meses, se tiene que detrás de ello se dio un proceso de negociación previo a efectos de definir claramente el contenido de cada adenda.

- i) Restablecimiento de las condiciones que afectan directamente el equilibrio económico financiero del contrato (tarifas, impuestos, contraprestaciones, montos de inversión, entre otros).
- ii) Sustitución del concesionario o del operador de la concesión.
- iii) Inclusión de bienes y/o activos adicionales.
- iv) Modificación a los planes y cronogramas en la implementación del programa de desarrollo, operación e inversiones.
- v) Modificaciones a las cláusulas de contingencias o de excepción (plan de emergencia, caso fortuito, fuerza mayor, caducidad de la concesión, etc.)
- vi) Modificaciones en torno a la asignación de los riesgos al contrato (causales y efectos de incumplimiento, revisión de garantías, etc)⁴⁷

1.8.2 Sobre los intereses de las partes en el proceso de renegociación

Asimismo, en el proceso de renegociación de un contrato de APP's, se aprecia que tanto el Estado como el Privado presentan intereses claramente diferenciados, los cuales influyen el proceso de negociación.⁴⁸

⁴⁷ Cfr. Op. Cit. MARTIN TIRADO, Richard. "La renegociación de los contratos administrativos y la necesidad de contar con lineamientos para adoptar dicha medida" Pp. 27-28.

⁴⁸ «El principio de "pacta sunt servanda" constituye uno de los pilares de la institución contractual y, por supuesto, se ha insistido muchas veces, en el ámbito administrativo a pesar del cuadro de excepciones que lo acompaña. Pero también se ha repetido muchas veces que nuestra institución se caracteriza por ese afán de armonizar el interés público y el interés privado en el seno del contrato y de aquí [...] que admita la existencia de determinadas prerrogativas que alteran y cortapisan el deber general de cumplimiento de la administración.» Op. Cit MONEDERO GIL, José Ignacio. Doctrina del Contrato del Estado. Institutos de Estudios Fiscales. Madrid, 1977. P. 386

En adición a lo anterior, En el caso de la Línea 2 del Metro de Lima, se procedió a entrevistar a la abogada Raquel Lizzet Moreno Azaña⁴⁹ quien manifestó algunos de los problemas y/o dificultades que ha tenido para defender los intereses del Estado en la negociación de adendas del Contrato de Concesión de la Línea 2 del Metro de Lima son los siguientes:

- «- Modificación de los plazos de las entregas de las áreas de la Concesión.
- Modificaciones a los cronogramas de ejecución de las Obras y Provisión de Material Rodante.
- Modificaciones de las áreas de la concesión por optimizaciones.
- La regulación relacionada a si se puede pagar lo efectivamente ejecutado o se debe pagar teniendo en cuenta el cumplimiento del 95% de lo programado, todo ello, debido al supuesto incumplimiento del Concedente, respecto a la entrega de las áreas de la concesión.».

Así, por un lado, el principal interés por parte del Concesionario es obtener la mayor cantidad de ingresos disminuyendo los costos⁵⁰ proyecto de la obra pública de infraestructura y la prestación del servicio público. Ello se debe a que producto de la elaboración del *Project Finance* y de los índices de rentabilidad estimados es que el socio privado se ve incentivado a prestar el servicio público, mientras que el Estado tiene la obligación de monitorear que dicho servicio cumpla con el interés público que sustentó su contratación.

⁴⁹ Coordinadora Legal de la Dirección General de Concesiones en Transportes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones

⁵⁰ **Abg. Edgardo Mercado Neumann.** Estudio Mercado-abogados. Entrevista realizada el día 19 de septiembre del 2017

Efectivamente, en palabras de Adrogué «la concesión de servicio público crea para el concesionario un derecho de naturaleza patrimonial, conceptuando como la atribución de prestar el servicio en las condiciones estipuladas, de conformidad a la ecuación económico financiera, que permite obtener un resultado económico (beneficio) o no (quebranto)».⁵¹ Un ejemplo de lo antes manifestado ha sido apreciado por la experiencia laboral del autor en la Autoridad Autónoma del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, en específico en el monitoreo del cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de GyM Ferrovías S.A en su calidad de concesionario.

Efectivamente, en el caso del Contrato de Concesión de la Línea 1 del Metro de Lima, el factor de competencia⁵² consistió en determinar cuál de los postores ofrecía menor retribución en razón a un determinado número de kilómetros garantizados, lo cual implica que el concesionario asume el riesgo de disponibilidad del servicio público, a efectos de cobrar lo establecido en su propuesta económica; sin embargo, no es responsable si el servicio público cumple con el objetivo público que motivó al Estado a su entrega en concesión . Ello se aprecia de la lectura de las bases del proceso de selección del Contrato de Concesión de la Línea 1 del Metro de Lima⁵³ y del “Informe N° 7 (Informe N° 1 - Fase C)” de fecha Octubre del 2010⁵⁴, el cual forma parte del Libro Blanco⁵⁵

⁵¹ ADROGUÉ, Juan Eduardo. Concesiones de Servicios Públicos. Su importancia Actual. PP. 85. Visto en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/27/concesiones-de-servicios-publicos-su-importancia-actual.pdf>

⁵² «¿Qué es el factor del competencia?
Es el medio por el cual se comparan las ofertas económicas presentadas por los postores en la etapa de concurso y que, bajo un escenario de competencia, permite determinar al adjudicatario del Proyecto. Ejemplos de factor de competencia son el menor cofinanciamiento requerido por el postor privado para un proyecto de carretera o aeropuerto; la menor tarifa de transporte de energía eléctrica en proyectos de líneas de transmisión; el mayor número de conexiones en un proyecto de tendido de tubería de gas o de usuarios finales en redes de fibra óptica, entre otros.» (Resaltado es agregado)
En: <https://www.proyectosapp.pe/modulos/jer/PlantillaPopUp.aspx?ARE=0&PFL=2&JER=7152>

⁵³ Véase Numeral 7.2 del Texto Único Ordenado de Bases del Concurso de Proyectos Integrales para la concesión del Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, Línea 1, Villa El Salvador – Avenida Grau – San Juan de Lurignacho.

⁵⁴ Documento elaborado por el consultor conformado por el Consorcio EuroPraxis, Helios y TMB para la estructuración del Contrato de Concesión de la Línea 1 del Metro de Lima.

⁵⁵ **Proinversión (2010)**. Resolución de la Dirección Ejecutiva N° 042-2010.

del mencionado proceso de selección, se mencionan las condiciones que definirá el factor de competencia del proceso. Así, se denota que el factor de competencia se estableció con base en el Pago por Kilómetro Tren Recorrido o PKT⁵⁶ y los costos que se encuentran interiorizados en este.

En razón ello, en el Numeral 1.2.1.1 “Valores del PKT” del “Informe Adicional Factor de Competencia” de fecha noviembre 2010⁵⁷, el cual también forma parte del Libro Blanco del proceso de selección del Contrato de Concesión de la Línea 1 del Metro de Lima, se tiene lo siguiente:

«1.2.1.1.- Valores del PKT

En esta concesión debido al nivel de riesgo asociado al nivel de demanda, se ha propuesto un modelo de retribución al Concesionario basado en un pago por los kilómetros recorridos. **De este modo el Concesionario asume el riesgo de disponibilidad**, pero no el de demanda. [...]» (Resaltado es agregado)

Asimismo, en el Numeral 1.2.1.1 “Valores del PKT” del “Informe Adicional Factor de Competencia” de fecha diciembre 2010 se tiene lo siguiente:

Directiva N° 01-2010-PROINVERSIÓN “Elaboración y entrega del Libro Blanco y Acervo Documentario”

«[...]»

5. Definiciones

5.1.- **Libro Blanco:** Es un documento de carácter informativo elaborado por las Jefaturas del Proyecto, cuya estructura consta de tres partes: Índice, Informe Final en original y Anexos constituidos por la copia simple de toda información y documentación relevante del proceso de promoción de la inversión privada, abarcando desde su incorporación mediante resolución suprema hasta conclusión del mismo.»

⁵⁶ Apartado de definiciones del Contrato de Concesión de la Línea 1 del Metro de Lima

«Pago por Kilómetro Tren Recorrido

Pago por Kilómetro Tren Recorrido Es el pago que realiza el CONCEDENTE, a través del Fideicomiso, como contraprestación por la operación de la Concesión, según lo dispuesto en las Cláusulas 10.12. a 10.18.»

⁵⁷ Documento elaborado por el consultor conformado por el Consorcio EuroPraxis, Helios y TMB para la estructuración del Contrato de Concesión de la Línea 1 del Metro de Lima.

«1.2.1.1.- Valores del PKT

[...]

No obstante, es importante señalar que **el caso base es referencial y no necesariamente replica la estructura de negocio que cada postor pueda proponer durante el proceso de competencia en términos de calendario de inversiones, dotación de material rodante nuevo y/o repotenciado, costos de operación y mantenimiento, costos de personal, etc. Los postores realizarán sus propias estimaciones y ofertarán un PKT que será el que remunera sus expectativas de rentabilidad, compensa apropiadamente las inversiones, e internaliza los costos de explotación y otras contingencias derivadas de las obligaciones que asuma según en el contrato de concesión.**

[...]» (Resaltado es agregado)

Por el otro lado, en lo que respecta al Estado los intereses detrás de la suscripción de una adenda son complejos. Estos deben de pasar un análisis de costo de oportunidad a efectos de sustentar la necesidad que ciertas obligaciones a ser colocadas en la adenda sean desarrolladas por el privado y no por el Estado (Value for Money) intentando reducir o mitigar —en la medida de lo posible— la posibilidad de un cofinanciamiento por parte del Estado, asimismo debe de determinar si los plazos de las obligaciones a ser establecidos en la adenda podrán satisfacer la necesidad de su suscripción y, además, que todo ello se encuentre acorde con las normas vinculantes de la actividad económica entregada en concesión y dentro del marco de las competencias de la entidad titular del proyecto.⁵⁸

⁵⁸ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento administrativo General
«Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1.9 Conclusión

Por medio de lo desarrollado en el presente capítulo se ha buscado demostrar que las APP's muestran diversas particularidades en lo que podría considerarse como los elementos claves de su definición, en comparación a los contratos realizados mediante el proceso de contratación tradicional.

Dicha complejidad se aprecia en que por medio de las APP's se busca trasladar al socio privado riesgos que sobrepasan la simple ejecución de la actividad económica, a efectos que se beneficie al Estado incorporando recursos, experiencia y conocimientos para poder proveer de bienes y servicios públicos que le permitan contribuir con la satisfacción de necesidades e interés público se pueda influir en la generación de competitividad.

No obstante, al desarrollar un proyecto por medio de una APP, se deberá de analizar tanto las consideraciones sociales como económicas que implicarían que un privado coadyuve al Estado en el cumplimiento de sus intereses. Así como la posibilidad de recurrir a modificaciones contractuales, debido a su naturaleza de ejecuciones a largo plazo y los diversos de intereses que se presentan entre las partes al momento de realizar las renegociaciones contractuales.

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

[...]»

2. CAPITULO II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: PRESENCIA DE UN INCOHERENTE MARCO REGULATORIO PARA LA APLICACIÓN DE LAS OPTIMIZACIONES

2.1 Concepto de optimización empleado en el presente trabajo de investigación

Antes de empezar el desarrollo del presente capítulo corresponde hacer mención al concepto que el autor del presente trabajo de investigación tiene sobre las “optimizaciones”. Así, en el Artículo 110° del Reglamento se establece las siguientes pautas de lo que debería de entender se por “optimización”, puesto que la norma no establece de manera objetiva una definición de esto, lo cual será materia de análisis en presente capítulo. Así, el mencionado artículo presente el siguiente contenido:

«Artículo 110. Aspectos técnicos del proyecto

110.1 Los Contratos pueden introducir la posibilidad de establecer optimizaciones en búsqueda de eficiencias y mejoras, ahorro de costos al Estado, reducción de necesidad de expropiaciones, reubicaciones o reasentamientos, mejoras en el método constructivo, entre otros, siempre que ello no conlleve la disminución de los Niveles de Servicio ni la calidad de la obra.

110.2 Los cambios en el alcance y en el diseño a solicitud del Estado que generen sobrecostos, requieren previa opinión de Capacidad Presupuestal del órgano encargado de presupuesto de la entidad pública. 110.3 La aprobación de las optimizaciones está sujeta al procedimiento previsto en el respectivo Contrato de APP.

Por lo tanto, sin ir a mayor detalle sobre los alcances de la definición, puesto que ello será analizado más adelante, de manera preliminar el autor entiende que la “optimización” de un contrato de APP se refiere a una herramienta aplicable para realizar “cambios” en algunos aspectos técnicos o de forma, pero que no queda claro si es que constituye una forma de modificación contractual.

2.2 Del concepto de “Coherencia Regulatoria”

Entonces, siguiendo con el desarrollo del presente capítulo, corresponde hacer analizar el concepto de “Coherencia Regulatoria”, el cual ayudará a entender el análisis que se realizará.

Así, corresponde iniciar indicando que la OCDE, en relación a las recomendaciones del Consejo sobre política y Gobernanza Regulatoria, menciona que «La política regulatoria define el proceso mediante el cual el gobierno, cuando identifica un objetivo de política pública, determina si empleará la regulación como instrumento de política, y en seguida elabora un borrador y adopta una regulación mediante un proceso de toma de decisiones basado en evidencia. Una política expresa que asegure que las regulaciones y los marcos regulatorios estén al servicio del interés público debe comprometer a los gobiernos a:

[...]

- Hacer uso de la regulación, cuando sea adecuado, para alcanzar los objetivos de política pública, mediante la aplicación de la Recomendación del Consejo para Mejorar la Calidad de la Regulación Gubernamental [C(95)21/FINAL];

[...]»⁵⁹

Sin embargo, el uso de la regulación debe de ser realizado de manera coherente, a efectos que cumpla con generar los efectos deseados y con ello cumplir con los objetivos de política pública.

En razón de ello, como parte de la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Política y Gobernanza Regulatoria se establece la promoción de «[...] la coherencia regulatoria a través de mecanismos de coordinación entre los niveles de gobierno supranacional, nacional y subnacional», así como la identificación de “[...] los problemas transversales en materia de regulación en todos los órdenes de gobierno, con el objeto de promover la coherencia entre los enfoques regulatorios y evitar la duplicidad o conflicto de regulaciones»⁶⁰.

En razón de lo anterior, la doctrina menciona que «La coherencia regulatoria busca, en cierta medida, ordenar el proceso de creación de regulaciones, que utilice buenas prácticas que le otorguen legitimidad, que sean transparentes, que generen beneficio social, que no impongan gastos innecesarios para los regulados o los consumidores, que permita usar de forma más eficiente los recursos del estado, que no pongan trabas innecesarias al comercio, etc.»⁶¹

En ese orden de ideas, la mencionada Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria de la OCDE establece, entre otros, lo siguiente:

⁵⁹ OCDE. Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria. 2012. Pp 6

⁶⁰ OCDE. El ABC de la mejora regulatoria para las entidades federativas y los municipios: Guía Práctica para funcionarios, empresarios y ciudadanos. Centro de la OCDE en México para América Latina. 2016. Pp. 195

⁶¹ ROJAS VEGA, Oscar. Estudio de Casos: Coherencia Regulatoria, buenas prácticas para regular. Universidad de Chile, Instituto de Estudios Internacionales, 2012. Pp 9

«IV. RECOMIENDA que los Adherentes hagan accesibles las oportunidades de concurrir a la contratación pública a los potenciales competidores sin importar su tamaño o volumen.

A tal fin, los Adherentes deberán:

i) **Disponer de marcos institucionales, legales y reglamentarios que sean razonables y sólidos, pues constituyen el entorno fundamental para potenciar la participación en los negocios con el sector público y son el único punto de partida posible para garantizar unos sistemas de contratación pública sostenibles y eficientes.** Estos elementos deberán:

1) **resultar todo lo claros y sencillos que sea posible;**

2) **evitar introducir condiciones que redupliquen las de otras leyes o reglamentos o las contradigan; y**

[...]» (El resaltado es agregado)

Asimismo, los elementos antes mencionados serán desarrollados en base una correcta definición del problema, puesto que ello definirá la conducta o conductas de mercado o sociales que se requieren regular. En lo que corresponde al asunto materia del presente trabajo de investigación, «La definición del problema deberá incluir sus antecedentes y su incidencia, es decir quiénes son afectados, cuál es la fuente del problema y con qué evidencia se cuenta. Adicionalmente, debe explicar por qué el mercado no ofrece un resultado satisfactorio, si existe una falla de mercado o problemáticas sociales que se derivan de la operación del mercado.

La evaluación y análisis de riesgos es esencial en la identificación del problema. Dado que los gobiernos disponen de recursos limitados y que los costos de la regulación pueden ser significativos, su accionar debe concentrarse en los riesgos más importantes o que tienen consecuencias más dañinas. El análisis de riesgo debe identificar la probabilidad y el alcance del riesgo derivado de la problemática a atender y qué acciones tomar para reducir ese riesgo. De igual manera, se debe evaluar el riesgo de no intervenir.»⁶²

Efectivamente, la regulación debe de ayudar en la redacción de los costos de transacción, lo cual se aprecia generando predictibilidad en los agentes económicos que participan en el mercado regulado.

Por lo tanto, «la coherencia regulatoria se refiere al uso de buenas prácticas regulatorias en el proceso de planificación, diseño, emisión, implementación y revisión de medidas regulatorias para facilitar el logro de los objetivos de la política interna, y en los esfuerzos de todos los gobiernos para mejorar la cooperación regulatoria para promover esos objetivos y promover el comercio internacional y la inversión, el crecimiento económico y el empleo»⁶³.

⁶² OCDE. El ABC de la mejora regulatoria para las entidades federativas y los municipios: Guía práctica para funcionarios, empresarios y ciudadanos. 2016. Pp 68

⁶³ **Phoenix X.F.Cai** (2016). Regulatory coherence and standardization mechanisms in the trans-pacific partnership. De Gruyter Open. Pp 510.
Texto original:
«Regulatory coherence refers to the use of good regulatory practices in the process of planning, designing, issuing, implementing, and reviewing regulatory measures in order to facilitate achievement of domestic policy objectives, and in efforts across governments to enhance regulatory cooperation in order to further those objectives and promote international trade and investment, economic growth and employment.»

2.3 Del establecimiento de las optimizaciones en la normativa nacional

Entonces, habiendo desarrollado el concepto de coherencia regulatoria y su importancia para el desarrollo y cumplimiento de los objetivos de política, a continuación se planteará el problema que justificó el desarrollo del presente trabajo, el cual refiere a presencia de un incoherente marco regulatorio para la aplicación de las optimizaciones como mecanismo de modificación de obligaciones establecidas en los contratos de APP's que sean distintas a aquellas que deben ser tratadas por medio de las adendas.

Con ello se buscará establecer el marco conceptual de las optimizaciones, todo ello considerando que, en palabras de la OCDE, «un ambiente regulatorio que reúne los principios de la buena regulación, [...] reduce los costos del negocio y mejora la posibilidad que los proyectos en APP aporten valor por dinero.»⁶⁴

Entonces, en razón a lo antes señalado, se procedió a analizar al mecanismo de las optimizaciones, las cuales fueron incorporadas en el marco normativo nacional de las APP's por medio del Decreto Legislativo N° 1224 y reglamento aprobado por medio del Decreto Supremo N° 410-2015-EF⁶⁵.

⁶⁴ **OCDE.** Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships. May 2012.

Texto original:

« A regulatory environment which meets the key principles of good regulation, as set out in the OECD Recommendation on Regulatory Policy and Governance, reduces the costs to business and enhances the chances that PPP projects bring value for money,

While the contract is the main basis for a PPP, it is necessary to have a clear and transparent regulatory framework that all parties can trust, is enforced and that does not create barriers to entry. Such a framework fosters competition and helps minimising the risk of conflicts of interest, regulatory capture, corruption, and unethical behaviour. To that end, governments should adhere to principles of open government. Access to information and the decision-making process should be open and equitable.»

⁶⁵ Resulta necesario mencionar que las APP's se incorporaron al marco normativo nacional por medio del Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, aprobado a través del Decreto Supremo N° 127-2014-EF. Sin embargo, en dicho marco normativo no se había incorporado la figura de las optimizaciones.

No obstante, no se encontró mayor referencia teórica o conceptual en la exposición de motivos de la mencionada norma ni tampoco existe doctrina nacional al respecto.

En tal sentido, se entrevistó a Álvaro Valencia⁶⁶, quien participó en la elaboración del Decreto Legislativo N° 1224 y su Reglamento aprobado por medio del Decreto Supremo N° 410-2015-EF. Así, de la entrevista realizada se mencionó que «Bajo el Artículo 60° del Título VII del Decreto Supremo N° 410-2015-EF se estableció una nueva regla para el diseño de los contratos de Asociaciones Público Privadas, correspondiente a las optimizaciones, considerando que durante la fase de Ejecución Contractual **los inversionistas podrían proponer al Estado diversas mejoras para la construcción de la infraestructura y/o provisión de los servicios públicos**; por ello, se dispone que los contratos de Asociaciones Público Privadas **deben permitir las optimizaciones que permitan eficiencias y mejoras, ahorro de costos al Estado, mejoras en el método constructivo, entre otros, siempre y cuando ello no implique la disminución de los niveles de servicio ni de la calidad de la obra. No obstante, se precisa también que en caso los cambios en el alcance y en el diseño sean solicitados por el Estado y generen sobrecostos, estos siempre deberán requerir de opinión previa de capacidad presupuestal del órgano encargado de la entidad pública.** Asimismo, de manera general, se establece que la aprobación de las optimizaciones está sujeta al procedimiento previsto en cada contrato de Asociación Público Privada.».

Por lo tanto, ante la ausencia de un marco teórico y doctrinario que permita entender la naturaleza de las optimizaciones y la coherencia regulatoria detrás de estas, el problema se ubica en establecer

⁶⁶ Consultor de la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada (DGPPIP) del Ministerio de Economía y Finanzas.

las bases de lo que debería de ser el marco regulatorio que permita la adecuada aplicación de estas, a efectos de proponer cambios en la actual regulación.

2.3.1 Del marco regulatorio de las optimizaciones en la normativa nacional

En ese sentido, se procedió a analizar el contenido de la actual regulación de las optimizaciones el cual se encuentra contenido en el Artículo 110° del Reglamento, a efectos de determinar su coherencia regulatoria en el marco de la finalidad de las APP's desarrollada en el Capítulo I del presente trabajo de investigación. Así, el contenido del mencionado artículo es el siguiente:

«Artículo 110.- Aspectos técnicos del proyecto

110.1 Los Contratos pueden introducir la posibilidad de establecer optimizaciones en búsqueda de eficiencias y mejoras, ahorro de costos al Estado, reducción de necesidad de expropiaciones, reubicaciones o reasentamientos, mejoras en el método constructivo, entre otros, siempre que ello no conlleve la disminución de los Niveles de Servicio ni la calidad de la obra.

110.2 Los cambios en el alcance y en el diseño a solicitud del Estado que generen sobrecostos, requieren previa opinión de Capacidad Presupuestal del órgano encargado de presupuesto de la entidad pública.

110.3 La aprobación de las optimizaciones está sujeta al procedimiento previsto en el respectivo Contrato de APP.»

Entonces, se aprecia que en el Artículo 110° del Reglamento se han establecido diversos requisitos que se deberán de cumplir y sustentar para considerar que es factible la ejecución de una optimización; no obstante, en el mencionado artículo no se especifica si dichos requisitos deben de ser cumplidos todos de forma obligatoria, de forma complementaria entre ellos o al menos uno de ellos. Así, de la lectura detallada de los tres numerales que contiene el Artículo 110° se establece que las optimizaciones tienen por finalidad generar, siempre que ello no conlleve la disminución de los niveles de servicio ni la calidad de la obra, lo siguiente:

- Eficiencia y mejoras
- Ahorro de costos al Estado
- Reducción de necesidad de expropiaciones, reubicaciones o reasentamientos
- Mejoras en el método constructivo
- No reducción de niveles de servicio y calidad de la obra
- Entre otros

Asimismo, de la lectura del mencionado artículo se han establecido los siguientes requisitos procedimentales para la aplicación de optimizaciones:

- Opinión de capacidad presupuestal del órgano encargado ante cambios de alcance y diseño a solicitud del Estado.
- Aprobación sujeta al procedimiento previsto en el respectivo contrato de asociación público privada.

Por lo tanto, se procederá a hacer un análisis particular de cada requisito, a efectos de determinar la finalidad de las optimizaciones y si estos tienen coherencia o no con la naturaleza y objetivos de las APP's. Ello permitirá establecer un marco general de como el autor interpreta que deberían de ser las bases del marco regulatorio y aplicación de las optimizaciones.

2.3.1.1 De la finalidad y naturaleza jurídica de las optimizaciones

En razón a lo anterior, resulta necesario comenzar analizando la finalidad y naturaleza jurídica de las optimizaciones, a efectos de examinar los requisitos que se han establecido para su aplicación y con ello determinar si existe coherencia regulatoria entre estos y la finalidad de las APPs.

Así, de lo desarrollado en los puntos anteriores se aprecia que el espíritu detrás de las optimizaciones se enmarca en contar con un mecanismo que permita generar mejoras vinculadas con el método constructivo de la infraestructura por medio de la cual se proveerá el servicio público, siempre y cuando ello no implique la disminución de los niveles de servicio ni de la calidad de la obra.

Ahora bien, en el sentido estricto del significado que de la palabra “mejorar”⁶⁷, aplicada en la ejecución de contrato, esta implica una modificación a favor de la parte que cuenta con alguna obligación de “hacer”⁶⁸ o “dar”, puesto que se modificará alguna variable o elemento de la obligación para que el objeto de la contratación se cumpla de una forma superior a la esperada,

⁶⁷ **Real Académica de la Lengua Española**
«tr. Adelantar, acrecentar algo, haciéndolo pasar a un estado mejor».

⁶⁸ Las obligaciones de dar consisten en entregar al acreedor un bien cierto, mientras que las obligaciones de hacer consisten en la ejecución de un hecho o actividad específica.

pero que cumpla con la misma finalidad. En tal sentido, siendo que las optimizaciones tienen por finalidad realizar mejorar (entiéndase como modificaciones a ciertas obligaciones contractuales), estas consistirían en un supuesto de modificación de obligaciones adicional a las “adendas”.

Dado lo anterior, con la finalidad de analizar y determinar la diferencia que existiría entre la naturaleza jurídica de las optimizaciones y las adendas, y con ello comprobar la coherencia regulatoria de las primeras, resulta necesario mencionar el marco normativo desarrollado por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante, el **Ositran**)⁶⁹ establecido en el Numeral 4 del Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004 mediante la cual se aprobaron los “Lineamientos que contienen los criterios a analizar en caso de presentar solicitudes de interpretación, modificación y reconversión de los contratos” cuyo contenido, para el asunto materia del presente trabajo de investigación, es el siguiente:

«4.- Definiciones

[...]

4.2.- Modificación

Cambio en el texto original del contrato de concesión. **Una modificación es sustancial** si la misma es generada por la ocurrencia de eventos no imputables al

⁶⁹ Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Uso de Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo.

«**Artículo 7.- Funciones**

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

[...]

f) Emitir opinión técnica sobre la procedencia de la renegociación o revisión de los contratos de concesión. En caso ésta sea procedente, elaborará el informe técnico correspondiente y lo trasladará al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.

[...]»

Concesionario o imputables al concedente **que han alterado significativamente la ecuación económica del contrato**⁷⁰. Una modificación es no sustancial cuando su objeto sea **corregir errores materiales o situaciones no vinculadas a interpretaciones generales de contenidos del contrato de concesión, que no compromete el equilibrio de la ecuación económica-financiera del mismo.**

4.3.- Reconversión

Cambios estructurales o transformaciones sustanciales en los contratos de concesión, por ejemplo: cambios en el objeto del contrato de concesión, cambio en las prestaciones principales a cargo de las partes y fusiones que afectan la ejecución del contrato de concesión.» (Resaltado es agregado)

Entonces, en razón a lo desarrollado en la normativa nacional, los contratos de APP's pueden ser modificados o aplicar la reconversión en los siguientes supuestos:

- Modificación:
 - Modificación sustancial: Generada por la ocurrencia de eventos que han alterado significativamente la ecuación económica.
 - Modificación no sustancial: Corregir errores materiales o situaciones no vinculadas a interpretaciones generales de contenidos del contrato de concesión

⁷⁰

En la práctica, se asocia las modificaciones sustanciales a variaciones en el equilibrio económico del contrato

- Reconversión:
 - Se refiere a cambios estructurales o transformaciones sustanciales en los contratos de concesión.

En adición a lo anterior, de acuerdo con Dromi, «[...] si se trata de las modalidades, **el plazo o la forma de pago del precio, estaríamos frente a una renegociación**, mientras que, si los cambios afectan al objeto, estaríamos frente a una reconversión.»⁷¹

Entonces, en razón de lo antes mencionado, el autor del presente trabajo de investigación considera que cualquier alteración en los niveles de servicio de un contrato de APP's consiste en una modificación de carácter sustancial en razón que el fin principal de dichos contratos es la prestación del servicio público, lo cual, tomando como ejemplo el Contrato de Concesión de la Línea 2 del Metro de Lima, se ve reflejado en el cumplimiento de los niveles de servicio o indicadores mínimos de calidad de servicio que el Concesionario debe lograr y mantener durante la Explotación.⁷²

Efectivamente, «en las APP el contrato no suele fijar los medios y procedimientos que debe emplear el contratista para alcanzar unos determinados resultados, sino que define directamente los resultados que se deben alcanzar mediante la fijación de una serie de parámetros y umbrales.

⁷¹ **DROMI, Roberto**, Renegociación y reconversión de los contratos públicos. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1996. P.124. En el mismo sentido. **Cfr. Op. Cit. PEREZ HUALDE, Alejandro**. Renegociación de Contratos Públicos. Pp 48-50. Y **Cfr. Op. Cit. MARTIN TIRADO, Richard**. La renegociación de los contratos administrativos y la necesidad de contar con lineamientos para adoptar dicha medida. Pp 22-23

⁷² Definición de Niveles de Servicio en el Contrato de Concesión de la Línea 2 del Metro de Lima.
«Niveles de Servicio
 Son aquellos indicadores mínimos de calidad de servicio que el CONCESIONARIO debe lograr y mantener durante la Explotación, según se especifica en el Anexo 7 del Contrato.»

El contrato, por tanto, definirá resultados (*outputs*) en lugar de medios (*inputs*)»⁷³. Es decir, las APP son contratos donde se fijan los resultados (niveles de servicio), mientras que los medios son responsabilidad del socio privado.

Ello es confirmado por medio de lo establecido en el documento denominado “Lineamientos para la Aplicación de los Criterios de Elegibilidad de los Proyectos de Asociación Público Privada”⁷⁴ del Ministerio de Economía y Finanzas, el cual, en su Punto 4.2.2 señala lo siguiente:

4.2.2 Capacidad de medición de la disponibilidad y calidad del servicio

Con el objetivo de medir la disponibilidad y calidad del servicio ofrecido a los usuarios (actuales y futuros), es necesario establecer especificaciones de desempeño y monitorearlas mediante el uso de indicadores clave de desempeño⁵. Esto constituye un factor crítico para la gestión y éxito de una APP. Estos indicadores deben ser específicos, medibles, alcanzables, realistas y con un horizonte de tiempo definido⁶. Debe evitarse un número extenso de indicadores que debiliten su monitoreo e incrementen el costo de medición de los mismos.

El monitoreo de los indicadores de desempeño durante toda la fase de ejecución contractual involucra contar con una adecuada supervisión que verifique el cumplimiento de dichos indicadores. Además, se deben establecer y aplicar penalidades o deductivos cuando no se cumplan con los indicadores de desempeño establecidos. No sirve contar con especificaciones e indicadores de desempeño si no se establecen consecuencias en caso de incumplimiento.

¿Qué se está midiendo?

Disponibilidad de especificaciones e indicadores de desempeño, así como un sistema de penalidades o deductivos, de modo que la prestación del servicio a los usuarios sea efectuada con calidad, y con una adecuada atención a la ocurrencia de interrupciones de dicha prestación, a lo largo del ciclo de vida del proyecto

Ilustración 5. Criterios para definir los niveles de servicio

Producto de lo anterior, siendo que las optimizaciones tienen por finalidad realizar mejoras en el método constructivo, esto no se vincularía con aspectos esenciales del contrato de concesión. Los cambios en el método constructivo no implican modificaciones que generen alteraciones en la

⁷³ Corporación Andina de Fomento. Introducción a la Gestión de Contratos de Asociaciones Público-Privadas. 2019. Pp. 21

⁷⁴ En https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/normas/anexo_lineamientos_aplicacion_criterios_elegibilidad.pdf. Fecha de visita. 09.03.2018

ecuación económica del contrato, ya que el riesgo de diseño y/o construcción⁷⁵ habitualmente es asignado al socio privado por lo que estas modificaciones no estarían sujetas a interpretación y, conforme se mencionó, las APP's son contratos en los cuales se miden los resultados más no los medios.

Entonces, hasta este punto puede concluirse que las optimizaciones, debido a que están enfocadas en la etapa de ejecución de obras de un determinado contrato de APP, consisten en modificaciones de naturaleza no sustancial, es decir que no deben afectar los niveles de servicio, calidad, productividad o que se emplee según el tipo de servicio que se desee prestar.

En lo que respecta a las adendas, conforme se aprecia en el Artículo 136° del Reglamento⁷⁶, leído de manera concordante con el Artículo 55° del Decreto Legislativo⁷⁷, estas tienen por finalidad realizar modificaciones de naturaleza sustancial.

Por lo tanto, se aprecia que la naturaleza jurídica de las optimizaciones son un mecanismo de modificación contractual adicional al de las adendas, puesto que este se enfocará en aspectos considerados como modificaciones no sustanciales, ya que la finalidad es mejorar aspectos no

⁷⁵ En el escenario que el contrato de concesión contenga componentes de diseño y/o construcción

⁷⁶ **«Artículo 134. Modificaciones contractuales**

134.1 Las partes pueden convenir en modificar el Contrato de APP, manteniendo el equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del Proceso de Promoción, procurando no alterar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto.
[...]

⁷⁷ **«Artículo 55. Modificaciones contractuales**

55.1 El Estado, de común acuerdo con el inversionista, puede modificar el contrato de Asociación Público Privada, manteniendo su equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, conforme a las condiciones y requisitos que establece el Reglamento.
[...]

vinculados directamente con los niveles de servicio, calidad, productividad o que se emplee según el tipo de servicio que se desee prestar.

2.3.1.2 Análisis del numeral 110.1 del Artículo 110°

a. Eficiencia y mejoras

Entonces, teniendo en consideración lo antes señalado, en lo que respecta a los requisitos de “eficiencia y mejora”, el análisis será desarrollado de forma separada. Es decir, por un lado, se analizará el requisito de “mejoras” y; por el otro, el de “eficiencias”, puesto que estos tienen connotaciones regulatorias y de ejecución contractual distintas.

a.1. De la búsqueda de “mejoras”

En lo que respecta a este punto, el autor interpreta que la aplicación de esta condición es de connotación “en general” en el marco de las obligaciones del contrato de APP, puesto que en el mismo numeral se ha establecido un supuesto que establece la posibilidad de aplicar optimizaciones en mejoras en el método constructivo. Así, la búsqueda de “mejoras” podría interpretarse como la posibilidad de generarse optimizaciones para cualquier materia que surja en la ejecución del contrato.

Dado lo anterior, desde una perspectiva puramente objetiva, esta condición no debería de estar establecida en el Artículo 110° del Reglamento, ya que podría generar confusión el momento de pretender aplicarse las optimizaciones, ya que no se aprecia una relación directa con la ejecución de obras.

a.2. De la búsqueda de “eficiencia”

Siguiendo con el análisis de condición, la búsqueda de “eficiencia” podría interpretarse como la posibilidad de generarse optimizaciones para cualquier materia que surja en la ejecución del contrato, debido a que no presenta relación o coherencia con el supuesto principal de aplicación de las optimizaciones, es decir la ejecución de obras. Con ello, la indefinición del término “eficiencia” en el marco del concepto de optimización que se ha desarrollado podría dificultar su adecuada aplicación.

No obstante, el término “eficiencia” presenta diversas connotaciones de naturaleza económica, las cuales podrían influir en el desarrollo del concepto aplicable en la regulación de las optimizaciones.

- Eficiencia de Pareto en los contratos de APP’s

Así, corresponde señalar que el Diccionario de Términos Económicos de The Economist⁷⁸ define a la palabra “efficiency” o “eficiencia” tomando en consideración la definición de “Eficiencia de Pareto”. Así, los mencionados términos se definen de la siguiente manera:

2.4 «Efficiency

Getting the most out of the resources used. For a particular sort of efficiency often favoured by economists, see PARETO EFFICIENT» (Resaltado es agregado)

⁷⁸

The Economist
En: <https://www.economist.com/economics-a-to-z/e#node-21529488>. Visto el 21.07.2018

2.5 «Pareto efficiency

A situation in which nobody can be made better off without making somebody else worse off. Named after Vilfredo Pareto (1843–1923), an Italian economist. If an economy's resources are being used inefficiently, it ought to be possible to make somebody better off without anybody else becoming worse off. In reality, change often produces losers as well as winners. **Pareto efficiency does not help judge whether this sort of change is economically good or bad.**» (Resaltado es agregado)

Ahora bien, en razón a las definiciones antes citadas, resulta necesario mencionar que el “Óptimo de Pareto” considera los contratos como óptimos (Pareto) si se cumplen las siguientes condiciones.

(i) Dado un conjunto de asignaciones alternativas de bienes o resultados para un conjunto de individuos, un cambio de una asignación a otra que puede mejorar al menos un individuo sin empeorar a ningún otro individuo se denomina "mejora de Pareto". (ii) Una asignación se define como 'Pareto eficiente' o 'Pareto óptimo' cuando no se pueden realizar más mejoras de Pareto.⁷⁹

En razón de lo antes mencionado, en términos de Pareto, la eficiencia en el proceso de negociación de las APP's podría entenderse como la capacidad de aprovechar al máximo los recursos utilizados teniendo como tope el punto en el cual nadie pueda mejorar sin que otro empeore, lo cual, a su vez, dependerá que la interrelación funcione bien entre las partes; la interrelación depende tanto

⁷⁹

Op cit, Tvarno, Christian. Negotiating Efficient PPP Contracts. The Melbourne PPP Conference 7-9 October 2014 The Challenger of Governance, Sub-theme: Long Term contracts as governing tools. Copenhagen Business School. Pp 6

de las tareas (asignación de riesgos) que cada parte asume como de la finalidad del contrato en sí y de los intereses inmersos en el proyecto.

Dado lo anterior, se entiende que la búsqueda de la eficiencia (Pareto) en las negociaciones de los contratos de APP's debe de resultar en un objetivo conjunto que beneficie o elimine los intereses opuestos entre las partes. Al optimizar el proyecto o la transacción, las partes pueden enfocarse en un interés común en lugar de su propio interés. Por ejemplo, en un contrato de construcción tradicional, el propietario del edificio exigirá el precio más bajo y el contratista establecerá el precio más alto posible. El contrato de PPP debe buscar crear una mejora de Pareto y compartir los beneficios entre las partes.⁸⁰

No obstante, debido a la naturaleza de las APP's mencionada en el Capítulo I del presente trabajo de investigación y de los diversos intereses que intervienen en un proceso de renegociación conforme se ha explicado en el presente capítulo, la aplicación del "Óptimo del Pareto" como marco de la búsqueda de "eficiencia" en la ejecución de optimizaciones en las APP's no sería la opción más viable, ya que en el proceso de renegociación de obligaciones influyen muchos intereses entre las partes (Estado y socio privado), los cuales no coinciden.

Por lo tanto, en la vida real de la ejecución de los contratos de APP's, lograr la eficiencia de Pareto es difícil, debido a que la determinación del "óptimo" dependerá de las circunstancias o consideraciones particulares de cada caso, lo cual es muy complejo de establecer de manera objetiva y que las partes lleguen a un equilibrio en sus intereses.

⁸⁰ Idem, Pp. 1

- Eficiencia de Kaldor-Hicks en los contratos de APP's

Producto de lo anterior, es que en los procesos de renegociación de contratos de APP's, desde la perspectiva del sector público, los esfuerzos se centran en obtener los mejores resultados secundarios. Este enfoque también se denomina criterio de Kaldor-Hicks.

Bajo este criterio, mientras las ganancias sociales excedan las pérdidas de la implementación de una determinada política y si los ganadores pueden compensar hipotéticamente a los perdedores, entonces esa política está justificada.

Efectivamente, el criterio de la “Eficiencia de Kaldor-Hicks”, establece que «[...] la situación es óptima sólo cuando ésta no puede mejorarse a un menor costo del que las pérdidas significarían para un tercero.»⁸¹

En la línea de la definición antes mencionada, Posner define el criterio Kaldor-Hicks como la maximización de riqueza y no la maximización de utilidad, y sostiene que es la mejor herramienta que los legisladores poseen para juzgar los méritos de las políticas o proyectos públicos, que implican transacciones entre partes dispuestas y partes poco dispuestas⁸².

Finalmente, Sankalp Sharma señala que a diferencia de la eficiencia de Pareto, donde el proyecto público probablemente nunca se emprenda, y la maximización de la utilidad, donde los beneficios

⁸¹ **Sumar Albújar, Oscar.** Derecho Empresarial y Constitución: Límites constitucionales a la libertad de empresa y a su regulación (un análisis de casos). Themis 55. PUCP.

⁸² **Op cit. Posner Richard.** Cost-benefit analysis: Definition, justification, and comment on conference papers. J. Legal Stud. 2000, 29, 1153–1177

y los costos dependen estrictamente de la forma funcional del investigador, el criterio de Kaldor-Hicks obliga al gobierno a confrontar el costo-beneficio de una política o proyecto en particular.⁸³ Ello generaría, a pensar del autor del presente trabajo de investigación, que el Criterio de Kaldor-Hicks es el enfoque más pragmático cuando el Estado afronte un proceso de renegociación de contratos de APP's, ya que este no buscaría maximizar recurso enfocado en común interés de las partes (Pareto), sino que buscaría maximizar el cumplimiento de los objetivos de política que justificaron la suscripción del respectivo contrato.

- Sentido de “eficiencia” utilizado en el desarrollo de las optimizaciones en el Contrato de Concesión de la Línea 2 del Metro de Lima

En razón de los criterios de eficiencia antes mencionados, se procederá a analizar en la práctica el sentido de “eficiencia” que se ha estado dando en los contratos de APP's en el Perú en sector transportes, se procedió a analizar procesos de optimización del Contrato de Concesión de la Línea 2 del Metro de Lima al ser este el único contrato de concesión que actualmente presenta este mecanismo de modificación contractual.

En tal sentido, de las optimizaciones que fueron de acceso público al momento de la elaboración del presente trabajo de investigación, se analizó el sustento realizado para las optimizaciones de los Pozos de Ventilación 25 y 26 (PV-25 y PV-26) del Contrato de Concesión de la Línea 2 del Metro de Lima, emitida mediante Informe Técnico N° 047-2015-MTC/33.6⁸⁴ de la AATE. Así, de

⁸³ **Op cit, Sharma, Sankalp y entre otros.** Land Acquisition in India: A Pareto and Kaldor-Hicks Perspective. MDPI. Pp 3

⁸⁴ Véase, **Informe Técnico N° 044-2015-MTC/33.6** “Optimización Propuesta por el Órgano Técnico del Concedente – Pozo de Ventilación P-25 y PV-26 de la Etapa 1b del Proyecto Línea 2, RAMAL Av. Faucett – Av. Gambeta de la Red Básica del Metro de Lima.” Autoridad Autónoma del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao.

la lectura del informe técnico se aprecia que las razones de las optimizaciones que tuvo el Estado fueron las siguientes:

«En relación al PV-25, se tiene un cambio de ubicación respecto a lo previsto en la Propuesta Técnica de la Oferta.

Concretamente se ha desplazado unos 30 metros hacia atrás contra el avance de las progresivas, por lo que ha sido necesario consignar otra área diferente a la zona de PACRI considerada inicialmente para la disposición de la salida de emergencia y de la reja de ventilación del pozo. [...]. Esta modificación El desplazamiento atiende a evitar la afectación que produce el pozo en su posición inicial considera en la propuesta técnica, [...].»

Además, el informe técnico señala que, de acuerdo al Estudio de Factibilidad, la ubicación del área afectada para el PV-25 estaba conformada por 5 predios en un área total de 900.00m² y en cambio con la optimización área afectada sería conformada por 3 predios con un total de 608.00 m².

En la misma línea, en relación al pozo de ventilación PV-26, se tiene un cambio de ubicación respecto a lo previsto en el Anexo 3 del Contrato de Concesión. Concretamente se ha trasladado el pozo debido a que inicialmente afectaba directamente a la línea de alta tensión aérea de 60kV, propiedad del operador de servicios pública Luz del Sur S.A.A, y que no fue identificada en el informe de interferencias de servicios públicos elaborado en el Estudio de Factibilidad. Dado el alto costo y el tiempo de ejecución para la reubicación de dicha línea de alta tensión, la AATE

decidió trasladar el pozo a una distancia necesaria hasta el oeste a fin de desafectar la línea de alta tensión, “sin perjudicar el diseño del pozo ni las áreas mínimas necesarias que pueden afectar la funcionalidad, accesibilidad y seguridad del pozo ofertado en la propuesta técnica.”

Además, el informe técnico señala que, «de acuerdo al Estudio de Factibilidad, la ubicación del área afectada para el pozo de ventilación PV-26 estaba conformada por 4 predios con un área total de 718.16 m² [...] y en cambio con la optimización el área afectada estará conformada por 5 predios con un área total de 870.40m² [...]; **sin embargo, dejará de afectarse un predio sensible como es el caso del Policlínico Vitarte, el cual actualmente brinda servicios médicos para el distrito de Ate»**

Por lo tanto, por un lado, se tiene que en el caso del PV-25 el sustento de optimización fue uno de naturaleza puramente de mejora de método constructivo, pero que no cumpliría con un fin de eficiencia en el marco de los criterios antes señalados. No se especifica, más allá de la reducción del número de expropiaciones, cual es la eficiencia al realizar dicha optimización.

Por el otro lado, en lo que se aprecia al PV-26, a pesar de que se tendrá que afectar una mayor cantidad de terrenos y por tanto incurrir en mayores gastos se decidió no perjudicar a otro servicio público (Policlínico Vitarte). En este caso, se podrían decir que la optimización podría calzar dentro del criterio de Kaldor-Hicks, ya que las ganancias sociales exceden a las pérdidas de adquirir un predio más de lo inicialmente planificado.

Por lo tanto, el autor considera que el criterio para la definición de “eficiencia” para la aplicación de optimizaciones en el marco de los Contratos de APP’s debe de ser el criterio de Kaldor-Hicks, ya que el Estado debe de enfocarse en la búsqueda del bienestar social, pero “sólo cuando ésta no puede mejorarse a un menor costo del que las pérdidas significarían para un tercero”, como se mencionó líneas arriba teniendo como meta la generación de riqueza, es decir derecho, beneficios sociales, etc; y no utilidad financiera.

No obstante, este criterio deberá de estar alineado a la no reducción de los niveles de servicio del Contrato de APP, lo cual se explicará más adelante.

b. Ahorro de costos al Estado

En razón de lo antes señalado, el autor considera que el “Ahorro de costos al Estado” debe de ser un efecto que podría resultar de la búsqueda de la eficiencia, pero no debería de ser una condición obligatoria. Como ya se mencionó, pueden darse supuestos de eficiencia que, a pesar de generar mayores costos, generan beneficios sociales.

c. Reducción de necesidad de expropiaciones

Al igual que lo mencionado en el literal anterior, el autor considera que la “Reducción de necesidad de expropiaciones” debe de ser un efecto que podría resultar de la búsqueda de la eficiencia, pero no debería de ser una condición obligatoria.

d. Mejoras en el método constructivo

Al igual que lo mencionado en el literal anterior, el autor considera que la “mejora en el método constructivo” debe de ser un efecto que podría resultar de la búsqueda de la eficiencia, pero no debería de ser una condición obligatoria. Esto puede ser una característica que ayude a justificar la necesidad de la optimización, pero no debe de ser el fin principal, ya que no va a darse en todos los casos.

e. No reducción de niveles de servicio y calidad de la obra

En lo que respecta a la condición de la “No reducción de niveles de servicio y calidad de la obra”, el autor considera que esto debe de ser obligatorio y punto principal cuando se quiere recurrir a una optimización, pero con la salvedad que el requisito únicamente debe de referirse a “la no reducción de los niveles de servicios” dejando como punto secundario la calidad de la obra.

Los niveles de servicio son el resultado las obligaciones establecidas en el Contrato de APP respectivo y es donde se refleja la finalidad del servicio público entregado en concesión, mientras que la afectación a la calidad pasa a ser un aspecto secundario. Este último se encontrará necesariamente subordinado al cumplimiento de los niveles de servicio.

Efectivamente, por un lado, tomando en consideración la definición de “Niveles de Servicio” establecido en los Contratos de Concesión de la Línea 1 y Línea 2 cuya redacción establece que «Son aquellos indicadores mínimos de calidad de servicio que el CONCESIONARIO debe lograr y mantener durante la Explotación, según se especifica en el Anexo 7 del Contrato.», los niveles de servicios constituyen aquellas obligaciones asignadas al socio privado por medio de las cuales

el Estado busca la satisfacción de sus intereses, las cuales ha sido establecidas a su vez mediante la asignación de riesgos.

Por otro lado, la calidad, a criterio del autor, es un elemento secundario que influirá en la determinación de la no reducción de los niveles de servicio, lo cual constituye la obligación principal a cumplir por el concesionario.

Ahora bien, un ejemplo que las optimizaciones tienen que tener como fin principal el cumplimiento de niveles de servicio, teniendo a la calidad como un elemento secundario se pudo observar durante la ejecución de la Línea 2 del Metro de Lima y Callao en la cual se realizó una optimización consistente en modificar (reducir) el ancho de unos muros en la Estación Hermilio Valdizán y la Estación Mercado Santa Anita.

Al respecto, por medio del Informe Técnico N° 047-2017-MTC/33.8 se enfocó en que dicho cambio no afectará el nivel de confortabilidad de las estaciones, teniendo en cuenta los valores relativos de densidad peatonal representados bajo el concepto de nivel de servicio.

Es decir, el análisis realizado por la AATE tuvo con fin principal el mantener los niveles de servicio a favor de los usuarios, pero tomando en consideración elementos de calidad en la obra.

f. Entre otros

Siendo que una regulación debe de tener por finalidad generar certeza de las “reglas de juego” que se van a aplicar a los agentes económicos, el colocar un apartado tan subjetivo como el que se está

analizando podría generar mayores costos de transacción que beneficios al momento de querer aplicar las optimizaciones al no establecer un requisito objetivo, este podría ser usado de forma abusiva tanto por el Estado como para el Privado al aplicar proceso de optimización que no concuerden con la regulación establecida.

Por lo tanto, el requisito de “entre otros” debe de ser eliminado por no tener coherencia dentro de una coherente regulación.

2.5.1.1 Análisis del numeral 110.2 del Artículo 110°

Siguiendo con el análisis de los requisitos para la aplicación de optimizaciones presente en la actual norma, en lo que respecta al contar con “opinión de capacidad presupuestal del órgano encargado ante cambios de alcance y diseño a solicitud del Estado” el cual se encuentra contenido en el Numeral 110.2 del Artículo 110 del Reglamento, resulta necesario resaltar que este presenta inconsistencias que podría perjudicar la adecuada aplicación de las optimizaciones.

a. De los cambios de alcance

Ahora bien, no existe una definición jurídica de “alcance”; no obstante, la Real Academia de la Lengua Española lo define de la siguiente manera: “Seguimiento, persecución; capacidad de alcanzar o cubrir una distancia”. Es decir, el “alcance de los contratos” debe de entenderse como la finalidad u objeto que estos persiguen.

En tal sentido, Ortega Piana menciona que «para fines del Código Civil (1984), objeto contractual es sinónimo de aquello que las partes pretenden jurídicamente; se identifica con su propósito, pero

se considera también la perspectiva de que hay de por medio un interés relevante o merecedor de tutela.»⁸⁵

En ese orden de ideas, el requisito establecido en el numeral 110.2 del artículo 110° referido a que se puede recurrir a las optimizaciones ante cambios de alcance y diseño a solicitud del Estado implica incurrir en el supuesto de modificaciones contractuales que contraviene lo establecido en el Numeral 134.1 del Artículo 134° del Reglamento, ya que consistiría en un cambio en el objeto del contrato (naturaleza), lo cual conlleva a un cambio en la asignación de riesgo, es decir que se trataría un nuevo contrato. El mencionado artículo presenta la siguiente redacción:

«Artículo 134.- Modificaciones contractuales

134.1 Las partes pueden convenir en modificar el contrato de Asociación Público Privada, manteniendo el equilibrio económico financiero y las **condiciones de competencia del proceso de promoción, procurando no alterar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto.**» (Resaltado es agregado)

b. De los cambios de diseño

En lo que respecta al cambio de diseño, el autor interpreta que ello se refiere a cambios de diseño a nivel de ingeniería. En ese sentido, dicho cambio debería de ser analizado de manera concordada con los niveles de servicios, a efectos que ello no implique cambio en las condiciones de competencia del contrato.

⁸⁵ Ortega Piana, Marco Antonio. Sobre los alcances del objeto contractual en el diseño del Código Civil de 1984

Asimismo, el análisis antes mencionado deberá de ser realizado en el marco de la matriz de riesgos del respectivo contrato.

2.5.1.2 Análisis del numeral 110.3 del Artículo 110°

Siguiendo con el análisis de los requisitos establecidos en la norma, se ha establecido que el procedimiento de optimización sea el previsto en el respectivo contrato de APP's. En razón a ello, el autor considera que al no establecer parámetros objetivos en el procedimiento de ejecución de optimizaciones generaría que, ante la falta de un supuesto de optimización en el contrato, se tenga que recurrir a una adenda para incorporar dicho supuesto de optimización.

Así, ello generaría que la finalidad detrás de las optimizaciones que se ha podido identificar, se vea opacada al tener que recurrir a las adendas.

2.6 Otros aspectos normativos que dificultan la ejecución de las optimizaciones

2.6.1 No se establece claramente la asignación del riesgo sobre la ejecución de la optimización

Continuando con el análisis de otros aspectos normativos que dificultan la ejecución de las optimizaciones del actual marco regulatorio de las APP's, de las entrevistas realizadas al personal de la AATE⁸⁶ que ha participado en el proceso de ejecución de optimizaciones en el Contrato de Concesión de la Línea 2 del Metro de Lima y Callao se aprecia la existencia de otro problema el cual consiste en determinar quién asume la ejecución de la optimización propuesta.

⁸⁶ Abg. Cristian Dondero Cassano. Asesor Legal de la Unidad Gerencial de Infraestructura de la AATE

En ese sentido, y tomando en consideración lo desarrollado en el Capítulo I del presente informe, se tiene que las partes signatarias de un contrato de APP's han asumido riesgos que deben interiorizar. Teniendo en consideración ello, en el presente capítulo se ha mencionado que la finalidad de las optimizaciones es modificar obligaciones de carácter no sustancial, pero al final obligaciones o el modo en que se cumplan dichas obligaciones.

Dado todo lo anterior, siendo que la asignación de riesgos constituye el elemento central por medio del cual se establecen las obligaciones en un contrato de APP's consistente en asignar un riesgo a quien se encuentra en la mejor capacidad de asumirlo, sin importar quien proponga la optimización esta debería de ser asumida por la parte a la cual se asignó el riesgo materia de la optimización; el pretender lo contrario implicaría un cambio del alcance del contrato de APP con cual estaríamos frente a otro contrato al redistribuir la matriz de riesgos.

2.6.2 No se establece si los elementos establecidos para la aplicación de las optimizaciones pueden ser aplicados de manera individual o de manera conjunta

Por último, dentro la norma no se establece si los elementos para los elementos establecidos para la aplicación de las optimizaciones pueden ser aplicados de manera individual o de manera conjunta.

En ese sentido y en razón a lo desarrollado líneas arriba, el autor del presente trabajo de investigación considera que el elemento que debe de estar presente en todo análisis para la determinación de aplicación de una optimización es que no se reduzcan los niveles de servicio,

puesto que ello tendrá un impacto directo en las obligaciones contractuales conducentes a la prestación del servicio público.

Después de ello, todos los demás elementos son de aplicación complementaria a la no afectación de los niveles de servicio.

2.7 Conclusión

El proceso de renegociación de las APP's es uno muy complejo, debido a que en este el Estado debe buscar satisfacer de manera expeditiva el interés público que sustentó la suscripción del contrato y de los intereses del concesionario que influyen en dicho proceso.

Dado lo anterior, el autor del presente trabajo de investigación ha determinado —ante la inexistencia de un marco teórico que justifique la presencia de las optimizaciones en el marco normativo— que la finalidad de la inclusión de las optimizaciones fue la de contar con un instrumento de modificación de obligaciones no sustanciales únicamente aplicable en la etapa de ejecución de un determinado contrato de APP.

No obstante, producto de la inadecuada regulación establecida en el Decreto Supremo N° 240-2018-EF, se han detectado varias inconsistencias que claramente dificultan la adecuada ejecución de las optimizaciones. Es por ello que, a lo largo del análisis de la regulación existente se han identificado lineamientos que permitirían establecer las bases del marco regulatorio que definiría a las optimizaciones.

3. CAPITULO III: PROPUESTA DE SOLUCIÓN: PROPUESTA DE MODIFICACIÓN REGULATORIA DE APLICACIÓN DE OPTIMIZACIONES EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

3.1 Establecimiento de mejoras en el marco normativo de las optimizaciones

Entonces, habiendo determinado la existencia de diversas falencias en la regulación actual de las optimizaciones, se procederá a presentar una propuesta de mejora regulatoria, a efectos que la ejecución de las optimizaciones sea realizada de forma más predecible y con ello los proyectos de inversión en APP's no se vean perjudicados por la necesidad de realizar adendas producto de modificaciones que no son consideradas como sustanciales producto de la no afectación a los niveles de servicio y/o calidad de la actividad final.

Para ello, se tomará en cuenta los elementos que el autor del presente trabajo de investigación considera que debería definir a todo marco regulatorio, incluyendo a las APP⁸⁷, los cuales son:

- Objetivo del marco regulatorio
- Alcance del marco regulatorio
- Elección del instrumento normativo
- Responsabilidad para las partes al momento de la implementación de la optimización

⁸⁷

Op Cit. OCDE (2012). Recomendación del Consejo sobre política y gobernanza regulatoria

3.1.1 Objetivo del marco regulatorio de las optimizaciones en las APP

Como primer punto para el establecimiento de las propuestas de mejora del marco regulatorio de las optimizaciones de las APP es establecer definir el objetivo (¿Qué es lo que se busca?) que estas tendrán de la ejecución de los diversos proyectos que se ejecuten. Ello permitirá establecer las bases de lo que, a criterio del autor, debería de definirse como optimización de un proyecto de APP.

Así, la elección de los objetivos depende de las políticas y prioridades del gobierno. Así, en el marco del desarrollo de un marco regulatorio de las APPs, estas pueden incluir:

- Permitir más inversiones en infraestructura al aumentar las opciones de financiamiento de proyectos.
- Mejorar la rendición de cuentas (accountability) en la provisión de infraestructura y servicios público.
- Aprovechar la innovación y eficiencia del sector privado.
- Asegurar que el desarrollo y administración a largo plazo de las APP es sustentable, especialmente cuando los “stakeholders” cambian en el tiempo (actores políticos, representantes de ministerio o unidades de APP, entre otros); y
- Estimular el crecimiento y desarrollo en el país.⁸⁸

⁸⁸ Op Cit. Public-Private Infrastructure Advisory Facility – PPIAF (2020). The APMG Public-Private Partnership (PPP) Certification Guide. Chapter 2: Establishing a PPP Framework. Pp. 13

Entonces, en base a lo desarrollado en el capítulo I y capítulo II del presente trabajo, se considera que el objetivo de las optimizaciones debe centrarse en los siguientes:

- Aprovechar la innovación y eficiencia del sector privado.
- Asegurar que el desarrollo y administración a largo plazo de las APP, especialmente cuando los “stakeholders” cambian en el tiempo (actores políticos, representantes de ministerio o unidades de APP, entre otros); y

El porqué de la elección de dichos objetivos será explicado a continuación.

3.1.1.1 Aprovechar la innovación y eficiencia del sector privado en las optimizaciones

Conforme se explicó en el numeral 2.3.1.1 del presente trabajo de investigación, las optimizaciones deben diferenciarse de las “adendas” al establecer modificaciones no sustanciales con la finalidad de mejorar la ingeniería en la etapa de ejecución de obra.

Es por ello que, en razón a la naturaleza y finalidades de las APP explicadas en el Capítulo I, es que estas deben ser empleadas para aprovechar la innovación y eficiencia del sector privado; dicho enfoque estará presente en la propuesta de modificación regulatoria

3.1.1.2 Asegurar que el desarrollo y administración a largo plazo de las APP, especialmente cuando los “stakeholders” cambian en el tiempo

Conforme se mencionó en el numeral 1.4.2 del presente trabajo de investigación, la distribución de riesgos en una APP el socio privado es el que usualmente se encuentra en mejor posición para asumir los aspectos técnico-constructivos y operativos propios del contrato de APP's, ya que este cuenta con la experiencia y conocimientos para la prestación del servicio público; mientras que el Estado asume los riesgos políticos y regulatorios, ya que estos no se encuentran directamente vinculados con la ejecución del proyecto y depende del riesgo país y la seguridad jurídica que cada Estado brinde. Ello influye de manera directa en la generación de incentivos para la continuidad de un determinado proyecto APP.

En ese sentido, con la finalidad de darle rápida solución a modificaciones consideradas como no sustanciales y con ello evitar los problemas que implican las adendas, conforme se mencionó en el numeral 1.8 del presente documento, es que la propuesta de modificación debe de estar objetivamente enfocada en las mencionadas modificaciones.

3.1.2 Alcance del marco regulatorio de las optimizaciones en las APP

En lo que respecta al establecimiento del alcance del marco regulatorio de las optimizaciones, a pesar de formar parte del marco regulatorio de las APP en el Perú, este debería de ser determinado teniendo ejemplo los parámetros utilizados en la experiencia internacional⁸⁹.

⁸⁹ Op Cit. Public-Private Infrastructure Advisory Facility – PPIAF (2012). Developing a Public Private Partnership Framework: Policies and PPP Units. Note 4.

Así, esto normalmente se ve definido al ámbito jurisdiccional de la normativa, el sector al cual será aplicado, tamaño (valor) de los proyectos y tipo de contratos.

3.1.2.1 De la jurisdicción de la regulación de las optimizaciones

A criterio del autor, el alcance de cualquier marco regulatorio de APP se verá limitado por la jurisdicción del nivel de gobierno que la promulgue.

En el caso del marco normativo peruano, la normativa de APP es exclusivamente promulgada a nivel de gobierno central, por lo que la normativa de optimizaciones es aplicable a todos los niveles de gobierno. Los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales deberán de limitarse a seguir la normativa de APP establecida al desarrollo de proyectos en el marco de sus competencias.

3.1.2.2 Del sector al cual se apliquen la regulación de las optimizaciones

La aplicación de las APP no siempre será a todos los sectores de la economía, por ejemplo en Singapur se limitó su alcance a aquellos sectores "en los que otros países similares han tenido éxito comprobado con PPP", incluidas las instalaciones deportivas, las plantas de incineración, las obras de tratamiento de aguas y aguas residuales, las principales infraestructuras de tecnología de la información (TI), las instalaciones educativas, hospitales y policlínicas, autopistas y edificios de oficinas gubernamentales.

En el caso del Perú, la normativa de APP (incluyendo las optimizaciones) es general y transversal para todos los sectores en los cuales pueda desarrollarse una actividad con las características mencionadas en el capítulo I del presente documento.

3.1.2.3 Del tamaño (o valor) del proyecto al cual se le aplicaría la regulación de las optimizaciones

Algunos países han establecido determinada regulación de APP para determinados proyectos de APP en razón a su tamaño (valor de inversión). Ese es, por ejemplo, el caso de Brasil donde, por medio de la Ley 11079-2004, se establece un tamaño mínimo de 20 millones de reales (equivalente aproximadamente a US \$ 11,7 millones) para proyectos individuales.⁹⁰

En el caso del Perú, el monto mínimo para entidades del Gobierno Nacional: 10,000 UIT (S/ 43 millones)⁹¹, en caso no contengan componente de inversión; y el monto mínimo para Gobiernos Regionales y Locales: 7,000 UIT (S/ 30,100,000 millones), en caso no contengan componente de inversión; y, para el caso de proyectos de competencia nacional originados por iniciativa estatal que tengan un costo total de inversión o costos total de proyecto, en caso no contengan componente de inversión, deben de tener un valor superior a 40,000 UIT (S/ 1,720,000,000 millones)⁹²

Ahora bien, en caso específico de las optimizaciones, considerando su naturaleza desarrollada en el numeral 2.3.1.1 del presente trabajo de investigación, se considera que estas deben de ser

⁹⁰ Cfr. Artículo 29 del Decreto Supremo N° 240-2018-EF

⁹¹ Para el año 2020 la Unidad impositiva Tributaria (UIT) tiene un valor de S/. 4,300 (Cuatro Mil y 00/100 Nuevos Soles)

⁹² Cfr. Artículo 13 del Decreto Supremo N° 240-2018-EF

aplicable a todo proyecto de APP sin importar su tamaño (valor). No obstante, el monto global del costo de la optimización deberá de mantenerse en el límite del 15% del costo total de proyecto, a efectos de mantener coherencia con regulación de contratación pública.

3.1.2.4 Del tipo de contrato al cual se aplique la regulación de las optimizaciones

Muchos países, han establecido ciertas regulaciones de APP a explícitamente a un subconjunto particular de tipo de contratos, mientras que otros intentan permitir y controlar PPP de casi cualquier tipo dentro de un solo marco. Por ejemplo, la Política Nacional de APP de India de año 2011 describe los tipos de contratos que se consideran APP, los tipos de contrato que no se utilizarán (aquellos que involucran la propiedad privada de activos) y los que no están cubiertos por la política de APP (Ingeniería - Contratos de adquisición (EPC) y desinversión de activos).

En el caso del Perú, conforme se estableció en el Capítulo I del presente trabajo de investigación, se ha establecido una definición que permitirá determinar cuándo un proyecto es o no uno factible de ser considerado como APP. Sin perjuicio de dicha definición, la regulación de las optimizaciones debe de establecer que estos serán aplicables en contratos APP en el marco de la normativa general y que serán aplicados en la etapa de ejecución de obra y/o para efectuar modificaciones consideradas como no sustanciales.

3.1.3 Elección del instrumento normativo para la promulgación de la mejora regulatoria

En lo que respecta al instrumento normativo para la promulgación de la propuesta de mejora regulatoria, la forma es que se documentan los marcos y se les da fuerza varía ampliamente entre

jurisdicciones. En algunos casos, el marco regulatorio de PPP se promulga como leyes. En otros, se incluyen en documentos y manuales de políticas que el gobierno se compromete a seguir.

Así, en el caso del marco normativo peruano, la regulación de las APP se ha dado por medio del Decreto Legislativo N° 1362. Los Decretos Legislativos constituyen normas con rango de ley producto de la delegación de facultades del Congreso al Poder Ejecutivo, conforme lo señalada el Artículo 104 de la Constitución Política del Perú⁹³; asimismo, el Artículo 103 de la Constitución Política del Perú⁹⁴ se establece, entre otros, que la ley se deroga sólo por otra ley.

Por lo tanto, el instrumento normativo para la promulgación de la promulgación de la propuesta de mejora regulatoria sería por medio de un decreto legislativo.

3.1.4 Responsabilidad para las partes al momento de la implementación de la optimización

Como para del establecimiento de seguridad jurídica en el desarrollo de las APP, del cual las optimizaciones no pueden ser ajenas, se debe de establecer las responsabilidades y el rol de cada parte en las etapas del proceso de ejecución contractual.

⁹³

Constitución Política del Perú

«Artículo 104.- Delegación de facultades al Poder Ejecutivo

El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.

No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente.»

⁹⁴

Constitución Política del Perú

«Artículo 103.- Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho.

Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas.

Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo.

La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

Ahora bien, conforme se mencionó en el numeral 1.4 del presente trabajo de investigación, las obligaciones de las partes en contrato de APP se establecen en razón a quien se encuentra en la mejor posición para asumirlos, lo cual se encuentra establecido en el artículo 3 del Decreto Legislativo. Sin embargo, conforme se apreció en el numeral 2.3.1.1 del presente trabajo de investigación, en la evaluación de diversas optimizaciones efectuadas en el marco del Contrato de Concesión de la Línea 2 del Metro de Lima, las partes no han sabido determinar de manera correcta quien es el encargado de asumir la optimización propuesta.

En ese sentido, se considera pertinente establecer en la propuesta de norma que la propuesta de optimización debe de ser asumida por la parte a la cual se le asignó el riesgo materia de modificación, sin importar que el proponente sea la contraparte.

3.2 Propuesta consolidada de modificación de la regulación de las optimizaciones en los contratos de APP

Producto de todo lo desarrollado a lo largo del presente trabajo de inversión, a continuación de presenta la propuesta de modificación de la regulación de las optimizaciones en los contratos de APP.

Table 1.- Propuesta de modificación de la regulación de las optimizaciones

Articulado presente en el Decreto Supremo N° 240-2018-EF	Propuesta de modificación al articulado del Supremo N° 240-2018-EF
<p>Artículo 110.- Aspectos técnicos del proyecto</p> <p>110.1 Los Contratos pueden introducir la posibilidad de establecer optimizaciones en búsqueda de eficiencias y mejoras, ahorro de costos al Estado, reducción de necesidad de expropiaciones, reubicaciones o reasentamientos, mejoras en el método constructivo, entre otros, siempre que ello no conlleve la disminución de los Niveles de Servicio ni la calidad de la obra.</p> <p>110.2 Los cambios en el alcance y en el diseño a solicitud del Estado que generen sobrecostos, requieren previa opinión de Capacidad Presupuestal del órgano encargado de presupuesto de la entidad pública.</p>	<p>Artículo 110.- Lineamientos para la evaluación y ejecución de optimizaciones</p> <p>110.1 Las partes pueden introducir la posibilidad de establecer optimizaciones vinculadas a las obligaciones de la etapa de ejecución de obra del contrato siempre que ello no implique una reducción en los niveles de servicio y/o calidad del contrato de Asociación Público Privada.</p> <p>110.2. La aprobación de una optimización estará sujeta al procedimiento previsto en el respectivo contrato de Asociación Público Privada.</p> <p>110.3 Ante la ausencia de un procedimiento o de manera complementaria ante la existencia de vacíos en el procedimiento establecido en el</p>

<p>110.3 La aprobación de las optimizaciones está sujeta al procedimiento previsto en el respectivo Contrato de APP.</p> <p>Artículo 134. Modificaciones contractuales</p> <p>134.1 Las partes pueden convenir en modificar el Contrato de APP, manteniendo el equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del Proceso de Promoción, procurando no alterar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto.</p> <p>134.2 En los procesos de modificación de Contratos de APP, la entidad pública titular del proyecto es responsable de sustentar el valor por dinero a favor del Estado, conforme lo establece el presente Reglamento, incluyendo la evaluación de las condiciones de competencia.</p> <p>134.3 La evaluación de las condiciones de competencia se realiza sobre la base de la siguiente información:</p>	<p>contrato, las partes pueden recurrir a las optimizaciones siempre que se den uno o más de los siguientes supuestos de manera complementaria al establecido en el numeral 110.1 del Reglamento:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Se corrijan errores materiales en el contrato de Asociación Público Privada o sus anexos. b. Genere eficiencia en los objetivos que persigue el proyecto o a terceros afectados. c. Se genere ahorro de costos al Estado y/o usuarios directos del servicio. d. Se genere reducción de necesidad de expropiaciones e. Se precisen aspectos constructivos para viabilizar la ejecución de las obras. <p>110.4 La aplicación de las optimizaciones no será viable en tanto conlleven a la generación de cualquiera de los siguientes supuestos:</p>
--	---

<p>1. Las condiciones de competencia del Proceso de Promoción previamente identificadas en el que sustentó la VFC.</p> <p>2. Las disposiciones establecidas en el Contrato.</p> <p>3. Los hechos sobrevinientes a la adjudicación de la Buena Pro.</p> <p>4. Las condiciones no imputables al Inversionista que afecten el desenvolvimiento del proyecto. 134.4</p> <p>Durante el proceso de evaluación de modificaciones contractuales, es obligación de la entidad pública titular del proyecto, publicar en su portal institucional, las propuestas de modificaciones contractuales que se presenten durante su evaluación</p>	<p>a. Compromiso y/o alteración de las condiciones de competencia del concurso.</p> <p>b. Cambios de alcance.</p> <p>c. Modificación de los niveles de servicio y/o calidad.</p> <p>110.5.- El Estado y el Concesionario pueden, de manera independiente, presentar solicitudes de optimizaciones a la contraparte.</p> <p>110.6.- La aceptación de realizar la optimización es de cuenta y riesgo de la parte que haya asumido el riesgo materia de la optimización.</p> <p>110.7.- En el caso que el Estado haya asumido el riesgo materia de la optimización y se generen sobrecostos, se requiere previa opinión de la capacidad presupuestal del órgano encargado de presupuesto de la entidad pública. Asimismo, los costos no pueden superar el quince por ciento (15%) del Costo</p>
---	--

	<p>Total de Proyecto, caso contrario se deberá de recurrir a lo establecido en el Artículo 56° del presente reglamento.</p> <p>Artículo 134. Modificaciones contractuales</p> <p>134.1.- Las partes pueden no convenir realizar modificaciones que afecten los niveles de servicio del contrato de Asociación Público Privada.</p> <p>134.2.- Las partes pueden convenir en modificar el Contrato de APP, manteniendo el equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del Proceso de Promoción, procurando no alterar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto.</p> <p>134.3.- En los procesos de modificación de Contratos de APP, la entidad pública titular del proyecto es responsable de sustentar el valor por dinero a favor del Estado, conforme lo</p>
--	--

	<p>establece el presente Reglamento, incluyendo la evaluación de las condiciones de competencia.</p> <p>134.4.- La evaluación de las condiciones de competencia se realiza sobre la base de la siguiente información:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Las condiciones de competencia del Proceso de Promoción previamente identificadas en el IEI que sustentó la VFC. b. Las disposiciones establecidas en el Contrato. c. Los hechos sobrevinientes a la adjudicación de la Buena Pro. d. Las condiciones no imputables al Inversionista que afecten el desenvolvimiento del proyecto. <p>134.4 Durante el proceso de evaluación de modificaciones contractuales, es obligación de la entidad pública titular del proyecto, publicar en su portal</p>
--	--

	institucional, las propuestas de modificaciones contractuales que se presenten durante su evaluación.
--	---

4. REFERENCIAS

- Alejandro Perez Hualde (2002). “Contratos Administrativos: Versión Crítica”. Contratos Administrativos. Primera edición. Lexis Nexis - Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2002.
- Alejandro Perez Hualde (2004) Tarifas y renegociación de contratos”. En: El contrato administrativo en la actualidad.
- Alejandro Perez Hualde (2009). Renegociación de Contratos Públicos. Pontificia Universidad Católica del Perú. Revista de Derecho Administrativo N° 07, Año N° 04. Lima
- APMG International (2018). PPP Certification Guide.
- Akintola Akintoye, Bing Li y Cliff Hardcastle (2001). Risk Analysis and allocation in Public Private Partnership Projects. United Kingdom, Glasgow Caledonian University: Department of Building and Surveying.
- Banco Interamericano de Desarrollo (2012). Asociaciones Público Privadas: Implementando Soluciones en Latinoamérica y el Caribe.
- Bernardin Akitoby, Richard Hemming y Gerd Schwartz (2017). Public Investment and Public-Private Partnerships. Economic Issues N° 40. International Monetary Fund. 2007.

- Christian D. Tvarnø (2014). Negotiating Efficient PPP Contracts. The Melbourne PPP Conference 7-9 October 2014 The Challenger of Governance, Sub-theme: Long Term contracts as governing tools. Copenhagen Business School.
- Corporación Andina de Fomento (2019). Introducción a la Gestión de Contratos de Asociaciones Público-Privadas.
- Constitución Política del Perú del 1993.
- Contraloría General de la República (2015). Causas y efectos de las renegociaciones contractuales de la Asociaciones Público Privadas en el Perú. 2015.
- Jeffrey Delmon (2010). in Understanding Options for Public-Private Partnerships infrastructure, The World Bank Finance and Economics & Urban Department
- European PPP Expertise Center (2011). The Non-Financial Benefits of PPP's: A Reveiw of Concepts Methodology.
- European investment Bank (2004), The EIB'S Role in Public-Private Partnerships (PPPs).
- Fondo Monetario Internacional (2006), Public Private Partnerships, Government Guarantees, and Fiscal Risk, Fiscal fairs Department.

- GUASH, J. Luis. Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien. University of California, San Diego. The World Bank.
- Juan Eduardo Adrogué. Concesiones de Servicios Públicos. Su importancia Actual. Universidad de Buenos Aires, facultad de derecho.
<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/27/concesiones-de-servicios-publicos-su-importancia-actual.pdf>
- Jose Luis Guasch (2005). Concesiones en Infraestructura. Como hacerlo bien. Universidad de California, San Diego. The World Bank.
- Marco Adolfo Chiri. Marco Analítico de la Competitividad de Michel E. Porter. En: Alarco, Germán y Otros. Competitividad y Desarrollo, Evolución y Perspectivas Recientes. Ed, Planeta. Centrum, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Marco Buso, Frédéric Marty, Tran-Phuong Tra (2014). Public Private Partnership form Bugbet Constraints: Looking for Debt Hiding? Università Degli Studi Di Padova: Dipartimento di Scienze Economiche ed Aziendali “Marco Fanno”.
- Ministerio de Economía y Finanzas (2016). Resolución Ministerial N° 167-2016-EF, Lineamientos para la asignación de riesgos en los contratos de asociaciones público privadas.
- Oscar Rojas Vega (2012). Estudio de Casos: Coherencia Regulatoria, buenas prácticas para regular. Universidad de Chile, Instituto de Estudios Internacionales,

- Oscar Sumar Albújar (2019). Derecho Empresarial y Constitución: Límites constitucionales a la libertad de empresa y a su regulación (un análisis de casos). Pontificia Universidad Católica del Perú. Themis.
- Organization for Economic Co-operation and Development (2008), Public-Private Partnerships: In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money.
- Organization for Economic Co-operation and Development (2012). Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria.
- Organization for Economic Co-operation and Development (2012). Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships.
- Organization for Economic Co-operation and Development (2016). El ABC de la mejora regulatoria para las entidades federativas y los municipios: Guía práctica para funcionarios, empresarios y ciudadanos.
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE. (2017). Directiva N° 012-2017-OSCE/CD. Gestión de riesgos en la planificación de la ejecución de obras.
- PANAMPOST. El éxito de las Asociaciones Público Privadas en el Perú. Visto <https://es.panampost.com/rafael-arribas/2014/03/14/el-exito-de-las-asociaciones-publico-privadas-en-peru/>

- Pauline Hovy, (2015) Risk Allocation in Public Private Partnerships: Maximizing value for money. International Institute for Sustainable Development. Discussion paper.
- Public-Private Infrastructure Advisory Facility – PPIAF (2020). The APMG Public-Private Partnership (PPP) Certification Guide. Chapter 2: Establishing a PPP Framework
- Public-Private Infrastructure Advisory Facility – PPIAF (2012). Developing a Public Private Partnership Framework: Policies and PPP Units. Note 4.
- Phoenix X.F.Cai (2016). Regulatory coherence and standardization mechanisms in the trans-pacific partnership. De Gruyter Open
- Proinversión (2010). Resolución de la Dirección Ejecutiva N° 042-2010.
- Sankalp Sharma, Anil Giri, Tajamul Haque y Iuliia Tetteh. (2018). Land Acquisition in India: A Pareto and Kaldor-Hicks Perspective.
- Raghu Garud (1997). On the distinction between know-How, Know-What and Know-Why. New York University: Leonard N. School of Management.
- Richard Martin Tirado (2017). La renegociación de los contratos administrativos y la necesidad de contar con lineamientos para adoptar dicha medida. Doctrina & Práctica. Lima: Grijley N° 3.

- Richard Posner (2000). Cost-benefit analysis: Definition, justification, and comment on conference papers. J. Legal Stud.
- Roberto Dromi (1996). Renegociación y reconversión de los contratos públicos. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires.
- Rusdi Usman Latief (2015). Implementation of Risk Assessment Model for Public Private Partnership (PPP) of Airport Infrastructure Development in Indonesia. Indian Journal of Science and Technology. Vol 8.
- Structuralia y Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos. (2016). Material del Módulo D: Sistema Concesional. Sub-Módulo D-II: La Concesión desde el punto de vista del Concedente. Material del Curso Superior de Concesiones, Colaboraciones Público Privada y Gestión de Infraestructuras, Equipamiento y Servicios. Madrid, España,
- Wilder Pizarro Rodas y Luz del Rosario Alatriza Del Aguila (2017). Efectividad de las asociaciones público privadas como mecanismo de competitividad en el ámbito de mayor incidencia regional 2010 – 2015. Tesis para obtener el Grado de Magister en Gestión Pública. Universidad San Ignacio de Loyola.
http://repositorio.usil.edu.pe/bitstream/USIL/2547/1/2017_Pizarro_Efectividad_de_las_asociaciones.pdf
- World Bank Group (2009). Public-Private Infrastructure Advisory Facility, Toolkit for Public-private Partnerships in Roads & Highways.

<https://ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/highwaystoolkit/6/pdf-version/5-22.pdf>

- World Bank (2016). PPP Reference Guide 3.0.
- World Bank Group (2018). Public Private Partnerships Legal Resource Center.
<https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/financing/risk-allocation-mitigation>
- World Economic Forum (2015). Global Competitiveness Report 2014-2015.
- World Economic Forum (2018). Global Competitiveness Index 4.0 2018 edition.

5. ANEXOS

(INFORMES DE LAS OPTIMIZACIONES UTILIZADAS PARA EL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN)