

A	:	SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA GERENTE GENERAL(e)
COPIA	:	CARMEN DEL ROSARIO CARDENAS DIAZ DIRECTORA DE LA OFICINA DE COMUNICACIONES Y RELACIONES INSTITUCIONALES
ASUNTO	:	OPINIÓN SOBRE PROYECTO DE LEY N° 10512/2024- CR, QUE ESTABLECE EL MARCO REGULATORIO DEL SISTEMA NACIONAL DE LA PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA.

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	ESPECIALISTA EN FINANZAS	RENSON CCATAY URETA
	ABOGADA ESPECIALISTA EN TEMAS DE INTERCONEXIÓN	STEFANI BLAS OCHOCHOQUE
	COORDINADOR DE FINANZAS	MARVIN BRAYAN PADILLA TRUJILLO
REVISADO POR	DIRECTORA DE LA OFICINA DE ASESORÍA JURÍDICA (e)	ZARET MATOS FERNÁNDEZ
	SUBDIRECTOR DE REGULACIÓN	MARCO ANTONIO VILCHEZ ROMÁN
APROBADO POR	DIRECTOR DE POLÍTICAS REGULATORIAS Y COMPETENCIA	LENNIN FRANK QUISO CÓRDOVA

I. OBJETO

El presente informe tiene por objeto analizar el Proyecto de Ley N° 10512/2024-CR, que propone establecer el marco institucional y los procesos para el desarrollo de proyectos de inversión bajo las modalidades de Asociaciones Público Privada y de Proyectos en Activos (en adelante, el Proyecto de Ley N° 10512/2024-CR).

II. ANTECEDENTES

2.1. A través del Oficio N° 1326-2024-2025-IFLU-CEBFIF-CR, del 18 de marzo de 2025, el Presidente de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República solicitó a la Presidencia del Consejo de Ministros opinión del Proyecto de Ley N° 10512/2024-CR.

2.2. Mediante Oficio Múltiple N° D000301-2025-PCM-SC, recibido el 27 de marzo de 2025, la Secretaría de Coordinación de la Presidencia del Consejo de Ministros solicitó a este Organismo Regulador su opinión sobre el Proyecto de Ley N° 10512/2024-CR en un plazo máximo de diez (10) días hábiles.

III. ANÁLISIS

El Proyecto de Ley tiene por objeto derogar Decreto Legislativo N° 1362¹, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, a efectos que la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (en adelante, Proinversión) asuma la calidad de ente rector del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada (en adelante, SNPIP) del país, así como entidad titular de proyectos de inversión –bajo la modalidad de Asociación Público Privada (en adelante, APP) o Proyectos en Activos (en adelante, PA)– tomando a su cargo la fase de ejecución contractual hasta la puesta en operación comercial de los proyectos; además, de otros aspectos que modifican el marco normativo vigente que rige el proceso de promoción de la inversión privada.

De la revisión a la Exposición de Motivos y el Proyecto de Ley N° 10512/2024-CR, se tienen los siguientes comentarios:

3.1. Respeto de la centralización de funciones de Proinversión

De la revisión del Proyecto de Ley N° 10512/2024-CR, se advierte la centralización de funciones por parte de Proinversión durante casi todas las fases de los proyectos de APP y de PA, atribuyéndole la calidad de Ente Rector del SNPIP (numeral 5.4 del artículo 5 del Proyecto de Ley) y de Titular de proyectos (artículo 6 del Proyecto de Ley).

¹ Resulta pertinente indicar que mediante el Decreto Supremo N° 195-2023-EF se aprobó el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 1362.

Al respecto, este Organismo considera importante que, para la estructuración y transacción de proyectos, se considere la especialización técnica necesaria en sectores altamente especializados como telecomunicaciones, energía, agua potable y alcantarillado.

De este modo, con relación a la delimitación de aspectos técnicos de los proyectos de APP y, en un contexto en el que Proinversión será la entidad pública titular de los proyectos de alcance nacional, se debe evidenciar cómo la nueva propuesta mitigaría los riesgos asociados a retrasos en los proyectos; ello a pesar de que el propio Proyecto de Ley reconoce la centralización como un factor determinante de retrasos, tal como se refiere en el literal “m” de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley; en el que se hace referencia a las funciones de tasación para “*adquirir inmuebles destinados a la ejecución de Obras de Infraestructura*”, que actualmente se encuentra a cargo de la Dirección General de Políticas y Regulación en Construcción y Saneamiento del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento.

En virtud de lo señalado, se recomienda que en la Exposición de Motivos se evalúe en mayor detalle las ventajas y desventajas de la centralización de actividades y funciones de Proinversión, además de desarrollar el sustento técnico que evidencie cómo la nueva propuesta mitigaría los riesgos asociados a retrasos en los proyectos.

Por otro lado, se debe señalar que la Exposición de Motivos no considera alternativas diferentes a la centralización de funciones en Proinversión, desconociendo que podrían existir otros elementos que dificulten las inversiones en las APP.

Precisamente, Lardé (2024)², en su documento “*Desafíos y oportunidades para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe*”, presentó los resultados del estudio realizado por KPMG a través de encuestas en el 2020³, en el cual KPMG consultó sobre las principales dificultades para invertir en infraestructura en América Latina; al respecto, los resultados se orientaron de la siguiente manera: “i) la carencia de recursos financieros (23% de las respuestas), ii) la ausencia de un plan de infraestructura de largo plazo (17%), iii) la politización de la prioridades de los proyectos de infraestructura (12%), iv) la falta de estabilidad en las políticas públicas (9%), v) la corrupción o uso indebido de fondos destinados a infraestructura (6%), vi) la falta de habilidades, conocimientos y capacitación de los funcionarios en esta área (6%), vii) la falta de un proceso de adquisición efectivo (5%) y viii) la falta de un marco legal y regulatorio apropiado (5%), entre otros”.

² Lardé, J. (2024), “*Desafíos y oportunidades para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe*” (pp. 14-18), serie Comercio Internacional, No 182 (LC/TS.2024/118), Santiago-Chile. CEPAL. Documento Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/81146-desafios-opportunidades-asociaciones-publico-privadas-america-latina-caribe>

³ Estos corresponden a los resultados de entrevistas realizadas por la consultora KPMG en el año 2020 en 15 países de América Latina a funcionarios de alto nivel del sector público, organizaciones multilaterales, organizaciones no gubernamentales (ONG) y otros, relacionados con las políticas, adquisiciones, el desarrollo de la infraestructura, de los gobiernos nacionales, gobiernos regionales y municipales. KPMG (2021), “*Los cambios en infraestructura en América Latina: Perspectivas del sector público*”. Brasil. Documento disponible en: https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/pe/pdf/kpmg_cambios_infraestructura_AmericaLatina.pdf

En ese sentido, se considera pertinente que la Exposición de Motivos incluya un análisis de alternativas diferentes a la de centralización de funciones en Proinversión, de tal manera que se comparen sus costos y beneficios con dicha alternativa, luego de lo cual se podría seleccionar a la que genera mayores beneficios netos; y, por ende, proponer alguna disposición normativa.

3.2. Respecto de los requisitos de selección del Director Ejecutivo de Proinversión

De la revisión del Proyecto de Ley N° 10512/2024-CR, se advierte que, ante la relevancia que se otorgaría a Proinversión durante todas las fases de los proyectos de APP y de PA, en la calidad de Ente Rector del SNPIP Proyecto de Ley y titular de proyectos, la Dirección Ejecutiva de Proinversión tendría un papel preponderante en el SNPIP.

Sobre el particular, se debe señalar que, los requisitos mínimos planteados en el numeral 15.2 del artículo 15 del Proyecto, para la selección del Director Ejecutivo de Proinversión, dada la envergadura de las funciones que se le pretende atribuir, no serían suficientes para garantizar estabilidad de dicha autoridad.

Precisamente, ante la envergadura de las nuevas funciones y competencias de Proinversión, se hace necesario y se recomienda que el proceso de selección del Director Ejecutivo considere las buenas prácticas aplicadas para la elección de los directivos de los Organismos Reguladores del país, los cuales se desarrollan a través de concursos públicos; esto a fin de garantizar la idoneidad, la estabilidad y el fortalecimiento de Proinversión. Ello más aún, considerando que en la última década, la autoridad máxima de Proinversión ha sufrido cambios continuos (en total existió 6 Directores Ejecutivos)⁴.

En tal sentido, se recomienda que en el artículo 15 se establezca que el Director Ejecutivo de Proinversión debe ser seleccionado en base a un Concurso Público, y que los requisitos y procedimiento de selección serán desarrollados en el Reglamento correspondiente.

⁴ En el 2014, **Javier Illescas Mucha** ocupó el cargo de Director Ejecutivo de Proinversión hasta su renuncia en julio de ese año. En el periodo restante de dicho año, el Sr. **Carlos Alberto Herrera Perret** asumió el cargo de **manera interina**.

Entre el periodo de 2015 y hasta noviembre de 2016, el Sr. **Carlos Alberto Herrera Perret** estuvo designado como Director Ejecutivo de Proinversión.

Desde noviembre de 2016 hasta octubre de 2017, el Sr. **Álvaro Enrique Quijandría Fernández** ejerció las funciones de Director Ejecutivo de Proinversión; tras la renuncia del Sr. **Álvaro Enrique Quijandría Fernández (en octubre de 217)**, el Sr. **Alberto Ñecco Tello** pasó a ocupar el cargo interinamente.

En abril de 2018, se designa al Sr. **Alberto Ñecco Tello** como Director Ejecutivo de Proinversión, quien ejerció sus funciones hasta diciembre de 2019.

En diciembre de 2019, **Rafael Ugaz Vallenás** fue nombrado como Director Ejecutivo de Proinversión y renunció en diciembre de 2022.

Finalmente, en diciembre de 2022, el Sr. **José Antonio Salardi Rodríguez** asumió el cargo de Director Ejecutivo de Proinversión en diciembre de 2022 y renunció en enero de 2025 para asumir el Ministerio de Economía y Finanzas.

3.3. Respeto de las opiniones previas por parte de las diversas entidades sectoriales

En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 10512/2024-CR se señala que, en el marco de lo establecido en el marco legal vigente referido a APP y PA, se evidenciaría un tiempo prolongado para el desarrollo de los proyectos, debido a la gran cantidad de opiniones previas que deben formular diversas entidades durante las diferentes fases del proyecto.

Sobre el particular, se debe señalar, en primer lugar, que el Proyecto de Ley no presenta evidencia suficiente respecto a que la intervención de diversas instituciones sea un factor causal que justifique los plazos prolongados para el desarrollo de los proyectos de APP.

Precisamente, el desarrollo del precitado Proyecto de Ley no se considera otros elementos que dificultaron el desarrollo de las inversiones en las APP, que incluso serían más relevantes. Así, por ejemplo, no se considera (i) la crisis derivada de la corrupción, como el caso “Lava Jato”⁵; (ii) cambios continuos en la Dirección Ejecutiva de Proinversión en la última década (tal como se desarrolló en la sección previa del presente Informe); (iii) la expansión y efectos del virus del COVID-19; y (iv) la inestabilidad política, siendo que desde el 2016 el Perú ha tenido 6 presidentes⁶.

En segundo lugar, respecto a la necesidad de incorporar las opiniones desarrolladas por diversas instituciones, Lardé (2024)⁷ –funcionaria de la Unidad de Servicios de Infraestructura de la División de Comercio Internacional e Integración de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)– señala que *“la participación efectiva de estas partes interesadas es crucial para garantizar el éxito y la sostenibilidad del proyecto, además de fortalecer su legitimidad y responsabilidad”*.

Así pues, en contraste de lo indicado en la precitada Exposición de Motivos, respecto a que la intervención de las entidades de cada sector prolonga los plazos y genera retrasos en el proceso de desarrollo de las APP, se debe considerar que su intervención es necesaria e indispensable para el éxito de los proyectos, sobre todo considerando los niveles de especialización de las entidades sectoriales.

⁵ El Congreso de la República investigó sobre este caso y publicó el documento *“Comisión Investigadora Multipartidaria encargada de investigar los presuntos sobornos, coimas y dádivas que hubieran recibido funcionarios públicos de los diferentes niveles de gobierno, en relación a las concesiones, obras y proyectos que hayan sido adjudicados a las empresas brasileñas Odebrecht, Camargo Correa, OAS, Andrade Gutiérrez, Queiroz Galvao y otras, desde el inicio de sus actividades hasta la fecha, por cualquier forma de contratación con el Estado peruano”*. Publicado en el año 2016. Documento disponible: <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/11/Informe-Final-Comisi%C3%B3n-Lava-Jato-Legis.pe-compressed-1-watermark.pdf>

⁶ Según Escobedo, J. (2023), desde el 2016, ningún presidente peruano ha logrado completar su período de mandato. Artículo *“Inestabilidad en Perú: seis presidentes en seis años”*, disponible en: <https://www.dw.com/es/inestabilidad-pol%C3%ADtica-en-per%C3%BA-seis-presidentes-en-seis-a%C3%B1os/a-64561587>

⁷ Lardé, J. (2024), *“Desafíos y oportunidades para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe”* (pp. 14-18), serie Comercio Internacional, No 182 (LC/TS.2024/118), Santiago-Chile. CEPAL. Documento Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/81146-desafios-oportunidades-asociaciones-publico-privadas-america-latina-caribe>

3.4. Respecto del carácter no vinculante de las opiniones de los Organismos Reguladores

El Proyecto de Ley señala lo siguiente:

“Artículo 42. Opiniones e informes previos en las fases de Estructuración y Transacción

42.1 *El Organismo Promotor de la Inversión Privada, sin excepción y bajo responsabilidad, recaba, en la fase de Estructuración, las siguientes opiniones exclusivamente sobre la Versión Inicial del Contrato de Asociación Público Privada:*
(...)

2. Opinión previa no vinculante del organismo regulador, por única vez, exclusivamente sobre las materias de sus competencias.

(...)

42.3 *El Organismo Promotor de la Inversión Privada, sin excepción y bajo responsabilidad, recaba, en la fase de Transacción, las siguientes opiniones exclusivamente sobre la Versión Final del Contrato de Asociación Público Privada:*
(...)

2. Opinión previa no vinculante del organismo regulador, por única vez, exclusivamente sobre las materias de sus competencias.”

“Artículo 56. Modificaciones contractuales

(...)

56.4 *Culminado el proceso de evaluación conjunta, la entidad pública titular del proyecto evalúa y sustenta las modificaciones contractuales; asimismo, solicita la opinión no vinculante del organismo regulador respectivo, así como la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, en caso se involucren materias de competencia de este último.*

(...)”

[énfasis y subrayado agregado]

Como se observa, el Proyecto de Ley propone que la opinión previa del Organismo Regulador no es vinculante en las fases de estructuración y transacción de los proyectos ejecutados bajo la modalidad de APP; así como en el marco de las modificaciones contractuales realizadas durante la fase de ejecución contractual.

Sobre el particular, se considera necesario que las opiniones de los Organismos Reguladores tengan carácter vinculante. Así, por ejemplo, en el caso del sector telecomunicaciones, este Organismo Regulador expresa las siguientes razones:

- (i) El nivel de especialización. - El sector de telecomunicaciones se caracteriza por poseer *economías de red, economías de escala y economías de ámbito*, pues se trata de *mercados muy particulares y distintos* en comparación a otras actividades económicas.

Así, las *particularidades del sector y su dinamismo* son evaluadas por el Osiptel, razón por la cual este Organismo Regulador se encuentra en capacidad de identificar las eficiencias en el marco de promoción de la inversión privada, sus efectos sobre la competencia y el desarrollo de la dinámica competitiva del mercado.

Adicionalmente, el ejercicio de las Funciones Reguladora y Normativa, contempladas en el artículo 3 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332; así como las labores de promoción de competencia constituyen herramientas

que permiten este Organismo Regulador mejorar las condiciones del sector en el cual interviene, coadyuvando en el desarrollo de la competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.

- (ii) Manejo de información. - El Osiptel cuenta con diversa información respecto al desenvolvimiento de las empresas operadoras y su participación en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.

En efecto, a través de los requerimientos de información formulados por este Organismo Regulador, las empresas operadoras remiten, periódicamente, data relativa a diversos indicadores de cobertura, penetración, número de líneas/conexiones, tráfico, ingresos, etc., que permiten medir su participación y crecimiento en el mercado. Dicha información facilita el permanente y constante seguimiento del mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, lo cual constituye un sustento técnico para la emisión de las opiniones emitidas por el Osiptel en las fases del proceso de promoción privada.

Atendiendo a las razones expuestas, la opinión vinculante a cargo de los Organismos Reguladores –en su calidad de Organismo Público Especializado⁸– permitiría una mejor evaluación de las eficiencias en el marco de promoción de la inversión privada, sus efectos sobre la competencia y el desarrollo de la dinámica competitiva del mercado⁹; aspectos que resultan de especial importancia en las fases asociadas a los proyectos ejecutados bajo la modalidad de APP (esto es, estructuración, transacción y ejecución contractual).

Por otro lado, el Proyecto de Ley propone en el numeral 2 del artículo 42.1 y el numeral 2 del artículo 42.3 del Proyecto de Ley, que la opinión de los Organismos Reguladores, en las fases de estructuración y transacción, se realice por única vez.

Al respecto, se considera importante que los Organismos Reguladores puedan emitir opiniones respecto a aspectos sobre los cuales se emitió observación y aspectos distintos o adicionales a la Versión Inicial y Final del Contrato; por lo que se deberían tomar en cuenta estas situaciones.

3.5. Respecto al escenario de modificación contractual planteado en el Proyecto de Ley

En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, se precisa que en el Reglamento de la Ley se deberá *“suprimir la exigencia de que se requiera adenda de modificación contractual para la ejecución de inversiones adicionales. No obstante, dicha exigencia se mantiene en caso dicha inversión sea significativa, al punto que su magnitud represente un importante volumen de inversión en comparación con el proyecto original”*.

⁸ Conforme al artículo 31 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158 se dispone lo siguiente:

“Artículo 31.- Organismos Públicos Especializados

Los Organismos Públicos Especializados tienen independencia para ejercer sus funciones con arreglo a su Ley de creación. Están adscritos a un ministerio y son de dos tipos:

1. Organismos Reguladores.”

⁹ Esto en línea a lo expuesto por este Organismo en el Informe N° 00220-GAL/2019. Documento disponible en: <https://www.osiptel.gob.pe/media/aiydsllj/pl-4526-2018-cr.pdf>

Lo señalado en el párrafo precedente implicaría que se eliminen las condiciones vigentes para suscribir adendas contractuales, las cuales, según lo establecido en el artículo 136 del Reglamento de la Ley marco de Asociaciones Público Privadas (RLMAPP)¹⁰, deben ser debidamente sustentadas y, considerando lo previsto en el artículo 135 del citado Reglamento, esto es, no se podrían suscribir, salvo que se trate de: (i) la corrección de errores materiales; (ii) hechos sobrevinientes a la adjudicación de la buena pro que generan modificaciones imprescindibles para la ejecución del proyecto; (iii) la precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato; y, (iv) el restablecimiento del equilibrio económico financiero, siempre y cuando resulte estrictamente de la aplicación del contrato suscrito.

Por otro lado, sin perjuicio de lo anterior, se considera pertinente que toda inversión adicional debe ser materia de adenda contractual, considerando que la referida inversión tendría un impacto en la tarifa final y en la calidad del servicio, razón por la cual es trascendental la opinión técnica de una entidad especializada como lo es el Organismo Regulador; por lo cual, resulta relevante evaluar los alcances de la Exposición de Motivos.

Asimismo, es pertinente señalar que, el esquema propuesto en el Proyecto de Ley podría generar el escenario en el que se generen incentivos a evitar adendas, a través de inversiones adicionales consecutivas en las que cada una represente menos del 15% del costo total del proyecto; por tal razón, la propuesta genera incertidumbre respecto a las referidas inversiones, lo que implicaría un debilitamiento de los mecanismos de competencia.

Precisamente, la Contraloría General de la República del Perú (CGR) –en su documento “*Causas y efectos de las renegociaciones contractuales de las Asociaciones Público – Privadas en el Perú*”¹¹– refiere que, las modificaciones contractuales deben darse cuando “*se trate de **circunstancias sobrevinientes, imprevisibles o extraordinarias, bajo parámetros o criterios que puedan servir de guía. En caso contrario, ..., podría debilitarse el mecanismo competitivo que implican los procesos de promoción de la inversión privada para efectos de la selección del concesionario y, consecuentemente, perjudicar el diseño integral de la concesión y el interés público**”* (énfasis y subrayado agregado).

Por otro lado, respecto del valor de 15% del costo total del proyecto, señalada en la Exposición de Motivos, se debe precisar que dicho umbral a la fecha tiene un objetivo diferente al desarrollado en el Proyecto de Ley, ya que según se establece en el numeral 137.2 del artículo 137 del RLMAPP, en caso las inversiones adicionales superen el referido umbral, lo que se evalúa es la conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección como alternativa a

¹⁰ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF y sus modificatorias.

¹¹ CGR (2015). Estudio “Causas y efectos de las renegociaciones contractuales de las Asociaciones Público – Privadas en el Perú” (p. 136), disponible en: https://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/2015/Estudio_renegociaciones_contractuales_APP_.pdf

negociar una modificación al contrato de APP¹²; es decir, su objeto principal es iniciar un proceso de evaluación de la conveniencia de realizar un nuevo proceso de APP; no es un umbral para que se lleven a cabo modificaciones contractuales necesariamente.

En tal sentido, se recomienda que en “*las reglas o procedimientos especiales de modificación contractual*”, conforme se propone incorporar en el artículo 56.10 del Proyecto de Ley, no se consideren criterios que excluyan las adendas en los casos en los que se lleven a cabo inversiones adicionales.

3.6. Respeto a retirar las condiciones de competencia como requisito para las adendas contractuales

En el numeral 56.1 del artículo 56 del Proyecto de Ley N° 10512/2024-CR, se propone eliminar las condiciones de competencia como requisito para que se lleven a cabo modificaciones contractuales, y solo se mantiene la condición de equilibrio económico-financiero.

Sobre el particular, es necesario señalar que las condiciones de competencia¹³, forman parte de las bases de proceso de selección, y son parte integrante de la modelación económica financiera de un proyecto de APP.

En ese sentido, si se excluyen las condiciones de competencia se estarían desconociendo las condiciones bajo las cuales se adjudicó el proyecto al postor ganador, y por ende, podría generarse escenarios adversos a la promoción de la competencia ya que se generarían incentivos para que los postores realicen ofertas que no se ajustan a las condiciones reales del mercado; lo cual impacta negativamente sobre los niveles de calidad y tarifas del servicio que se busca garantizar con el proyecto.

En segundo lugar, se debe considerar que las condiciones de competencia han sido desarrolladas en las ofertas técnicas y/o económicas de los postores, y su aplicación depende la naturaleza y complejidad del proyecto. Esto implica que en el análisis de toda modificación contractual no solo se deben considerar económicos-financieros sino también técnicos, lo que significa que considerar solo lo primero generaría un análisis incompleto de los escenarios que se pueden generar como consecuencia de la referida modificación.

¹² **Artículo 137. Reglas aplicables para la evaluación de modificaciones contractuales (...)**

137.2 Asimismo, si la modificación contractual propuesta desvirtuara el objeto del proyecto original o involucrara un monto adicional que supere el quince por ciento (15%) del CTP, la entidad pública titular del proyecto evalúa la posibilidad y conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección, como alternativa a negociar una modificación al Contrato de APP en el marco de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley.”

¹³ Según Proinversión, factor de competencia “es la variable o conjunto de variables, que forma(n) parte de las Bases, por las cuales se comparan las ofertas técnicas y/o económicas presentadas por los postores en la etapa de concurso y que permite determinar al Adjudicatario del Proyecto. Su elaboración y aplicación dependerá de la naturaleza y complejidad del proyecto”. Cuaderno de Trabajo Asociaciones Público Privadas de Proinversión. Documento disponible en: https://info.proinversion.gob.pe/wp-content/uploads/2022/08/Guia_Asociaciones_Publico_Privadas_compressed.pdf

En virtud de lo expuesto, se recomienda mantener en la Ley las condiciones de competencia como requisito para efectuar las modificaciones contractuales, considerando su relevancia en el marco del proceso de promoción de la inversión privada.

3.7. Sobre la modalidad de los proyectos de inversión asociada a los servicios públicos de telecomunicaciones

Tal como se desarrolló en el Informe N° 009-OAJ/2022¹⁴, en el que Osiptel emitió su opinión a la versión final de los contratos de la licitación pública especial de espectro radioeléctrico: concesión única para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y asignación de las bandas de frecuencia 1,750 - 1,780MHZ y 2,150 - 2,180MHZ y 2,300 -2,330MHZ, se evidenció la problemática en el proceso de promoción de la inversión privada de los proyectos asociados a las precitadas bandas.

Según lo expuesto en el referido informe, la problemática se genera en la medida que la tramitación de la precitada licitación como PA no permitiría la participación de actores necesarios, como es el caso del Organismo Regulador, en la fase de ejecución contractual, en la opinión para modificaciones contractuales, y en la supervisión (en el caso de la modalidad de PA, el artículo 146 del RLMAPP, establece que la supervisión de los proyectos se encuentra a cargo de la entidad titular del proyecto).

En el caso particular de licitaciones de espectro radioeléctrico, se trata de licitar un recurso natural que es y continuará siendo patrimonio del Estado (es decir, no forma parte de los activos de alguna entidad pública en particular), lo cual no correspondería a la naturaleza de un PA, en la medida que esta modalidad incluye activos de titularidad de las entidades públicas.

Sin embargo, se ha observado que en el sector de telecomunicaciones, anteriormente, se han clasificado licitaciones de espectro radioeléctrico como PA; no obstante, por su naturaleza, correspondería que sean asignados mediante una APP.

En tal sentido, se recomienda que en el marco legal se incluya la precisión respecto a los activos que deben considerarse en PA, a fin de evitar la problemática evidenciada por el Osiptel en el Informe N° 009-OAJ/2022.

3.8. Respecto al análisis de costos y beneficios

De la revisión de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, se advierte que no se ha desarrollado un análisis exhaustivo sobre los costos y beneficios derivados de los cambios propuestos.

¹⁴ Informe Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/osiptel/informes-publicaciones/6218338-informe-009-oaj-2022>

Precisamente, en el Artículo 75 del Reglamento del Congreso¹⁵ señala lo siguiente:

“Requisitos y presentación de las proposiciones

Artículo 75. Las proposiciones de ley deben contener una Exposición de Motivos donde se exprese el problema que se pretende resolver y los fundamentos de la propuesta; los antecedentes legislativos; el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, precisando qué artículos o partes de artículos se propone modificar o derogar; el análisis costo-beneficio de la futura norma legal que incluya la identificación de los sectores que se beneficiarían o perjudicarían con el proyecto de ley, los efectos monetarios y no monetarios de la propuesta, su impacto económico y, cuando corresponda, su impacto presupuestal y ambiental.

(...)”

[Subrayado agregado]

En tal sentido, en concordancia a los comentarios desarrollados en los numerales precedentes, se considera que, para un adecuado análisis costo-beneficio de la propuesta, se deben evaluar los siguientes elementos en la Exposición de Motivos:

En costos:

- Incremento del presupuesto del Estado como consecuencia de la centralización de funciones en Proinversión.
- Debilitamiento de los mecanismos de competencia, derivadas de la exclusión de condiciones de competencia para llevar a cabo modificaciones contractuales.
- Debilitamiento de las opiniones técnicas durante las diversas fases de los proyectos.

En beneficios:

- La reducción esperada, en años, de los plazos de ejecución de los proyectos.
- El monto esperado del incremento de las inversiones derivadas de la aplicación de la propuesta legislativa.
- El monto esperado de ahorros monetarios generados con la propuesta legislativa.

Por otro lado, se debe señalar que la Exposición de Motivos no considera alternativas diferentes a la centralización de funciones en Proinversión, desconociendo de esa manera que podrían existir otros elementos que dificulten las inversiones en las APP –tal como se desarrolló en el numeral 3.1 del presente informe–.

En ese sentido, se considera pertinente que la Exposición de Motivos incluya un análisis de alternativas diferentes a la centralización de funciones en Proinversión, de tal manera que se comparen sus costos y beneficios con dicha alternativa, luego de lo cual se podría seleccionar a la que genera mayores beneficios netos.

¹⁵ Disponible en el portal institucional del Congreso de la República.

Disponible en: <https://www.congreso.gob.pe/Docs/constitucion/reglamento/index.html>

IV. CONCLUSIONES

Por las consideraciones expuestas en la sección anterior, este Organismo emite opinión desfavorable respecto al Proyecto de Ley N° 10512/2024-CR, Proyecto de Ley que establece el Marco Regulatorio del Sistema Nacional de la Promoción de la Inversión Privada.

Los principales argumentos que sustentan la referida conclusión son:

- En la Exposición de Motivos no se aprecia la evaluación en mayor detalle de las ventajas y desventajas de la centralización de actividades y funciones de Proinversión; asimismo, no se desarrolla el sustento técnico respecto a la capacidad de la propuesta para mitigar los riesgos asociados a retrasos en los proyectos.

Tampoco se advierte que se haya desarrollado un análisis exhaustivo sobre los costos y beneficios derivados de los cambios propuestos, tales como el incremento del presupuesto del Estado derivada de la centralización de funciones en Proinversión; el debilitamiento de los mecanismos de competencia, derivadas de la exclusión de condiciones de competencia para llevar a cabo modificaciones contractuales; el debilitamiento de las opiniones técnicas durante las diversas fases de los proyectos; la reducción esperada, en años, de los plazos de ejecución de los proyectos; el monto esperado del incremento de las inversiones derivadas de la aplicación de la propuesta legislativa; y, el monto esperado de ahorros monetarios generados con la propuesta legislativa.

Por otro lado, en la Exposición de Motivos no se consideran alternativas diferentes a la centralización de funciones en Proinversión, desconociendo de la existencia de otros elementos que dificulten las inversiones en las APP.

- En contraste de lo indicado en la precitada Exposición de Motivos, respecto a que la intervención de las entidades de cada sector prolonga los plazos y genera retrasos en el proceso de desarrollo de las APP; se debe considerar que su intervención es necesaria e indispensable para el éxito de los proyectos, sobre todo considerando los niveles de especialización de las entidades sectoriales.
- No se considera idóneo que, tal como propone el Proyecto de Ley, las opiniones de los Organismos Reguladores, en las fases de estructuración y transacción, se realicen por única vez; en tanto, se debería considerar opiniones sobre aspectos respecto a los cuales se emitió observación y/o distintos o adicionales a la Versión Inicial y Final del Contrato.

Asimismo, se considera conveniente que las opiniones vertidas por los Organismos Reguladores tengan el carácter de vinculante, dada su alta especialización sectorial, ya que ello permitiría una mejor evaluación en el marco de promoción de la inversión privada, y tendría efectos positivos sobre la competencia y el desarrollo de la dinámica competitiva del mercado; aspectos que resultan de especial importancia en las fases asociadas a los proyectos

ejecutados bajo la modalidad de APP (esto es, estructuración, transacción y ejecución contractual).

- Se recomienda evaluar los alcances de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley en el sentido de suprimir la exigencia de requerir la suscripción de una adenda de modificación contractual para la ejecución de inversiones adicionales, salvo que dicha inversión sea significativa; en tanto toda inversión adicional tiene impacto en las tarifas y en la calidad de los servicios.
- No se considera apropiado que se excluyan las condiciones de competencia, como requisito para que se lleven a cabo modificaciones contractuales, en la medida que se estaría desconociendo las condiciones bajo las cuales se adjudicó el proyecto al postor ganador, y por ende, podría generarse escenarios adversos a la promoción de la competencia de los procesos ya que se generarían incentivos para que los postores realicen ofertas que no se ajustan a las condiciones reales del mercado; lo cual impacta negativamente sobre los niveles de calidad y tarifa del servicio que se busca garantizar con el proyecto.

V. RECOMENDACIÓN

Conforme a lo expuesto, se recomienda remitir el presente informe a la Secretaría de Coordinación de la Presidencia del Consejo de Ministros, para los fines que se consideren pertinentes.

Atentamente,

LENNIN FRANK QUISO CORDOVA
DIRECTOR DE POLITICAS REGULATORIAS
Y COMPETENCIA