



© CONFIEP

¿PROMUEVE O DESINCENTIVA LA INVERSIÓN PRIVADA?

NUEVO MARCO LEGAL DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS

Pierre Nalvarte Salvatierra
Asociado Sénior de Rosselló
Abogados

A continuación, analizaremos los principales aspectos del Decreto Legislativo N° 1224 (en adelante, la Ley) y el Decreto Supremo N° 410-2015-EF (en adelante, el Reglamento). Ambos entraron en vigencia el 28 de diciembre del 2015.

Monto mínimo de una APP

Un proyecto para ser desarrollado con el mecanismo de una APP debe contar con un costo total de inversión o costo total del proyecto superior a las 10 000 UIT, para el caso del Gobierno Nacional. Y para el caso de gobiernos regionales y locales debe ser superior a las 7000 UIT. Asimismo, el proyecto será de competencia de ProInversión, cuando el monto de inversión supere las 15 000 UIT.

Monto mínimo para que un proyecto sea desarrollado como APP

OPIP ¹ competente	Costo total de inversión o costo total del proyecto	Monto en S/. para 2016
ProInversión	15 000 UIT	59.25 millones
Ministerios	10 000 UIT	39.50 millones
Gob. Reg. y Locales	7000 UIT	27.65 millones

Nota: Considerando una UIT de 3950 soles.

Proyectos en activos

En la Ley se admite explícitamente la posibilidad de que se desarrollen proyectos que no constituyen una APP, pero que pueden ser propuestos por el Sector Privado mediante una iniciativa privada. La Ley señala que puede haber proyectos en activos que contemplen la disposición de un activo de propiedad del Estado, la cual se podría materializar mediante una permuta; o la cesión en uso, arrendamiento, usufructo o superficie, entre otras modalidades, de un activo de propiedad del Estado (Art. 31 de la Ley).

Un caso típico de un proyecto en activos es el de un inversionista privado que propone aprovechar un terreno de propiedad del Estado en donde se encuentra la sede de una entidad pública, para construir y explotar un centro comercial, brindando a cambio de dicho terreno otra sede nueva para la entidad pública, de mayor capacidad y/o más moderna e idónea que la anterior.

Opinión previa del MEF a la versión final del contrato

La Ley establece la obligatoriedad de que el MEF emita su opinión previa y favorable a la versión final



© Google

del contrato que elabora el OPIP correspondiente, haciendo hincapié en que de no contar con dicha opinión favorable el contrato y su adjudicación no surten efectos y son nulos de pleno derecho (Art. 16.1 de la Ley).

El Reglamento precisa que el MEF tiene un plazo de 15 días hábiles para emitir su opinión. En caso de no emitirse la opinión dentro de dicho plazo, se considerará como una opinión favorable (Art. 21.3 del Reglamento).

Sin embargo, el Reglamento también dispone que el MEF puede solicitar información adicional para la emisión de su opinión y en dicho caso se suspende el plazo hasta la remisión de la información requerida. Ello, en la práctica, ha significado que el plazo para la emisión de la opinión previa del MEF se puede extender por semanas, e incluso meses.

Arbitraje

Uno de los aspectos más polémicos de la Ley fue la incorporación, obligatoria, de los reguladores en los procesos arbitrales (Art. 23.1 de la Ley). Conforme a la Ley, los reguladores deben participar en los arbitrajes para "coadyuvar con el debido patrocinio al Estado".

Esta norma fue criticada unánimemente por los especialistas en la materia y los gremios involucrados, debido a que atentaba contra la esencia del convenio arbitral.

En el Reglamento se ha tratado de minimizar lo dispuesto en la Ley, señalando que la obligación de

permitir la participación de los reguladores es solo para aquellos procesos en que se discutan materias vinculadas a su competencia y que los reguladores deben actuar en el principio de autonomía (Art. 81.2 del Reglamento).

Sin embargo, lo dispuesto en el Reglamento puede tener pocos efectos prácticos en la realidad debido a que: (i) prácticamente todas las controversias tienen vinculación con la competencia de los reguladores; y, (ii) la Ley señala explícitamente que el regulador tiene que coadyuvar al debido patrocinio del Estado. Por tanto, no puede haber una actuación neutral del regulador.

Modelo económico financiero

El Reglamento indica que el adjudicatario, de manera previa a la suscripción del contrato de APP, debe presentar el modelo económico financiero del proyecto y que el mismo vincula al adjudicatario, quien es responsable por el íntegro de su contenido (Art. 22.2 del Reglamento).

No nos queda claro en qué medida un modelo económico financiero podría vincular al privado. Lo que contiene un modelo es un estimado, una proyección. Más adelante, durante la ejecución del contrato, recién se podrá conocer a ciencia cierta cuáles son los verdaderos costos, egresos e ingresos del proyecto. No vemos de qué manera el privado podría ser responsable por la variación entre las cifras proyectadas y las reales. Consideramos que esta incorporación en el Reglamento es muy peligrosa y podría desincentivar la inversión privada. ••