

Diana Tassara Lafosse^(*), Diana Gárate Moreno^(**) y Cecilia Cánepa Olaechea^(***)

Garantías que otorga el Estado en las **concesiones de infraestructura**

“NO OBSTANTE LO ANTERIOR, HEMOS PODIDO OBSERVAR QUE ACTUALMENTE EL OTORGAMIENTO DE DICHAS GARANTÍAS POR PARTE DEL ESTADO, ADOLECE DE CIERTOS VACÍOS EN TANTO EXISTEN RIESGOS QUE NO SON ASUMIDOS NI MITIGADOS EN FORMA EFICIENTE EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN”.

Es usual escuchar que el desarrollo de un país se puede medir, entre otras cosas, por el desarrollo de la infraestructura de servicios públicos.

Como sabemos, el Perú aún carece de la infraestructura necesaria para alcanzar altos niveles de desarrollo. En efecto, tal como lo señala el Índice Global de Competitividad 2008-2009 (WEF), uno de los cinco principales problemas para hacer negocios en el Perú es la falta de infraestructura. Dicho índice coloca al Perú en el puesto 113 en el ranking de dotación de infraestructura, tomando como referencia 134 países.

Del mismo modo, el estudio denominado “El Reto de la Infraestructura al 2018” preparado por el Instituto Peruano de Economía (IPE), por encargo de la Asociación para el Fomento de la infraestructura Nacional (AFIN), el cual actualiza la brecha de infraestructura del Perú al 2008, ha cuantificado dicha brecha en US\$ 37,760'000,000, lo que representa aproximadamente el 30% del PBI del Perú del 2008. Dicho monto está distribuido de la siguiente manera:

(*) Abogada titulada egresada de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Asociada del Estudio Rebaza, Alcázar & De Las Casas Abogados Financieros.

(**) Abogada titulada egresada de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Asociada del Estudio Rebaza, Alcázar & De Las Casas Abogados Financieros.

(***) Bachiller en Derecho egresada de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Asociada del Estudio Rebaza, Alcázar & De Las Casas Abogados Financieros.

Brecha de Inversión en Infraestructura 2008

Sector	Brecha 2008 (Mill. US\$)	%
Transportes	13.961	37,0
Saneamiento	6.306	16,7
Electricidad	8.236	22,0
Gas Natural	3.721	9,9
Telecomunicaciones	5.446	14,4
Total	37.760	100,0

Fuente: AFIN

En este sentido, considerando el rol promotor que caracteriza al Estado, resulta relevante preguntarse qué medidas implementa para fomentar las inversiones en nuestro país y promover el desarrollo de infraestructura de servicios públicos.

Los inversionistas, nacionales y extranjeros, al evaluar la conveniencia o no de participar en el desarrollo de algún proyecto analizan diversos factores, entre ellos, los riesgos involucrados en el desarrollo del proyecto en cuestión. Así, adquieren especial importancia los mecanismos que se adopten para mitigar los riesgos relacionados al proyecto, y con ello, las garantías que el Estado pueda otorgar al inversionista para la realización de la inversión esperada.

En las siguientes líneas, nos avocaremos a analizar las garantías que el Estado se encuentra en capacidad de otorgar a los inversionistas, analizando el marco legislativo relevante y ofreciendo ejemplos de cómo estas garantías se han venido utilizando en los proyectos de infraestructura pública recientemente concesionados.

1. Asociaciones Público Privadas

La escasez de recursos estatales para ser destinados al desarrollo de infraestructuras para la prestación de servicios públicos ha hecho necesaria la participación de la inversión privada en estas actividades, no sólo para solucionar un problema de índole económico que afecta al tesoro público,

sino también porque en la experiencia peruana, los privados han demostrado ser más eficientes que el Estado en el desarrollo y operación de este tipo de infraestructuras y servicios.

Nuestra legislación provee y regula diversos mecanismos legales que viabilizan la inversión privada. Dichos mecanismos implican la implementación de diversas formas jurídicas que van desde la privatización y contratos de obra, hasta las denominadas Asociaciones Público-Privadas.

Las PPP (*Public-Private Parterneship*) o APP (Asociaciones Público Privadas) se encuentran reguladas en nuestro ordenamiento jurídico en el Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada, Decreto Legislativo 1012 (en adelante, Ley de las APP), así como en su respectivo Reglamento, promulgado mediante Decreto Supremo 146-2008-EF y modificado por el Decreto Supremo 020-2009-EF (en adelante, Reglamento de la Ley de APP).

Las APP son definidas en nuestra legislación como modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública o proveer servicios públicos⁽¹⁾. Así, las APP se presentan como un medio utilizado con éxito en diversos países para facilitar la colaboración entre los sectores público y privado en el desarrollo de proyectos de infraestructura y servicios públicos, beneficiando a la población, no sólo con la infraestructura para brindar el servicio sino también con una mejora en la calidad del mismo.

(1) Artículo 3 de la Ley de las APP.

Diana Tassara Lafosse, Diana Gárate Moreno y Cecilia Cánepa Olaechea

De este modo, dentro de las ventajas que provee el modelo de las APP en el desarrollo de proyectos de infraestructura, podemos destacar las siguientes⁽²⁾:

- a) Adelanta el desarrollo de infraestructura al diferir los costos del proyecto, evitando retrasos en la entrega y sobrecostos.
- b) Asegura que la infraestructura sea operada y mantenida adecuadamente.
- c) Reduce el costo de la infraestructura, optimizando los recursos destinados para la construcción y los gastos generales de operación, a través de (i) incentivar un enfoque de servicio; y, (ii) habilitar al sector público a enfocarse más en la calidad del servicio.

Los proyectos que pueden ser desarrollados producto de la implementación de una APP son diversos, pueden abarcar, proyectos para brindar servicios públicos relacionados con educación, sanidad, viviendas sociales, edificios públicos, entre otros; proyectos en tecnología, para la prestación por parte del sector privado de servicios informáticos; proyectos de infraestructura y servicios públicos, entre otros.

Probablemente la modalidad relacionada a proyectos de infraestructura y servicios públicos sea la que reviste mayor importancia en Perú, dada la frecuencia con la que se implementa y la importancia de los proyectos que abarca. Esta clase de proyectos engloba el desarrollo, construcción y operación de infraestructura de servicios públicos tales como carreteras, plantas de tratamiento de aguas, aeropuertos, puertos, entre otros.

Ahora bien, en el Perú, la Ley 28059, Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, es la encargada de listar, en su artículo sexto, los mecanismos de participación de la inversión privada en proyectos públicos, estableciendo que la misma se formaliza a través de contratos de participación de la inversión privada, tales como venta de activos, concesión, asociación en participación, contratos de gerencia,

joint venture, especialización de servicios (*outsourcing*), entre otras formas permitidas por la ley.

Dentro de esta gama de modalidades de gestión privada de infraestructura, la modalidad que se destaca en el Perú es la celebración de contratos de concesión. Es esta modalidad la que se ha venido utilizando con frecuencia en los grandes proyectos de infraestructura de servicios públicos desarrollados en el Perú, y por ello, dedicaremos las líneas que siguen, a esbozar su concepto y principales características.

2. Contrato de Concesión

A mediados de la década del setenta, cuando el modelo de asunción de las actividades por parte del Estado afrontó una crisis derivada de la incapacidad técnica y económica de éste para desarrollar los proyectos de infraestructura y brindar los servicios públicos en forma adecuada, el modelo de la concesión -que había surgido inicialmente en el siglo XIX y había caído en desuso- resurgió, permitiendo subvencionar y desarrollar este tipo de proyectos de la manera más eficiente.

Es en este escenario que el Estado pasa de tener un rol interventor a desempeñar un rol mayormente organizador, limitando sus prerrogativas frente al concesionario básicamente a la supervisión, fiscalización y regulación.

Actualmente, las concesiones se conciben, a nivel doctrinario, como negocios económico-financieros, celebrados entre inversionistas privados y el Estado, en los cuales la participación de los agentes financieros cada vez reviste mayor importancia⁽³⁾.

(2) Cfr. PROINVERSIÓN. *Inversión Privada en Infraestructura: ¿Qué buscan los inversionistas?* Lima: julio 2008.

(3) Para mayor información revisar CORNEJO DÍAZ, René. *Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos: Una mirada desde el sector público*. En: *Thémis*. Número 52. pp. 211-229. GOMEZ DE LA TORRE BARRERA,

Garantías que otorga el Estado en las concesiones de infraestructura

Por su parte, la legislación vigente establece que las concesiones son actos administrativos por los cuales el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos aprobados por la Agencia de Promoción de la Inversión Privada - PROINVERSIÓN por un plazo establecido⁽⁴⁾.

En este sentido, por medio de la celebración de un contrato de concesión, el Estado cede a una persona natural o jurídica, denominada concesionario, la gestión de un servicio público, asumiendo éste último el riesgo económico de la actividad concedida. El concesionario no actúa por derecho propio, sino que actúa en virtud de un derecho que la Administración le ha conferido para ejecutar y/o gestionar la actividad de la que es titular, autorizando al inversionista privado a utilizar bienes de dominio público para la prestación de servicios bajo su supervisión y/o fiscalización⁽⁵⁾.

El concesionario asume la responsabilidad y los riesgos inherentes al desarrollo y explotación del proyecto y se obliga a prestar el servicio de acuerdo a los términos pactados en el contrato de concesión, a cambio de lo cual tendrá derecho a acceder a un sistema de recuperación de su inversión (por ejemplo, mediante fondos provenientes de la tarifa, precio o peaje pagados por el usuario del servicio).

En su mayoría, los proyectos materia de una concesión demandan la inversión de grandes sumas de dinero. Es por ello que los agentes financieros juegan un rol preponderante en el desarrollo de los mismos. Asimismo, tratándose de proyectos de un alto grado de inversión, demandan grandes periodos para la recuperación de las inversiones efectuadas, con una rentabilidad razonable para el concesionario, por lo que los plazos en que

se entrega una concesión suelen ser bastante largos.

Así, la legislación vigente establece que el plazo máximo de vigencia de una concesión será de sesenta (60) años contados desde la suscripción del respectivo contrato de concesión⁽⁶⁾. Sin embargo, cada sector, mediante las normas especiales que rigen sus actividades, ha ido estableciendo diversos plazos máximos para la vigencia de una concesión en su respectivo sector, siempre respetando el plazo máximo general de sesenta (60) años. Así, a modo de ejemplo, la Ley del Sistema Portuario Nacional, Ley 27943, establece en su artículo 10 inciso 3 que la infraestructura portuaria podrá entregarse en administración al sector privado por un plazo no mayor a treinta (30) años.

Ahora bien, las concesiones suelen ser materia de diversas clasificaciones en función a su objeto (concesiones de uso, de servicios públicos o infraestructura) y al tipo de operaciones que comprende (BOT⁽⁷⁾, TBOT⁽⁸⁾, DBFO⁽⁹⁾, etcétera), entre otras clasificaciones. Sin embargo, tal vez la clasificación que reviste mayor relevancia viene dada en función a las características económico-financieras de las concesiones.

En este sentido, el artículo 14 del Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en Concesión

Andrés. *Concesión de Obras Públicas: ¿Promoviendo la inversión privada en el Perú?* En: IUS ET VERITAS. Número. 22. pp. 72-87. D'MEDINA LORA, Eugenio. *La Privatización de infraestructuras de servicios públicos a través del sistema de concesiones*. En: IUS ET VERITAS. Número 22. pp. 89-104.

- (4) Artículo 3 del Reglamento del Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en Concesión al sector privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, aprobado por Decreto Supremo 060-96-PCM.
- (5) Sobre el contrato de concesión, resulta pertinente señalar que a nivel doctrinario se discute su naturaleza jurídica. Véase LINARES, Mario. *El Contrato Estatal*. Lima: Grijley, 2002.
- (6) Artículo 16 del TUO de Concesiones.
- (7) *Build-operate-transfer* (Construcción-operación-transferencia).
- (8) *Transfer-build-operation-transfer* (Transferencia-construcción-operación-transferencia).
- (9) *Design-build-finance-operation* (Diseño-construcción-financiamiento-operación).

Diana Tassara Lafosse, Diana Gárate Moreno y Cecilia Cánepa Olaechea

al sector privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, aprobado por Decreto Supremo 059-96-PCM (en adelante, TUO de Concesiones), señala que las concesiones podrán ser otorgadas bajo cualquiera de las siguientes modalidades:

- a) Concesión a título oneroso; se impone al concesionario una contribución determinada en dinero o una participación sobre sus beneficios a favor del Estado. La lógica que subyace a este tipo de concesiones es que el concesionario accederá a una rentabilidad considerable y atractiva, por lo que se le impone una retribución a favor del Estado para que éste y la comunidad accedan indirectamente a estos beneficios.
- b) Concesión a título gratuito; son lo opuesto a las concesiones a título oneroso. En estos casos se estima que los niveles de retribución a los que accederá el concesionario se enmarcan dentro de los límites correspondientes a este tipo de proyectos y no se considera oportuno imponer al concesionario una retribución o carga financiera adicional.
- c) Concesión cofinanciada por el Estado; son aquellas concesiones en las que al estar frente a un proyecto “no autofinanciable” mediante cobros al usuario, el Estado requiere otorgar una subvención al concesionario para financiar parte de su inversión y/o parte de los gastos involucrados en el desarrollo e implementación del proyecto. Este tipo de concesiones se presenta mayormente en proyectos en los que se estima niveles bajos de rentabilidad o en los que los riesgos que asumirá el concesionario resultan muy elevados.
- d) Concesión mixta; son aquellas concesiones en las que el contrato se somete a más de una de las condiciones

anteriormente descritas.

Por su parte, el artículo 4 de la Ley de las APP clasifica las concesiones bajo el siguiente esquema:

- a) Concesión autosostenible; son aquellas que no demandan una garantía financiada por el Estado, o que demandan una garantía mínima. Asimismo, también entran en esta categoría aquellas concesiones cuyas garantías no financieras tengan una probabilidad nula o mínima de demandar el uso de recursos públicos⁽¹⁰⁾.
- b) Concesión cofinanciada; son aquellas que, en contraposición a las concesiones autosostenibles, requieren de un financiamiento parcial del Estado (cofinanciamiento) o del otorgamiento por parte del Estado de garantías financieras o no financieras, cuya probabilidad de demandar recursos públicos es significativa.

Como se deduce de lo expuesto hasta este punto, el esquema de las concesiones acarrea ciertos beneficios para el Estado y para los actores involucrados en el desarrollo de las mismas. Así, por ejemplo, una concesión puede permitir al Estado expandir su infraestructura a menores costos, sin comprometer recursos públicos, permitiéndole liberar los mismos para su reasignación a otros fines (por ejemplo, programas sociales para aliviar la pobreza extrema). Asimismo, la concesión permite la incorporación del sector privado en la gestión

(10) A estos efectos, el artículo 4 del Reglamento de la Ley de APP señala que: “Para efectos de lo señalado en el artículo 4 de la Ley: 4.1 Se considerará que las garantías a que se refiere el numeral (i), literal (a) del artículo 4 de la Ley, son mínimas si no superan el 5% del Costo Total de Inversión, el que no incluye los costos de operación y mantenimiento. La metodología para los cálculos requeridos será publicada por Resolución Ministerial del Ministerio de Economía y Finanzas; 4.2 Se considerará garantías no financieras con probabilidad mínima o nula cuando la probabilidad del uso de recursos públicos no sea mayor al 10%, para cada uno de los primeros 5 años de ejecución del proyecto. La metodología para los cálculos requeridos será publicada por Resolución Ministerial del Ministerio de Economía y Finanzas. 4.3 De excederse los límites indicados en los numerales 4.1 y 4.2 del presente Reglamento se considerará que las garantías tiene probabilidad significativa de demandar recursos públicos”.

y financiamiento de infraestructuras y servicios públicos, conservando el Estado la titularidad de las mismas, y bajo la certeza que terminada la vigencia de la concesión dichas infraestructuras revertirán al Estado. Esto facilita una mejora en la calidad de los servicios y genera eficiencia en el diseño, construcción y operación de las obras públicas o prestación de servicios públicos. De este modo, se transfieren los riesgos de los proyectos al sector privado y se crean posibilidades de inversión, contribuyendo así, en forma indirecta, al desarrollo del mercado de capitales y a la creación de empleo.

De esta forma, considerando los beneficios que puede acarrear el modelo de la concesión para el desarrollo del país, resulta de gran relevancia los términos y condiciones establecidos en los contratos de concesión, los mismos que deberán no sólo lograr la protección de los intereses estatales, sino también velar por otorgar un nivel de confort al inversionista que incentive la participación del sector privado en este tipo de proyectos.

Es en la búsqueda de este equilibrio entre los intereses del inversionista y del Estado que las garantías que se pacten en el contrato de concesión, tanto a favor del concesionario como del concedente, jugarán un rol preponderante en el éxito del proyecto.

En este orden de ideas, en las siguientes líneas nos avocaremos a analizar las garantías que en el marco de una concesión, otorga el Estado peruano a favor de los inversionistas privados (concesionarios).

3. Garantías otorgadas por el Estado en concesiones de infraestructura

En esta sección analizaremos los diversos tipos de garantías que puede otorgar el Estado en las concesiones de infraestructura y de servicios públicos. A estos efectos, deberemos tener en cuenta que de acuerdo a lo establecido en el artículo 10 de la Ley de las APP, así como en el Reglamento de la Ley de APP, las garantías que podrá otorgar el Estado se clasifican en (i) garantías financieras y (ii) garantías no financieras.

Las garantías financieras incluyen aquellos aseguramientos de carácter incondicional y de ejecución inmediata, otorgados por el Estado para: (i) respaldar las obligaciones del privado

(entiéndase, el concesionario), derivadas de préstamos o bonos emitidos para financiar los proyectos de APP; o, (ii) respaldar obligaciones de pago del Estado.

Por su parte, las garantías no financieras son aseguramientos que derivan de los riesgos propios de un proyecto de APP, por lo que variarán de acuerdo al proyecto del que se trate, y que serán estipulados en cada contrato de concesión.

De esta forma, en el presente artículo utilizaremos la clasificación descrita en las normas señaladas, las mismas que constituyen el marco legal actualmente aplicable en el Perú.

3.1. Garantías Financieras

Como ya hemos señalado, de acuerdo a la clasificación recogida en la Ley de APP, las garantías en el esquema de APP se clasifican en: (i) garantías financieras; y, (ii) garantías no financieras.

Ahora bien, la clasificación de garantía financiera comprende dos supuestos:

- a) Para respaldar obligaciones del privado (concesionario).
- b) Para respaldar obligaciones del propio Estado (concedente).

En este sentido, es importante señalar que la clasificación de las garantías en función a su carácter financiero o no, es la que permitirá, a su vez, identificar ante qué clase de APP nos encontramos, ya sea autosostenible o cofinanciada.

Así, de acuerdo a lo establecido en la Ley de las APP, las APP autosostenibles son aquellas: (i) que demandan mínima o nula garantía financiera por parte del Estado; y (ii) aquellas cuyas garantías no financieras tengan una

Diana Tassara Lafosse, Diana Gárate Moreno y Cecilia Cánepa Olaechea

probabilidad nula o mínima de ser ejecutadas; es decir, que tengan una probabilidad nula o mínima de demandar el uso de recursos públicos. Por su parte, cuando nos referimos a las APP cofinanciadas nos encontramos ante proyectos cuya probabilidad de demandar el uso de recursos públicos será significativa, sea que se trate de garantías financieras o no financieras.

Ahora bien, volviendo al marco normativo aplicable a las garantías financieras, la normativa vigente establece que, las garantías financieras, para ser tales, no deben superar el 5% del costo total de inversión⁽¹¹⁾; es decir, el 5% del valor presente de los flujos de inversión estimado en la identificación del proyecto o en el último estudio de preinversión, según corresponda, sin incluir los costos de operación y mantenimiento. Esto quiere decir que, por ejemplo, el Estado puede otorgar garantías de reembolso de los préstamos que reciba el concesionario que desarrolla el proyecto sólo hasta el tope del 5% antes descrito.

El otorgamiento de garantías financieras por parte del Estado en calidad de concedente permite que los denominados financistas⁽¹²⁾ del proyecto cuenten con garantías adicionales que mitiguen el riesgo de falta de pago frente a un eventual incumplimiento del concesionario.

De esta forma, el otorgamiento de este tipo de garantías puede resultar más deseable que el otorgamiento de préstamos públicos, pues (i) no suponen un desembolso efectivo de recursos del Estado (salvo que exista un incumplimiento del concesionario del proyecto en sus obligaciones de pago de deuda con los financistas); y, (ii) abarata los costos de financiamiento al concesionario, toda vez que una garantía soberana es mucho más atractiva para los financistas, por lo que el concesionario puede conseguir menores tasas de interés y así elaborar una propuesta técnica y económica más competitiva.

Cabe señalar que resulta más conveniente otorgar estas garantías financieras en la etapa de la licitación o concurso,

pues de producirse posteriormente, otros competidores podrían alegar que se ha afectado el principio de competencia según el cual, se deberá evitar cualquier acto anticompetitivo y/o colusorio durante los procesos de selección.

Las garantías financieras pueden adoptar distintas modalidades jurídicas, en tal sentido, a continuación reseñamos algunas de estas modalidades:

- a) Préstamos y bonos emitidos por el propio concedente para financiar proyectos de APP. En este caso, el concedente puede actuar como emisor y contratar a una empresa estructuradora para desarrollar y lanzar al mercado una emisión de bonos (bonos soberanos, por ejemplo) a efectos de financiar el proyecto de APP, o puede solicitar préstamos a organismos multilaterales, a una tasa de interés más atractiva, y de esta manera, reducir el costo financiero del proyecto de APP.

Una experiencia reciente se dio en el caso de la construcción del Corredor Vial Interoceánico Perú-Brasil (IIRSA Sur). En este caso el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) aprobó una operación de endeudamiento externo con la Corporación Andina de Fomento (CAF) hasta por US\$ 300'000,000 destinados a financiar parcialmente las obras faltantes de los tramos 2, 3 y 4 del IIRSA Sur⁽¹³⁾.

- b) Estructuración de un fideicomiso estatal, en el cual el Estado actúa como fideicomitente, los acreedores permitidos adquieren la condición de fideicomisarios y el

(11) Esta disposición ha sido modificada recientemente por el Decreto Supremo 020-2009- EF, respecto a la aplicación del Método del Comparador Público Privado para calcular el Costo Total de Inversión.

(12) Para fines del presente artículo se entiende por financistas a los acreedores permitidos; es decir, cualquier banco, entidad, empresa o persona natural que, de acuerdo al contrato de concesión, esté autorizada para financiar el proyecto.

(13) Información recogida del Decreto de Urgencia 025-2009.

concesionario es el beneficiario. En este caso, el Estado en calidad de fideicomitente puede constituir un fideicomiso en garantía (ya sea con flujos futuros que percibirá el Estado por alguna recaudación, impuestos, o cualquier otro ingreso público) que sirva de respaldo para las obligaciones del concesionario (que es el beneficiario). De esta manera, los acreedores permitidos están asegurados y respaldados por una garantía que otorga el propio Estado, y que es de ejecución inmediata.

- c) Finalmente, y aunque no es materia del presente artículo, es conveniente señalar un ejemplo del segundo supuesto contemplado en el artículo 10 de la Ley de las APP, el mismo que se refiere al respaldo de obligaciones del propio Estado. En este caso, el Estado puede solicitar un préstamo de un organismo para el pago de sus obligaciones, como por ejemplo el pago del PAO (Pago Anual por Obra) o el PAMO (Pago Anual por Mantenimiento y Operación) en el marco de una concesión de infraestructura vial. Es un ejemplo claro de que el Estado puede demandar, al igual que el concesionario, garantías financieras para respaldar proyectos de APP.

3.2. Garantías no Financieras

Siguiendo la clasificación recogida en la Ley de las APP corresponde tratar en este punto las garantías no financieras.

Como ya hemos mencionado, las garantías no financieras son aseguramientos que derivan de los riesgos propios de un proyecto de APP.

Es importante señalar en este punto que el concepto de garantías que recoge la Ley de las APP no corresponde al concepto de garantía que se maneja en el ámbito civil. En efecto, la garantía civil se refiere a actos jurídicos por medio de los cuales los deudores aseguran la ejecución de una obligación a su cargo en beneficio de sus acreedores, cuya finalidad es proporcionar a los acreedores medios idóneos para el cobro de sus acreencias en caso de un incumplimiento. De esta forma, considerando que el concepto de garantía no financiera recogida en la Ley de las APP se refiere a aquellas medidas asumidas por el Estado para mitigar o reducir los riesgos de un proyecto, no encontrándose necesariamente supeditadas a la configuración de un incumplimiento contractual, consideramos que la Ley de las APP establece

una acepción de garantía distinta a la estipulada en el ámbito civil.

Hecha esta aclaración, debemos señalar que las garantías no financieras más utilizadas en los contratos de concesión de infraestructura de servicios públicos son: (i) el Ingreso Mínimo Anual Garantizado (IMAG); y, (ii) la Demanda Mínima Anual Garantizada (DMAG).

Es de suma importancia que los términos en que se redacte un contrato de concesión permitan al concesionario lograr cierta certeza respecto a los ingresos y costos que deberá afrontar a lo largo de la vigencia del mismo, a efectos de permitirle realizar un cálculo respecto a los niveles de rentabilidad esperados, y determinar la conveniencia o no de intervenir en el desarrollo del proyecto.

Así, entre otros elementos, todo contrato de concesión debe regular los mecanismos que permitan garantizar al concesionario el acceso que tendrá a las tarifas, peajes, precios u otros sistemas que permitan la recuperación de su inversión.

Asimismo, los términos del contrato de concesión deberán velar por garantizar la “bancabilidad” del proyecto; es decir, deben velar porque el proyecto resulte atractivo y financiable tanto para empresas nacionales como internacionales, debiendo garantizar para ello los ingresos que servirán para pagar la deuda que, en su caso, hubiera sido adquirida por el concesionario para el desarrollo y ejecución del proyecto.

La realidad señala que no siempre resulta tarea sencilla garantizar adecuadamente el flujo de ingresos que percibirá el concesionario ya que hay riesgos y factores que pueden alterar o afectar los niveles de ingresos. Es por ello que frecuentemente, para mitigar estas situaciones, se pactan en el contrato de concesión diversas garantías otorgadas por el concedente a favor del concesionario

Diana Tassara Lafosse, Diana Gárate Moreno y Cecilia Cánepa Olaechea

para reducir estos riesgos. Entre ellas, se encuentran el IMAG y DMAG.

El IMAG y DMAG son garantías que otorga el Estado a favor del concesionario por las cuales se compromete a garantizar a este último un nivel mínimo de ingresos. Así el IMAG garantizará en forma directa un importe mínimo que deberá percibir el concesionario, mientras el DMAG garantizará una demanda mínima del servicio a una tarifa determinada, asegurando así, en última instancia, un nivel mínimo de ingresos.

En cualquiera de estos esquemas, si por cualquier variable los ingresos o la demanda bajaran y no se alcanzara al final del ejercicio el ingreso o demanda mínima garantizada, el Estado estará obligado a cubrir la diferencia derivada del flujo de ingresos efectivamente percibidos, y el flujo de ingresos garantizados⁽¹⁴⁾. En rigor, no existen diferencias sustanciales entre el IMAG y la DMAG siendo que la utilización de uno u otro dependerá del tipo de proyecto en el cual se vaya a implementar.

Recientemente, este esquema de reducción de riesgos ha sido utilizado en el contrato de concesión para el Concurso de Proyectos Integrales de la Concesión del Terminal Portuario de Paita, el mismo que se adjudicó a la empresa Terminal Portuarios Andinos (TPA) el 31 de marzo de 2009. En este caso, uno de los principales riesgos que el Estado debía mitigar era el riesgo comercial del proyecto, ya que se tenía prevista la construcción de infraestructuras portuarias cercanas al Terminal Portuario de Paita -como es el caso del desarrollo de un Puerto Multipropósito en la Bahía de Bayóvar por la empresa Vale Do Rio Doce, como consecuencia del ejercicio de la opción que dicha empresa mantiene frente al Estado Peruano- cuya construcción podía afectar en forma significativa la demanda del concesionario y, por tanto, afectar drásticamente su flujo de ingresos.

De este modo, se optó por implementar y regular en el contrato de concesión un esquema de ingresos mínimos a favor del concesionario, el mismo que fue establecido en los términos que detallamos a continuación.

El concedente garantizaba a favor del concesionario las inversiones correspondientes a las obras materia del contrato

de concesión mediante un IMAG. En este sentido, a efectos de no generar incentivos perversos por parte del concesionario, se estableció que esta garantía no sería exigible en los casos que los ingresos totales anuales sean menores al IMAG como consecuencia de alguno de los siguientes supuestos:

- a) Que el concesionario no brinde los servicios acorde con los niveles de servicio y productividad establecidos en el contrato de concesión, así como con los parámetros técnicos exigidos de acuerdo al mismo.
- b) Por fuerza mayor, o por suspensión o caducidad de la concesión.
- c) Por un proceso de revisión tarifaria bajo el mecanismo establecido en el contrato de concesión.
- d) Por la aplicación de políticas comerciales por parte del concesionario.

Asimismo, se estableció una declaración por la que el concedente y la Autoridad Portuaria Nacional se comprometen a procurar el desarrollo racional de la infraestructura portuaria para asegurar la no afectación de los proyectos.

El importe garantizado se incrementará de año a año en función a la infraestructura construida y en función a los incrementos de la demanda esperada.

Por su parte, un ejemplo de la utilización de la DMAG, es el caso del contrato de concesión del Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao - Zona Sur. Así, en este caso, se estipuló en el contrato que el concedente garantiza al concesionario una DMAG de

(14) CORNEJO DÍAZ, René. *Op. cit.*; pp. 225-226.

Garantías que otorga el Estado en las concesiones de infraestructura

300,000 TEU de importación y exportación y 100,000 TEU de transbordo durante los primeros diez (10) años contados a partir del inicio de la explotación del nuevo terminal de contenedores con dos amarraderos, cuya construcción era objeto del contrato de concesión.

Así, en mérito a esta garantía, el Estado, en su calidad de concedente, se obligó a pagar al concesionario el monto resultante de la diferencia entre el ingreso correspondiente a la demanda efectivamente atendida por el concesionario y el ingreso correspondiente a la DMAG.

El IMAG es una garantía que se otorga mayormente en los contratos de concesión de infraestructura de carreteras. En estos casos los concesionarios cobran el peaje y lo pueden contabilizar como "caja", lo que disminuye sus necesidades de financiamiento. Es así que, si el cobro del peaje disminuye por diversas razones, entonces el Estado cubre la diferencia.

Este esquema fue regulado para el caso del Concurso de Proyectos Integrales para la entrega en Concesión de la Autopista del Sol tramo Trujillo-Sullana, en cuyo contrato de concesión se estableció que el concedente se compromete a asegurar al concesionario un nivel de ingresos mínimos anuales por el peaje por un plazo de quince (15) años contados desde la fecha de aceptación de la totalidad de las obras de la concesión.

Ahora bien, los Contratos de Concesión no se limitan a establecer la existencia de un IMAG o una DMAG, sino que también regulan un procedimiento de reconocimiento de los mismos.

En el caso del Concurso de Proyectos Integrales para la entrega en Concesión de la Autopista del Sol tramo Trujillo-Sullana, y en la mayoría de las concesiones viales, el procedimiento de reconocimiento del IMAG es el siguiente:

- a) Mensualmente el concesionario debe enviar un informe al regulador (en este caso, OSITRAN), sobre la recaudación por concepto de peaje. El regulador evaluará el informe pudiendo hacer observaciones al mismo.

- b) En los primeros quince (15) días del mes de enero de cada año, el regulador hará una contabilización anual de los ingresos recaudados por peaje del año anterior.
- c) En caso que la recaudación anual por peaje sea menor al IMAG del mismo año, entonces el monto dado por diferencia entre el IMAG y la recaudación anual por peaje deberá ser presupuestado por el concedente en el Proyecto de Ley del Presupuesto General de la República para el siguiente ejercicio presupuestable.

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, es importante acotar que tratándose de garantías de índole financiero, que reportarán un desembolso de dinero efectivo por parte del Estado, el otorgamiento de este tipo de garantías requiere contar con la aprobación previa de la Dirección Nacional de Endeudamiento Público y la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Economía y Finanzas.

3.3. Otras Garantías

A continuación desarrollaremos aquellas garantías que sin enmarcarse en la clasificación de garantías establecida en la Ley de las APP, se presentan como mecanismos utilizados en el marco de un contrato de concesión para otorgar mayor seguridad al concesionario frente a los compromisos del concedente.

3.3.1. Contrato Ley

El contrato-ley es una institución de rango constitucional establecida con el fin de dar garantías y seguridades a inversionistas sobre el marco legal que se les aplicará⁽¹⁵⁾.

En efecto, debido a la situación de desigualdad que se presenta entre el Estado y los

(15) TRELLES, Oscar. *El Contrato Administrativo, el Contrato-Ley y los Contratos de Servicios Públicos*. En: *Themis*. Número 44. Lima. 2002. p. 247.

Diana Tassara Lafosse, Diana Gárate Moreno y Cecilia Cánepa Olaechea

particulares en el marco de un contrato de concesión, en virtud a los poderes de *ius imperium* con los que cuenta el Estado en los contratos de carácter administrativo, es que surgen figuras como la del contrato-ley, cuya función consiste en otorgar cierta seguridad y estabilidad al inversionista privado frente a la discrecionalidad con la que cuenta el Estado en la regulación y ejecución de dichos contratos.

Tal como señalan Amado y Miranda⁽¹⁶⁾, la falta de seguridad en la contratación con el Estado no se sustenta solamente en la capacidad de este último de modificar el orden jurídico. En realidad, como reconoce la doctrina más moderna, el mayor obstáculo a la seguridad jurídica en la contratación con el Estado consiste en la atribución que el derecho administrativo de la mayoría de países occidentales reconoce al Estado para modificar o extinguir la relación jurídica patrimonial creada por el contrato, sin otro sustento que el interés público.

Tal es el caso del Perú, donde los contratos de concesión prevén la posibilidad del concedente de resolver unilateralmente el contrato, justificando dicha terminación en razones de interés público. Ante la situación previamente descrita, aparece la figura del contrato-ley.

El contrato-ley se encuentra regulado en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, el cual señala que "(...) mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente". En el mismo sentido, el artículo 1357 del Código Civil establece que "por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante Contrato".

Asimismo, el artículo 39 del Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, establece que "los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357 del Código Civil y tienen la calidad de contratos con fuerza de Ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el

Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y sólo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes".

Como se desprende de los artículos mencionados anteriormente, la seguridad otorgada por un contrato-ley al inversionista radica en que dichos contratos no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos sólo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes.

De acuerdo a lo señalado por Santistevan de Noriega⁽¹⁷⁾, los contratos-ley tienen tres características esenciales: (i) concertación en el plano de igualdad; (ii) sometimiento a una jurisdicción arbitral; y, (iii) evasión del derecho interno del Estado Contratante.

Ahora bien, los contratos-ley pueden adquirir diversas formas jurídicas. En el presente documento desarrollaremos las dos modalidades más usuales en el marco de un contrato de concesión: (i) el Contrato de Garantía que otorga el Estado en respaldo las declaraciones, seguridades y obligaciones del concedente; y, (ii) los Convenios de Estabilidad Jurídica.

3.3.1.1. Contrato de Garantía otorgado por el Estado en respaldo de las declaraciones, seguridades y obligaciones del concedente

Uno de los derechos que tiene el Estado peruano como concedente en el marco de una concesión de infraestructura de servicios públicos, es el de ejecutar las garantías y penalidades que contempla el

(16) AMADO, José Daniel y Luis MIRANDA. *La Seguridad Jurídica en la Contratación con el Estado: El Contrato-Ley*. En: *Themis*. Número 33. Lima. 1996. p. 17.

(17) SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *Constitución, Privatización y Servicios Públicos. El Blindaje Jurídico que protege a los Contratos-Ley en el Perú*. Libro Homenaje a Jorge Avendaño Valdez. Lima. 2004. p. 585.

Garantías que otorga el Estado en las concesiones de infraestructura

contrato de concesión a su favor en caso de incumplimientos por parte del concesionario.

No obstante lo anterior, en el caso del concesionario, el Estado no suele establecer dentro de los contratos de concesión que suscribe, garantías de carácter líquido que puedan ser ejecutables en caso sea el concedente quien incumpla con alguna de sus declaraciones, garantías y obligaciones dentro del contrato de concesión. En tal sentido, resulta necesario contar con un mecanismo que, si bien no otorgue una garantía líquida fácilmente ejecutable al concesionario, le brinde cierto nivel de seguridad frente a los posibles actos de discrecionalidad del concedente que puedan afectar las declaraciones, garantías y obligaciones asumidas por el mismo en el contrato de concesión.

Dicho mecanismo es la celebración por parte del concedente y del concesionario de un contrato de garantía en respaldo de las declaraciones, seguridades y obligaciones del concedente, el cual será suscrito al amparo de lo establecido por el artículo 62 de la Constitución y el artículo 1357 del Código Civil, debiendo ser aprobado mediante la dación de un Decreto Supremo.

Ahora bien, si bien dicho contrato de garantía se configura como una garantía a favor del concesionario, esta garantía no es, como ya lo esbozamos anteriormente, una garantía financiera y por tanto, ante un incumplimiento por parte del concedente, la garantía otorgada por éste mediante el contrato de garantía no cuenta con grado alguno de liquidez. En tal sentido, cabe preguntarse ¿Cómo funciona dicha garantía?

La garantía otorgada mediante el contrato de garantía funciona en la medida en que establece que, ante un incumplimiento por parte del concedente de las seguridades, declaraciones y obligaciones a su cargo en virtud al contrato de concesión, el concesionario podrá someter cualquier reclamación a la que hubiera lugar en virtud de dicho incumplimiento a un arbitraje

de acuerdo al procedimiento establecido en el propio contrato de concesión u otro procedimiento acordado por las partes en el contrato de garantía. Adicionalmente a la facultad de llevar al Estado a un procedimiento en sede arbitral, es importante resaltar que por medio del contrato de garantía el Estado asume la obligación de respaldar las obligaciones del concedente con el íntegro de su patrimonio, sin perjuicio del órgano y organismo que haya suscrito el contrato de garantía.

En tal sentido, se otorga al inversionista la capacidad de obligar al Estado a cumplir con las referidas declaraciones, obligaciones y seguridades en caso de incumplimiento de las mismas, limitándose la discrecionalidad con la que cuenta el Estado en su condición de concedente y haciendo más verosímiles sus compromisos frente a los inversionistas.

Cabe señalar que, de acuerdo a la experiencia reciente en concesiones en el Perú, hemos podido verificar que en muchos contratos de concesión, sólo se establece la obligación de celebrar los contratos de garantía, más no el plazo para ejecutar tal obligación. De este modo, en la medida que dichos contratos constituyen una de las principales fuentes de garantía para los inversionistas respecto de la exigibilidad de las declaraciones, obligaciones y seguridades otorgadas por el Estado, actuando como concedente en un contrato de concesión, resulta conveniente que la suscripción de estos contratos sea establecida como una condición precedente que deberá ser cumplida para poder suscribir los contratos de concesión⁽¹⁸⁾.

(18) Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que entre los más recientes Decretos Supremos que han sido expedidos a efectos de otorgar garantías respecto a las declaraciones, seguridades y obligaciones del Estado, en el marco de un contrato de concesión, podemos mencionar, a modo de ejemplo, el Decreto Supremo 095-2009-EF que otorga garantías en respaldo de las declaraciones, seguridades y obligaciones del concedente contenidas en el contrato de concesión del Tramo Vial Nuevo Mocupe - Cayaltí - Oyotún, correspondiente al Programa Costa Sierra; o el Decreto Supremo 099-2009-EF que otorga garantías en respaldo de las declaraciones, seguridades y obligaciones del concedente contenidas en el contrato de concesión para el Diseño, Financiamiento, Construcción, Operación y Mantenimiento del Proyecto Planta de Tratamiento de Aguas Residuales Taboada - PTAR Taboada.

Diana Tassara Lafosse, Diana Gárate Moreno y Cecilia Cánepa Olaechea

3.3.1.2. Convenio de Estabilidad Jurídica

Los convenios de estabilidad jurídica también se celebran al amparo del artículo 1357 del Código Civil y tienen la calidad de contratos con fuerza de ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Cabe señalar que estos convenios solo pueden modificarse por acuerdo entre las partes; es decir, entre el concesionario y el concedente.

Estos pueden ser suscritos por los inversionistas y las empresas receptoras de inversión, tanto en el caso de constitución de nuevas empresas, así como para la ampliación del capital social de empresas establecidas. Asimismo, pueden suscribir estos convenios los inversionistas participantes en el proceso de privatización y concesiones y las empresas involucradas en dicho proceso.

Del mismo modo constituyen otra garantía que es comúnmente utilizada cuando estamos frente a una inversión de gran magnitud. Estos convenios se encuentran regulados en los Decretos Legislativos 662 y 757 y en el TUO de Concesiones.

Es así que, de conformidad con el artículo 10 del Decreto Legislativo 662, se otorga estabilidad jurídica a la inversión extranjera a través de la celebración de convenios con el Estado los cuales garantizan los siguientes derechos:

- a) Estabilidad del régimen tributario vigente al momento de celebrarse el convenio: respecto al impuesto a la renta, el inversionista no se verá afectado con una tasa mayor a la considerada en el mencionado convenio⁽¹⁹⁾.
- b) Estabilidad del régimen de libre disponibilidad de divisas, libre transferencia al exterior del íntegro de sus

capitales, de sus dividendos o utilidades y de regalías en caso de inversionistas extranjeros, así como al derecho de adquirir acciones, participaciones o derechos de propiedad de inversionistas nacionales.

- c) Estabilidad del derecho a no discriminación, entendido como el derecho que tienen los inversionistas extranjeros a ejercer los mismos derechos y obligaciones que los inversionistas nacionales.

Cabe señalar que la garantía pactada en el convenio de estabilidad jurídica sólo podrá ser aplicada cuando el/los inversionistas extranjeros se obliguen a cumplir, en un plazo que no exceda de dos años contados a partir de la fecha de celebración del convenio respectivo, ciertos requerimientos mínimos de inversión⁽²⁰⁾.

El plazo de vigencia del convenio de estabilidad jurídica es de diez (10) años, pero en el caso de las concesiones el plazo se extiende por el plazo de vigencia de la concesión.

Un ejemplo de un Convenio de Estabilidad Jurídica en el marco de una concesión de infraestructura de servicios públicos es el Convenio que suscribió *Lima Airport Partners* (LAP), empresa concesionaria del Aeropuerto de Lima-Jorge Chávez, con el Estado peruano en el año 2001.

(19) Artículo 1 de la Ley 27514, que modifica la Ley 27342.

(20) Los requerimientos mínimos son:

- a) Que se efectúen aportes dinerarios al capital de una empresa establecida o por establecerse con sujeción a la ley peruana por un monto mínimo de US\$ 10'000,000.00 (Diez millones de Dólares) para los sectores de minería e hidrocarburos y no menor a US\$ 5'000,000.00 (Cinco Millones de Dólares) para los demás sectores.
- b) Que se efectúen aportes dinerarios al capital de una empresa establecida o por establecerse con sujeción a la ley peruana o realizar inversiones de riesgo que formalice con terceros, por un monto mínimo de US\$ 500,000.00 (Quinientos Mil Dólares), siempre que:
 - La inversión determine la generación directa de más de 20 puestos de trabajo permanente.
 - La inversión determine la generación directa de no menos de US\$ 2'000,000.00 (Dos millones de Dólares) de ingresos de divisas por concepto de exportaciones durante los 3 años siguientes a la suscripción del convenio.

Garantías que otorga el Estado en las concesiones de infraestructura

En el presente convenio, LAP se compromete a emitir participaciones hasta por el monto de US\$ 30'000,000 a favor de inversionistas que entrarían a ser accionistas de la concesionaria.

3.3.2. Garantías y seguros sobre riesgo político

Uno de los principales riesgos que enfrenta un inversionista en el marco de una concesión de infraestructura de servicios públicos es aquel referido al riesgo político. Este riesgo es particularmente sensible en países en vías de desarrollo como el Perú, donde la inestabilidad económica y política puede afectar el resultado de las inversiones realizadas en proyectos de infraestructura de servicios públicos.

Un ejemplo de dicho riesgo se observó en el año 2001 en Argentina, donde la crisis económica que atravesó dicho país lo llevo a incumplir sus obligaciones de pago de deuda frente a diversos bancos. Asimismo, la inestabilidad de Venezuela y los ataques terroristas en Asia son ejemplos de las situaciones a las que se enfrentan inversionistas cuando deciden realizar inversiones en países subdesarrollados.

El riesgo político consiste en los actos de las autoridades políticas del país que pudieran interferir con el desarrollo de un proyecto o que pudieran afectar la viabilidad económica financiera del mismo⁽²¹⁾.

Entre los riesgos políticos que podemos mencionar se encuentran principalmente los siguientes: (i) cambios en las leyes; (ii) expropiación y nacionalización; (iii) guerra y disturbios políticos; y, (iv) riesgos cambiarios.

Ante tales riesgos, si bien el Estado peruano, a través de su régimen de promoción de la inversión privada, otorga a los inversionistas una serie de protecciones, entre las cuales se encuentra la protección de la propiedad privada, la garantía contra la expropiación⁽²²⁾, la suscripción de contratos de garantía otorgados por el Estado en respaldo de las declaraciones, seguridades y obligaciones del concedente y la suscripción de convenios de estabilidad jurídica, entre

otras, el mismo no ofrece a los inversionistas de manera directa ningún mecanismo de mitigación para aquellos casos en que, ya sea por causas imputables al Estado o ajenas al mismo, las protecciones otorgadas a los inversionistas extranjeros pierdan vigencia.

En efecto, si bien los contratos mencionados en el párrafo anterior se configuran como mecanismos a implementarse con la finalidad de mitigar el riesgo político, siempre surge la posibilidad de que, debido a que dichos contratos son suscritos bajo ley peruana, estos resulten inejecutables ante sucesos de carácter político que afecten su aplicación.

No obstante lo anterior, la República del Perú resulta un país incluido en el listado de países elegibles para que aquellos inversionistas que deseen desarrollar proyectos en el país puedan contratar un seguro sobre riesgo político.

Los seguros de riesgo político otorgan a los inversionistas la ventaja de que, en caso se afecten sus inversiones a raíz de sucesos de índole política, la ejecución de dichos seguros se llevará a cabo en una jurisdicción distinta a aquella donde se generen los sucesos de carácter político que los afectan, asegurándose así que la posibilidad de ejecución de su seguro no sea afectada por tales sucesos.

Las entidades que ofrecen seguros contra riesgo político son de diversa índole. Los inversionistas podrán elegir entre entidades privadas, la Agencia Multilateral de Garantías ante Inversiones del Banco Mundial (MIGA), o, la Corporación de Inversiones Privadas en el Extranjero de los Estados Unidos (OPIC).

(21) NOYA DE LA PIEDRA, Ismael y Juan Carlos DE LOS HEROS ECHECOPAR. *Para entender el Project Finance*. En: *Themis*, Número 54. Lima. 2007. p. 41.

(22) AMADO, José Daniel y Bruno AMIEL. *La Expropiación Indirecta y la Protección de las Inversiones Extranjeras*. En: *Themis*, Número 50. Lima. 2005. p. 461.

Diana Tassara Lafosse, Diana Gárate Moreno y Cecilia Cánepa Olaechea

La OPIC es una agencia autosostenible del gobierno norteamericano que ofrece, entre otros servicios, el otorgamiento de seguros de riesgo político a ciudadanos norteamericanos. Por su parte MIGA es una agencia del Banco Mundial que desde 1988 ofrece seguros de riesgo político a los inversionistas que deseen desarrollar proyectos que involucren inversiones en aquellos países elegibles de acuerdo a las normas que gobiernan MIGA.

Para poder optar por contratar un seguro ante la OPIC, quien lo solicite deberá ser un ciudadano o empresa estadounidense. En el caso de la MIGA, la nacionalidad estadounidense no es un requisito de elegibilidad para la obtención de un seguro de riesgo político sino, por el contrario, que el inversionista que solicite el seguro sea de una nacionalidad distinta a aquel país donde se esté realizando la inversión.

En este orden de ideas, los inversionistas que deseen invertir en algún proyecto a desarrollarse en el Perú no obtendrán por parte del Estado peruano ninguna garantía o respaldo frente a la materialización de un riesgo político, sino que por el contrario, su única posibilidad a efectos de obtener una cobertura ante estos hechos, será la contratación de un seguro con entidades como la OPIC y la MIGA, lo cual sin embargo implicará que sea el propio inversionista el que asuma los costos derivados de esta contratación.

4. Conclusiones y Recomendaciones

Conforme lo hemos establecido a lo largo del presente artículo, el concepto de garantía regulado en la Ley de las APP no guarda correlación con un concepto civil de garantía, sino que es utilizado bajo otra acepción, la cual responde a los términos establecidos en la propia Ley de las APP. En este sentido, debemos señalar que las definiciones contenidas en la Ley de las APP respecto a las garantías financieras y garantías no financieras no establecen en forma clara los alcances de cada una de estas categorías, con lo cual se genera incertidumbre, haciéndose necesario evaluar la casuística que se genere para así poder dar contenido a los parámetros recogidos en la norma.

Por otro lado, es preciso señalar que cada clase de garantía (ya sea financiera o no financiera) está dirigida a mitigar distintos tipos de riesgo asociados a inversiones realizadas en proyectos de infraestructura de servicios públicos

promovidos por el Estado. En el caso de las garantías financieras, éstas están orientadas a cubrir riesgos económicos; las garantías no financieras, se orientan a mitigar riesgos inherentes y característicos del proyecto a concesionar; y, finalmente, los seguros de riesgo político y los contratos ley, están diseñados para cubrir el riesgo político.

Ahora bien, la aplicación y estructuración de un “paquete” de garantías para una determinada concesión dependerá exclusivamente de las características, condiciones y contexto en que un proyecto en particular se concesione, por lo que no todos los casos deben recibir igual tratamiento. No siempre resulta eficiente regular en un contrato de concesión todas las garantías mencionadas, sino solo las que sean aplicables al proyecto. Por ejemplo, en los casos en que estemos frente a concesiones altamente rentables, no es necesario que el Estado constituya un IMAG o un DMAG; por el contrario, cuando nos encontremos ante un proyecto en el cual no se tenga certidumbre respecto a los flujos futuros que éste pueda generar, corresponderá evaluar la inclusión de una garantía de este tipo.

No obstante lo anterior, hemos podido observar que actualmente el otorgamiento de dichas garantías por parte del Estado, adolece de ciertos vacíos en tanto existen riesgos que no son asumidos ni mitigados en forma eficiente en los contratos de concesión.

Un claro ejemplo de tales vacíos es la falta de una regulación adecuada para los contratos de garantía del Estado en respaldo de las declaraciones, seguridades y obligaciones del concedente. En efecto, resulta necesario que dichas garantías sean establecidas indefectiblemente como condiciones precedentes a la suscripción del contrato de concesión, ya que actualmente estos contratos no contemplan la obligación expresa del Estado de otorgar dicha garantía

en forma previa a la suscripción del mismo, lo cual eventualmente puede ocasionar una desprotección del inversionista.

Sobre el IMAG y el DMAG, es necesario señalar que estos dos conceptos no son propiamente “garantías”, toda vez que no respaldan obligaciones del Estado, sino mas bien son obligaciones en sí mismas, ya que el Estado se compromete contractualmente frente al concesionario a cumplir con una u otra en caso se configuren determinados supuestos previamente estipulados.

Por otro lado, resulta necesario mencionar que, tanto los contratos de garantía del Estado en respaldo de las declaraciones, seguridades y obligaciones del concedente, como los convenios de estabilidad jurídica, al estar suscritos bajo ley peruana, se encuentran expuestos al riesgo que, ante sucesos de carácter político, se vea afectada su eficacia. Es así que la contratación de un seguro de

riesgo político surge como una alternativa atractiva en la medida que al ser ejecutado en una jurisdicción distinta a la jurisdicción nacional, se configura como un mecanismo eficaz para mitigar el riesgo político al que pudieran estar afectas las inversiones realizadas.

Finalmente, y en relación al riesgo político, es importante señalar que, si bien en la actualidad el país está atravesando una condición favorable en términos económicos, habiéndose obtenido *Investment Grade*, se debería tomar en cuenta que, debido a que las concesiones son otorgadas por largos periodos, y siendo que el Perú es aún un país subdesarrollado, es recomendable que se incluya en los contratos de concesión mecanismos de mitigación de este tipo de riesgo.

En conclusión, en materia de garantías otorgadas por el Estado en el marco de un contrato de concesión de infraestructura de servicios públicos, aún existe mucho camino por recorrer. Existe trabajo pendiente no sólo a nivel legislativo, sino contractual. Esperamos que el análisis realizado y las recomendaciones efectuadas en el presente artículo contribuyan a mejorar el desarrollo e implementación de proyectos de infraestructura de servicios públicos en nuestro país.



AGUILAR, VEGAS, IBÁÑEZ & ABANTO
— ABOGADOS —

Calle Ugarte y Moscoso N° 450 Of. 2, San Isidro
Teléfono: (511) 462-2696
Fax: (511) 462-2743