

Entrevista sobre las Asociaciones Público-Privadas¹

Cecilia O'Neill de la Fuente*

SUMILLA

En la presente entrevista la doctora O'Neill, hace un repaso sobre el contenido de las APP's, no solo sobre la base del diseño legal que ostenta y de las similitudes o diferencias que puede presentar con otros mecanismos que promueven la inversión privada, sino que también nos responde a inquietudes de sus posibles utilidades y retos con una mirada de cara al futuro.

1. ¿Cuál es el origen y qué son las Asociaciones Público-Privadas? ¿En qué se podría diferenciar de otras modalidades de inversión? Como por ejemplo, la concesión de obra o de servicio.

En Inglaterra en los años ochenta, se crea un mecanismo para potenciar los esfuerzos del Estado (responsable de la prestación de ciertos servicios, básicamente, infraestructura) y de los privados (interesados en generar valor y obtener ganancias), para generar alianzas interesantes.

Esta idea encaja, perfectamente, en un contexto como el que estamos: el de la economía de mercado, pero con una dimensión social que nunca se tiene que perder de vista. Entonces, creo que este concepto enlaza cabalmente dentro de los objetivos nacionales y valores constitucionales que se encuentran amparados en el más alto nivel de nuestra normativa.

Las Asociaciones Público Privadas (APP's) aparecen como una modalidad de inversión en la segunda etapa de la participación privada en la economía, luego de las privatizaciones. Creo que se aprendieron de las lecciones, respecto de la primera etapa de "privatización" (procesos de privatización absolutos, en los que el Estado pierde el control sobre los bienes que transfiere por venta de acciones y activos, los cuales en algunos casos fueron mal conducidos). Además, con esto se propició una manera más

inteligente de mantener la participación privada en la economía, mediante la cual se lograría un correcto desarrollo del país. Sin embargo, existe una etapa adicional en la que recién estamos explorando y no se ha avanzado mucho: la infraestructura *soft* o la infraestructura social.

Con respecto a la diferencias con otras modalidades de inversión. En el caso de la concesión de obra o servicio, en el fondo resultan ser una forma APP's. No obstante, lo relevante en la concesión de obra es que supone un financiamiento privado para la construcción de la infraestructura a cambio de la posibilidad de explotarla, con cargo a una tarifa, y tiene por virtud o característica -a diferencia de la concesión por servicio público- que su contrato es muy normativo, es decir, fija la tarifa que responde a las necesidades concretas de esa concesión específica. Por otro lado, en la concesión de servicios públicos lo más importante es la continuidad del servicio público. De forma tal que, en la concesión de servicio público el tema de acceso universal y de garantía del servicio son especialmente relevantes.

Sin embargo, como lo mencioné al inicio, las APP's son una suerte de concepto madre, ya que es una categoría genérica (si uno mismo se fija en la definición del reglamento²), resulta ser un mecanismo que facilita la participación privada, que supone una correcta distribución de los riesgos propios del contrato.

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho por University of Pennsylvania. Jefa del Departamento Académico de Derecho de la Universidad del Pacífico. Árbitro de los Centros de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Cámara de Comercio Americana del Perú.

¹ La presente entrevista fue realizada por Adriana Romo Quispe, egresada de la Facultad de Derecho de la PUCP, y Favio Montenegro Monteza, alumno de cuarto ciclo de la Facultad de Derecho de la PUCP. Miembros del Círculo de Derecho Administrativo.

² Decreto Supremo 146-2008-EF

2. ¿Nos podría contar brevemente sobre la experiencia internacional generada gracias a esta sinergia entre el Estado y la inversión privada?

En Colombia hay muchas experiencias interesantes. Lo que se me viene a la mente como experiencia internacional –por lo relevante que es para nosotros y por su cercanía a nuestro contexto– es el tema de la Educación. Por ejemplo, la experiencia chilena en este tema, sobre ello conversaremos más adelante

Hace pocos años, ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT (EIU) desarrolló una herramienta de aprendizaje interactivo e índice de referencia, denominado INFRASCOPIO. El estudio analiza la legislación existente, los reglamentos, las instituciones y las prácticas que afectan al entorno de las alianzas público privadas. Y, en realidad, el Perú no salió tan mal. En el marco regulatorio e institucional nuestro país –junto con Chile– ha recibido las mejores puntuaciones. Por un lado, nuestro marco regulatorio ha sido muy elogiado, hemos madurado mucho en veinte años, se ha podido consolidar excelentes técnicos, lamentablemente hay mucha injerencia política, el tema de infraestructura es muy lucrativo y atractivo económicamente, por ello, se presentan muchos intereses de por medio, sin duda no es un mundo perfecto. Por otro lado, a pesar de que al inicio en el tema institucional (político) se han presentado algunos problemas, se ha podido observar un avance y mejora considerables. Es así que, desde el punto de vista internacional, Perú se posiciona alentadoramente.

3. Según su opinión ¿se podría afirmar que las APP's funcionan y desarrollan bajo el marco del principio del rol subsidiario del Estado?

Yo creo que sí. De hecho, las APP's son un mecanismo "realista". No nos "vamos a leer la mano entre gitanos", sabemos lo que somos y la limitación que tenemos para financiar grandes obras, además de la necesidad de que,

efectivamente, el Estado sea subsidiario. Cuanto menos el Estado intervenga es mejor.

En cuanto a la provisión de servicios públicos o de infraestructura sí tiene un rol subsidiario, por lo que creo que es una buena idea la inversión del privado, debido a que algunos proyectos son muy costosos; en ese sentido, resulta adecuado lograr el desarrollo a través del rol protagónico del cofinanciamiento.

Sinceramente, no creo que las APP's vulneren el principio de subsidiariedad del Estado.

4. De acuerdo con el Decreto Legislativo N° 1012 - Ley Marco de las APP's, el artículo 4° establece una clasificación de sus modalidades, estas son: autosostenibles y cofinanciadas ¿En qué consiste cada una de ellas?

Sobre las modalidades de APPs autosostenibles y cofinanciadas, estas tienen que ver con quién va a asumir el proyecto.

Las APP's autosostenibles son aquellas que no necesitan del apoyo público para financiarse, pero sí pueden tener garantías estatales siempre que sean mínimas. Me explico, hay dos tipos de garantías que puede otorgar el Estado a un concesionario: las financieras y no financieras. Las primeras de ellas son aquellas ejecutables de inmediato, esta es la típica garantía financiera, líquida. En cambio, las segundas son aquellas que enfrentan, básicamente, un riesgo de demanda y que le dan al privado la tranquilidad de que si el mercado no está suficientemente desarrollado para que esta concesión genere los flujos necesarios para pagarse, el Estado pueda garantizar una demanda mínima.

Entonces, ¿cuándo una garantía financiera o no financiera hará que la APP sea autosostenible o cofinanciada? Es autosostenible tratándose de garantías financieras muy bajas (5 % de la obra) o, cuando la garantía sea no financiera el riesgo de que el Estado tenga que hacer frente a esa garantía

Artículo 1°.- Las Asociaciones Público Privadas - APP son 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 relacionados a ésta. Las APP pueden comprender bajo su ámbito, de manera enunciativa, la infraestructura de transporte en general, incluyendo redes viales, aeropuertos, puertos y similares, las obras de servicios públicos, como las de telecomunicaciones, de energía y alumbrado, de agua y saneamiento, otras obras de interés social como la infraestructura turística, la infraestructura de tratamiento y procesamiento de desechos, la infraestructura urbana y de recreación, la infraestructura penitenciaria, de salud y de educación, entre otras. Asimismo, puede incluir la prestación de servicios vinculados a la infraestructura antes referida. Las modalidades de APP incluyen todos aquellos contratos en los que se propicia la participación activa del sector privado, tales como la concesión, asociación en participación, contratos de gerencia, contratos de riesgo compartido, contratos de especialización, joint ventures, así como cualquier otra modalidad contractual permitida por Ley.

también sea bajo. La APP será cofinanciada cuando, evidentemente, el rol del Estado en el financiamiento sea mucho más considerable.

Ahora ¿por qué es este punto importante? Porque hasta junio del año 2011 las iniciativas privadas solamente podían recaer sobre proyectos autosostenibles, lo cual era una necesidad.

Esto es así pues se tiene dos fuentes posibles para realizar una APP: una iniciativa privada del proyecto (por ejemplo, a un privado se le ocurre que sería conveniente construir un carril adicional que cuente con un sistema de estacionamiento novedoso en una avenida muy congestionada de Lima) y la iniciativa pública del proyecto (el Estado considera necesario incentivar la inversión en la remodelación de infraestructura en los puertos del país, por ejemplo).

¿Cuál es la mejor? No importa, lo importante es que el proyecto se concrete. Sin embargo, hay que tener en cuenta lo siguiente: hacer un proyecto es muy costoso, identificar las potencialidades y realizar los estudios demandan mucho dinero, tiempo, y, sobre todo, requieren de esfuerzos humanos muy valiosos. Ante ello, el Estado –pese a sus limitaciones- tiene el deber de asegurar los incentivos posibles para que los privados sean los que identifiquen los proyectos. ¿Cómo logro ello? Pues permitiendo, a modo de ejemplo, que la iniciativa privada termine en una APP autosostenible y que no haya problema para que también sea cofinanciada.

A partir de lo señalado, ¿qué implica una iniciativa privada? Implica un trámite que supone una petición de gracia -y esto es muy importante desde el punto de vista administrativo, ya que la administración pública no tiene la obligación de justificar su decisión si opta por no declarar el proyecto de interés.

Entonces ¿en esos casos, cual es la garantía del Estado?

Por un lado, si al final el privado no logra que se declare de interés su proyecto -al ser petición de gracia- la decisión es inimpugnable. Por otro lado, si el proyecto es declarado de interés, en ese momento, el Estado se apropia de él y lo publicita a toda la comunidad, es decir, llama a concurso. Al fin y al cabo, cualquiera puede ir a concurso. Entonces el privado (que fue el que realizó todos los esfuerzos para concretar su idea en el proyecto) participa como uno más dentro del concurso público. Sin embargo, felizmente cuenta

con algunas prerrogativas; en primer lugar, el derecho al reembolso de gastos en caso de pérdida -siempre que sea razonable- ; en segundo lugar, la más importante es el derecho a “la segunda vuelta” o “repechaje”. Por ello, creo que este procedimiento alinea bien los intereses, pues tanto el Estado como el privado resultarían protegidos de participar en estos procesos.

Ahora, volviendo a lo señalado antes, hasta el 2011 estaba prohibido que una iniciativa privada se presente respecto a una APP cofinanciada, y como lo mencioné, esto era una necesidad, un capricho y una idea inconsistente, pues si el Estado considera un proyecto de interés y es bancable por sus arcas, pues entonces ¡que lo haga! No importa de dónde venga la iniciativa, porque en cualquier caso -si esto va adelante- no necesariamente lo va a hacer el privado (ya que perfectamente llamaría a concurso). El Estado lograría ahorrarse los costos de identificación y de desarrollo del proyecto, ya que tendría un privado que se tomó el trabajo de pensar qué hacer y de sustentarlo técnicamente, ello es muy costoso y requiere de mucho tiempo invertido.

Es por ello que, ya casi al finalizar el gobierno anterior, en julio de 2011 se modificó la Ley de APP's y se abrió la posibilidad para que existan iniciativas privadas respecto de proyectos cofinanciados, lo cual creo es una correcta disposición legislativa, se corrigió el peor defecto que tenía la normativa.

5. Generalmente, se considera que la APP sirve para proyectos de infraestructuras con alta rentabilidad social, -lo cual permite la inclusión social-, pero con una inseguridad en la rentabilidad privada. En ese sentido, la distribución del riesgo resulta ser significativa; no obstante, si se quiere incentivar la inversión privada tampoco se puede perjudicar al Estado, entonces ¿Qué criterios deberían ser los adecuados para encontrar un equilibrio entre los intereses del privado y del Estado?

Para mí, en realidad, el criterio es la seguridad jurídica. Los proyectos de infraestructura recaen sobre lo que los economistas llaman “bienes públicos”, es decir, aquellos bienes que tienen un alto costo de exclusión y un no consumo rival. Entonces, a este tipo de bienes que están involucrados en el manejo de una APP, creo que hay que darles un matiz de “bien privado”. No me refiero a que se asigne el derecho de propiedad en sentido clásico y civil, sino a que el privado tenga los incentivos adecuados para invertir, así como

la seguridad de poder excluir a los demás, es decir, brindarle un contrato que tenga estabilidad jurídica. Este debe ser un contrato donde se asigne adecuadamente los riesgos, que el inversionista sepa en qué circunstancias se va a modificar la tarifa establecida, quién asumirá los costos por una circunstancia de caso fortuito o fuerza mayor, si su controversia será arbitrable o no. Más allá de ver quién asume qué riesgo, lo importante es lo que se diga, es decir que se tenga certeza.

6. Una de las críticas que se ha hecho al Decreto Legislativo comentado, es que se establecen pasos, que de alguna forma significan “trabas” para los inversionistas, lo cual implica demora en los procesos de las APP’s; y, en consecuencia, se desincentive a la iniciativa privada, ¿Está usted de acuerdo con esta crítica? ¿Cuánto se demora la evaluación y aprobación de un proyecto?

Definitivamente estoy de acuerdo con esa crítica. He visto muchos ejemplos lamentables. Acá el principal problema es que no está regulado con claridad el trámite a seguir. Si miramos la Ley de APP’s, su Reglamento, el Reglamento de OSITRAN de APP’s, el Reglamento de PROINVERSION, etc., nos podemos dar cuenta que sobre las APP’s hay descoordinación y cruces normativo, lo que provoca una incertidumbre total en el trámite.

7. ¿Se podría decir que algunos de los inconvenientes que presentan la viabilidad de las APP’s son: la falta de información sobre este mecanismo de inversión, los gastos en investigación en los que incurren los inversionistas - tanto administrativos como legales-, así como la inseguridad de obtener la buena pro del proyecto, pese a haber tenido la iniciativa de financiarlo y, sobre todo, la presencia fiscalizadora del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP)?

Con respecto al tema de la información. Creo que iniciativas como las de ustedes van a lograr a que se propicie y difunda mucho más este tema. Creo que esta falta de información cada vez se está revirtiendo más. Los medios de comunicación están cumpliendo un rol importante también en esto.

Sobre la inseguridad de obtener la buena pro, no creo que exista una “inseguridad” ni trabas en ese sentido. En realidad nos encontramos en un contexto de competencia. Si bien en el caso de

las iniciativas privadas, “nadie sabe para quien trabaja” (puesto que como inversionista uno toma mucho tiempo para desarrollar un proyecto y al final puede perder), para paliar esa situación es que existen las prerrogativas ya comentadas.

Sobre el SNIP, en realidad estoy totalmente de acuerdo en su existencia, a pesar de que exista mucha gente que no se sienta cómoda con él. El SNIP, conceptualmente, es bueno, el problema radica en su agilidad, ese es el trabajo pendiente. Pero, sin lugar a dudas, tiene que existir.

8. La doctrina suele hacer una diferencia entre infraestructura *hard* e infraestructura *soft*, ¿a qué se debe esta diferencia y por qué se hace la misma?

Básicamente, *hard* es infraestructura física y *soft* es inversión en educación y salud. En el Perú no hay experiencias notorias de APPs en educación. La educación pública deja mucho que desear. Muchos maestros no internalizan su verdadera labor como docentes. Entiendo sus reivindicaciones económicas, pero no utilizan la mejor forma de solucionar sus problemas. Si quieres ganar más, pues entonces, capacítate más, mejora como profesional.

Por ello, esta idea de *soft* en el Perú no está funcionando. Donde sí existen experiencias interesantes es en Chile. En ese país lo que hace el Estado es no financiar a las familias, sino a los colegios. Esto es bastante interesante, porque el tema de la educación supone jugar con dos valores; por un lado, es el acceso a la educación universal (que la mayor de cantidad de gente posible acceda a ella), y, por otro lado, el valor equidad.

Entonces ¿qué pasa con este sistema? Lo que sucede es que los colegios captan a las familias mostrando sus ventajas, luciéndose y compitiendo para ello –lo cual está bien -, pero existe un problema de equidad, porque si tú le asignas una cantidad de dinero al colegio privado, lo que va a querer hacer es generar el mayor valor posible respecto a esa cantidad, porque dicho monto es inamovible; es decir, no es que uno pueda ganar subiendo de precio, se gana haciendo que la estructura de costos sea la más beneficiosa posible, que la brecha entre el costo y lo recibido sea la menor posible. Una de las formas de lograrlo es; en primer lugar, transmitiendo al mercado una imagen de buena calidad para generar mayor competencia y eso se logra teniendo los mejores alumnos, pues –al captar a los chicos más calificados- todos

desearían estar ahí. Sin embargo, el problema está en ¿quiénes son los chicos buenos? Serán aquellos que reciben una buena alimentación (factor biológico), aquellos con un hogar no disfuncional (factor social) y otros factores que impactan en su rendimiento académico. El problema que señalan los especialistas es que este sistema premia la captación de los mejores y hace que se excluya al resto, es ahí donde se quebraría el valor equidad. Una forma de paliar esto sería exigiendo a los colegios la captación de estudiantes de distinto nivel de rendimiento (lo que generaría otro tipo de problemas).

En cuanto al tema de salud, en nuestro país se ha avanzado un poco. Sé que existe la idea para establecer concesiones de hospitales o clínicas por un número determinado de afiliados. Esto funcionaría de la siguiente manera: “yo Estado te pago a ti concesionario un monto fijo y quiero que atiendas a una cantidad también fija de personas”. Entonces, ¿cuál es la ganancia del concesionario, más dinero? La respuesta es no. Lo que hace el concesionario es prevención; esto es, cuanto menos de estos afiliados vengan mejor será para él, pues los atenderá menos, logrará que el monto fijo que recibe sea más aprovechable; así invertirá en prevención, ya que a mediano y largo plazo le saldrá mucho más barato que curar y establecer

tratamientos. A través de este ejemplo se logra ver una correcta generación de incentivos que darán lugar a una cultura de prevención enorme.

9. Ya casi a cinco años de la puesta en vigencia del Decreto Legislativo N° 1012 – Ley Marco de las APP’s ¿Cuáles son los retos y mejoras que se deben implementar?

Creo que, básicamente, se presentan tres retos: en primer lugar, los trámites. Es importantísimo ordenar realmente el tema de las opiniones previas, establecer plazos que sean exigibles; en segundo lugar, regular adecuadamente a las iniciativas privadas cofinanciadas; y, en tercer lugar, el arbitraje.

Sobre esto último el reglamento de la Ley señala que no son arbitrables las controversias, referidas a las decisiones tomadas por el Regulador. Esa disposición me parece incorrecta, pues el regulador en una concesión interviene en diversos temas, incluso contractuales. Al final, si yo como concesionario tengo discrepancias con mi concedente, este último sostendrá que su conducta fue producto de lo señalado por el regulador; entonces, ¿cuándo se podrá arbitrar? Esto es grave, pues no estamos hablando de inversiones de poca envergadura.