

Asociaciones Público Privadas: una mirada de cara al futuro

Juan Carlos de los Heros Echeconpar*

El autor realiza un interesante análisis de las Asociaciones Público Privadas partiendo de una perspicaz revisión del marco normativo que la regula. Para ello, parte de la definición y clasificación de las mismas a fin de realizar una aguda crítica al procedimiento establecido por la Ley Marco de las APPs y su Reglamento. Finalmente, enfatiza la importancia pública que se extrae de combinar capital público y privado en relación a su proyección de cara al futuro en una época marcada por una profunda crisis financiera a nivel mundial.

INTRODUCCIÓN

Hay tanto por hacer en nuestro país y el Estado no tiene recursos suficientes para todo. Le faltan manos, tiempo, dinero y, en muchos casos, conocimientos y experiencia. Cuando hablamos de infraestructura pública y servicios públicos esta premisa es demasiado palpable. Por donde miremos falta algo por construir o mejorar, un servicio público básico que prestar. Agua potable, tratamiento de aguas residuales, electricidad, escuelas, hospitales, vías de comunicación, transporte, puertos, aeropuertos. La lista no termina ahí. ¿Qué hacer, cómo hacerlo, por dónde comenzar? ¡Pedir ayuda! ¿A quién? Pues a quien esté dispuesto a prestarla y pueda hacerlo adecuadamente. Volteamos la mirada al sector privado sin dudar. A los empresarios e inversionistas tanto nacionales como extranjeros con la experiencia necesaria, que tienen el dinero requerido o lo pueden obtener, y que conocen la tecnología apropiada. Y no estamos hablando de filantropía, aunque siempre sea bienvenida. Estamos hablando de la cooperación entre el sector público y el sector privado, de esa relación que puede hacer posible el desarrollo de proyectos que de otra manera quizá serían irrealizables y de la que todos pueden salir ganando, incluyendo, obviamente, a la sociedad en su conjunto.

Ese punto de encuentro entre los intereses del sector público y del sector privado para el desarrollo de infraestructura pública y la prestación de servicios públicos se denomina Asociaciones Público Privadas (en adelante APPs). Existen diversas definiciones de APP, unas más amplias y comprensivas que otras. El término realmente puede abarcar toda una variedad de relaciones de cooperación entre el Estado y los privados, pero usualmente está enfocado en el desarrollo de infraestructura pública y servicios

públicos. Se ha escrito mucho sobre las APP, sus características, sus beneficios y también sus debilidades. Pero lo que nadie puede negar es que las APP son una solución al déficit de infraestructura pública al que hemos hecho referencia. No es la única alternativa, pero es una opción –quizá la más relevante– que hace posible llevar a cabo proyectos socialmente rentables, es decir, que generan bienestar a la sociedad al solucionar un problema identificado, aunque económicamente no lo sean.

Ahora bien, para atraer el interés del sector privado en algún proyecto de inversión en infraestructura pública y que dicho encuentro llamado APP se dé hace falta no sólo contar con estabilidad política y económica, sino sobre todo con reglas de juego claras. Sabemos que el análisis de riesgos que lleva a cabo cualquier inversionista interesado en invertir en el país no se limita a los aspectos técnicos, comerciales, económico-financieros y políticos de un proyecto en un contexto determinado. Es necesario un marco legal claro, estable y suficientemente protector de sus intereses.

En el caso de las APP contar con un marco legal claro constituía una necesidad imperiosa. Las lagunas y zonas grises que tenía al respecto nuestra dispersa legislación generaban numerosas dudas en el sector privado y las dudas equivalen a riesgos, que cuando son importantes desalientan la inversión. También desalientan las rigideces innecesarias de los procedimientos. Las inversiones privadas en infraestructura pública y servicios públicos siempre han implicado procesos muy largos y trabados, que requerían ser más flexibles, transparentes y eficientes.

Ante esta situación el gobierno promulgó el Decreto Legislativo No. 1012 el 12 de mayo de 2008, que

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. LL.M. por Cornell Law School. Socio del Estudio Echeconpar.

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 inversión privada (en adelante Ley Marco de APPs). Asimismo, el gobierno dio el Decreto Supremo No. 146-2008-EF el 8 de diciembre de 2008, que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo No. 1012 (en adelante el Reglamento de APPs).

En los próximos párrafos revisaremos algunos aspectos relevantes de estas normas de cara al futuro de las APP, sin pretender agotar todos los temas que surgen de estas normas.

1. DEFINICIÓN Y OBJETO

El primer párrafo del artículo 3 de la Ley Marco de APP establece que las APPs:

“... 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.”

El segundo párrafo de dicho artículo agrega que participan en las APPs el Estado, a través de entidades públicas pertenecientes al Sector Público No Financiero, y uno o más inversionistas privados. El Sector Público No Financiero comprende el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y las empresas estatales, excluyendo al Banco Central de Reserva, Banco de la Nación, COFIDE y Banco Agropecuario.

Como puede verse, la regulación de las APPs, por definición legal, sólo es aplicable al desarrollo de proyectos de infraestructura pública y a la prestación de servicios públicos, pero la definición es amplia en el sentido de que acepta cualquier modalidad de participación de la inversión privada. Las modalidades de participación de la inversión privada incluyen -pero no se limitan a- la venta de activos, concesión, asociación en participación, contrato de gerencia, *Joint Venture* y *Outsourcing*¹. No obstante, debe tenerse presente que, conforme con el artículo 5.6 del Reglamento de APPs, un proyecto de inversión no puede ser ejecutado mediante un esquema de APPs cuando su único alcance sea la provisión de mano de obra, de oferta e instalación

«Sabemos que el análisis de riesgos que lleva a cabo cualquier inversionista interesado en invertir en el país no se limita a los aspectos técnicos, comerciales, económico-financieros y políticos de un proyecto en un contexto determinado. Es necesario un marco legal claro, estable y suficientemente protector de sus intereses»

de equipos o de ejecución de obras públicas, casos que caerían dentro del campo de aplicación de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Es importante señalar que esta definición contiene expresamente una de las características principales de las APPs y que el artículo 5 de la Ley Marco de APP señala como uno de los principios que toda APPs debe contemplar, que es la distribución de riesgos entre las partes. Las APPs buscan -y para que resulten exitosas deben lograr establecer- una eficiente distribución de riesgos entre el sector público y el privado, de manera que cada riesgo de un proyecto sea asumido por la parte que esté en la mejor posición para mitigarlo o limitarlo, al menor costo posible.

Las APP para ser viables necesitan ser financiables. Justamente una de las características más importantes de la técnica del *project finance* o financiamiento de proyectos, que es la más utilizada para financiar proyectos de infraestructura pública en los que participa el sector privado, es que comprende un cuidadoso análisis de los riesgos y una adecuada distribución de los mismos, pues sólo así se hacen viable el proyecto y su financiamiento. Lo hace, como se suele decir, “bancable”. El *project finance* permite que las diversas partes interesadas en el proyecto compartan los riesgos operativos y

1 De conformidad con el artículo 6 de la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, Ley N° 28059.

2 El propio Reglamento de APP (artículo 3.3) define al Costo Total de Inversión como el valor presente de los flujos de inversión estimado en la identificación del proyecto o en el último estudio de preinversión, según corresponda. Dicho costo no incluye los costos de operación y mantenimiento. Se trata, pues, del valor presente del costo de la inversión necesaria para el desarrollo de la infraestructura. La tasa de descuento a ser utilizada para el cálculo del valor presente será definida en la metodología del Comparador Público Privado a ser establecida por el Ministerio de Economía y Finanzas.

financieros, distribuyendo los riesgos entre ellas. En consecuencia, el sector público y los privados necesitan saber:

- (i) Qué riesgos conlleva cada proyecto.
- (ii) Quiénes van a asumir los riesgos y si los van a poder asumir apropiadamente. Los riesgos deben ser distribuidos a aquellas partes que están en mejor aptitud de controlarlos y minimizar sus efectos.
- (iii) Si el retorno que van a obtener de su inversión los privados es adecuado para compensar los riesgos que van a asumir. La correcta distribución de riesgos hace que los costos de cada parte disminuyan.

En consecuencia, se busca la forma económicamente más eficiente de distribuir los riesgos. Cualquier riesgo que no pueda ser imputado contractualmente a alguna de las partes será un riesgo residual el cual quedará a cargo de los patrocinadores del proyecto y, por lo tanto, deberá estar cubierto por el capital aportado por éstos a la sociedad de propósito exclusivo que se utilice para desarrollar el proyecto (por ejemplo, la sociedad concesionaria, en el caso de una concesión), de ser el caso.

Las APP, a través de la eficiente distribución de riesgos y de los recursos o garantías que cada parte aporte, permiten un mejor acceso al financiamiento. Al respecto, debe tenerse presente que a mayor riesgo las instituciones financieras que acepten financiar un proyecto exigirán un mayor retorno (mayor tasa de interés), un menor plazo para el repago del financiamiento o incluso podrán decidir no invertir. El riesgo encarece el costo del financiamiento y, por lo tanto, del proyecto.

2. CLASIFICACIÓN

La Ley Marco de APPs las clasifica en dos grandes grupos: las autosostenibles y las cofinanciadas, en función del menor o mayor compromiso que asume el Estado.

Antes de pasar a analizarlos, revisaremos en forma preliminar, las garantías que el Estado puede otorgar bajo un esquema de APP. Estas pueden ser de dos tipos conforme con el artículo 10 de la Ley Marco de APPs:

Garantías Financieras: son aquellos aseguramientos de carácter incondicional y de ejecución inmediata, cuyo otorgamiento y contratación por el Estado tiene por objeto respaldar las obligaciones del privado, derivadas de préstamos o bonos emitidos para financiar los proyectos de APP, o para respaldar obligaciones de pago del Estado. Es decir, son aquellas garantías o contragarantías otorgadas por el Estado para asegurar a las entidades financieras

acreedoras o a las instituciones multilaterales garantes, respectivamente, del inversionista privado el repago de la deuda asumida para desarrollar un proyecto.

Garantías No Financieras: son aquellos aseguramientos estipulados en el contrato que se deriven de riesgos propios de un proyecto de APPs. Así, por ejemplo, constituye una garantía no financiera del Estado el Ingreso Mínimo Anual Garantizado (en adelante IMAG) establecido en el contrato de concesión de la Red Vial 4, conforme al cual el Estado se ha comprometido a pagar la diferencia entre el IMAG y la recaudación anual por peaje. Siendo el riesgo propio de dicho proyecto que el tráfico de automóviles en cada año no llegue a ser el esperado.

Estas garantías constituyen compromisos contingentes del Estado conforme a lo establecido en el artículo 11° de la Ley Marco de APPs, pues son obligaciones potenciales de pago del Estado que tienen como objeto mejorar el perfil de riesgo del proyecto e incentivar la participación privada. Estos compromisos contingentes buscan mitigar o limitar los riesgos del proyecto.

Cabe resaltar que, como parte de las normas para hacer frente a la crisis financiera internacional, el

«El proyecto cofinanciado típico requiere de aportes dinerarios del Estado para poder cubrir la inversión en el desarrollo de la infraestructura y, por lo general, también para cubrir los costos de la operación y mantenimiento de dicha infraestructura. Hoy en día la mayor parte de la infraestructura pública que falta construir no es rentable económicamente y, por consiguiente, no despertará el interés del sector privado si es que no cuenta con dichos aportes»

23 de febrero de 2009 el Gobierno promulgó el Decreto de Urgencia No. 028-2009 para facilitar el acceso de los Gobiernos Regionales al financiamiento de proyectos de inversión a través de endeudamiento público durante los años 2009 y 2010. Mediante este Decreto de Urgencia se ha autorizado al Ministerio de Economía y Finanzas para que durante dichos períodos otorgue o contrate garantías financieras relacionadas con la puesta en marcha de los procesos de promoción de la inversión privada y concesiones que se encuentren en la fase de promoción y/o antes del cierre financiero definitivo. Esta norma señala, además, que la celebración de dichas garantías no se efectuará con cargo al monto autorizado en la Ley de Endeudamiento del Sector Público para el 2009 y el 2010. Este es un espaldarazo muy positivo e importante para los procesos de inversión privada en marcha.

2.1 APPs Autosostenibles

Los proyectos autosostenibles son aquellos que generan o se estima que generarán ingresos suficientes para cubrir la inversión en la infraestructura, los costos de operación y mantenimiento de la misma, el repago del financiamiento requerido y para dar un margen de ganancia razonable al inversionista privado. Son los proyectos viables desde un punto de vista económico-financiero, pero con una rentabilidad media.

Este tipo de proyectos se autofinancian con los ingresos que generan la explotación de la infraestructura pública o la prestación del servicio público. Dichos ingresos están referidos, por ejemplo, a las tarifas que cobra el operador de un servicio público y al peaje que cobra un concesionario a los usuarios de las vías.

El literal a. del artículo 4° de la Ley Marco de APPs define a las APPs autosostenibles como aquellas que satisfagan las siguientes condiciones:

- (i) Demandan mínima o nula garantía financiera por parte del Estado. De acuerdo con el artículo 4.1 del Reglamento de APPs, se considera que las garantías financieras son mínimas si no superan el 5% del Costo Total de Inversión³. Al respecto, debe tenerse presente que mediante el Decreto de Urgencia No. 028-2009 antes citado el gobierno ha establecido que para los años fiscales 2009 y 2010 el otorgamiento o contratación de garantías financieras para proyectos autosostenibles por montos superiores al referido 5% no modificará su condición de autosostenibles.

3 Se entiende que existe esta posibilidad significativa de demandar recursos públicos cuando se excedan los límites indicados en los párrafos (i) y (ii) del numeral 2.1 referido a las APP autosostenibles.

4 Falta que el Gobierno aclare qué monto del PBI sería aplicado para determinar dicho stock. Si tomamos como referencia el PBI nominal del 2008, que ascendió a aproximadamente S/. 373,032,000,000 (fuente: Banco Central de Reserva del Perú), el referido stock calculado a valor presente no podría exceder los S/. 26,112,240,000 aproximadamente, suma cercana a la del déficit de infraestructura pública del país.

- (ii) Cuando las garantías no financieras tengan una probabilidad nula o mínima de demandar el uso de recursos públicos. De acuerdo con el artículo 4.2 del Reglamento de APPs, se considera una garantía no financiera con probabilidad nula o mínima 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 establecida por el Ministerio de Economía y Finanzas.

Los proyectos autosostenibles únicamente requieren de compromisos contingentes del Estado, pero mínimos o nulos. Un ejemplo de un proyecto autosostenible en marcha es el contrato de concesión de la Red Vial 4 antes mencionado y un ejemplo nuevo es el proyecto de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Taboada adjudicado recientemente.

2.2 APPs cofinanciadas

Los proyectos cofinanciados son aquellos que, a pesar de su alta rentabilidad social, no generan ingresos suficientes para hacerlos viables desde un punto de vista económico-financiero. Tienen una rentabilidad baja.

Los proyectos cofinanciados usualmente requieren de compromisos firmes del Estado. El proyecto cofinanciado típico requiere de aportes dinerarios del Estado para poder cubrir la inversión en el desarrollo de la infraestructura y, por lo general, también para cubrir los costos de la operación y mantenimiento de dicha infraestructura. Hoy en día la mayor parte de la infraestructura pública que falta construir no es rentable económicamente y, por consiguiente, no despertará el interés del sector privado si es que no cuenta con dichos aportes.

El literal b. del artículo 4° de la Ley Marco de APPs define a las APPs cofinanciadas como aquellas que requieren del cofinanciamiento o del otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que tengan una posibilidad significativa de demandar el uso de recursos públicos⁴.

Al respecto, es interesante lo que ha dispuesto el Gobierno dentro de su Plan de Estímulo Económico mediante el Decreto de Urgencia No. 018-2009, que autoriza al Ministerio de Economía y Finanzas a realizar un aporte de capital a la Corporación Financiera de Desarrollo S.A. (en adelante COFIDE) por la suma de US\$ 100'000,000 para que la misma participe en la constitución de un Fondo de Inversión en Infraestructura, al amparo de la Ley de Fondos

de Inversión aprobada por el Decreto Legislativo No. 862. Esperamos que esto ayude a dinamizar los procesos de promoción de la inversión privada en proyectos de infraestructura pública.

Conforme con el artículo 11.1 de la Ley Marco de APPs, los compromisos firmes son las obligaciones a cargo del Estado de pagar al privado una contraprestación por la realización de los actos previstos en el contrato de APPs, destinados a la ejecución de proyectos de infraestructura y/o servicios públicos que cumplan con los parámetros asociados a la inversión y con los niveles de servicio por parte del privado establecidos en el contrato. Así, la norma considera como compromisos firmes el pago de:

- (i) Cuotas periódicas que tienen como finalidad retribuir la inversión en que incurre el privado, lo que incluye a los certificados que acreditan el pago de esta cuota periódica de manera directa, general, incondicional e irrevocable del Estado.
- (ii) Cuotas periódicas que tienen como finalidad retribuir la actividad de explotación y conservación en que incurre el inversionista privado para la prestación del servicio.

Un ejemplo de un proyecto cofinanciado que ayuda a graficar estos compromisos firmes es el proyecto del IIRSA Norte otorgado en concesión por 20 años a un consorcio privado. Este proyecto vial comprende los tramos Paita - Piura - Olmos - Corral Quemado - Rioja - Tarapoto - Yurimaguas y tiene una extensión de 960.4 Km., siendo quizá la concesión vial más larga del mundo. Este eje vial se caracteriza por tener niveles bajos de tráfico y, por lo tanto, un bajo nivel de recaudación por peaje, que resulta insuficiente para llevar a cabo el proyecto y para generar una rentabilidad adecuada para el concesionario. Ello hizo necesario que el Estado subsidie tanto las inversiones a ser realizadas para la construcción y rehabilitación de diversos tramos del eje vial, como los costos de su mantenimiento y operación. Así, el Estado se ha comprometido a realizar dos pagos al concesionario:

- Pago Anual por Obras (en adelante PAO), por un periodo de 15 años.
- Pago Anual por Mantenimiento y Operación (en adelante PAMO), durante todo el plazo de la concesión desde el inicio de la explotación del proyecto.

El factor de competencia en IIRSA Norte fue la suma en valor presente del PAO y PAMO, siendo el adjudicatario de la buena pro quien presentó el menor valor.

De otra parte, debe tenerse presente que, conforme con el artículo 7.2 del Reglamento de APPs, no se considera cofinanciamiento la cesión en uso, en usufructo o bajo cualquier otra figura jurídica similar de infraestructura o inmuebles pre-existentes, siempre que no exista transferencia de propiedad y estén directamente vinculados al objeto del proyecto.

Una crítica que recibió el proyecto del Reglamento de APP y que afortunadamente fue acogida en la misma, es que los montos máximos de cofinanciamiento no fueran fijos, sino que debían de ser establecidos para cada proyecto en particular, teniendo en cuenta sus propias características y relevancia. En efecto, el artículo 7.4 del Reglamento establece que el monto de cofinanciamiento máximo deberá ser aprobado por el respectivo Organismo Promotor de la Inversión Privada (en adelante OPIP), con la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, desde el punto de vista de responsabilidad fiscal y capacidad presupuestal, previamente a la aprobación de la versión final del contrato correspondiente.

No obstante, la Ley Marco de APPs ya había establecido un límite general, al disponer en su artículo 13 que el stock acumulado por los compromisos firmes y contingentes cuantificables, netos de ingresos, asumidos por el Sector Público No Financiero en los contratos de APPs calculado a valor presente, no podrá exceder de 7% del Producto Bruto Interno (en adelante PBI)⁵. Este límite podrá ser revisado cada 3 años teniendo en cuenta los requerimientos de infraestructura y servicios públicos en el país y el impacto de los compromisos sobre la sostenibilidad de las finanzas públicas. Si bien estamos de acuerdo con establecer un límite de esta naturaleza, pues es prudente hacerlo, no queda del todo claro de qué manera el Estado se moverá dentro de este límite. Sería aconsejable un poco de transparencia y que todos los actores sepan cuánto dinero realmente comprometerá el Estado, en qué plazos y en qué proyectos.

Al respecto algo se ha avanzado. En efecto, el Gobierno ha promulgado el Decreto de Urgencia No. 047-2008 el 17 de diciembre de 2008, para facilitar las APP que promueva el Gobierno Nacional en el contexto de la crisis financiera internacional. Dicha norma ha declarado de necesidad nacional y de ejecución prioritaria por parte de PROINVERSIÓN los procesos de promoción de la inversión privada vinculados con la concesión de 12 proyectos específicos (puertos, carreteras, aeropuertos regionales, planta de tratamiento de aguas residuales e irrigaciones). Pero además de flexibilizar ciertos procedimientos y requisitos para dichos procesos, estableció que el Ministerio de Economía y Finanzas informe a PROINVERSIÓN el

5 Los criterios para asignar los proyectos a cada entidad son detallados en el artículo 5.4 del Reglamento de APPs.

monto máximo de cofinanciamiento al que podrá obligarse el Estado y el monto máximo para el otorgamiento o contratación de garantías financieras para respaldar las obligaciones derivadas de dichos procesos. Corresponde al Consejo Directivo de PROINVERSIÓN priorizar y decidir la asignación del cofinanciamiento, así como del otorgamiento y/o contratación de garantías financieras para cada uno de dichos procesos, sin exceder los referidos montos máximos.

En los últimos días el Ministerio de Economía y Finanzas ha manifestado que de los 12 proyectos que ha priorizado, al menos 8 serían adjudicados el 2009. La Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Taboada mencionada anteriormente fue adjudicada en febrero de este año.

3. PROCEDIMIENTO

Ahora bien, la clasificación de un proyecto de APPs como autosostenible o cofinanciado es realizada por el Organismo Promotor de la Inversión Privada (en adelante OPIP) de la entidad pública que participe en el proyecto⁶:

En el caso del Gobierno Nacional: PROINVERSIÓN si es de relevancia nacional o los Ministerios. La incorporación del proyecto al proceso de promoción de la inversión privada y la aprobación del respectivo Plan de Promoción se realiza mediante Resolución Suprema, que deberá ser visada por el Ministerio de Economía y Finanzas si el proyecto es autosostenible y requiere garantías o si el proyecto es cofinanciado.

En el caso de los Gobiernos Regionales y Locales: el órgano designado a tales efectos. La incorporación del proyecto al proceso de promoción de la inversión privada y la aprobación del respectivo Plan de Promoción se realiza mediante acuerdo del Consejo Regional o Consejo Provincial, que requerirá la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas.

Los proyectos clasificados como autosostenibles pasan inmediatamente a la etapa de diseño del proyecto (estudio de prefactibilidad y/o factibilidad), requiriéndose la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas cuando requieran garantías. Los clasificados como cofinanciados deben cumplir con todos los requisitos y procedimientos establecidos en la Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública (en adelante SNIP) y la Ley del Sistema Nacional de Endeudamiento, requiriéndose la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas.

Además, conforme con el literal p. del artículo 5.1 del Reglamento de APPs, para efectos de la incorporación al proceso de promoción de la inversión privada de proyectos cofinanciados cuyo costo supere las 100,000 UIT (S/. 355'000,000) y que requieran un cofinanciamiento mayor al 30% de dicho costo se exige una evaluación cuantitativa de las ventajas de desarrollar el proyecto mediante una APPs mediante la metodología del denominado Comparador Público-Privado. Dicha metodología realiza un análisis costo-beneficio del proyecto que básicamente se realiza comparando lo que le costaría al Estado desarrollarlo y lo que costaría a través de una APPs (Valor por Dinero⁷). El manual para la aplicación de dicha metodología deberá ser establecida por el Ministerio de Economía y Finanzas, lo cual es central para la determinación de la forma mediante la cual se desarrollará la infraestructura pública correspondiente. Aquí vemos que, si bien puede resultar razonable su uso, "aprobar" el examen del Comparador Público Privado será complicado. La aplicación de este tipo de metodologías por lo general no logra otra cosa que retrasar la inversión.

La Ley Marco de APPs también señala que todos los estudios requeridos para la evaluación de un proyecto de inversión bajo los requisitos exigidos por el Sistema Nacional de Inversión Pública pueden ser elaborados por entidades privadas, lo cual consideramos que es positivo.

Teniendo en consideración los requisitos mínimos y los procedimientos establecidos por la Ley Marco de APPs y su Reglamento no vemos cambios relevantes en el procedimiento, más allá de una relativa flexibilización, sobre todo para los proyectos autosostenibles. Lamentablemente se mantienen las rigideces burocráticas. En consecuencia, no vemos que vaya a haber un gran ahorro de tiempo y recursos respecto de lo que venía ocurriendo anteriormente.

Sin embargo, mediante el Decreto de Urgencia No. 047-2008 antes citado el Gobierno ha establecido un plazo máximo de 6 meses contados desde la fecha en la que se culminen los estudios de los procesos de promoción de la inversión privada a cargo de PROINVERSIÓN, para la presentación de ofertas técnicas y económicas dentro de dichos procesos, y se han eliminado algunas rigideces respecto de las opiniones previas que emiten diversas entidades del Estado. Adicionalmente, conforme con este Decreto de Urgencia, la aprobación de la modalidad de promoción de la inversión privada y sus modificatorias, así como la aprobación de los Planes de Promoción y sus modificatorias, requerirán

6 El principio de Valor por Dinero establece que un servicio público debe ser suministrado por aquel privado que pueda ofrecer una mayor calidad a un determinado costo o los mismos resultados de calidad a un menor costo. Busca maximizar la satisfacción de los usuarios del servicio así como la optimización del valor del dinero proveniente de los recursos públicos.

7 En el caso de la Contraloría General de la República el informe previo únicamente puede versar sobre aquellos aspectos que comprometen el crédito o la capacidad financiera del Estado, no siendo vinculante, sin perjuicio del control posterior.

únicamente de la aprobación del Consejo Directivo de PROINVERSIÓN mediante acuerdo que deberá ser publicado en el Diario Oficial "El Peruano". De esta manera se ha excluido al Ministerio de Economía y Finanzas de estas etapas del proceso, lo cual constituye un avance importante.

4. SOBRE LOS CONTRATOS

De acuerdo con el artículo 9.3 de la Ley Marco de APPs y el artículo 8° del Reglamento de APPs, el diseño final del contrato de APPs, a cargo de la OPIP correspondiente, requerirá de la opinión favorable de la entidad pública competente, el Ministerio de Economía y Finanzas, el respectivo organismo regulador y la Contraloría General de la República⁸. Dichas opiniones deben darse en las materias de su competencia y en un plazo máximo de 15 días hábiles⁹. De no haber respuesta dentro de dicho plazo, se entenderá que la opinión es favorable. Estas opiniones se deben formular una sola vez por cada entidad, salvo que la OPIP correspondiente solicite opiniones adicionales.

Si hubieran modificaciones a las versiones finales de los contratos de APPs que signifiquen cambios significativos en los parámetros económicos, incluyendo las garantías establecidas en cada caso, durante la fase de promoción de la inversión o la implementación del proyecto de inversión, requerirá la opinión favorable de la entidad pública competente, el Ministerio de Economía y Finanzas y el respectivo organismo regulador, quienes deben darla en un plazo máximo de 10 días hábiles respecto de las materias de su competencia. De no haber respuesta dentro de dicho plazo, se entenderá que la opinión es favorable.

No obstante, el Reglamento de APPs ha establecido en su artículo 9° que, salvo cuando existan casos asociados a errores materiales o por requerimientos de los acreedores permitidos vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato de APPs, no podrán efectuarse adendas al mismo durante los primeros 3 años desde la fecha de su suscripción.

Es bastante común que las instituciones financieras que van a financiar un proyecto de infraestructura pública planteen cambios al contrato ya firmado como condición para comprometerse a hacer los desembolsos que fueran necesarios. El objetivo es que el proyecto sea "bancable" y esta posibilidad juega a favor del proyecto. En tal sentido, es bastante positivo que se haya establecido este caso como una excepción durante el plazo antes indicado.

Sin embargo, discrepamos con la rigidez que implica un plazo de esta naturaleza. Siempre pueden

surgir circunstancias ajenas al privado e incluso al Estado que hagan necesario modificar el contrato en algún aspecto relevante, sobre todo en los primeros años del proyecto, en los que se lleva a cabo la construcción de la infraestructura, que es el momento de mayor riesgo de todo proyecto. Así, cambios significativos en el orden económico o financiero pueden estar fuera del control de las partes y pueden conllevar repentinamente la inviabilidad del proyecto o ponerlo en graves dificultades. Ahora que el mundo se encuentra sumergido en una crisis financiera de magnitudes incalculables creemos que los argumentos sobran. ¿Qué hacer en estos casos entonces?

Una salida lógica y razonable sería recurrir a las disposiciones sobre restitución del equilibrio económico-financiero del contrato, que justamente puede haberse roto por un cambio importante en las condiciones de los mercados. La aplicación de las fórmulas de restablecimiento del equilibrio implica la modificación de los contratos, ya sea a través de cambios en las disposiciones sobre el régimen económico del contrato o la extensión del plazo del contrato, entre otras alternativas. Pero estas disposiciones contractuales, como lo establece el artículo 10.3 del Reglamento de APPs, limitan la posibilidad de invocar el restablecimiento de dicho equilibrio únicamente al caso en que el mismo se vea significativamente afectado exclusivamente debido a cambios en las leyes aplicables, en la medida que dichos cambios tengan directa relación con aspectos económico-financieros vinculados a la variación de ingresos o costos asumidos por el inversionista privado. Es decir, que de acuerdo a esta norma (y esta ya era la regla de los contratos elaborados por PROINVERSIÓN) sólo se puede restituir el equilibrio económico-financiero del contrato cuando el Estado cambia las reglas de juego y dicho cambio afecta significativamente de forma directa los ingresos o costos del proyecto. No estamos de acuerdo con una limitación de esta naturaleza.

Consideramos que el plazo de 3 años antes mencionado debería eliminarse o, en todo caso, deberían establecerse expresamente como excepciones circunstancias como la antes explicada. Asimismo, consideramos que las cláusulas de equilibrio económico-financiero también deberían ser aplicables a cambios económicos y financieros generados en los mercados y que no sean causados necesariamente por modificaciones en las leyes aplicables, y que deberían poder invocarse en cualquier momento durante la vigencia del contrato.

Por otro lado, el artículo 9° del Reglamento de APPs señala que, una vez culminado el plazo de 3 años antes mencionado, podrán realizarse adendas al

8 Este plazo ha sido reducido a 10 días hábiles por el Decreto de Urgencia No. 047-2008 para los procesos de promoción de la inversión privada que se mencionan en el mismo.

9 Literal a. del artículo 16 de la Ley Marco de APPs y artículo 18.5 del Reglamento de APP.

«Teniendo en consideración los requisitos mínimos y los procedimientos establecidos por la Ley Marco de APPs y su Reglamento no vemos cambios relevantes en el procedimiento, más allá de una relativa flexibilización, sobre todo para los proyectos autosostenibles. Lamentablemente se mantienen las rigideces burocráticas. En consecuencia, no vemos que vaya a haber un gran ahorro de tiempo y recursos respecto de lo que venía ocurriendo anteriormente»

contrato de APPs, previa opinión del organismo regulador competente y del Ministerio de Economía y Finanzas en caso las modificaciones alteren el cofinanciamiento o las garantías. Las opiniones deben ser emitidas en un plazo máximo de 10 días hábiles contados desde la recepción de la respectiva solicitud, transcurrido el cual sin que haya respuesta se considerarán favorables.

Finalmente, esta norma establece que si la adenda propuesta desvirtúa el objeto del proyecto original o involucra un monto adicional que supere el 15% del Costo Total del Proyecto, la entidad evaluará la conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección como alternativa a negociar una adenda al contrato, siempre que la naturaleza del proyecto lo permita.

5. INICIATIVAS PRIVADAS

Una de las novedades que trajo la Ley Marco de APPs en relación con las iniciativas privadas ha sido el derecho del proponente de una iniciativa privada que participa en una oferta pública, licitación pública o concurso de proyectos integrales de

igualar la oferta del postor que hubiera quedado en primer lugar, para ir a un desempate definitivo. Este derecho sólo puede ejercerlo el proponente de una iniciativa privada que haya cumplido con los requisitos exigidos por las respectivas bases para su precalificación como postor y haya presentado una oferta técnica y una oferta económica válidas conforme a dichas bases. Para el desempate el proponente de la iniciativa privada y el postor que hubiera quedado en primer lugar deben presentar cada uno una mejor oferta en función de competencia, es decir, deben mejorar la oferta igualada. Este desempate debe realizarse dentro de los 15 días calendario siguientes a la fecha de apertura de las ofertas económicas¹⁰.

Esta norma es positiva tanto para el Estado y los usuarios, como para los privados que presentan iniciativas privadas que son declaradas de interés. Para el Estado y los usuarios porque el desempate genera mayor competencia y eso redundará en una mejor oferta económica, es decir, en un menor cofinanciamiento por parte del Estado o en menores tarifas para los usuarios, según cual sea el factor de competencia del proceso. Para el Estado es beneficioso desde todo punto de vista.

Por su parte, a los privados que presentan iniciativas privadas les da una segunda oportunidad para que no se les escape el proyecto, si es que, a pesar de haber sido los autores intelectuales del proyecto, no presentaron la mejor oferta económica. Luego de varios meses y de todo el esfuerzo realizado por un inversionista privado para preparar una propuesta de iniciativa privada, presentarla, que se la admitan a trámite y que la declaren de interés (es realmente una ardua tarea), perder la posibilidad de ejecutar el proyecto y recibir únicamente las gracias y el reembolso de gastos efectivamente incurridos hasta la declaratoria de interés, no era consuelo alguno. Creemos que es un cambio justo y que genera un balance razonable para los promotores de iniciativas privadas.

El primer caso en el que se ha puesto en práctica este derecho a igualar y desempatar es el reciente concurso de proyectos integrales para la entrega de concesión de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Taboada. Pero paradójicamente el postor proponente de la iniciativa privada que dio origen a dicho concurso no logró superar en el desempate al postor que quedó en primer lugar.

Otra de las novedades de la Ley Marco de APPs, que el Reglamento de APPs no ha hecho sino ratificar¹¹, es que las iniciativas privadas no pueden demandar garantías financieras a cargo del Estado y, de requerir garantías no financieras, éstas se sujetarán a lo establecido en el párrafo ii. del literal a. del artículo 4° de la Ley Marco de APPs. Esto significa que

10 Artículo 14° de la Ley Marco de APPs y artículo 14° de su Reglamento.

sólo pueden presentarse iniciativas privadas para proyectos autosostenibles que únicamente requieran de garantías no financieras. En consecuencia, no está permitido presentar iniciativas privadas que requieran cofinanciamiento o garantías financieras. Desde nuestro punto de vista esta limitación es negativa y contraria a la intención de reducir el déficit de infraestructura y servicios públicos.

Las iniciativas privadas permiten al Estado tercerizar el proceso de identificación de proyectos de inversión en infraestructura pública y servicios públicos, reconociendo al sector privado el derecho a proponer proyectos. Son un instrumento de apoyo. El objetivo es que el Estado y la sociedad en general puedan beneficiarse de las nuevas ideas y las ideas innovadoras que otros puedan tener y que generen bienestar común, a un costo conveniente y en el tiempo oportuno. Pero ya lo hemos dicho, el Estado no cuenta con recursos suficientes para desarrollar proyectos y esto incluye su generación y gestión a lo largo del proceso. No tiene el *know how* que tiene el sector privado en muchas actividades. No tiene equipos creadores de proyectos y especializados en su desarrollo, o no tiene los suficientes. La experiencia dice que el Estado no es un gran productor de proyectos. Esto es claro para todos en el caso de los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales. Entonces, nos preguntamos cómo pretende el Estado atacar en forma efectiva y oportuna este asunto si corta las manos que podría "tomar prestadas".

Como señalamos anteriormente, actualmente la mayor parte de la infraestructura pública que falta construir requiere cofinanciamiento o, al menos, garantías financieras del Estado. El Estado debería entonces permitir y promover la presentación de iniciativas privadas en este tipo de proyectos. Con una norma de este tipo se ha establecido el "Régimen de la Iniciativa Pública" para estos proyectos, lo cual, aunque suene paradójico, consideramos contrario al interés público.

Si la idea del Gobierno Central en lo que respecta a las APP es concentrar sus esfuerzos en los 12 proyectos a que se refiere el Decreto de Urgencia No. 047-2008 (cabe resaltar que parte de ellos corresponde a proyectos autosostenibles) está pensando únicamente en los próximos 12 a 18 meses y consideramos que una norma de este tipo no debería ser cortoplacista, más aún cuando buena parte de la infraestructura pública que hace falta construir requiere de plazos largos para su diseño, desarrollo

y puesta en operación. Debemos comenzar ahora si queremos verlos hechos realidad a tiempo.

Recordemos que el proyecto de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Taboada (el primer proyecto de concesión importante que ha sido originado por una iniciativa privada), tomó más de dos años desde su presentación como iniciativa privada hasta su adjudicación, que ocurrió recientemente. Los proyectos de iniciativa pública tardan usualmente 4 o más años en desarrollarse, y más de uno muere en el camino (sólo pensemos en el Tren Eléctrico).

Asimismo, no vemos que cuidar las arcas fiscales sea razón suficiente para establecer una limitación de esta naturaleza.

Al respecto, debe tenerse presente que, conforme con el artículo 14° de la Ley Marco de APPs, las iniciativas privadas tienen el carácter de peticiones de gracia y, en consecuencia, el derecho del proponente se agota con la presentación de la iniciativa privada ante el OPIP correspondiente, sin posibilidad de impugnación del pronunciamiento en sede administrativa o judicial. Es decir, que el Estado tiene la sartén por el mango. Por qué negar, entonces, que se presenten iniciativas privadas que pueden resultar claramente buenas, aunque cofinanciadas o con garantías financieras, si el Estado puede libremente rechazarlas si no las considera de interés público y con una rentabilidad social relevante.

6. CONCLUSIÓN

La dación de la Ley Marco de APPs y su Reglamento constituyen un gran paso adelante. Más allá de toda crítica negativa que pueda existir contra ellas y de que resulta evidente que en el corto plazo no se verán los resultados deseados de "generación de empleo productivo" mediante proyectos de infraestructura pública con la participación de la inversión privada, aunque ese sea el objetivo buscado por la Ley Marco de APPs, contar con estas normas es positivo. No se han solucionado todos los problemas, pero todo es perfectible y esperemos que con su aplicación práctica se vayan generando los ajustes que resulten necesarios. Cabe anotar que buena parte de las críticas que recibió el proyecto del Reglamento de APPs y que luego ha recibido el Reglamento de APPs están relacionadas a normas que provienen de la Ley Marco de APPs, por lo que la solución a las restricciones que se atribuyen al Reglamento de APPs deberá llegar por medio de la modificación de dicha ley. CA