

A propósito de las Concesiones Cofinanciadas

Gracy Zapata Oré*
Alexander Campos Medina**

I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente todos los gobiernos han construido, rehabilitado y prestado mantenimiento a infraestructuras físicas como carreteras, puertos, aeropuertos, redes de telecomunicaciones y electricidad sin las cuales gran parte de la actividad económica hubiese sido imposible de realizar.

Como se recordará, en la década de 1970 el estado peruano se caracterizó principalmente por su rol protagónico en la economía, convirtiéndose en el agente económico por excelencia llegando incluso a desalentar la participación del sector privado a través del establecimiento de barreras legales en algunas actividades y/o sectores de la economía. Las consecuencias de esta política traerían serios perjuicios económicos y sociales en el largo plazo.

En las décadas siguientes, el estado peruano intentó minimizar su rol como agente económico promoviendo el ingreso del capital extranjero, la inversión privada, la implementación de un plan de privatizaciones, entre otros. Sin embargo, éste sería solo el primer paso para el cambio.

La crisis económica de 1980 llevó en la de 1990 a la implementación de políticas y reformas que tenían como base el establecimiento de un sólido marco legal basado en la promoción de la inversión privada y la apertura de los mercados. El estado pasó a tener un rol principalmente subsidiario en la economía, convirtiéndose más bien en un promotor de la iniciativa empresarial privada.

Así, el estado se da cuenta de que su actividad principal no debía centrarse en ser el agente económico en todos los sectores de la economía. Ello, no solo por ser ineficiente sino también porque el presupuesto público no atendía adecuadamente todos los requerimientos de infraestructura necesarios para el crecimiento sostenible del país. Como consecuencia de ello se buscaba la reducción progresiva del gasto público en infraestructura dándole por tanto una mayor cabida a la participación del sector privado.

En este sentido, es que en los últimos años se ha establecido una serie de normas legales para la promoción de la inversión privada a efectos de reducir la “brecha de

* Asociada de Pizarro, Botto & Escobar Abogados.

** Socio de Pizarro, Botto & Escobar Abogados.

inversión en infraestructura” estimada en casi US\$ 23, 000 Millones¹.

Dado lo anterior, creemos importante, y esperamos lograr en el presente artículo, analizar cual es el rol del estado en este reto y si las estructuras e instituciones legales peruanas están preparadas para dicho desafío.

No podemos olvidar que un marco legal apropiado y eficaz es una condición indispensable para crear un entorno que favorezca la inversión privada en infraestructura, tal y como lo señala el Instituto Peruano de Economía (IPE) al afirmar que “incrementar la participación del sector privado en el mediano y largo plazo requiere de un marco institucional fuerte y creíble”².

II. SOBRE LA BRECHA DE INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA

En los últimos tiempos no resulta extraño escuchar comentarios de especialistas

y no especialistas referidos a que el Perú se encuentra actualmente en un “boom económico”, que “*la economía está mejorando*”, que “*estamos a un grado del nivel de inversión*”³ y de las implicancias que ello importa para nuestro país y su economía.

No obstante ello, aún falta mucho por hacer tomando en consideración las especiales características de nuestro país. Según los especialistas en la materia la reducción de la “brecha” traería como consecuencia la disminución de los niveles de pobreza así como un incremento en los ingresos de los habitantes, por lo que el estado se encuentra promoviendo una serie de proyectos con dicho objetivo⁴.

De acuerdo con el mismo estudio del IPE dicho déficit está dividido por sectores (transporte, saneamiento, electricidad, gas natural, telecomunicaciones) pudiéndose constatar que la falta de inversión es más notoria en el sector transporte (red vial, puertos, aeropuertos, ferrocarriles) en donde asciende a US\$ 7,684 Millones.

¹ De acuerdo con el informe del Instituto Peruano de Economía (IPE) realizado de manera conjunta con la Asociación de Empresas Privadas de Servicios Públicos (ADESEP) del año 2005, denominado “La infraestructura que necesita el Perú. Brecha de Inversión en Infraestructura de Servicios Públicos” en: <http://www.afin.org.pe>. Anteriormente en el año 2002, el IPE presentó un estimado concluyendo que la brecha de inversión en infraestructura de servicios públicos del Perú con respecto de Chile ascendía a US\$ 18,162 millones. Nótese que lo que reflejó el estudio en dicha oportunidad era la diferencia entre la situación del país a dicha fecha con respecto a la situación peruana.

Por otro lado, es importante resaltar que de acuerdo con el reporte de Competencia Global nuestro país ocupa el puesto 97 de un total de 117 en relación con la calidad de la infraestructura.

² “Inversión Privada y Pública en Infraestructura en el Perú, el Camino para Reducir la Pobreza”. Estudio elaborado por el Instituto Peruano de Economía (IPE) por encargo de la Asociación de empresas privadas de servicios públicos (ADESEP) y la Cámara Peruana de Construcción (CAPECO) del año 2007. p. 98 en: <http://www.afin.org.pe>.

³ En agosto del 2006, Fitch Ratings elevó (upgrade) el rating crediticio peruano a BB+, siendo que el grado de inversión se inicia con el nivel de BBB-. En noviembre del mismo año también Standard & Poor’s (S&P) otorgó al Perú la misma calificación. Por su parte, Moody’s ha anunciado que está evaluando el upgrade. Como breve comentario de ello se puede señalar que las mejoras en la calificación obedecen principalmente al crecimiento de las principales variables macroeconómicas en el país ligadas a la inversión así como en una mejora en el clima de estabilidad política e institucional nacional. Actualmente, en toda Latinoamérica sólo 2 países tienen el Grado de Inversión, ellos son Chile y México.

⁴ El Gobierno espera reducir en 50% el déficit en infraestructura en el Perú hasta el 2011 gracias a las concesiones a realizarse y al mayor presupuesto asignado al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC). El Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositran) ha certificado a la fecha una inversión ascendente a US\$ 770 millones en las concesiones de proyectos de infraestructura de transporte. Pese al déficit en infraestructura de transporte, la inversión de este año asciende a US\$ 330 millones reconocidos. Para mayor detalle consultar: www.ositran.gob.pe/documentos/Nota-Inversiones.pdf.

Pero en qué consiste la denominada “brecha de inversión” y por qué la misma se ha originado y sigue manteniendo un crecimiento progresivo en lugar de disminuir pese a las inversiones en infraestructura que se están realizando en nuestro país.

Sobre el primer punto, el IPE ha señalado que dicho parámetro, es decir la denominada “brecha” implica un “reconocimiento de la falta de inversiones para llegar a cierta meta o para cumplir con ciertos requerimientos de infraestructura, ya sea por el uso de instalaciones en condiciones subóptimas y/o la dificultad de satisfacer la demanda actual y futura”⁵.

Asimismo, el “World Economic Forum” si bien no hace referencia exacta al concepto “brecha de inversión en infraestructura” elabora un índice que mide el déficit de inversión con referencia al análisis de las siguientes variables, entre otras: (i) la infraestructura global del país así como la calidad de la red vial nacional de transporte integrado, (ii) en el caso de las carreteras y transporte terrestre se evalúa el desarrollo de la calidad de la red vial nacional así como el porcentaje que se encuentra pavimentada, (iii) en el caso de la infraestructura portuaria se evalúa el tiempo estimado de embarque, (iv) en el caso de la infraestructura aeroportuaria se mide el número de salidas por una población determinada, etc. La comparación del “grado de inversión en infraestructura” se realiza con referencia a Alemania⁶.

Como se aprecia, la “brecha” se calcula con referencia a un parámetro, en el caso del estudio del IPE para nuestro país es con respecto de Chile y Colombia mientras que en el caso del “World Economic Forum” se calcula la misma con respecto de Alemania. En este caso, la conclusión obvia es que si el parámetro de cálculo (país de referencia) cambia, la “brecha” con respecto a nuestro país puede resultar ser mayor o menor.

En tal sentido, la pregunta que cabe es si la “brecha” es estática o dinámica pero con respecto al mismo parámetro (país de referencia). Si bien el cálculo se realiza sobre presupuestos estáticos como por ejemplo la situación actual de un país de referencia, se debe tener en cuenta que ello es una ficción necesaria para su cálculo. Así, el país de referencia sigue desarrollando su infraestructura y realizando inversiones en la misma por lo que brecha de inversión también es móvil, ya que su parámetro de referencia en la realidad es dinámico.

Por otro lado, también debe de notarse que a medida que la producción crece, se origina la necesidad de nueva infraestructura para hacer frente a este crecimiento.

En otras palabras, la “brecha” no es solo enorme sino que puede estar incrementándose día a día, razón por la cual es de vital importancia diseñar una estrategia integral para reducirla. Y como trataremos de sostener en este artículo, ello

⁵ Instituto Peruano de Economía (IPE). “La infraestructura que necesita el Perú. Brecha de Inversión en Infraestructura de Servicios Públicos”.op. cit., p.19.

⁶ De acuerdo con el Global Competitiveness Index (GCI) 2006-2007 Alemania es considerado el país con el mayor desarrollo en infraestructura en el mundo. Un país con cero de brecha de inversión significa que ha alcanzado un nivel de desarrollo óptimo por lo que no necesitaría inversiones adicionales en ningún sector en específico. Para mayor detalle ver el artículo publicado por el “World Economic Forum” denominado “Benchmarking National Attractiveness for Private Investment in Latin American Infrastructure” año 2007.

pasa por una redefinición del rol del estado frente a la promoción de la inversión en infraestructura.

Habiendo determinado en qué consiste la “brecha” se comentará el origen de la misma y por qué en los últimos tiempos se ha incrementado.

Como ya lo señaláramos en la parte introductoria, nuestro país en las últimas décadas ha pasado del estado interventor al estado promotor siendo que durante dicha transición el déficit de inversión en infraestructura se incrementó con respecto de otros países de la región. Dicho incremento resulta ser consecuencia directa de la insuficiencia de recursos públicos asignados al desarrollo de proyectos de infraestructura como consecuencia de los ajustes del gasto público derivados de los programas de estabilización auspiciados por instituciones multilaterales en la década de los noventas.

Así, la situación actual y el progresivo incremento de la “brecha” se originó en “la falta de política clara de promoción de la inversión de infraestructura, tanto por el lado de la inversión pública como por el lado de la promoción de la participación privada”. Es claro que en caso de haberse dado las condiciones para un clima acorde a las inversiones y una conducta eficiente del estado en el uso de los recursos destinados a inversión pública así como en la promoción del sector privado, los niveles de inversiones hubiesen sido mayores y por tanto menor la brecha actual.

No obstante ello, se debe tener en cuenta que actualmente dicha brecha se centra básicamente en sectores donde el riesgo de ejecución del proyecto es alto y la rentabilidad baja y/o poco atractiva para el sector privado. Así, como ya lo mencionáramos la “brecha de inversión” para el sector transporte (red vial, puertos, aeropuertos, ferrocarriles) asciende a US\$ 7,684 Millones, para el sector eléctrico (infraestructura de transmisión, ampliación de capacidad instalada, etc.) asciende a US\$ 5,523 Millones, para el sector telecomunicaciones (telefonía fija y telefonía móvil) asciende a US\$ 4,633 Millones y para el sector saneamiento (agua potable, alcantarillado, etc.) asciende a US\$ 4,619 Millones⁸.

Si bien el estudio respecto de la brecha no identifica cuáles de estos proyectos son auto-sostenibles y cuales no, es claro que los mayores montos corresponden a sectores donde usualmente existen rentabilidades bajas como por ejemplo las carreteras, las obras de saneamiento, las telecomunicaciones y electricidad rural, entre otros.

Por lo tanto el Perú tiene el reto de “reducir” la “brecha de inversión en infraestructura” principalmente en actividades no atractivas para el sector privado. Así es necesario contar con un marco regulatorio claro e integral que fomenta no solo la inversión pública y la inversión privada sino también y principalmente la participación conjunta de ambas.

⁷ Instituto Peruano de Economía (IPE). “Inversión Privada y Pública en Infraestructura en el Perú, el Camino para Reducir la Pobreza” op. cit., p. 44.

⁸ Instituto Peruano de Economía (IPE). “La infraestructura que necesita el Perú. Brecha de Inversión en Infraestructura de Servicios Públicos”. op. cit., p. 13.

Para ello, se deben estudiar mecanismos de participación conjunta del estado y los privados teniendo en cuenta los intereses particulares de ambos. Por el lado del privado se debe considerar elementos tales como la rentabilidad financiera, la mejora en el clima de inversiones y estabilidad jurídica y regulatoria. Mientras que por el lado del estado debe garantizarse un uso eficiente de los recursos públicos (que por naturaleza son limitados) para darle prioridad a proyectos de alta rentabilidad social pero en donde la participación del sector privado es poco factible sin la participación activa del gobierno.

III. DIVERSOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN PRIVADA EN INFRAESTRUCTURA

a) Marco General: ¿Por qué permitir la Inversión Privada en Infraestructura?

Como ya lo mencionáramos, en el caso de nuestro país la “brecha de inversión en infraestructura” es enorme. De acuerdo con el “World Economic Forum”, el Perú es el segundo país con la mayor brecha de infraestructura en la región después de Bolivia. Sin embargo, la constatación de la brecha no absuelve la pregunta de por qué debería ser un privado el que desarrolle esta infraestructura en lugar del estado.

Recordemos que el estado tiene una serie de opciones a su disposición para hacer frente a los costos que implica el desarrollo de infraestructura entre las que se encuentran la captación de financiamiento para la inversión pública mediante endeudamiento, el incremento del ahorro

público y la reasignación del gasto público así como un mayor aprovechamiento de las inversiones mediante una planificación cuidadosa con mejores procedimientos de evaluación e implementación de proyectos.

En aquellos proyectos auto-sostenibles, es decir en los casos que la explotación de la infraestructura producirá ingresos suficientes para pagar la inversión realizada más una rentabilidad razonable, la respuesta es más o menos obvia. El estado no debería de ocupar sus escasos recursos si el proyecto puede ser desarrollado con recursos privados. O en palabras de CHONG:

“Existen diversas razones que explican ese interés, como las siguientes: obtener recursos para mejorar las finanzas públicas; atraer inversión privada hacia sectores donde el estado no puede invertir porque carece de recursos; mejorar la eficiencia en la provisión de bienes y servicios, y en el caso de privatizaciones reducir la participación del estado en las actividades productivas.”⁹

Pero, en el caso de proyectos de baja o nula rentabilidad, subsiste la pregunta. ¿Por qué debería ser desarrollado con participación privada si finalmente el estado va terminar financiando de alguna manera todo o parte del proyecto? Aquí la respuesta es algo más compleja e involucra una posición de principio respecto del rol del estado y de las empresas. Se considera que la suma de todos los beneficios y eficiencias que introducirá al proyecto la participación de constructores, operadores y financistas privados es mayor al costo de implementar este modelo (incluyendo la propia rentabilidad reconocida al privado).

⁹ CHONG, Alberto y José Miguel Sánchez. Los Factores determinantes de los arreglos contractuales. En: Medios privados para fines Públicos. Participación privada en infraestructura en América Latina. Alberto Chong y José Miguel Sánchez, editores, Nueva York, 2003, p. 1.

Merece mencionarse que no solo se trata de un modelo de pensamiento económico. Los mecanismos de participación privada en infraestructura han sido probados en diversas partes del mundo como un mecanismo eficaz para incrementar la inversión en infraestructura.

Pero la decisión que debe tomar el estado no se limita a permitir la participación del privado. Una vez definido ello, el estado debe optar entre una serie de mecanismos desde la simple adjudicación de contratos de gerenciamiento, hasta la venta de activos, pasando por los contratos de participación a riesgo y concesiones. Resulta evidente que en todas estas modalidades la intervención privada no es equivalente ni igualmente intensa.

Debe decirse que el día de hoy existe una clara tendencia hacia los modelos en los que el estado no se desprende de sus activos, por lo que actualmente encuentran plena vigencia los esquemas de concesiones, en los cuales el estado entrega la explotación de una infraestructura pública pero mantiene la propiedad de la misma. Sin embargo, esto plantea una serie de desafíos.

Frente al esquema clásico de privatización, es decir la venta de activos, el establecimiento de concesiones contiene una sutil pero importante diferencia a decir de

ORDOVER y URIBE¹⁰. Mientras que en la venta de activos la función del estado como contraparte contractual se extingue en el mismo acto de transferencia, en la concesión permanece paralelamente a la función del mismo estado de regular la actividad en cuestión, en una dinámica que muchas veces no permite diferenciar un rol del otro.

Por último, debe señalarse que si bien muchas veces los conceptos de concesión y APPs son usados íntimamente ligados, es ésta última figura y no la primera la que implica realmente un concepto novedoso. De hecho, la figura de las concesiones es bastante antigua y se remonta al establecimiento de las Compañías de Indias, pero el hecho que haya sido comúnmente utilizado como vehículo para llevar adelante las APPs¹¹ demuestra su flexibilidad.

b) Sobre las ventajas de las APPs

Antes de seguir avanzando debemos insistir en que los nuevos mecanismos de participación privada como las APPs se enfocan en aquellos proyectos que no son auto-sostenibles, es decir que contienen riesgos altos y baja o nula rentabilidad, lo que impone, sin duda, desafíos mayores para el modelo. No es casualidad que precisamente la brecha de infraestructura se concentró claramente en estos sectores, como ya hemos explicado.

¹⁰ "In Latin America, the rights and obligations of the owner of assets privatized through sale, along with the use of those assets, are protected by the general rule of law, that is, the country's legislation, regulatory mechanisms and courts. In other words, after the transfer of the assets, the government's role becomes one of making laws and regulations and upholding the law..."

In the case of privatization by concession, the government's twin roles as party to the contract and enforcer could entail conflicts of interest and interference. In other word, the government is a contracting party in change of administering and renegotiating the contract, but it also enforces the appeal or dispute resolution process..."

En: ORDOVER, Janusz y Evamaría Uribe. Sustainable Privatization in Infrastructure: The Role of Legal and Regulatory Institutions. En: Can privatization deliver? Infrastructure for Latin America. Federico Basañes; Evamaría Uribe y Robert Willig (Editores). InterAmerican Development Bank. Washington DC- 1999. p. 23.

¹¹ Estas instituciones fueron creadas en Inglaterra, siendo que en dicho país se les denomina Iniciativas de Financiación Privada. No obstante ello, el Reino Unido ha iniciado el programa denominado "United Kingdom's Private Finance Initiative (PFI)" a partir de 1992 siendo actualmente el más desarrollado de acuerdo con el Fondo Monetario Internacional (FMI). Así, las APPs han cobrado importancia siendo que viene utilizando no sólo en países de Europa sino también en Latinoamérica en el caso específico de Chile y México.

En este tipo de casos, es que se requiere una participación activa tanto de los inversionistas privados como del estado. Desde el esquema de una APP el gobierno se apoya en empresas privadas especializadas en el diseño, construcción, financiamiento y operación de infraestructura de servicios públicos¹²; para cumplir con su rol de asegurar a la población la prestación del servicio público y que por los motivos ya detallados no se encuentra en capacidad de brindar. Así, el sector privado provee al estado de infraestructura y servicios contando con algún tipo de apoyo financiero por parte del estado.

El objetivo de las APPs es repartir los riesgos e intereses del sector privado y del público en llevar adelante proyectos que generan beneficios desde el punto de vista económico social pero de escasa rentabilidad financiera y cuya ejecución implica elevados riesgos.

En este sentido, se compatibilizan los objetivos socioeconómicos del estado con los estrictamente financieros referidos al sector privado, permitiendo el desarrollo de actividades y/o servicios cuya ejecución no resultaría rentable para el sector privado sin la participación del estado.

Pensemos por ejemplo una APP para llevar adelante un hospital en una zona de escasos recursos. En principio, el privado podría establecer en el mismo lugar una clínica, pero probablemente no llegue a tener la demanda suficiente para justificar la inversión más la rentabilidad esperada. Por otro lado, el estado también podría por sí

solo construir, implementar y operar el hospital bajo un esquema clásico de inversión pública. A pesar de ello, ambos podrían estar interesados en llevar adelante la APP en la cual el particular construya y opere el hospital cobrándole al estado una tarifa por ello¹³. ¿Por qué?

Las respuestas son varias. En primer lugar porque el estado podría estar interesado en las eficiencias que el particular podría lograr tanto en la ejecución, el equipamiento y el financiamiento de la obra, así como en la operación del servicio principal (atenciones médicas) como en la de servicios complementarios (como estacionamientos, florerías, velatorios, entre otros). Si estas eficiencias son generadas, el estado se vería beneficiado pues pagaría por el servicio un menor costo al que asumirá si presta el servicio directamente, todo ellos sin la necesidad de financiar la obra o haciéndolo solo parcialmente.

Para permitir un financiamiento más adecuado, el estado podría entregar un activo (por ejemplo el terreno para edificar el hospital), hacer un aporte no reembolsable (subsidio), brindar algún tipo de garantía, o cualquier otro mecanismo de apoyo financiero.

Las principales ventajas de las APPs son, entonces, la especialización en la prestación del servicio y la creación de incentivos para la eficiencia. Además, mediante este modelo se pueden conciliar las restricciones presupuestarias con las necesidades de infraestructura.

¹² De acuerdo con el estudio preparado por el Fondo Monetario Internacional (FMI) denominado "Public Investment and Fiscal Policy" (marzo de 2004), la forma más común de APP es aquella en la que el estado suscribe un contrato de largo plazo con un privado para que éste último le provea de servicios siendo que el privado es responsable del diseño, construcción, financiamiento y operación.

¹³ Por ejemplo, por cada paciente atendido o por cada intervención realizada.

Por otro lado, el ejemplo antes citado nos permite demostrar que el apoyo financiero del estado puede darse en múltiples formatos, pero sin duda dicho apoyo constituye un elemento distintivo de las APPs

Habiendo explicado lo anterior, ya nos es posible abordar el tema de las Concesiones Cofinanciadas que no son otra cosa que esquemas de APPs que han sido expresamente definidos por la ley peruana, como veremos en el acápite siguiente, y que involucran un formato de apoyo estatal específico que es la entrega de aportes reintegrables o no durante la ejecución y operación de la concesión.

En este punto nos permitimos hacer una breve nota terminológica y que nos sirva a su vez para repasar los principales conceptos.

Es usual que en los diversos textos dedicados al tema se utilicen términos tales como privatización, participación privada en infraestructura, concesiones y APPs en diversos sentidos. Por ejemplo, en nuestro medio se entiende a la privatización como el mecanismo de inversión privada por el cual se enajenan activos del estado, mientras que en otros contextos se refiere a cualquier mecanismo de participación privada en la explotación de una infraestructura pública (esto es como sinónimo de participación privada en infraestructura).

En el presente trabajo, salvo que el contexto manifiestamente indique otra cosa, a toda modalidad por la cual un privado interviene en el desarrollo de infraestructura pública se le denominará mecanismo de participación privada en infraestructura, siendo dos de sus modalidades específicas la privatización (entendida como venta de activos) y la APP (entendida como la asociación entre un privado y el estado para brindar un servicio de baja o nula rentabilidad económica pero con alta rentabilidad social). Por su parte nos referiremos a concesiones como el medio usualmente utilizado, más no el único, para llevar adelante varias de las modalidades de participación privada incluyendo la APPs, caso en el cual se tratará (en el ámbito legal peruano) de una Concesión Cofinanciada.

IV. SOBRE LA REGULACIÓN DE LAS APP Y DE LAS CONCESIONES COFINANCIADAS EN EL PERÚ

El Fondo Monetario Internacional (FMI) a través de su estudio “Public Investment and Fiscal Policy- Summaries of the Pilot Country Studies” del año 2005 ha analizado al Perú y en específico el desarrollo de las APPs. En dicho estudio se señala que el Perú no cuenta con una regulación de APPs adecuada no sólo para el desarrollo de dicha institución como mecanismo de promoción de la inversión privada sino también por el escaso avance legislativo para el registro de la deuda asociada incluyendo las calificadas como contingentes¹⁴.

¹⁴ Sobre el tema específico del registro de la inversión realizada en una APP ya sea como pública o privada se ha generado gran debate por las consecuencias que uno u otro hecho implica, siendo que los entendidos en la materia coinciden en señalar que si bien las APPs cuentan con una serie de ventajas, también pueden servir como mecanismo para evadir los controles internos así como para transferir fuera del balance la inversión pública, por lo que los estados deben registrar todos los costos especialmente en el mediano y largo plazo.

Así, el principio general para prevenir un uso inadecuado de la institución es la transparencia. En el Perú, a través de la Ley 28563 “Ley General de Endeudamiento” se señala que el proceso de endeudamiento público debe llevarse a cabo mediante mecanismos transparentes y predecibles que estén previstos en la Ley. Dicha Ley norma las garantías que otorgue o contrate el Gobierno Nacional para atender los requerimientos derivados de los procesos de promoción de la inversión privada y concesiones.

No obstante ello, en el Perú la principal modalidad de APP utilizada para hacer frente a la ejecución y operación de los proyectos de infraestructura que el estado tiene planificado desarrollar es la concesión ¹⁵.

En este contexto y teniendo como premisa que (i) nuestro país tiene un déficit de inversión en infraestructura mayor a otros países de la región, (ii) que es necesaria la participación conjunta del sector público con el sector privado para “cerrar” o al menos intentar reducir “la brecha” y (iii) que la modalidad más utilizada de APP en el Perú es la concesión, pasaremos a resumir las principales normas legales en las que estas figuras han sido reguladas, con especial énfasis en las concesiones cofinanciadas.

De una revisión de la legislación peruana se llega a la conclusión de que no existe una regulación especial de las APPs y de sus diversas modalidades. Además, se puede constatar que cuando se ha intentado regular su vehículo que es la concesión, se ha hecho de una manera dispersa, sectorial y no sistemática, que en muchos casos resulta ser insuficiente.

Así, a nivel de rango legal se establece como norma de marco general para las obras públicas de infraestructura, el Decreto Supremo N° 059-96-PCM “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” en cuyo artículo 2 se señala que “la modalidad bajo la cual se promueve la inversión privada en el ámbito de las obras públicas

de infraestructura y de servicios públicos es la concesión.” Por su parte el literal c) del artículo 14° de dicha norma establece que la concesión podrá otorgarse bajo distintas modalidades, una de las cuales es la Concesión Cofinanciada mediante la cual el estado realiza una entrega inicial durante la etapa de construcción o entregas en la etapa de la explotación, reintegrables o no.

Dicha norma debe ser complementada con lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto Supremo N° 108-2006-EF “Dictan Normas relativas al 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 respecto a la naturaleza de las concesiones y el cofinanciamiento del estado” que señala que el concesionario percibirá como contraprestación por el servicio público a ser prestado, una retribución que puede consistir en un cofinanciamiento que implica un pago total o parcial a cargo del concedente para cubrir las inversiones y/ o la operación y mantenimiento. Dicho pago puede ser entregado mediante una suma única periódica.

Asimismo, en el artículo 3 de dicha norma se establece que en el caso de concesiones cofinanciadas por el estado (a que se refiere el inciso c) del Artículo 14 del Decreto Supremo N° 059-96-PCM y normas modificatorias) los montos que perciba el concesionario por la ejecución y explotación de la obra y/o prestación del servicio constituyen el sistema de recuperación de la inversión y/o de los costos o gastos de operación y mantenimiento efectuados.

¹⁵ Perú prevé que los compromisos de inversión por concesiones alcancen este año 2.597 millones de dólares, más del doble que en el 2007. Por su parte, el jefe de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión), David Lemor, detalló que el año pasado las concesiones del estado al sector privado sumaron 1.053,8 millones de dólares.

Adicionalmente, se cuenta con los Lineamientos para la Provisión de Servicios Públicos a través de Proyectos de Inversión que involucren Concesiones Cofinanciadas (CCF) aprobado mediante Decreto Supremo Nro 104-2007-EF. En dichos lineamientos se analizan los proyectos sobre la base del concepto del valor por dinero¹⁶. Por otro lado, se deben tener en cuenta las demás disposiciones referidas al sistema nacional de inversión pública (SNIP) que analiza los costos y beneficios de llevar adelante la ejecución del proyecto¹⁷.

Por si lo anterior no fuera poco, existen otras disposiciones vinculadas como la Ley Nro 28059 “Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada” y su respectivo reglamento Decreto Supremo Nro. 015-2004-PCM en el cual señalan que la concesión es un mecanismo de promoción a la inversión privada regulando nuevamente el caso específico de las denominadas concesiones cofinanciadas.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que existen disposiciones de índole presupuestal relacionadas con el cofinanciamiento, así como normas que regulan la intervención de la Contraloría General de la República.

Como se aprecia en este contexto, existe una regulación dispersa y asistemática que no genera la predictibilidad ni seguridad necesarias.

V. EL NUEVO ROL DEL ESTADO EN EL DESARROLLO DE LA INFRAESTRUCTURA PÚBLICA

Todo lo anteriormente dicho puede ser resumido en lo siguiente: el estado, consciente de la brecha existente ha pasado en los últimos años a fomentar una política de participación privada más activa. Sin embargo, si bien bajo este esquema se han llevado a cabo grandes inversiones, la brecha sigue siendo grande y es especialmente importante en aquellos sectores donde el riesgo es alto y la rentabilidad es baja, sectores en donde sin un mayor apoyo estatal, el privado no podría invertir.

Pero la pregunta persiste, ¿Por qué a pesar que lo anterior es obvio e incluso el gobierno ha lanzado una legislación específica para fomentar la participación en estos sectores problemáticos el esquema parece no dar los resultados esperados?

En nuestra opinión, por un lado ha existido cierta demora en implementar medidas para promocionar aquellos casos en los que el proyecto es autosostenible y por lo tanto su traslado al ámbito privado no debería de revestir mayor complejidad.

Pero por otro lado, en el caso de proyectos que no son autosostenibles, creemos que la razón de no haberse avanzado lo suficiente es que la reforma legal ha sido incompleta o al menos insuficiente, y ello, a su vez debido a que no

¹⁶ De acuerdo con los lineamientos el concepto valor por dinero establece que la provisión de un servicio público por el sector privado resulta en un claro beneficio para la sociedad, definido en términos de costo, precio, calidad, cantidad, traslado de riesgo o una combinación de ellas. Dicho concepto implica que el sector privado proveerá determinado servicio público con los mismos resultados esperados a un menor costo, o al mismo costo pero con una mejor calidad de servicio.

¹⁷ Mediante Ley N° 27293, Ley que crea el Sistema Nacional de Inversión Pública, modificado por la Ley N° 28802, dispone que el Ministerio de Economía y Finanzas, dicta las normas técnicas, métodos y procedimientos que rigen los Proyectos de Inversión Pública. Dicha norma cuenta con su respectivo reglamento, el Decreto Supremo N° 102-2007-EF sin contar con las directivas, resoluciones y demás normas que se relacionan al ya famoso sistema nacional de inversión pública, SNIP.

se ha entendido la “doble personalidad” del estado. Nos explicamos.

En un contrato entre partes privadas donde rige el principio de igualdad entre ellas, ambas suscriben el contrato bajo la premisa que ante cualquier disputa o cambio de circunstancias en el contrato tendrán la misma oportunidad de accionar los mecanismos y remedios legales.

En un contrato con el estado, como son los contratos de concesión, tal igualdad no existe. Es más se presume (y muchas veces es incluso expresado en el propio contrato) que el estado tiene prerrogativas que el particular no tiene (también llamadas en doctrina cláusulas exorbitantes). Se entiende que el estado al representar el interés público debe poder hacer retroceder el interés privado si es necesario.

Lo anterior, siendo perfectamente entendible, crea sin embargo una serie de efectos y consecuencias frente a los inversionistas privados (y los financistas que les proveen recursos) que no siempre son fáciles de entender.

Un ejemplo de este fenómeno es que al asumir el estado funciones de parte contractual y luego de regulador puede incurrir en posiciones de abierto conflicto de intereses, como bien lo describen ORDOVER y URIBE¹⁸. El estado como parte contractual buscará maximizar su rentabilidad, lo cual podría hacer más

oneroso el contrato para el inversionista, lo que a su vez provocaría un incremento de precios al consumidor que resultaría contrario a los intereses del estado regulador.

Otro supuesto similar se presenta cada vez que el estado debe ejercer su facultad de regulación. Como explicaremos más adelante, por más que el ente regulador sea instituido como órgano independiente, esto no garantiza que en más de un caso se convierta en juez y parte de una diferencia con el inversionista.

El mismo fenómeno se presenta respecto de la diferencia entre el estado-promotor del proyecto y el estado-concedente, e incluso el estado-regulador. Así, el estado Promotor, interesado en sacar adelante un proyecto podría haber redactado una cláusula del contrato de concesión en una forma que luego será leída por el estado- concedente o el estado-regulador de una manera diferente. No sorprenderá entonces que tres instancias diferentes del mismo estado tengan tres diferentes lecturas de la misma estipulación contractual.

No podemos olvidar que cuando por su naturaleza se traslapen aspectos de derecho administrativo y de derecho contractual, existe alto riesgo que terminen siendo definido a favor de la posición estatal en base a argumentos como el interés público¹⁹.

¹⁸ “The government, as the owner of those assets, is a signatory party to the agreement. At the same time, it performs standard regulatory functions (the regulation of natural monopolies to protect consumer interest). Incentives involved in contract performance could be aligned with those of the private party. The higher the profitability and the expansion in investment, the higher the net present value of the assets involved. But the regulation of a natural monopoly that entails prevention of monopoly abuse to allow prices to mimic a competitive market could dictate exactly the opposite result...” en: “Can privatization deliver? Infrastructure for Latin America”. op. cit., p. 27.

¹⁹ “Due to their nature, PPPs will be affected legally by both administrative law and commercial or corporate laws. Consequently, a court might dictate against the rights of the private partners on the reasoning that the public interests of the private entity. This decision may be based on the essentiality of services derived from the infrastructure project and their function with respect to maintaining social order and safety, as well as public health.”

En: FITCH RATINGS. Special Report. Public-Private Partnerships: The Next Generation of Infrastructure Finance. August 2004. Disponible en www.fitchratings.com

Todo lo anterior es perfectamente conocido por el inversionista privado, quien busca en el marco legal peruano la posibilidad de reducir los riesgos asociados a estas circunstancias.

Pero vayamos por partes. Para poder terminar de definir el nuevo rol del estado a la luz del desafío que implica reducir el déficit de infraestructura, debemos de determinar qué es lo que espera de él un inversionista privado desde los esquemas de participación actualmente en uso internacional que ya hemos detallado en el acápite anterior.

Resulta paradójico pensar que en cualquier otra actividad, el privado prefiere tener al estado lo más lejos posible. Mientras menos regulado esté el mercado en cuestión y menos tenga que acudir el empresario privado a la burocracia estatal, mejor, o al menos eso se piensa.

Sin embargo, no es lo mismo instalar una fábrica de productos de consumo masivo que participar en la explotación de una infraestructura pública. En éste último caso, la intervención del estado no solo es necesaria sino que es deseable.

Dado que es el estado el socio de negocios obligado, que se trata de un negocio de largo plazo y que su participación activa es necesaria durante todas las etapas del negocio, no debe sorprender a nadie que un inversionista privado se haga mil preguntas respecto a los poderes, facultades y prerrogativas del ente que otorgará el derecho de concesión, así como que revise cada una de las cláusulas del contrato de concesión que se le ofrece.

Lo que queremos decir es que no solo se requiere al estado para que promueva la participación privada, lleve a cabo el concurso respectivo y suscriba el contrato

correspondiente para asignar al privado los derechos respectivos, sino que también se le necesita para dar cumplimiento a cada una de las obligaciones que son de su cargo en el contrato (especialmente las referidas a la viabilidad financiera del proyecto) y para que establezca y ejecute el marco regulatorio apropiado.

A lo anterior, debemos agregar que en los casos en los cuales se requiere además el apoyo financiero del estado, se requiere además que el estado cumpla con las obligaciones de realizar los aportes comprometidos.

En otras palabras, si como afirmamos es necesario que el marco legal aplicable defina claramente las reglas de juego con esta contraparte de “doble personalidad”, ello es mucho más cierto en los casos en los cuales además se requiere un aporte económico del estado, en donde naturalmente éste tendrá especial celo en garantizar el correcto uso de dicho aporte.

No podemos olvidar además que toda intervención del estado genera costos y que estos serán cargados al proyecto. Lo importante es que estos costos sean razonables y previsibles de tal forma que puedan ser debidamente evaluados por el inversionista al momento de diseñar su propuesta para llevar adelante el negocio.

Ahora, todo lo dicho anteriormente no significa que so pretexto de esta “doble personalidad” se le cargue al estado todos los riesgos inherentes al proyecto. El inversionista debe entender que por el mero hecho de entrar en un contrato de concesión con el estado existen riesgos naturales que deberá saber administrar.

Así, el inversionista debe prever que la determinación de las competencias estatales respecto a la propiedad de los

recursos materia de la concesión no siempre es legalmente sencilla, en especial cuando se traslapan competencias del Gobierno Nacional y los gobiernos regionales o locales.

Igualmente, el inversionista debe conocer que por más que la ley e incluso la Constitución Política le otorgue la más amplia protección, no es posible eliminar el riesgo político, pues ninguna norma está exenta del riesgo de perder vigencia.

En resumen, la necesidad de incrementar la inversión privada en infraestructura requiere de la redefinición del rol del estado, lo cual a su vez parte de entender que éste es un ente complejo y que despliega sus diversas “personalidades” con relación al proyecto en formas que no siempre son ordenadas y sistemáticas. Entonces, la pregunta siguiente cae por su propio peso ¿Estará el régimen legal peruano preparado para dar sostenibilidad a este nuevo rol del estado? ¿Puede éste cumplir el papel de dar la consistencia y predictibilidad que el inversionista espera al evaluar un proyecto de infraestructura pública?

VI. Nuevo Marco Legal para el Desarrollo de Infraestructura

Para comenzar por el final, debemos decir que la respuesta a las preguntas anteriores lamentablemente es no, adolecemos de la falta de un régimen legal claro, único y sistemático que otorgue la

simplicidad necesaria para inspirar mayor confianza al inversionista.

Por lo tanto, en lo que resta del presente trabajo nos ocuparemos de dar algunas luces respecto de las bases para desarrollar este nuevo marco legal.

a) La necesidad de un marco legal apropiado. Una comprobación empírica.

En primer término, nos gustaría insistir en la necesidad de establecer un marco legal apropiado para la promoción de inversión pública en infraestructura. Y ello no es solo una frase cliché, sino más bien una conclusión extraída de experiencias internacionales.

En un estudio del Fondo Monetario Internacional se señaló como uno de los 4 factores esenciales para garantizar que las APPs sean eficientes al marco jurídico que rige las APPs:

“En los estudios de casos se señala la importancia de contar con un marco jurídico sólido que contemple todos los aspectos del proceso de las APPs”²⁰

En el mismo sentido, en un reporte publicado recientemente por la conocida clasificadora de riesgos internacionales FitchRatings se establece que es esencial que la política estatal de promoción de la inversión en infraestructura encuentre respaldo en la ley de dicho país²¹.

²⁰ AKITOBY, Bernardin; Richard Hemming y BERD Schwartz. Inversión Pública y Asociaciones públicos-privadas. Temas de Economía 20. IMF Publication Services, 2007. p. 11.

²¹ “The private sector requires clear and stable rules of engagement as provided through a country’s legal framework. If a country’s public policy wants to encourage private-sector participation in the financing of infrastructure, its laws should support that policy.”

En: Fitch Ratings, op. cit., p. 3.

Si bien es cierto que factores tales como una adecuada negociación contractual y la institucionalidad de un país pueden otorgar cierta protección, ninguno de ellos puede soslayar la necesidad de un marco legal apropiado.

b) La insuficiencia del contrato como mecanismo legal de regulación.

Como bien afirma ORDOVER y URIBE²² es posible muchas veces llevar adelante ciertos proyectos de infraestructura sin contar aún con un marco legal apropiado mediante la celebración de contratos de concesión detallados.

Sin embargo, esta situación está lejos de ser deseable. En primer lugar, si bien como esfuerzo inicial puede ser posible, visto en el largo plazo, tarde o temprano, tanto este contrato como otros se encontrarán con situaciones no previstas o con un supuesto de lo que ya antes hemos llamado manifestaciones de la “*doble personalidad*” del estado.

En tales escenarios, la falta de reglas claras y principios generales pueden hacer naufragar el mejor intencionado de los contratos.

c) El rol de la institucionalidad

La institucionalidad, es decir el respeto y aceptación general de las instituciones jurídicas como parte

importante del sistema legal de un país juega un papel si bien insuficiente por sí solo, muy valioso en cualquier marco jurídico que pretenda atraer inversiones.

Tan importante como que las normas existan es que exista credibilidad respecto a que el estado las hará respetar más allá de coyunturas particulares. En palabras de CHONG:

*“La credibilidad y reputación respecto de los derechos de propiedad, a los contratos y normas establecidas, son activos de gran importancia para el éxito de los programas de participación del sector privado en infraestructura, ya que reducen considerablemente los incentivos para que los licitantes se comporten en función de objetivos estratégicos”*²³

Y en el mismo sentido, continúa:

*“... la credibilidad tiene precio, ya que cuando los gobiernos no gozan de buena reputación con respecto al cumplimiento de los contratos se ven obligados a pagar un precio muy alto en términos de bienestar social con el fin de atraer la inversión en infraestructura.”*²⁴

Adicionalmente, la institucionalidad también puede entenderse como una malla en la cual se engarzan todas las leyes, contratos, instituciones, agentes e incluso el modelo económico otorgándole sistematicidad al régimen legal²⁵.

²² “Detailed concession contracts may help to launch the initial privatization effort by expressly providing for risks that a country’s legal framework may not have anticipated. But for privatization to be sustainable and irreversible, there is a need to build more complex legal and regulatory institutions that minimize the deficiencies in contracts not necessarily designed to woo private entrepreneurs.”

En: ORDOVER, Janusz y Evamaría Uribe. Sustainable Privatization in Infrastructure: The Role of Legal and Regulatory Institutions. En: Can privatization deliver? Infrastructure for Latin America. Federico Basaños; Evamaría Uribe y Robert Willig (Editores). InterAmerican Development Bank. Washington DC- 1999. p 10

²³ CHONG. op. cit., p. 11.

²⁴ CHONG. op. cit., p. 12.

d) El marco constitucional vigente.

Habiendo quedado claro que se necesita un nuevo marco legal, es preciso preguntarse si se requiere que dicha reforma incluya la Constitución Política.

Como ya hemos dicho, una lectura de las normas constitucionales pertinentes nos lleva a la conclusión que paradójicamente el modelo constitucional busca garantizar la inversión manteniendo al estado lejos del inversionista. Así, el artículo 58° dice que:

“La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos en infraestructura”

Incluso, cuando la Constitución en su artículo 73° establece que los bienes de uso público pueden ser materia de concesión²⁶, inmediatamente se apresura a derivar su tratamiento a la ley.

A continuación, como es ya bien sabido, la Constitución se preocupa por establecer y garantizar la Libertad de Empresa, la Propiedad, la Libertad de Contratación, la Libre Tenencia de Moneda Extranjera, etc.

De lo anterior se puede concluir que nuestro marco constitucional si bien establece la posibilidad que privados exploten obras de infraestructura (bienes de uso público en el lenguaje de la Constitución) no consagra este nuevo rol del estado promotor del desarrollo de infraestructura ni mucho menos regula los complejos efectos que de él se generan²⁷.

Sin perjuicio de lo anterior no puede dejarse de mencionar la importancia que sí ha tenido en la atracción de la inversión privada en general y en infraestructura en particular, el artículo 62° de la Constitución que establece la invariabilidad de las estipulaciones contractuales pactadas²⁸ y el artículo 63° que permite que el estado se someta a arbitraje nacional o internacional²⁹.

²⁵ “Cada caso de participación privada en infraestructura pública se hace de conformidad con un arreglo contractual particular que puede estar constituido por uno o más cuerpos legales, como las leyes sobre concesiones, sobre privatizaciones o de fomento a la inversión privada; las bases de licitación y sus circulares aclaratorias; los reglamentos, acuerdos de estabilidad jurídica y tributaria, decretos de adjudicación y contratos celebrados ex profeso. Dichos arreglos contractuales se enmarcan en un contexto económico e institucional más amplio, compuesto por las leyes y regulaciones, las instituciones encargadas de su diseño, ejecución y cumplimiento, el modelo económico que se aplique y el grado de respeto a los derechos de propiedad que exista en el país. A lo anterior se le conoce en la literatura especializada como el “acervo institucional” de un país (Spiller y Levy, 1994)”

En: CHONG. op. cit., p. 1.

²⁶ Artículo 73°.- Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.

²⁷ Resulta ilustrativo que los Gobiernos Regionales y Locales tengan a través de los artículos 192, 193 y 195 un marco constitucional más detallado en cuanto se refiere a inversión privada en infraestructura pública.

²⁸ “Artículo 62°.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

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.”

²⁹ “Artículo 63°.- El estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.”

Se requiere pues ampliar el marco legal a nivel constitucional para reflejar la nueva función promotora del estado incluyendo las garantías mínimas que esperaría razonablemente un inversionista privado en infraestructura, como son:

- *La clara identificación de las facultades según las cuales la autoridad competente otorga la concesión de un servicio público.*

Esto es que la Constitución debe contener normas que permitan establecer claramente las distintas atribuciones y facultades para otorgar concesiones con las que cuentan las distintas instancias del gobierno nacional, gobiernos regionales y locales en al menos las áreas donde la inversión privada es más necesaria.

- *El respeto al derecho de propiedad del concesionario tanto respecto de los bienes que le podrían ser transferidos como respecto de la titularidad de los derechos que le son otorgados mediante el contrato de concesión.*

Como bien lo afirman ORDOVER y URIBE la participación privada en el desarrollo de infraestructura genera nuevos derechos de propiedad que deben ser adecuadamente garantizados por el estado y que el día de hoy no están constitucionalmente reconocidos.³⁰

- *Aislamiento de los inversionistas del riesgo político*

Aunque imposible de eliminar, la Constitución de un país puede ser un excelente mitigador del riesgo político.

En el informe ya mencionado, FitchRatings señala que el sistema de compensaciones al inversionista privado por riesgo político aún está en desarrollo³¹.

Este tipo de medidas son muy importantes, no solo porque se trata de un aspecto que es profundamente analizado por los inversionistas, sino por que además es un riesgo que no depende en absoluto del particular y por lo tanto le es muy difícil administrar.

Por otro lado, el estado como parte contractual tampoco se siente ávido a implementar este tipo de mecanismos. De partida, el solo reconocimiento de este riesgo es políticamente incorrecto. Pocos funcionarios se sentirán atraídos a reconocer expresamente que su país es políticamente inestable o riesgoso.

Por lo tanto, todo intento por establecer un mecanismo de mitigación de este riesgo tan importante debe tener el mayor respaldo legal posible, y ése es el de estar incluido dentro del marco constitucional del país receptor de la inversión.

d) El marco legal.

Como ya hemos señalado al momento de describir el régimen legal peruano en lo

³⁰ "Because privatization of infrastructure assets creates a novel set of property rights, and with it a new set of risks for those who own or operate the property, the government must provide legal assurances that it will not act opportunistically."

En: ORDOVER. op. cit., p. 15.

³¹ "For the private partners, the range of compensation mechanisms for political risk is still developing. Public sector partners can and will change their minds, thereby affecting the projects' operating environment. Compensation is usually expressed as extraordinary rate relief or as an extension of the term of the concession, provisions are increasingly present that provide compensation based on some measure of the net present value of revenues over the remaining life of the concession but for no less than the amount of debt outstanding."

En: Fitch Ratings. op. cit., p. 4.

que a participación privada en infraestructura se refiere, concluimos que se trataba de una legislación asistemática, dispersa y poco integrada. Igualmente en un estudio realizado por el IMF³² en el año 2005 se consideró como poco estricto (lax) a la legislación peruana respecto a APPs.

Aunque se trata de un aspecto formal más que de fondo, no debemos minimizar el efecto de un régimen legal integrado. En muchos estudios se ha considerado a Chile como un país que está a la vanguardia en el desarrollo de infraestructura (y de hecho es el parámetro de comparación para el cálculo de la “brecha de infraestructura”), y lo cierto es que Chile cuenta con una ley integral de concesiones.

UNCITRAL³³ ha identificado 3 principios que debería guiar toda legislación referida a la inversión privada en proyectos de infraestructura, éstos son transparencia, equidad y sostenibilidad de largo plazo³⁴.

Al hablar de transparencia (transparency) UNCITRAL se está refiriendo a las normas legales y a los procedimientos administrativos. Transparencia, se señala, favorece la predictibilidad, genera confianza y minimiza el riesgo de decisiones arbitrarias por parte de los funcionarios públicos.

Cabe señalar que el concepto de predictibilidad es extremadamente importante pues sin él no es posible

entender adecuadamente el principio de riesgo empresarial. Nos explicamos, a todo inversionista debe exigírsele que asuma los riesgos propios de la empresa o proyecto que desea desarrollar, pero el inversionista debe arriesgar en base a reglas claras y previsible. Solo así se puede evaluar adecuadamente la rentabilidad esperada por el negocio³⁵.

En la misma línea de pensamiento, en un documento emitido por la Internacional Finance Corporation³⁶ se menciona como componentes de la transparencia los siguientes:

- Claridad, en las reglas de otorgamiento y operación de las concesiones.

- Predictibilidad en la forma como el estado cumplirá sus obligaciones del contrato; y

- Competitividad, de tal forma que el contrato pueda ser objeto de escrutinio público a lo largo de su existencia.

En lo que respecta al segundo elemento mencionado por UNCITRAL: equidad (fairness), éste se refiere a un adecuado balance entre los intereses del gobierno, los concesionarios y el público usuario. Nosotros podríamos agregar que se trata de un adecuado equilibrio entre el interés público detrás del proyecto, el derecho del usuario a un servicio de calidad

³² Internacional Monetary Fund. Public Investment and Fiscal Policy – summary of the Pilot Country Studies. IMF, 2005.p. 47

³³ United Nations Commission for Investment and Trade Law.

³⁴ UNCITRAL. Legislative Guide on Privately Finance Infrastructure Projects. United Nations. New Work, 2001.

³⁵ En un supuesto ideal, cada uno de los riesgos del proyecto que no puedan ser mitigados, deben ser adecuadamente incorporados a la retribución que espera el inversionista. A mayor riesgo mayor rentabilidad. Es más, en aquellos casos en que el marco legal impone per se riesgos adicionales, como es el caso de primeras concesiones o primeros proyectos desde un esquema novedoso, debe reconocérsele al inversionista una prima adicional por el riesgo de ser el primero.

³⁶ IFC. Lessons of Experience 4. Financing Private Infrastructure. IFC and World Bank. Washington DC. 1996.p.48

y el derecho del concesionario a obtener una rentabilidad razonable por su inversión y los riesgos asumidos. En resumen, un adecuado balance entre las distintas “personalidades” del estado.

Por otro lado, cuando se menciona sostenibilidad de largo plazo (long-term sustainability), se habla tanto de la sostenibilidad económica, financiera, operativa y ambiental del proyecto como de un adecuado balance entre la provisión del servicio en monopolio y el fomento de la competencia. En otras palabras, deben existir condiciones de largo plazo para que el servicio sea prestado con calidad y sin que ninguna de las partes vea afectado sus intereses en el proyecto.

A todo lo anterior, deberemos de agregar el principio de flexibilidad. Al momento de firmarse el contrato, los intereses de todas las partes (estado, inversionista, consumidores, financistas) confluyen. Siendo por naturaleza contratos de largo plazo, el esquema legal debe garantizar que existan las condiciones para que dicha convergencia se mantenga a lo largo del contrato y no sea lanzada por la borda en la primera disputa originada por un cambio de circunstancias que previsto o no en el contrato no debería sorprender a nadie.

Por otro lado, además de establecer los antes mencionados principios, una ley que regule la inversión privada en infraestructura debería de establecer igualmente:

La determinación clara de cada una de las “personalidades” del estado y la naturaleza del derecho que recibe el inversionista.

Al inversionista debe reconocérsele en primer lugar como contraparte del estado en el contrato de concesión, determinándose

claramente los derechos y obligaciones que el estado concedente puede ejercer.

También debe de expresarse el carácter particular del contrato y del derecho que el inversionista recibe. Y por ende, deben de establecerse con claridad las facultades que el estado desplegará como estado-promotor y estado-regulador, para que le inversionista pueda identificar la instancia con la que interactúa y cómo debe proceder en cada caso.

- Los principios y reglas de la actuación administrativa:

Que a su vez puede dividirse en:

- Las reglas que regirán las relaciones internas entre las diferentes “personalidades” del estado: ente promotor, ente concedente y ente regulador.; y
- El reconocimiento que la evaluación y control de los funcionarios públicos que intervengan en todas las etapas del proyecto deben hacerse respecto del cumplimiento de objetivos del proyecto. Así se evitan comportamiento ineficientes por parte de de funcionarios públicos motivados por aspectos coyunturales.

- Los principios de una actividad regulatoria específica para el desarrollo de infraestructura.

Si bien en el Perú existen múltiples normas que establecen el marco regulatorio de la inversión privada, debemos mencionar que en mucho dichas normas están establecidas para infraestructura auto-sostenible. La promoción de concesiones cofinanciadas, donde por ejemplo la tarifa a cobrarse por el servicio puede tener poca importancia, requiere de principios específicos, para evitar contaminación de

regímenes legales cercanos pero diferentes como por ejemplo el marco legal de ejecución de obras públicas.

- Reglas claras sobre los casos en los cuales las concesiones pueden ser anuladas o canceladas.

Es imprescindible no dejar tan importante tema a la negociación individual de cada contrato de concesión en particular.

VII. CONCLUSIÓN

La brecha de infraestructura es grande y no podrá ser cerrada utilizando únicamente el esquema clásico de inversión pública. Cabe anotar que el problema del déficit es mucho más intenso en aquellos casos en los cuales la rentabilidad económica es baja pero la rentabilidad social alta.

Actualmente, la experiencia internacional demuestra la viabilidad de esquemas de participación privada en infraestructura a través de asociaciones público-privadas destinadas principalmente a atender aquellos proyectos que sin apoyo adicional del Estado no serían posibles. En el Perú, como en otras partes del mundo, estos modelos se han viabilizado a través de la figura de la concesión.

Dentro de este contexto, las APPs permiten compartir las eficiencias generadas por la intervención de empresas especializadas en el diseño, construcción, financiamiento y operación de la infraestructura sin que el estado deba financiar íntegramente la inversión.

Sin embargo, las APPs implican que luego de suscrito el contrato respectivo, el estado mantendrá una “doble personalidad”, como parte contractual (estado-concedente) y como ente administrativo (estado-regulador). Esta situación híbrida genera una serie de distorsiones y problemas en la aplicación y ejecución del contrato. De la misma forma, a lo largo del período de explotación de la infraestructura se mantiene latente el riesgo que el estado, con el pretexto del interés público, ejerza su posición de prevalencia en perjuicio del inversionista.

Todo lo anterior es de conocimiento del particular y por lo tanto lo incentiva a buscar países en donde los marcos legales le otorguen la protección y predictibilidad requeridas. Por lo tanto, un marco legal eficiente es un elemento clave para el desarrollo de la infraestructura pública.

El Perú ha dado ya algunos pasos en el desarrollo de este marco y en la regulación de estos nuevos mecanismos de inversión privada, e incluso prevé la figura de la Concesión Cofinanciada. Sin embargo, el régimen legal peruano está aún lejos de ser el más apropiado pues no protege adecuadamente los derechos del inversionista en tan especial mecanismo de inversión. Tanto a nivel constitucional como legal se requiere que las reglas aplicables reflejen la naturaleza de la asociación público-privada y de los derechos que se asignan al inversionista en los correspondientes contratos de concesión.