

El Diseño Legal de las Concesiones Cofinanciadas en el Perú¹

Laura Zúñiga^{2 3}

SUMARIO

1. Introducción. 2. Sobre las concesiones cofinanciadas y su diseño legal. 3. Sobre las modalidades de cofinanciamiento. 4. Sobre la bancabilidad de las concesiones cofinanciadas.

PALABRAS CLAVE

Concesiones cofinanciadas, garantías financieras y no financieras, bancabilidad.

KEYWORDS

Confinancing public private partnerships, financing and no financing guarantees, bancability.

RESUMEN

Se analizan las principales características de los cofinanciamientos otorgados bajo los contratos de asociación público privada. Para tales efectos se muestra un análisis legal previsto para el diseño de las concesiones cofinanciadas.

ABSTRACT

This paper tries to analyze the main features of cofinancing public private partnerships. For this purpose, a legal review is included in this essay.

1. Introducción

A la fecha se han entregado en concesión o bajo el régimen de APP más de cien proyectos de infraestructura⁴ de los cuales más del 50% son autosostenibles. La entrega en concesión de un proyecto cofinanciado demora entre 36 y 48 meses⁵, aproximadamente,

¹ La autora del texto es la única responsable de lo que aquí se señala, y manifiesta expresamente que el contenido o afirmaciones vertidas en el presente: (i) son exclusivamente una opinión personal, doctrinaria, legal y académica, (ii) no constituyeron consejo legal autorizado profesional y (iii) no comprometen ni adelantan opinión legal de la firma legal para la cual presta sus servicios profesionales.

² Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociada del estudio Rodrigo Elías & Medrano.

³ Abreviaturas:

- **ProInversión**: Agencia de Promoción de la Inversión Privada
- **Ley de APP**: Decreto Legislativo N° 1012
- **PIP**: Proyectos de Inversión Pública
- **SNIP**: Sistema Nacional de Inversión Pública
- **MEF**: Ministerio de Economía y Finanzas
- **APP**: Asociación público-privada

⁴ Información obtenida de la página web de PROINVERSIÓN.

⁵ Los plazos señalados incluyen el diseño del proyecto hasta su entrega al sector privado. Los plazos pueden variar considerando la complejidad del proyecto.

mientras que un proyecto autosostenible, entre 18 y 24 meses aproximadamente⁶. Por su parte, el cierre financiero⁷ de un proyecto cofinanciado demora entre 18 y 26 meses aproximadamente,⁸ mientras que un proyecto autosostenible 12 y 18 meses⁹ (si contamos el plazo desde el cierre de la concesión¹⁰).

Si hoy revisamos la página web de PROINVERSIÓN podremos encontrar que para el año 2015 existen en cartera 20 proyectos de infraestructura¹¹. Sin perjuicio de ello, existen pendientes de diseño y convocatoria más de 15 proyectos cofinanciados del sector salud y educación¹².

A partir de lo anterior, aunque resulte evidente, podemos concluir lo siguiente:

- (i) El proceso de entrega en concesión de un proyecto cofinanciado demora considerablemente más que un proyecto autosostenible.
- (ii) Los proyectos cofinanciados tardan más en conseguir financiamiento para su ejecución.
- (iii) Los proyectos que tenemos pendientes son cofinanciados y, mayoritariamente, cubren temas sociales salud y educación que marcan el desarrollo del país.
- (iv) Es decir que, actualmente, las mayores demandas de infraestructura se satisfacen con proyectos cofinanciados.

Si quisiéramos analizar los plazos señalados en términos de periodos gubernamentales, podríamos sostener que un proyecto cofinanciado, como una carretera cofinanciada, tarda en operar dos periodos gubernamentales, aproximadamente. Es decir que serán dos presidentes (si es que la voluntad política y la continuidad laboral lo permiten) los que implementarán una carretera. En pocas palabras, los proyectos cofinanciados representan un verdadero reto para el país. Trabajar en su pronta entrega al sector privado y su operación, podrá satisfacer las necesidades más críticas de la población y nos colocará en el camino de una sociedad desarrollada.

Dada la importancia de la implementación de los proyectos cofinanciados en el Perú, consideramos indispensable reducir los plazos previstos para su entrega al sector privado y su operación; para ello, resulta necesario entender el porqué de su dilatada

⁶ Los plazos señalados incluyen el diseño del proyecto hasta su entrega al sector privado. Los plazos pueden variar considerando la complejidad del proyecto.

⁷ Usualmente se entiende por cierre financiero a la fecha en la cual la sociedad operadora o la concesionaria deberá contar con el compromiso de financiamiento firme, es decir, cuando ha suscrito contratos de financiamiento con las entidades correspondientes.

⁸ Plazo contado desde la fecha de suscripción del contrato de concesión hasta la fecha de suscripción de los contratos de financiamiento.

⁹ Plazo contado desde la fecha de suscripción del contrato de concesión hasta la fecha de suscripción de los contratos de financiamiento.

¹⁰ Usualmente se entiende por cierre de la concesión a la fecha en la cual se programa la suscripción del contrato de concesión (o de asociación público privada) luego que se hubieran cumplido las condiciones mínimas señaladas en el contrato correspondiente.

¹¹ Ver: www.proinversion.gob.pe. Proyectos originados por iniciativa pública y para ser convocados durante el año 2015.

¹² Ver: www.proinversion.gob.pe. Proyectos originados por iniciativa pública.

implementación y difícil bancabilidad. En nuestra opinión las causas se encuentran en la falta de claridad sobre el diseño mismo de la concesión cofinanciada y la ejecución de las garantías que típicamente otorga el Estado para respaldar los compromisos de cofinanciamiento.

El presente artículo intenta comprobar las conclusiones anteriormente señaladas a partir de un análisis descriptivo de la legislación vigente aplicable de las concesiones cofinanciadas.

2. Sobre las concesiones cofinanciadas y su diseño legal

Se denominan concesiones cofinanciadas aquellas que requieren que el Estado realice aportes que permitan cubrir parcialmente los costos de construcción, operación y/o mantenimiento. Ello, toda vez que el proyecto, por sí solo, no resulta completamente rentable como para justificar la inversión privada al 100%.

Es decir, que el sector privado no tendría ningún incentivo para ejecutar el proyecto de estas características, dado que la operación de este no asegurará un retorno suficiente que le permita, al menos, la recuperación de la inversión. Entre las principales concesiones cofinanciadas otorgadas en los últimos años, podemos citar a las siguientes:

Proyecto	Objeto	Valor Total (USD/MM)	Cofinanciamiento (USD/MM)
Proyecto de Irrigación Chavimochic	Derivación de parte del caudal del río Santa para incorporar tierras nuevas a la actividad agrícola y mejorar el riego en los valles e intervalles de Chao, Virú, Moche y Chicama.	715	373 Es destinado a cubrir las obras nuevas de la primera fase del proyecto. Está constituido por (i) el aporte del Gobierno Regional equivalente a USD 70'000,000.00 y (ii) el aporte reembolsable del Gobierno Nacional por el saldo que resulte necesario para completar el cofinanciamiento ofertado por el adjudicatario de la buena pro.
Carretera Longitudinal de la Sierra Tramo 2	Carretera de una longitud aproximada de 875 km, en los cuales se ejecutarán una serie de intervenciones, de acuerdo a lo especificado en los documentos del concurso que involucra los departamentos de Cajamarca, Trujillo y la Libertad.	552	El Concedente (Ministerio de Transportes y Comunicaciones) se ha comprometido a cofinanciar: Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO) Pago Anual por Mantenimiento Periódico Inicial (PAMPI) Pago por Rehabilitación y Mejoramiento (PRM)

Proyecto	Objeto	Valor Total (USD/MM)	Cofinanciamiento (USD/MM)
			Aun no se ha definido el monto del cofinanciamiento y no se ha establecido la necesidad de una garantía soberana.
Aeropuerto Internacional de Chinchero.	Consiste en la construcción y operación del nuevo aeropuerto internacional, el cual se ubicará en la región Cusco, en la provincia de Urubamba, distrito de Chinchero.	659	Es la suma de 267 a entregar por el Pago por Avance de Obra.

Pero, ¿cómo se diseña una concesión cofinanciada en nuestro país?, ¿qué entidades participan?, y ¿cuáles son los criterios para su priorización? El Decreto Legislativo N° 1012¹³ o Ley de APP ha establecido los pasos que deberán seguirse para la incorporación de una concesión cofinanciada al Régimen de Promoción de la Inversión Privada.

Sobre el particular, la citada norma ha dispuesto que las Asociaciones Público Privadas cofinanciadas, podrán desarrollarse sobre la base de uno o más PIP declarados viables en el marco del SNIP, requieren la intervención y opinión del MEF, así con de la entidad promotora de la inversión. A continuación, describimos brevemente cada uno de los pasos para el diseño de la APP cofinanciada.

(i) Intervención del SNIP

El SNIP es el sistema administrativo del Estado que, a través de un conjunto de principios, métodos, procedimientos y normas técnicas, certifica la calidad de los PIP. Con ello se busca que el desarrollo del PIP sea eficiente y sostenible económica y socialmente. Por esta razón, el SNIP involucra una red compleja de funcionarios públicos que investigan y/o validan las decisiones de inversión que adoptan las distintas autoridades competentes.

De acuerdo con las disposiciones que rigen el SNIP, todo PIP deberá pasar por las siguientes etapas:

- Fase de Preinversión que comprende la elaboración del perfil, del estudio de prefactibilidad y del estudio de factibilidad. La elaboración del perfil es obligatoria. Los estudios de prefactibilidad y factibilidad pueden no ser requeridos dependiendo de las características y montos de inversión requeridos del proyecto. Esta fase culmina con la declaración de viabilidad otorgada por el órgano competente, siempre que el proyecto cumpla con los requisitos técnicos y legales. Los estudios de perfil, prefactibilidad y factibilidad no son más que análisis de beneficios sociales y económicos de la ejecución del proyecto confrontados con las necesidades insatisfechas de la población. Cada estudio refleja un análisis mayor de los aspectos anteriormente señalados.

¹³ Debe considerarse que este Decreto Legislativo estará vigente hasta la fecha de publicación del Reglamento del Decreto Legislativo 1224, Decreto Legislativo Marco de la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y en Proyectos en Activos.

- Declaración de viabilidad es un requisito previo a la fase de inversión. Sólo puede ser declarada expresamente por el órgano de la entidad pública que posee tal facultad. Esta declaración de viabilidad se aplica a los PIP que, a través de sus estudios de preinversión, ha evidenciado ser socialmente rentable, sostenible y compatible con los Lineamientos de Política. En ese sentido, la declaración de viabilidad de un proyecto solamente podrá otorgarse, si éste cumple con los requisitos técnicos y legales establecidos por la normatividad del SNIP.

Dicha declaración, obliga a la Unidad Ejecutora a ceñirse a los parámetros bajo los cuales fue otorgada la viabilidad, para disponer y/o elaborar los estudios definitivos y para la ejecución del Proyecto de Inversión Pública, bajo responsabilidad de la autoridad que apruebe dichos estudios y del responsable de la Unidad Ejecutora.

- Fase de Inversión que comprende la elaboración del estudio definitivo o expediente técnico y la ejecución del PIP.
- Fase de Seguimiento que consiste en el monitoreo físico y financiero del PIP de cargo del MEF.
- Fase de evaluación ex post que comprende la evaluación y verificación de la operatividad de los proyectos.

En el caso de los proyectos que serán incorporados al Régimen de Promoción de la Inversión Privada, se realizará el SNIP hasta la fase que comprende la declaración de viabilidad. A partir de dicha fase, se enviará al órgano promotor de la inversión privada correspondiente la solicitud a la que refiere el numeral (ii) siguiente.

(ii) Solicitud de incorporación al Régimen de Promoción de la Inversión Privada e inicio de la promoción de la inversión privada

Para la incorporación de proyectos de APP al proceso de promoción de la inversión privada, la entidad elaborará y remitirá al organismo promotor de la inversión privada correspondiente, un Informe de Evaluación en el cual se indiquen y sustenten los aspectos relevantes del proyecto¹⁴.

¹⁴ El Informe de Evaluación tendrá el siguiente contenido mínimo:

Nombre, descripción y objetivo del proyecto.

- Importancia y consistencia con las prioridades locales, regionales o nacionales, según corresponda.
- Clasificación como proyecto cofinanciado.
- Diagnóstico sobre la provisión actual de la infraestructura pública o servicio público, identificando las características de la demanda y la oferta existente en términos de cobertura y calidad.
- Descripción preliminar del nivel de servicio a alcanzar.
- Inversiones y costos de operación y mantenimiento estimados.
- Tarifas.
- Evaluación económica financiera preliminar como Asociación Público Privada. Identificación y asignación preliminar de riesgos.
- Estimación preliminar de las garantías financieras o no financieras que podrían ser requeridas y la capacidad de la entidad para asumir dichos compromisos.
- Declaración de viabilidad de acuerdo con las normas del Sistema Nacional de Inversión Pública.
- La evaluación del Análisis Comparativo
- Capacidad presupuestal certificada por la entidad, de acuerdo con las normas del Sistema Nacional de Presupuesto

La incorporación del proyecto al Régimen de Promoción de la Inversión Privada requerirá de la opinión previa del MEF y la posterior emisión de una Resolución Suprema (para el caso de los proyectos de alcance nacional) o de un Acuerdo de Consejo Regional o Local (para el caso de los proyectos de competencia Regional o Local).

Una vez incorporado, la entidad promotora de la inversión será la encargada de la promoción del proyecto, ya sea mediante licitación o concurso público internacional conforme a las normas vigentes.

(iii) **Diseño del Contrato de APP**

En el marco del proceso de promoción, se diseñará el Contrato de APP correspondiente el cual deberá contemplar la opinión previa de las siguientes entidades:

- El regulador, respecto de aquellos aspectos de su exclusiva competencia;
- El MEF, cuya opinión deberá limitarse a lo siguiente:
 - Pronunciamiento, desde el punto de vista de la responsabilidad fiscal y de la capacidad presupuestal.
 - Pronunciamiento sobre el monto de cofinanciamiento máximo a ser otorgado en el contrato de APP que haya sido aprobado por el organismo promotor de la inversión privada correspondiente. Los contratos que no cuenten con la opinión favorable del MEF, serán nulos de pleno derecho¹⁵.
- La Contraloría General de la República, cuyo informe previo solo podrá referirse a aquellos aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado, de conformidad con el inciso l) del artículo 22° de la Ley N° 27785. Dicho Informe Previo no es vinculante, sin perjuicio del control posterior.

3. Sobre las modalidades de cofinanciamiento

Una vez determinada la estructura interna del Estado al momento de diseñar una concesión cofinanciada, conviene establecer la modalidad de dicho cofinanciamiento.

Actualmente, existen parámetros legales que establecen las modalidades de cofinanciamiento aceptadas. Así, conforme al artículo 4° de la Ley de APP, estamos ante una APP cofinanciada cuando el Estado otorga: (i) cofinanciamiento al proyecto; o (ii) garantías financieras; o garantías no financieras que tengan una probabilidad significativa de demandar el uso de recursos públicos.

3.1. Compromisos firmes - cofinanciamiento

En este punto, conviene señalar que, el cofinanciamiento –diferenciándolo del otorgamiento de garantías- implica la asunción de compromisos firmes o contingentes por parte del Estado frente al concesionario. Las obligaciones firmes son definidas por el artículo 11.1° de la Ley de APP como:

¹⁵ Al respecto, considerar que conforme al Decreto de Urgencia 006-2015, las adendas a los contratos de asociación público privada que no hayan contado con la opinión previa favorable del MEF podrán requerir dicha opinión a efectos de evitar su declaración de nulidad.

Son las obligaciones a cargo del Estado de **pagar al privado una contraprestación por la realización de los actos previstos en el contrato de APP**, 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. Se considera como compromisos firmes el pago de:

- a) **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.
- b) **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 claro de los compromisos firmes asumidos por el Estado son el CRPAO o el PAMO, ambos utilizados en el diseño de proyectos de carreteras como las IIRSA por ejemplo, o en el diseño del proyecto de Aeropuertos del Perú. En ambos casos, el CRPAO se encuentra representado en un certificado anexo al contrato de concesión y será entregado al concesionario una vez que acredite (previa evaluación satisfactoria del regulador) el cumplimiento de las características y compromisos establecidos para la construcción u operación de la obra, durante el periodo de evaluación correspondiente.

3.1.1. Naturaleza

Para entender la naturaleza de los compromisos firmes que constituyen el cofinanciamiento resulta oportuno revisar las definiciones de los CRPAO, o PAO o PAMO que encontramos en los contratos de concesión. Estas definiciones son, más o menos, homogéneas en dichos contratos. Para efectos prácticos utilizaremos las definiciones del Contrato de Concesión de Aeropuertos del Perú¹⁶.

Para dicho proyecto se define CRPAO como “cada uno de los Certificados de Reconocimientos de Derechos del PAO a ser emitidos por el Concedente, con el motivo de la **expedición de un CAO**, que certifica y acredita la obligación, **directa, general, incondicional e irrevocable del Concedente** de pagar el monto establecido en dicho **certificado por concepto de los términos y condiciones establecidas en los mismos**”. (Énfasis agregado).

En concordancia con esa disposición, típicamente se denominan como CAO “el certificado de avance de obra emitido por OSITRAN a solicitud del Concesionario y que requiere ser certificado por el Concedente. Mediante el CAO, Ositran otorga su conformidad respecto del hito ejecutado por el Concesionario y el Concedente a través de su certificación acepta y reconoce el monto que deberá cancelar por el avance de obra”.

En esa misma línea se define como PAO al pago por obras. El PAO es “un pago trimestral en Dólares o Nuevos Soles que el Concedente realizará al Concesionario por la construcción de infraestructura, adquisición de equipamiento y mantenimiento periódico”.

¹⁶ Esta información es pública y se encuentra disponible en la página web de OSITRAN.

Por lo expuesto podemos inferir que, los CRPAO pueden ser analizados desde 3 perspectivas: (i) pública, (ii) civil y (iii) financiera.

(i) **Perspectiva Pública**

No podemos negar la dimensión pública de un compromiso firme de cofinanciamiento, como los CRPAO, toda vez que son emitidos por una entidad pública. De ahí que estos certificados o compromisos, se encontrarán sujetos a los límites y procedimientos establecidos en la ley.

Al respecto, el artículo 13° de la Ley de APP, señala que tales compromisos se encuentran sujetos a un límite, conforme al cual el stock acumulado por los compromisos firmes y contingentes cuantificables, netos de ingresos, asumidos por el Sector Público No Financiero en los contratos de APP calculado a valor presente, no podrá exceder de 12% del Producto Bruto Interno.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 76° del Texto Único Ordenado de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, aprobado mediante Decreto Supremo N° 304-2012-EF establece lo siguiente:

Artículo 76°.- Restricciones en recursos del PAS, PAO y PAMO

No se pueden efectuar anulaciones presupuestarias con cargo a los recursos asignados para el cumplimiento del Pago Anual por Servicio (PAS), Pago Anual por Obra (PAO) y Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO), comprometidos en los procesos de concesiones y Asociaciones Público Privadas (APP), salvo en el caso de incumplimiento del contrato o que las proyecciones al cierre del año fiscal muestren saldos presupuestales de libre disponibilidad, en cuyo caso, previa opinión favorable de la Oficina de Presupuesto y Planificación de la entidad o la que haga sus veces, se puede habilitar recursos sólo para atender otras obligaciones establecidas en los Contratos de Concesión y de Asociación Público Privadas.

Como se evidencia en la disposición anteriormente citada, los compromisos de cofinanciamiento otorgados por el Estado no pueden ser revocados, salvo por excepciones previamente establecidas en la ley, con lo cual se busca reducir el margen de arbitrariedad de la administración pública y otorgar seguridad jurídica al privado contratante.

(ii) **Perspectiva Civil**

Desde el punto de vista civil patrimonial, el cofinanciamiento representa una obligación de dar suma de dinero, donde el acreedor es el concesionario y el Estado es el deudor. Así, el Estado será responsable de los pagos futuros periódicos al concesionario, esto le permitiría al concesionario la recuperación de la inversión en obras.

Por ello, en nuestra opinión, ante un supuesto de incumplimiento contractual relacionado con el pago del cofinanciamiento, son de aplicación las disposiciones de inejecución de obligaciones del Código Civil. Lo anterior, sin perjuicio de las limitaciones presupuestales establecidas en las normas administrativas aplicables.

No obstante, resulta necesario considerar las características particulares contractualmente establecidas de cada cofinanciamiento. A manera de ejemplo, el cofinanciamiento para las IIRSA contempla que los CRPAO:

- Son *pari passu*, es decir son de igual rango que las demás obligaciones contenidas en otros CRPAO de cualquier condición.
- Cuentan con garantías no financieras que aseguran su derecho de cobro y cuyos alcances detallaremos más adelante.
- Son de libre transferibilidad, ya que el concedente otorga la irrevocabilidad en la transferencia del CRPAO o de cualquier derecho titular, en forma total o parcial, por un tercero, siempre y cuando dicho tercero transferente, no evite los alcances del acuerdo establecido.
- Se prevalece la integridad del instrumento. En tal sentido, nada de lo estipulado en el contrato de concesión, afectará el cumplimiento de cualquier obligación derechos estipulados en el CRPAO. En caso de conflicto entre el CRPAO y el contrato de concesión, deberá primar lo establecido en el CRPAO.
- El Concedente no modificará ni consentirá modificación alguna al contrato de concesión que afecte los derechos de los titulares bajo el CRPAO.
- Respecto a la ley aplicable y arbitraje, serán de aplicación las leyes de la República del Perú y en caso de controversia será de aplicación la cláusula arbitral prevista en el contrato de concesión del proyecto.

Lo dicho hasta el momento, nos permite concluir que existe un estatuto contractual y legal (público y privado) el cual rige los cofinanciamientos estatales. En virtud a este estatuto, deberemos prever la exigibilidad de dicho cofinanciamiento. Sin embargo, los fondos que constituyen el cofinanciamiento no solo tienen utilidad en casos de incumplimientos, sino que, como ya habíamos adelantado, viabilizan los proyectos, como demuestra la perspectiva financiera descrita a continuación.

(iii) Perspectiva Financiera

Desde el punto de vista financiero, los certificados que representan cofinanciamiento estatal, ya sea representado en CRPAO o PAMO, pueden tener tratamiento de instrumentos financieros. Estos instrumentos representan una promesa de pago por parte del Estado peruano, en su condición de concedente, frente a la sociedad concesionaria que es la ejecutora de un proyecto de infraestructura cofinanciado otorgado bajo el esquema de APP.

Al respecto, nótese que los instrumentos financieros¹⁷ son contratos que dan origen a un activo financiero en una empresa y un pasivo financiero o instrumento de patrimonio en otra. En esa línea, se entiende que el activo financiero es un título por el que el comprador del título adquiere el derecho a recibir un ingreso futuro de parte del vendedor.

¹⁷ Definición que se ajusta de acuerdo a las NIIF.

En ese escenario, estos instrumentos que se pagan en un plazo determinado (al finalizar cada etapa de la construcción o durante toda la operación, según sea el caso), pueden respaldar el otorgamiento de fondos líquidos que se requieren con prioridad para la ejecución del proyecto.

Por ejemplo, dada su condición de instrumentos financieros, los CRPAO pueden ser materia de transferencia a favor de terceros y, consiguientemente, de titulización. Este tipo de operaciones ha permitido facilitar el financiamiento de los proyectos. Así, típicamente, los financiadores requieren la constitución de patrimonios autónomos, conformados con las promesas de pago futuras del Estado. Estas promesas futuras de pago son las que respaldarán los bonos a emitir por el patrimonio fideicometido y que permitirán al concesionario disponer, inmediatamente, de flujos.

3.2. Compromisos contingentes - Garantías Financieras o No Financieras

Otra modalidad de cofinanciamiento es la entrega de compromisos contingentes. Sobre el particular, el artículo 11.2° de la Ley de APP establece que:

11.2 Compromisos contingentes: Son las potenciales obligaciones de pago a cargo del Estado a favor del privado, correspondientes a las garantías que el primero haya otorgado a fin de mejorar el perfil de riesgo del proyecto e incentivar la participación privada. Para fines de registro se tomará en cuenta sólo los compromisos contingentes cuantificables.

Las garantías financieras o no financieras son tipos de compromisos contingentes, pues facilitarían, entre otros, la gestión y obtención de financiamiento. El artículo 10° de la Ley de APP dispone que las garantías en el esquema de APP (y por tanto, de una concesión) se clasifican en:

- a) 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.
- b) Garantías No Financieras: son aquellos aseguramientos estipulados en el contrato que se derivan de riesgos propios de un proyecto de APP.

Sin embargo, no toda garantía financiera o no financiera constituye una modalidad de cofinanciamiento. Para ello, dichas garantías deben tener probabilidad de ejecución significativa. Sobre el particular, el artículo 5.2° de la Ley de APP ha señalado que, la probabilidad de ejecución significativa está presente cuando se excedan los límites señalados en el numeral 5.1. el cual, a propósito de las concesiones autosostenibles, dispone lo siguiente:

5.1 En el caso de las Asociaciones Público Privadas autosostenibles a que se refiere el literal a) del artículo 4 de la Ley, se considerará lo siguiente:

- a) Las garantías financieras a que se refiere el numeral i) del literal a) del artículo 4 de la Ley serán consideradas como mínimas si no superan el cinco por ciento (5%) del Costo Total de Inversión.

- b) Las garantías no financieras a que se refiere el numeral ii) del literal a) del artículo 4 de la Ley tendrán probabilidad mínima o nula cuando la probabilidad del uso de recursos públicos no sea mayor al diez por ciento (10%) para cada uno de los primeros cinco (05) años de vigencia de la cobertura de la garantía prevista en el contrato. Los lineamientos para los cálculos requeridos serán aprobados mediante resolución ministerial del Ministerio de Economía y Finanzas.

Para terminar de comprender los límites de las garantías financieras y no financieras, es necesario determinar los alcances de los conceptos: (i) Costo Total de Inversión y (ii) Recursos Públicos.

El Costo Total de Inversión es el valor presente de los flujos de inversión, estimados en la identificación del proyecto o en el último estudio de preinversión, según corresponda y no incluye los costos de operación y mantenimiento. Asimismo, se entiende por recurso público a los recursos del Estado inherentes a su acción, que sirven para financiar los gastos de los presupuestos anuales y son clasificados a nivel de fuentes de financiamiento.

De ahí que las garantías financieras pueden ser representadas como un compromiso de entrega de fondos líquidos, como un endeudamiento estatal o líneas de crédito estatales, ante un eventual incumplimiento del concesionario frente a sus acreedores. Estas garantías deben estar presupuestadas en el presupuesto nacional y de la entidad.

Mientras que las garantías no financieras son las otorgadas para respaldar la ocurrencia de eventos inherentes al proyecto y no importan un recurso concreto tangible, sino que, por el contrario, podrían en el futuro requerir el desembolso de recursos del Estado. Las garantías no financieras, entonces, se derivan de los riesgos propios de un proyecto de APP. Esto significa que su pago está condicionado a la ocurrencia de un hecho determinado que se encuentra estipulado en el contrato de concesión. Por esta razón, las garantías no financieras no se evidencian en el presupuesto de la República desde su otorgamiento, sino que se presupuestan una vez que su ejecución sea reclamada.

3.2.1. Naturaleza

Conviene en este punto hacer una distinción entre las garantías estatales generales que se otorgan para promover el sistema de promoción de la inversión privada y las garantías financieras a la que refiere este artículo.

De manera general, podemos señalar que el Estado otorga garantías, básicamente, para atraer a la inversión privada. Así, garantías estatales son toda medida adoptada por las autoridades para mejorar las condiciones de inversión en proyectos de infraestructura. La decisión de otorgar el respaldo público, dependerá de la voluntad política, interés económico y social de respaldar un proyecto. Por ejemplo, podemos mencionar como garantías estatales para promover la inversión privada a los convenios de estabilidad jurídica suscritos por el concedente y el concesionario privado, en virtud del cual se otorga estabilidad respecto al tratamiento fiscal de las actividades a desarrollar por la sociedad concesionaria, o al tipo de cambio, entre otros.

No obstante, cuando hablamos de garantías financieras o no financieras para efectos de este artículo, nos referimos, específicamente, al aseguramiento que otorga la entidad pública concedente, ante un posible incumplimiento del compromiso que asume una

entidad pública, en su condición de concedente o de la insuficiencia del recurso, destinado para el pago del cofinanciamiento otorgado. Estas garantías serán otorgadas por los conceptos específicamente señalados en el contrato de concesión correspondiente.

En nuestra opinión, las garantías financieras o no financieras tienen naturaleza múltiple, ya que: (i) por un lado tienen una naturaleza pública, que regula los límites del otorgamiento de estas garantías, los mismos que se encuentran regulados en las normas de endeudamiento público vigente y, (ii) por otro lado, comparten una naturaleza privada similar a las garantías civiles personales como las fianzas, cuyo contenido principal se encuentra regulado en el contrato de concesión correspondiente y, supletoriamente, debieran estar reguladas por el Código Civil peruano.

(i) **Aspecto Público de las Garantías Financieras y No Financieras**

Las garantías financieras o no financieras tienen naturaleza pública toda vez que: (i) son actos emitidos por una entidad pública y (ii) comprometen recursos del Estado. En ese escenario, como en toda actuación pública, la emisión de una garantía financiera o no financiera se encontrará sujeta a las disposiciones legales previamente emitidas. La emisión de una garantía está sujeta al siguiente procedimiento:

- **Presentación de una Solicitud:** La unidad ejecutora de la entidad concedente deberá presentar al MEF una solicitud requiriendo la emisión de la garantía estatal.
- **Opiniones favorables:** Recibida la solicitud, el MEF deberá obtener las siguientes opiniones internas: (i) de la Dirección General de Asuntos Económicos y Sociales sobre el cumplimiento por la entidad solicitante de las reglas fiscales previstas en la Ley de Responsabilidad y Transparencia Fiscal y la Ley de Descentralización Fiscal y demás normas aplicables y (ii) la Dirección General de Planeamiento Multianual sobre la viabilidad del proyecto o programa de inversión.
- **Evaluación:** Obtenidas las opiniones favorables antes mencionadas, la Dirección Nacional de Endeudamiento Público procede a la evaluación de la solicitud y a la verificación de la programación del endeudamiento solicitado.
- **Aprobación del Consejo de Ministros:** De ser favorable la opinión de la Dirección Nacional de Endeudamiento Público, se procede a presentar la misma al Consejo de Ministros para su aprobación.
- **Negociación de los proyectos de contratos de garantías:** Seguidamente, la Dirección Nacional de Endeudamiento Público procede a la negociación de los términos del correspondiente Contrato de Garantía.
- **Informe previo de Contraloría:** Concluida la etapa de negociación del contrato de garantía y la respectiva contragarantía, las versiones finales de estos documentos se presentan a la Contraloría General de la República para su aprobación.
- **Emisión del Decreto Supremo correspondiente:** Emitida la opinión favorable de la Contraloría, se remite el expediente al Consejo de Ministros para la correspondiente aprobación y refrendo por el MEF de la operación de endeudamiento respectiva. Dicha aprobación se expresa a través de la emisión de un Decreto Supremo que

además hará referencia a: (i) los alcances de la contragarantía y (ii) la designación del representante del MEF que suscribirá los contratos.

(ii) Aspecto privado de las garantías financieras y no financieras

Las garantías soberanas tienen también un aspecto privado, ya que comparten características con las garantías civiles personales reguladas por el derecho común peruano. Desde una perspectiva civil, se entiende por garantía a cualquier medida o modo especial de asegurar la efectividad de un crédito. Por lo que, las garantías vienen a añadir al crédito, algo que el crédito carece. De manera tal que, se refuerza al acreedor la seguridad de la satisfacción de su derecho¹⁸.

Por lo expuesto se desprende que, toda garantía consiste en un nuevo derecho subjetivo o en una facultad que se yuxtapone al derecho de crédito, cuya satisfacción se requiere asegurar. Así las cosas, las principales características de toda garantía son:

- La subordinación al deudor principal, ya que no son en principio la principal fuente de recurso para el pago del crédito, sino que actúan ante la ausencia del deudor principal.
- La accesoriedad al deudor principal, es decir que existen mientras exista el crédito principal, en tanto no existan no exista la deuda principal.

En general, las garantías civiles pueden ser clasificadas como reales, como la hipoteca o la garantía mobiliaria, y garantías personales, como la fianza, según se concedan al acreedor un poder jurídico sobre cosas concretas y determinadas o bien un derecho o una facultad que se dirija hacia la persona del deudor o hacia la de un tercero. En este punto, nos detendremos específicamente en la fianza por considerarla similar a las garantías financieras o no financieras.

La fianza es un tipo especial de garantía personal, en virtud de la cual un tercero se compromete a ejecutar la prestación debida por el deudor al acreedor. Por la fianza, el fiador garantiza el cumplimiento de una obligación ajena (de un tercero) obligándose personalmente respecto del acreedor a asumir dicha obligación, en defecto o incumplimiento del obligado principal.

Es decir que, la fianza atribuye al acreedor de la relación jurídica principal un nuevo derecho de crédito frente a otras personas, con un contenido patrimonial idéntico al que continúa ostentando frente a su deudor en virtud de aquella relación.

Es así que, las garantías financieras o no financieras objeto de estudio tienen parte de naturaleza privada dado que:

- Son garantías civiles personales, pues no constituyen un poder jurídico sobre cosas concretas, sino que, como señaláramos anteriormente, es un aseguramiento o una promesa de pago del Estado en defecto del obligado principal.

¹⁸ Díez Picasso. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las Relaciones Obligatorias. Página 395.

- Son subsidiarias, porque únicamente podrá ser reclamada en caso el obligado principal no cumpla con el pago de la deuda principal.
- Son accesorias, puesto que extinguida la deuda principal no superviven a la misma. Es decir que, caducado el contrato de concesión no supervive la garantía soberana. En caso debiera sobrevivir, debiera señalarse expresamente en el contrato de concesión correspondiente.
- Son semejantes a la fianza, puesto que otorga un nuevo derecho de crédito al concesionario para reclamar el pago del cofinanciamiento ofrecido por el Estado.

4. Sobre la bancabilidad de las concesiones cofinanciadas

Como se ha evidenciado, el diseño de las concesiones cofinanciadas es bastante complejo. De la comprensión de este diseño, depende la facilidad para encontrar financiamiento privado con relativo éxito. Es así que la sociedad concesionaria deberá trasladar a los financiadores las implicancias de este diseño, a efecto que ellos puedan establecer con la mayor claridad posible (y a la tasa de interés más conveniente) los términos y condiciones en los que se prestará el financiamiento. Lo anterior representa, en realidad, un problema. Veamos.

En un contexto de una concesión cofinanciada, los estructuradores entienden que, el deudor en última instancia no es el concesionario del proyecto, sino el Estado peruano, al menos respecto a la parte cofinanciada, que es aquella que reviste de mayor riesgo de incumplimiento o inejecución. En tal sentido, los bancos requieren conocer todo sobre la forma como ejecutar a su deudor estatal y por ello, no en pocas ocasiones, requieren conocer lo siguiente:

- (i) Qué tan relevante será el MEF durante la ejecución del contrato de asociación público privada
- (ii) Si existe algún límite para el otorgamiento de cofinanciamiento
- (iii) Cuál es el proceso de ejecución de los compromisos firmes y contingentes que representan el cofinanciamiento del proyecto; y,
- (iv) Cuál será la prioridad que tenga el banco financiador ante un supuesto de ejecución estatal

Ahora bien, lo cierto es que no es tarea fácil para la sociedad concesionaria otorgar una respuesta clara a cada una de las interrogantes de los bancos y, esta situación, claramente, genera dilaciones en el financiamiento. La dificultad radica en que los contratos de APP ni la legislación aplicable, nos ofrecen respuestas simples y directas a los cuestionamientos básicos de los financiadores. Situaciones como la descrita, obligan a la modificación de los contratos de concesión. Modificaciones que, muchas veces, son simples “parches”, los cuales, si bien pueden solucionar el problema a corto o mediano plazo, no garantizan solidez ni predictibilidad en el futuro. Ello sin contar que una modificación a un contrato de concesión cofinanciado, implica la evaluación de múltiples entidades públicas, cuya aprobación, casi siempre, depende de la voluntad política. En ese sentido, es lógico que el financiamiento, ejecución y operación de una concesión cofinanciada se dilate excesivamente, poniendo en riesgo la viabilidad del proyecto y el desarrollo del país.

A continuación, intentaremos dar respuesta a cada una de las preguntas señaladas anteriormente. Las respuestas señaladas surgen de la interpretación personal y académica de la legislación vigente.

(i) ¿Qué tan relevante será el MEF durante la ejecución del contrato de asociación público privada?

El MEF es preponderante durante la ejecución del proyecto cofinanciado, no solo porque la Dirección General de Planeamiento Multianual es la entidad encargada de honrar el cofinanciamiento otorgado, sino porque su opinión favorable es requerida, tanto para la aprobación de la versión final del contrato de concesión, como para cualquier modificación que en este contrato se requiera. La falta de opinión previa favorable del MEF generará la nulidad de pleno derecho del contrato o adenda suscrito.

(ii) ¿Existe algún límite para el otorgamiento del cofinanciamiento?

La garantía otorgada por el Estado peruano no puede superar los montos máximos dispuestos para el endeudamiento exterior, en la Ley de Endeudamiento del Sector Público del año correspondiente.

En caso el Estado peruano no cuente con recursos suficientes para honrar la garantía otorgada, deberá considerarse que conforme a las normas presupuestarias vigentes para el pago de sumas de dinero por efecto de sentencias (nacionales o supranacionales), en calidad de cosa juzgada se afectará hasta el 5% o hasta el mínimo del 3% del presupuesto institucional de apertura, como se explica más adelante.

(iii) ¿Cuál es el proceso de ejecución de los compromisos firmes y contingentes que representan el cofinanciamiento del proyecto?

En el caso de los compromisos firmes, la ejecución ante una falta de pago de parte del Estado, se sujetará a las disposiciones que señale el mismo texto del certificado que represente el cofinanciamiento o del contrato de concesión. A manera de ejemplo, a partir de la revisión de CRPAO se pueden identificar que se señalan únicamente la aplicación de las disposiciones peruanas vigentes. Así, atendiendo a su naturaleza civil, deberá recurrirse a las disposiciones de inejecución de obligaciones para reclamar un pago por parte del Estado. En el caso de los compromisos contingentes, debemos hacer una precisión entre las garantías financieras y las garantías no financieras.

Respecto de las garantías financieras la Directiva que establece los procedimientos de ejecución y recuperación de honras de aval y de obligaciones derivadas de convenios de traspaso de recursos, aprobada por la Resolución Directoral N°04-2007-EF-75.01, regula un procedimiento específico para aquellos casos en los que el deudor original garantizado, se encuentra imposibilitado de atender el servicio de deuda y comunica oportunamente tal imposibilidad a la Dirección Nacional de Endeudamiento Público. A saber:

- El deudor original garantizado deberá comunicar la situación y remitir el acuerdo de directorio o similar que sirva como justificación, todo debe ser realizado quince días antes de la fecha de vencimiento de la obligación y dicha acción, se encuentra bajo responsabilidad del gerente general y del director de administración u otra autoridad designada.

- La Dirección Nacional de Endeudamiento Público solicitará al Vice Ministro de Hacienda la autorización correspondiente para ejecutar la honra de la garantía. Luego, comunicará tal ejecución al deudor adjuntando la documentación sustentatoria.
- Las entidades garantizadas reembolsarán el monto honrado, bajo la garantía y dentro de los doce meses siguientes.

Por lo demás, las normas vigentes no regulan un procedimiento específico para aquellos casos en los que el deudor original garantizado, no comunica a la Dirección Nacional de Endeudamiento Público sobre la imposibilidad de atender el servicio de deuda. Sin embargo, de ocurrir este supuesto consideramos que, la falta de comunicación del deudor original no enerva el derecho del acreedor garantizado de ejecutar la garantía otorgada, debiendo buscarse, en todo caso, aplicar las disposiciones del Código Civil.

En relación a las garantías no financieras, podemos señalar que, normalmente, los contratos de garantías soberanas no contemplan un mecanismo explícito de ejecución de dichas garantías, sino que únicamente se limitan a señalar que se rigen bajo las normas peruanas y que se someten a los tribunales peruanos. Es así que, para poder proceder a la misma, deberán seguirse las pautas del derecho civil reguladas en el Código Procesal Civil peruano. Al respecto, como toda garantía sometida a las normas del derecho peruano, la ejecución de la garantía soberana se deberá tramitar bajo la forma de un proceso de ejecución.

El problema será conseguir la imparcialidad de los tribunales nacionales ante la ejecución de una garantía o de un cofinanciamiento por la misma República del Perú. Ciertamente, esta situación convierte en poco viable la ejecución de una garantía soberana. Al respecto, las opiniones públicas de las clasificadoras de riesgo sobre el nivel de cumplimiento estatal, pueden resultar útiles para completar nuestro análisis. Por ejemplo, Fitch Ratings en la clasificación de riesgo de los bonos emitidos por una sociedad concesionaria señaló que “la probabilidad de incumplimiento del pago de dicha garantía era muy baja debido al alto índice de cumplimiento del Estado peruano y a la posibilidad de activar cross default ante un evento de tal naturaleza”.

Somos de la opinión que, si bien es correcto, afirmar que el Estado tiene pocos incentivos para incumplir con el pago de las garantías soberanas, también es cierto que existe un riesgo en el momento de su ejecución, ya que los tribunales que analizarán el procedimiento son parte también del Estado y esta situación coloca en un posible estado de indefensión al concesionario privado que reclama sus derechos.

(iv) ¿Cuál será la prioridad que tenga el banco financiador ante un supuesto de ejecución estatal?

Respecto a la existencia o no de un orden de prelación o preferencia para el pago de los montos destinados al proyecto y cofinanciamientos futuros, debe tenerse en cuenta que no existe disposición alguna que establezca tal preferencia. No obstante, de acuerdo con el artículo 70° del Texto Único Ordenado de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, existe un límite para el pago de sumas de dinero por efecto de sentencias judiciales en calidad de cosa juzgada, las cuales no pueden ser mayores al cinco por ciento (5%) ni menores al tres por ciento (3%), según sea necesario, de los montos

aprobados en el Presupuesto Institucional de Apertura¹⁹ correspondiente a cada Entidad. En este caso, al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Los pagos de las sentencias judiciales, incluidas las sentencias supranacionales, deberán ser atendidos por cada Entidad, con cargo a los recursos antes mencionados, debiendo tomarse en cuenta las prelacións legales.

En ese escenario, la única prelación sería aquella, prevista en la misma norma, en virtud de la cual las deudas se cancelan y/o amortizan bajo responsabilidad, priorizando la antigüedad del expediente que contiene el monto adeudado, así como la presentación de la documentación sustentatoria correspondiente.

En caso que los montos de los requerimientos de obligaciones de pago superen el porcentaje señalado inicialmente, la Entidad debe cumplir con efectuar el pago, en forma proporcional, a todos los requerimientos existentes de acuerdo a un estricto orden de notificación, hasta el límite porcentual.

Los requerimientos de pago que superen los fondos públicos existentes, se deben atender con cargo a los presupuestos aprobados dentro de los cinco (5) años fiscales subsiguientes.

Ahora bien, si se incumple con el procedimiento o si cumpliéndolo no se hace efectivo el pago, la sociedad concesionaria siempre tendrá la posibilidad de dar inicio al proceso de ejecución de resoluciones judiciales, previsto en el artículo 713° y siguientes del Código Procesal Civil, lo cual supone la posibilidad de ejecutar cualquier bien del Estado de libre disponibilidad (cuentas en el exterior, activos no afectados al interés público, etc.).

¹⁹ Se exceptúa a los fondos públicos correspondientes a las fuentes de financiamiento Donaciones y Transferencias y Operaciones Oficiales de Crédito Interno y Externo, la reserva de contingencia y los gastos vinculados al pago de remuneraciones, pensiones y servicio de tesorería y de deuda.