

Una Mirada Al Escenario Nacional e Internacional de las Asociaciones Público Privadas

Mónica Tantaleán Leong^{1 2}

SUMARIO

1. Introducción. 2. Las APPs en el mundo. 2.1 Breve reseña sobre el surgimiento de las APPs. 2.2. Funcionamiento de las APPs. 3. Las APP en el Perú. 4. Promoviendo la inversión privada a nivel global. 5. Reflexiones finales.

PALABRAS CLAVE

Asociaciones Público Privadas. Private Finance Initiative. PFI. Private Finance 2. PF2.

KEYWORDS

Public Private Partnerships. Private Finance Initiative. PFI. Private Finance 2. PF2.

RESUMEN

El presente artículo busca acercar al lector al escenario internacional de las Asociaciones Público Privadas (APPs), dando a conocer su origen y el desarrollo actual de las mismas. Asimismo, la autora opina sobre algunos de los temas más relevantes de la legislación actual en materia de APPs en el Perú, enfocándose en los proyectos de iniciativa estatal. De otro lado, con el propósito de entender el alcance de las APPs en el mundo, la autora presenta ejemplos de acciones estatales que buscan incentivar la participación privada en las APPs. Para concluir, la autora comparte sus reflexiones finales.

ABSTRACT

This paper introduces the reader to the Public Private Partnerships (PPPs) international scenary, providing information related to PPPs' origin and development to date. Furthermore, the author gives her opinion about some relevant features of the current Peruvian PPP Law focusing on public initiative PPP projects. Moreover, to understand the current worldwide PPP scope, the author presents some government actions to incentive private sector participation in PPPs. To conclude, the author shares her final considerations.

1. Introducción

Aun cuando las APPs son usadas por más de la mitad de países en el mundo, no existe una única definición de las mismas. Los países que las utilizan las han caracterizado de

¹ Master en Derecho y Desarrollo por la Universidad de Manchester en el Reino Unido. Abogada egresada de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha trabajado como Research & Development Advisor de la International Project Finance Association (IPFA) en Londres, Reino Unido y como Asociada Senior de Pizarro, Botto & Escobar Abogados, en Lima, Perú.

² Miembro del Consejo de Egresados del CDA.

acuerdo a sus propias necesidades y contextos. Asimismo, con el afán de enriquecer el estudio de las mismas, instituciones nacionales e internacionales así como organismos multilaterales también han aportado con definiciones y características a las APPs. A continuación podemos ver algunas de las definiciones que vienen siendo usadas para conceptualizar y caracterizar a las APPs:

El Centro de Recursos para Asociaciones Público-Privadas en Infraestructura (PPPIRC) del Banco Mundial, ha propuesto la siguiente definición para las APPs:

(...) acuerdo entre el sector público y el sector privado en el que parte de los servicios o labores que son responsabilidad del sector público es suministrada por el sector privado bajo un claro acuerdo de objetivos compartidos para el abastecimiento del servicio público o de la infraestructura pública³.

De otro lado, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE, por sus siglas en inglés) ha catalogado a las APPs como acuerdos mediante los cuales el sector privado provee infraestructura y servicios que tradicionalmente han sido provistos por el gobierno y en los que existe transferencia de riesgos del gobierno al sector privado⁴.

Por su parte, Australia (uno de los países con mayor desarrollo en APPs) en su Marco Nacional de Políticas y Directrices de APPs considera que a través de las APPs es posible ofrecer mejores servicios y una mejor relación calidad-precio ("valor por dinero"), principalmente mediante la transferencia adecuada de riesgos, el fomento de la innovación, la mayor utilización de activos y la gestión global del proyecto APP, sustentada por la financiación privada⁵.

En el caso peruano, a través del Decreto Legislativo N° 1224, se contempla la siguiente definición para las APPs: "(...) modalidades de participación de la inversión privada, en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública y/o proveer servicios públicos bajo los mecanismos contractuales permitidos por el marco legal vigente. (...)”⁶.

En tal sentido, sin perjuicio de la definición que se adopte en cada país que utiliza las APPs, en líneas generales y para el propósito del presente artículo, podríamos decir que las APPs (PPP o P3, por su denominación en inglés, *Public Private Partnerships*) se han concebido básicamente para la provisión de infraestructura y servicios públicos, envuelven proyectos de gran envergadura (con alto costo de inversión y financiamiento) con contratos de largo plazo, demandan análisis, planeamiento y estructuración detallada, así como una "distribución o transferencia de riesgos" de manera eficiente entre el sector público y privado, de forma tal que se garantice durante la ejecución del proyecto el "valor por dinero".

³ Public-Private Partnership in Infrastructure Resource Center. Consulta: 2 de junio de 2016. <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/asociaciones-publico-privadas/definicion>

⁴ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). "Glossary of statistical terms. Public Private Partnerships". Consulta: 18 de junio de 2016. <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=7315>

⁵ Infrastructure Australia. National Public Private Partnerships Policy Framework. Consulta: 18 de junio de 2016. https://ausinf.affinitext.com/viewer/book?id=5318&folder_id=10956#PG_7377529_78464922

⁶ Ver el artículo 11° del Decreto Legislativo N° 1224.

Así, a través de las APPs se permite que por un lado exista una mejor distribución de los recursos limitados del sector público, y que por el otro lado, el sector privado a través de la contraprestación que recibe (pagos de usuarios, del Estado o de una combinación de ambos), pueda lograr una ganancia que justifique su inversión; todo ello para el beneficio de la comunidad⁷.

En tal sentido, las APPs se diferencian de la contratación pública o (*traditional / public procurement*), cuyo alcance es básicamente la provisión de mano de obra, de oferta e instalación de equipos y construcción de obras públicas, con contratos de corto o mediano plazo, sujetos a la disponibilidad presupuestaria anual del sector público.

Si bien el Perú cuenta con más de 20 años de experiencia en lo que se refiere a promover la inversión privada en infraestructura y servicios públicos⁸ (lo que nos posiciona entre los países más sólidos de la región⁹), la razón para incluir en nuestra legislación a las APPs, tal y como explica la Exposición de Motivos de la primera norma en referirse expresamente a las APPs (Decreto Legislativo N° 1012, promulgado en el año 2008), se debió básicamente a la necesidad de ampliar el espectro de supuestos de colaboración público - privada adoptando para ello el mecanismo de colaboración entre los sectores privados y públicos que ya estaba dando buenos resultados en otras partes del mundo.

2. Las APPs en el Mundo

Para entender la razón por la que Perú adoptó a las APPs como uno de los principales mecanismos de promoción de la inversión privada para proveer infraestructura y servicios públicos, además de conocer el concepto y las características principales de las mismas, es necesario tomar en consideración el desarrollo de las APPs a nivel mundial.

2.1. Breve historia sobre el surgimiento de las APPs

Existe un gran sector de la doctrina que señala que las APPs tuvieron como fuente y base a los contratos de concesión, los mismos que venían siendo usados en gran parte de los países en el mundo. Sin embargo, uno de los primeros países que utilizó el término APP (concepto que incluye al contrato de concesión como modalidad de APPs) fue el Reino Unido a inicios de los años 90.

En 1989 el gobierno del Reino Unido, como parte de su meta de promover la inversión privada para la provisión de servicios públicos eliminó ciertas prohibiciones que restringían el uso de fondos privados para el financiamiento de proyectos públicos. Así en 1990, el

⁷ Banco Interamericano de Desarrollo (BID). "Asociaciones Público Privadas: Implementando soluciones en Latinoamérica y el Caribe. Módulo 1. Unidad 1: Visión general de las APP". 2015. p. 8.

⁸ Con la promulgación del Decreto Legislativo N° 758 a inicio de los años 90s y luego bajo la vigencia de los Decretos Supremos 059-96-PCM y 060-96-PCM, ya existían contratos con participación conjunta del sector privado y el sector público, en los que el sector privado no era un mero ejecutor de obras o proveedor de bienes y servicios (normas relacionadas a la Contratación Pública) sino en los que se encargaba también de la explotación y el financiamiento de la infraestructura pública (a través de contratos de concesión).

⁹ De acuerdo a The Economist & Intelligence Unit. "Evaluando el entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe", en el 2014 el Perú ya se encontraba considerado como un mercado maduro en el desarrollo de APPs en la región, sólo por debajo de Chile y Brasil. Para mayor información, favor revisar: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getDocument.aspx?DOCNUM=39560904>

primer proyecto de estilo APP obtuvo su cierre financiero¹⁰. A consecuencia de ello, en 1992 se dio a conocer por primera vez el término “PFI”, que corresponde al tipo más común de APP usado hasta el momento en Reino Unido, PFI por sus siglas en inglés provenientes de *Private Finance Initiative*¹¹.

El PFI consistía básicamente en que la Sociedad de Propósito Especial (SPE o SPV por sus siglas en inglés, *Special Purpose Vehicle*), es decir la sociedad que se formaba con las empresas (o consorcio de estas) a las que se les adjudicó el proyecto APP, debía financiarse para ejecutar el proyecto APP a través de su propio capital y del dinero que podía prestarse de los accionistas de la SPE, más los préstamos que podía conseguir de terceros ajenos a la SPE (tradicional y principalmente de los bancos). Así, una vez que la infraestructura por la que había sido contratado el sector privado, se encontraba en operación, la SPE recibía un pago periódico de parte del gobierno hasta el plazo que se hubiese establecido en el respectivo contrato de APP¹².

Para el año 1999, en el Reino Unido ya se habían firmado proyectos bajo el PFI por más de 5 billones de libras esterlinas, haciéndose este mecanismo cada vez más popular. Así, según información publicada a inicios de este año por el gobierno del Reino Unido, a marzo del 2015, el costo total de los proyectos bajo el esquema PFI alcanzaron los 57.7 billones de libras esterlinas (comparados con los 56.6 y 54.2 billones, a marzo 2014 y 2013, respectivamente)¹³.

Sin perjuicio de la popularidad alcanzada por el PFI, hace menos de cinco años se ha popularizado un nuevo tipo de APP en el Reino Unido, denominado PF2 o *Private Finance 2*, el cual presentaremos más adelante en el presente artículo y el cual buscaría reemplazar al PFI. Sin perjuicio de ello, cabe mencionar que en el plazo de un año, desde marzo de 2014 a marzo de 2015 en el Reino Unido se logró el cierre financiero de 7 proyectos (PFI y PF2) por un monto superior a los 700 millones de libras esterlinas.

A la fecha, las APPs (en sus diferentes tipos) siguen siendo usadas en el Reino Unido y en muchas otras partes del mundo¹⁴. De acuerdo a información de la OECD (que agrupa a países tales como Estados Unidos, Reino Unido, Holanda, Canadá, Australia, Turquía, México y Chile), las APPs en los 34 países miembros de su organización representan alrededor de USD 0.8 trillones, con proyectos a ser ejecutados en los próximos años con un valor similar a la cantidad antes referida¹⁵.

¹⁰ El cierre financiero de un proyecto se da básicamente cuando se tienen asegurados los recursos que permitirán la ejecución del proyecto (normalmente se asegura el financiamiento del proyecto mediante la suscripción de contratos con los terceros que se comprometen a proveer los recursos).

¹¹ European PPP Expertise Centre – EPEC. United Kingdom – England: PPP Units and Related Institutional Framework. June 2012. p. 8.

¹² Treasury Committee. House of Commons. Private Finance 2. Tenth report of Session 2013 – 14. Consulta: 3 de junio de 2016. <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmselect/cmtreasy/97/97.pdf>

¹³ HM Treasury. Private Finance Initiative and Private Finance 2 projects: 2015 summary data. Consulta: 23 de mayo de 2016. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/504374/PFI_PF2_projects_2015_summary_data.pdf

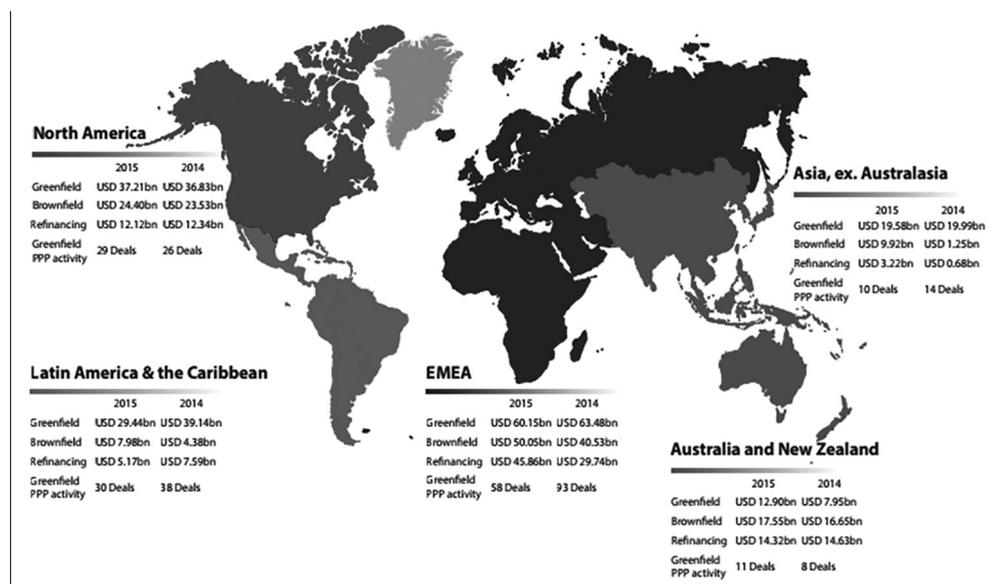
¹⁴ Cabe destacar que aun cuando las APP siguen siendo muy usadas en el mundo, existe un gran sector que critica las APPs debido a que los malos e ineficientes manejos originan que los proyectos APPs sean demasiado costosos, produciendo fuertes impactos sobre las finanzas públicas. Asimismo, otra crítica muy relacionada al manejo de las APPs está ligada a la mala selección de proyectos, en los cuales se deja de lado los principios de las APPs como transparencia, enfoque de resultados, responsabilidad presupuestal; y se reemplazan por decisiones políticas fundamentadas en el beneficio de los gobernantes de turno.

¹⁵ Organization for Economic Co-operation and Development - OECD. “Recommendation on Principles for

Actualmente los países que utilizan las APPs, países desarrollados y en vías desarrollo, se enfocan tanto en proyectos que implican la provisión de infraestructura económica tales como carreteras, puentes, viaductos, sistemas de tránsito masivo, así como para la provisión de infraestructura social, tales como colegios, establecimientos penitenciarios y hospitales. Así, si bien el tipo de infraestructura es similar en países desarrollados y en países en vías de desarrollo, lo cierto es que la gran mayoría de APPs que se ejecutan en el primer tipo de países corresponden a proyectos de mejoramiento o ampliación de infraestructura con gran demanda de recursos:

“In more developed economies, where transportation systems are sometimes more than a century old, refurbishment and replacement will eat up a larger share of necessary financing. In developing nations such as China and India, systems and networks must be built from scratch to keep pace with population growth and enhance economic expansion”¹⁶.

El siguiente gráfico muestra el uso de las APPs en los años 2014 y 2015, para ello divide al mundo en 5 regiones: (i) América del Norte, (ii) América Latina y el Caribe, (iii) Europa, Medio Oriente y África, (iv) Asia, y (v) Australia y Nueva Zelanda; mostrando el valor de los proyectos APPs, sea que se trate de proyectos nuevos (*greenfield projects*), proyectos que son desarrollo o ampliación de un proyecto ya ejecutado o en ejecución (*brownfield projects*) y refinanciamiento de proyectos.



Fuente: InfraDeals 2015 Trend Report

Como puede notarse del gráfico anterior, las APPs son una manera de colaboración que se ha extendido por muchos países del mundo, sea que se trate de países desarrollados o de países en proceso de desarrollo. En cualquier caso, los proyectos de APPs resultan

Public Governance of Public-Private Partnerships”. Consulta: 14 de junio de 2016. <http://www.oecd.org/governance/oecd-recommendation-public-privatepartnerships.htm>

¹⁶ Standard & Poor’s Rating Services. “Credit Week. Special report: Global Infrastructure Investment. Timing is everything (and now is the time)”. Enero 2015. p.15.

ser transacciones complejas, que envuelven grandes cantidades de dinero por lo que requieren conocimiento y análisis legal, técnico y financiero, de las partes involucradas, es decir, tanto del sector público como del sector privado.

2.2. Funcionamiento de las APPs

Siendo los recursos para financiar los proyectos limitados y los montos necesarios para la ejecución de los proyectos muy elevados, los gobiernos no solo buscan a sus contrapartes de los contratos de APPs en sus propios países sino que especialmente, incentivan a inversionistas extranjeros a invertir en sus países. Los inversionistas (sea que se trate de las empresas constructoras u operadoras, fondos de inversión en infraestructura o de las empresas o instituciones que proveerán el financiamiento) analizarán, antes de invertir en determinado proyecto, cuál es el escenario del país comprometido en el proyecto, su contexto político, económico, social y, especialmente, cuál es su regulación o marco legal sobre APPs (y materias afines).

El desarrollo y la popularidad de las APPs en el mundo, tal y como lo señalan el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la OECD, se debe, especialmente, a que en los países existe una regulación o marco para las APPs. En líneas generales se ha considerado que los factores más importantes para alcanzar el éxito en el desarrollo de las APPs se debe a que éstas son parte de la política pública del país (es decir, existe una declaración de intención del Gobierno sobre el uso de APPs) y que existe un marco jurídico, procesos y responsabilidades institucionales definidas, enfoque de gestión de finanzas públicas y acuerdos de administración generales, por medio de los cuales se creen mecanismos de rendición de cuentas para los responsables de la implementación de las APPs¹⁷.

En otras palabras, dada la naturaleza de las APPs, el sector privado (nacional o internacional) se encontrará más reacio a invertir (o evitará invertir) en países que carecen de sistemas claros, seguros, transparentes y legítimos, y/o en los países que no cuenten con instituciones competentes¹⁸.

3. Las APPs en el Perú

Las realidades económicas, políticas y sociales en los países son diferentes, el caso de la aplicación y utilización de las APPs no es la diferencia. Así, las normas y disposiciones relacionadas a las APPs (y en cualquier otra materia) para ser eficientes, deben ser reflejo de la realidad del país en mención, potencializando sus fortalezas y combatiendo sus debilidades.

En el caso del Perú, el Decreto Legislativo N° 1012 y las normas que se promulgaron con posterioridad relacionadas a las APPs, representaron una intención clara del gobierno de seguir apostando por la provisión de infraestructura y servicios públicos de parte del sector privado, abriéndose a las tendencias en inversión privada que dominan el mercado internacional. Sin embargo, en la práctica, algunas de las disposiciones allí establecidas no contribuyeron con los objetivos de las políticas de inversión, básicamente por una

¹⁷ BID. "Asociaciones Público Privadas: Implementando Soluciones en Latinoamérica y el Caribe. Módulo II: Establecimiento del Marco de las APP. Unidad 1: Establecimiento del Marco de las APP". p.7 y 8.

¹⁸ OECD. "Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships". Mayo 2012. p. 4.

inadecuada planeación y gestión de los proyectos APPs, siendo necesario modificaciones y adaptaciones en la regulación.

Con el objeto de seguir promoviendo la inversión privada y de mejorar la regulación sobre APPs, el Perú ha promulgado recientemente normas que continúan con el desarrollo de las APPs, Decreto Legislativo N° 1224 (la “Ley”) y su reglamento aprobado por el Decreto Supremo 410-2015-EF (el “Reglamento”), Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

Mediante la Ley y el Reglamento se ordena y compila la legislación que existía hasta el momento sobre APPs incluyendo y derogando disposiciones anteriores al Decreto Legislativo N° 1012 que venían siendo de aplicación a proyectos APPs pero que se habían diseñado específicamente para los contratos de concesión. De otro lado y más importante aún, la actual legislación busca hacer más eficiente la gestión de los proyectos APPs, obligando a que el sector público “defina desde un primer momento” cuáles son los proyectos considerados relevantes sobre la base de sus necesidades y a su presupuesto (predictibilidad fiscal); dotando de información relevante al sector privado para incentivarlo a invertir.

Asimismo, la actual legislación presenta aciertos como: (i) la creación de un proceso simplificado para proyectos que cumplan determinadas características¹⁹, (ii) la creación de lineamientos para la estandarización de contratos de APPs²⁰, (iii) el establecimiento de un plazo a las entidades del gobierno que participan del proceso para acordar modificaciones contractuales para que se pronuncien sobre las mismas, y (iv) la calificación de “favorable” al transcurso del tiempo sin que dichas entidades emitan opinión sobre la versión final del contrato APP, el Informe de Evaluación²¹ y modificaciones contractuales²².

Si bien es cierto, por la gran envergadura de los proyectos APPs, estos necesitan ser evaluados y planeados detenidamente para que no se generen (sobre) costos durante

¹⁹ De acuerdo a los artículos 30° de la Ley y 27° del Reglamento, los proyectos que se encuentran bajo el esquema de Proceso Simplificado son: aquellos cuyo Costo Total del Proyecto sea inferior a 15,000 UIT, proyectos sin componente de inversión que tengan un Costo Total del Proyecto sea inferior a 50,000 UIT, así como proyectos cuyo Costo Total de Inversión sea inferior a las 50,000 UIT y estén destinados al desarrollo de servicios vinculados a la infraestructura pública o servicios públicos, proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica.

²⁰ La estandarización de documentos PPP (especialmente los contratos PPP) es una manera muy beneficiosa de hacer conocer las concepciones de un país en APPs y de promover la participación del sector privado. Ello es especialmente relevante en países que no cuenta con una norma APP en específico, como algunos países pertenecientes al sistema del “Common law”.

²¹ El Informe de Evaluación, tal y como se establece en el artículo 16° del Reglamento, es un documento que presenta el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local al Organismo Promotor de la Inversión Privada, que contiene la información necesaria para definir si es técnica, económica y legalmente conveniente desarrollar un proyecto en específico como APP.

²² Sin perjuicio de lo positivo en tener un plazo para la emisión de opiniones (y el respectivo silencio positivo), cabe destacar que la redacción de la disposición referida en el numeral 55.6 del artículo 55° del Reglamento: “El proceso de evaluación conjunta (de las modificaciones contractuales) finaliza cuando el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local así lo determine, lo cual debe ser informado a las entidades públicas y al inversionista”. Dicha redacción podría llevarnos al absurdo de considerar que la SPE podría estar “obligada” a continuar en un proceso de evaluación de modificaciones contractuales con su contraparte en el que no se llega a un acuerdo y solo existe una dilatación en el tiempo, quedando a merced de la decisión de la entidad. Dicha disposición debería modificarse de forma tal que establezca que cualquiera de las partes puede dar por finalizada la etapa de evaluación de modificaciones contractuales.

la ejecución del mismo y no se pierda el principio de “valor por dinero” que debe estar presente en toda la vida del proyecto; resulta también importante agilizar el proceso de gestión de las APPs, manteniendo su eficiencia, fomentando que los funcionarios actúen con celeridad, evitando entrampamientos y demoras innecesarias para emitir opiniones, especialmente en lo que se refiere a las modificaciones contractuales. Mención especial merece la llamada “adenda de bancabilidad”²³ que de acuerdo a nuestro diseño de contratos APPs, se suscribe durante los primeros años de vigencia y que es necesaria para alcanzar el cierre financiero del proyecto. Por su importancia, la suscripción de la misma no debería sufrir retrasos innecesarios ya que con ello, se puede afectar el calendario del proyecto y la ejecución de las obras y por lo tanto, retrasar la provisión de infraestructura a la comunidad.

De otro lado, existen ciertos aspectos que debido a su detalle en las normas actuales, sin desmerecer el acierto de las inclusiones detalladas precedentemente, valen la pena sean tratados de manera más específica:

- **El Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada**

La creación expresa del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada resulta ser un acierto para asegurar a potenciales inversionistas que en el país existe una clara intención de permitir y respetar la inversión privada. Asimismo, el diseño del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, respeta criterios como descentralización y competencia; empoderando a los diferentes niveles de gobierno para que lleven a cabo los procesos de promoción privada de los proyectos APPs que, de acuerdo a su competencia, les corresponda.

Este sistema se encuentra integrado por el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), los demás Ministerios, organismos públicos del Gobierno Nacional, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (ProInversión), los Gobiernos Regionales (GR) y Gobiernos Locales (GL) (artículo 5° de la Ley).

De acuerdo al artículo 6° de la Ley y artículos 4° y 10° del Reglamento, los proyectos APPs corresponderán ser “liderados” por ProInversión, algún ministerio, un Gobierno Regional o Gobierno Local, sobre la base de criterios de competencia. Dichas entidades (en algunos casos a través de sus Organismos Promotores de la Inversión Privada - ProInversión y los Comités de Inversiones de los diferentes niveles de gobierno-) deberán encargarse, entre otros, de (artículos 7° y 8° de la Ley): (i) identificar, priorizar y formular proyectos APPs, (ii) encargarse de los procesos de promoción de la inversión privada, (iii) sustentar la capacidad presupuestal para asumir los compromisos de los contratos APP, (iv) suscribir los contratos APPs, (v) gestionar y administrar los contratos de APP suscritos, y (vi) modificar los contratos.

²³ En muchos países europeos, como en Inglaterra, el proceso para alcanzar el Cierre Financiero de los proyectos APPs se desarrolla durante los concursos para adjudicar la Buena Pro de los mismos. Debido a ello, los Cierres Financieros se llevan a cabo en muy corto plazo luego de suscrito el Contrato APP, en algunos casos, en menos de un mes. Si bien este mecanismo puede mitigar el riesgo de no alcanzar el Cierre Financiero de un proyecto APP, el concurso o licitación se vuelve un proceso muy costoso con lo cual podrá existir menos participación del sector privado y se podría perjudicar la competencia, especialmente en países cuyo sistema de APPs no es claro y/o eficiente.

- **El rol de ProInversión y del Ministerio de Economía y Finanzas en el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada**

De acuerdo a la legislación actual (artículos 6° y 37° de la Ley y 5° y 10° del Reglamento), el rol que tiene ProInversión consiste principalmente en:

- Encargarse del proceso de promoción de la inversión privada en proyectos de su competencia, por ejemplo proyectos de alcance nacional que involucran a más de un sector - proyectos multisectoriales, proyectos de gran envergadura (proyectos superiores a las 15,000 UITs), etc. Esto significa cumplir con las obligaciones correspondientes a la etapa de planeamiento y programación, formulación, estructuración, transacción y ejecución contractual y,
- Encargarse de apoyar a las entidades del nivel nacional, regional o local que le requieran o soliciten asistencia técnica en: la elaboración del Informe Multianual de Inversiones en APPs²⁴, en el planeamiento, programación y formulación de APPs así como en la elaboración del Informe de Evaluación y otros estudios requeridos durante la etapa de Formulación (información específica sobre la realización de un proyecto bajo el esquema de las APP).

De otro lado, en lo que se refiere al Ministerio de Economía y Finanzas, la actual legislación le otorga el rol central dentro del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, considerándolo ente rector y máxima autoridad técnico normativa, encargándose de formular la política nacional de promoción de la inversión privada (artículo 5° y Disposición Complementaria Final Décimo Cuarta de la Ley). Asimismo:

- Podrá asesorar a las demás entidades inmersas en el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada en lo que se refiere al Informe Multianual de Inversiones en APPs; pero principalmente,
- Es el encargado de aprobar el Informe de Evaluación a ser elaborado por ProInversión, Ministerios, Gobierno Regional o Gobierno Local, opinión que comprende la verificación de la clasificación del proyecto, la capacidad de pago del Estado (de corresponder), la aplicación de los criterios de elegibilidad y el impacto del proyecto en el mecanismo de competencia y desempeño de mercados (artículo 17° del Reglamento),
- En caso de ser solicitado, durante la etapa de estructuración del proyecto APP, podrá emitir comentarios, sugerencias o recomendaciones en las materias de su competencia (artículo 19° del Reglamento),
- Deberá emitir opinión sobre la versión final del contrato APP preparada por ProInversión, Ministerios, Gobiernos regionales o Gobiernos locales; antes de que sea adjudicado el proyecto y suscrito el contrato (artículo 21° del Reglamento), y

²⁴ El Informe Multianual de Inversiones en Asociaciones Público Privadas, es un instrumento de gestión cuya finalidad es identificar los potenciales proyectos de APP que podrán ser incorporados al proceso de promoción de la inversión privada y que debe incluir entre otros, la estrategia que la entidad pública va a adoptar para el desarrollo de las APPs, potenciales necesidades de intervención para ser desarrolladas bajo el mecanismo de APPs, monto referencial de inversión, compromisos firmes y contingentes cuantificables derivados de los contratos de APP suscritos así como la proyección en los flujos de los proyectos que se encuentran en proceso de promoción (artículo 14° del Reglamento).

- Deberá emitir opinión sobre las modificaciones contractuales solicitadas por ProInversión, ministerios, Gobiernos regionales o Gobiernos locales; en caso las modificaciones alteren el cofinanciamiento, las garantías, se produzcan cambios en los parámetros económicos y financieros del contrato, se pueda afectar el equilibrio económico financiero o se puedan generar contingencias fiscales al Estado (artículo 57° del Reglamento).

Así, tanto el Ministerio de Economía y Finanzas y ProInversión, si bien desempeñan roles importantes dentro del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, la actual legislación los ha puesto, esencialmente, en posiciones “diferentes pero complementarias”. ProInversión, cumpliendo un rol fundamental en etapas de planeamiento de APPs, está en el lado de las entidades que se encargarán de desarrollar, gestionar, diseñar las APP, pudiendo asistir técnicamente a cualquiera de las entidades del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada en los estudios necesarios para llevar a cabo proyectos “en específico”, y el Ministerio de Economía y Finanzas, se encuentra principalmente al lado de entidades que supervisarán a las entidades formuladoras (entre las que se encuentra ProInversión) y opinará sobre los proyectos en las materias de su competencia.

La creación de una unidad APP dentro del Ministerio de Economía y Finanzas ²⁵ y la consecuente designación de esta entidad como ente rector del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, parece ser una decisión acertada si es que tomamos en cuenta dos aspectos: Por un lado, el Ministerio de Economía y Finanzas puede ser catalogado como la entidad más “imparcial” para supervisar o asegurar la eficiencia y asequibilidad de los proyectos APPs, no sólo no tiene como objetivo desarrollar un sector determinado de la economía (como por ejemplo el Ministerio de Transporte, Energía y Minas, etc.), sino que tampoco habrá asesorado a dichas entidades en el proceso de promoción de la inversión privada de proyectos en específico (como es el caso de ProInversión). Por otro lado, se mitiga el riesgo fiscal para el país, ya que el Ministerio de Economía y Finanzas es la entidad que maneja las finanzas del gobierno, conoce los compromisos fiscales (firmes y contingentes) y los límites de endeudamiento de todo el aparato estatal, consolidando y manejando el presupuesto público²⁶.

Cabe destacar que más allá de la entidad en la que descansa la obligación de asistir técnica o legalmente, de aprobar estudios, informes o contratos; lo importante es que las funciones de una y otra entidad estén claramente delimitadas y definidas, y que los procesos que deben ser llevados por una u otra sean transparentes, trabajando de manera coordinada y resguardando los principios básicos de las APPs. Asimismo, todas las entidades que participan del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada deben contar con funcionarios suficientes, y capacitados en la materia; en los que exista una clara intención de sacar adelante los proyectos APPs y que deban rendir cuentas de las decisiones tomadas.

²⁵ Tal y como señala el artículo 4° del Reglamento, el Ministerio de Economía y Finanzas desempeñará las funciones que le han sido asignadas en la Ley y el Reglamento, a través de la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada.

²⁶ Tal y como señala el Banco Mundial en “Bechmarking Public-Private Partnerships Procurement 2015. A pilot in 10 economies”, las APPs siempre demandan un compromiso de parte del sector público, en algunos casos estos compromisos pueden estar representados por “pasivos directos” como es el caso de los pagos que deberá realizar el gobierno, o por “pasivos contingentes” que son las garantías del gobierno u otros pasivos implícitos; por ello, los ministerios de finanzas, siempre deben participar en los procesos de APP.

- **La participación del sector privado en la elaboración de estudios y consultorías**

La posibilidad de asesoramiento externo a los Organismos Promotores de la Inversión Privada por parte del sector privado para la elaboración de estudios que se requieran en la evaluación de proyectos APPs (incluyendo al Informe de Evaluación) así como en la etapa de ejecución contractual; resulta ser un aspecto muy positivo considerado expresamente por la norma (artículo 13° del Reglamento).

Si bien el planeamiento, programación, formulación, estructuración y transacción son etapas muy importantes en la vida de un proyecto APP, la etapa de ejecución contractual resulta ser en muchos casos de mayor importancia. Recordemos que la vigencia de los contratos APP (etapa de ejecución contractual) es, en promedio en el país, alrededor de los treinta años (con un tope de sesenta años) y es durante este largo periodo, especialmente durante el período de construcción, en el que surgen problemas o reclamos que generan en algunos casos el incremento de costos y que si no son bien manejados, generan el pago por parte del Estado de grandes sumas de dinero (acabando con el principio de valor por dinero con el que se diseñó el proyecto).

Utilizar recursos para la contratación de consultoría externa, en caso sea necesaria, permitirá aprovechar el conocimiento del sector privado, contando con asesoría técnica, financiera y legal especializada que contribuirá en tener un Estado más competitivo. Sin embargo, es importante no solo que los funcionarios puedan supervisar a los asesores externos sino también que el Estado invierta en la capacitación de sus funcionarios, de forma tal que se pueda ir prescindiendo de la asesoría externa.

4. Promoviendo la inversión privada a nivel global

Como ya se comentó en el presente artículo, las APPs se originaron como un mecanismo para hacer frente a la necesidad de los países de desarrollar infraestructura y proveer servicios públicos a su población (brecha o déficit de infraestructura) con ayuda del sector privado.

De acuerdo a información publicada por la Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional – AFIN, en el caso del Perú: “El cierre de la brecha de infraestructura para el período 2016-2025 implicaría una inversión promedio anual del 8.27% del PBI (es decir, US\$ 15,955 millones anual).”²⁷ De otro lado, países considerados desarrollados, como Inglaterra, Holanda y Canadá, también cuentan con un déficit en infraestructura. Así por ejemplo, de acuerdo con el análisis realizado por *Standard & Poor’s Rating Services*²⁸, el déficit en infraestructura en el Reino Unido es al menos de 60 billones de libras esterlinas a enero de 2015.

Queda claro entonces, que tanto países desarrollados como países en desarrollo, necesitarán atraer a inversionistas privados para disminuir su brecha en infraestructura (cada uno en el tipo de proyectos que sea requerido de acuerdo a sus necesidades) y mejorar la calidad de vida de la ciudadanía. Como ya se explicó en los capítulos

²⁷ Asociación para el fomento de la Infraestructura Nacional – AFIN. “Un plan para salir de la pobreza. Plan Nacional de Infraestructura 2016 – 2025”. Octubre 2015. p. 14.

²⁸ Standard & Poor’s Rating Services. “Credit Week. Special Report. Global Infrastructure investment: Timing is everything. Building for growth. Can the U.K. close its infrastructure investment deficit?” Enero 2015. p. 55

anteriores en el presente artículo, uno de los factores más importantes para atraer a los inversionistas es contar con un marco de APPs. Sin embargo, los estados también deberán tomar medidas adicionales para adaptarse a los contextos nacionales e internacionales que les correspondan, incentivando de manera especial al sector privado para que la inversión (y su economía) no se paralice.

Una característica muy común de las APPs cuando los contratos APPs ya han sido adjudicados (o están en proceso de adjudicación), es la responsabilidad que tiene la SPE para, sobre la base del diseño del contrato APP y de la contraprestación que recibirá por la ejecución del mismo (sea un pago de usuarios, directamente del Estado o una combinación de ambos), identificar y atraer inversionistas que provean los recursos para hacer realidad el proyecto APP²⁹.

Así, es muy importante el diseño o estructura de pago que se establece en un proyecto APP. Un mecanismo que promueve la inversión extranjera en los proyectos APP está dado en cuánto riesgo asume el sector público y en su participación en el financiamiento en los proyectos de APPs. En tal sentido, tal y como lo identifica el BID, los países pueden participar en las estructuras de financiamiento para evitar primas de riesgo excesivas, mitigar el riesgo del gobierno y/o mejorar la disponibilidad o disminuir el costo financiero³⁰.

- **Los Certificados de Reconocimiento de Pago Anual por Obras (CRPAOs) – financiando la construcción**

Durante la segunda mitad de la década pasada, el Perú desarrolló un mecanismo financiero por medio del cual participó del financiamiento del proyecto para la etapa constructiva de la vía Interoceánica Sur (y cuyo concepto sigue usando en la actualidad bajo los denominados RPI-CAO).

El Estado básicamente se comprometió a emitir títulos de reconocimiento de deuda, transferibles pero irrevocables e incondicionales, denominados CRPAOs, los mismos que eran emitidos contra la emisión de CAO (Certificado de Avance de Obra), es decir contra el reconocimiento de haber alcanzado ciertos hitos de construcción (según estos se habían establecidos en el contrato). En otras palabras, durante la etapa de construcción, cada vez que la SPE alcanzara un hito de construcción, y ello sea reconocido por el Estado a través de lo que se denominó contractualmente “CAO”, el Estado emitiría un CRPAO para que la SPE pudiera financiarse en el mercado de capitales, transfiriendo los CRPAO a terceros financistas a quienes el Estado les pagaría en las condiciones ahí establecidas, mientras que la SPE conseguía de esos terceros, los fondos necesarios para seguir con la construcción de la obra.

El derecho a “recibir pagos” durante la etapa de construcción, es decir, sin que el proyecto se encuentre en operación, o el que el Estado realice préstamos o entregue subsidio directo, son fórmulas que pueden presentar muy buenos resultados para promover la

²⁹ Algunas veces y como parte del mecanismo de la SPE para atraer a financistas de su proyecto APP, los accionistas de la SPE les ofrecen una garantía (total o parcial) en la deuda del proyecto (garantía corporativa).

³⁰ BID. “Asociaciones Público Privadas: Implementando Soluciones en Latinoamérica y el Caribe. Módulo I: Introducción a las Asociaciones Público Privadas.” 2015. p. 24

participación del sector privado, especialmente cuando un Estado no tiene experiencia en desarrollar proyectos de gran envergadura APPs, cuando por la complejidad del proyecto y del proceso constructivo este resulta ser muy riesgoso y/o cuando el proyecto exige la intervención del Estado para cumplir ciertas prestaciones en la ejecución del mismo (por ejemplo, en las expropiaciones); así el riesgo de construcción se hace muy alto y difícil de soportar por el sector privado, por lo que de alguna forma dicho riesgo debe ser compartido con el sector público.

Sin embargo, existen otras consideraciones diferentes a las condiciones internas que obligan a los países a asumir mayores retos, o a desarrollar nuevas maneras de atraer inversiones para que no ven afectadas sus economías. Así por ejemplo, la crisis financiera del 2008 – 2009, obligó a los países, en el marco de sus normas y regulación, a diseñar nuevas estructuras financieras y adoptar nuevas políticas, de cara a atraer inversión.

- **La N33 - Atrayendo Nuevos financistas**

Así, cabe destacar el caso de Holanda y la estructura financiera que se desarrolló para el proyecto que consistía en la construcción de un puente, ampliación y mejoramiento de la vía conocida como la “N33”, cuyo valor del proyecto era superior a los US\$ 160 millones y ofrecía un periodo de 20 años de concesión de la infraestructura.

Para garantizar que el proyecto se lleve a cabo a pesar de la etapa de crisis mundial, paralelamente al concurso público del proyecto, el gobierno holandés negociaba con fondos de pensiones la posibilidad de que éstos participen del financiamiento del proyecto (ofreciendo, entre otros, asumir el riesgo de inflación). Así, el gobierno holandés consiguió que un fondo de pensiones se comprometiera a refinanciar, luego de culminada la etapa constructiva, el 70% de la deuda que sería asumida por la SPE que se haga con la titularidad del proyecto. Como parte del concurso público, las empresas tuvieron la posibilidad de contar con el fondo de pensión, en las condiciones negociadas con el gobierno. Todos los postores tomaron en su modelo financiero la posibilidad de contar con el refinanciamiento del fondo de pensiones³¹.

Así, el contexto internacional, especialmente la crisis financiera de la década pasada, y los casos de éxito como el proyecto de la N33, han llevado a los países a adoptar nuevas políticas en lo que se refiere a la participación de inversionistas en los proyectos APPs. En tal sentido, muchos países ya han decidido apostar por nuevos inversionistas para las APPs, diferente a los típicos financistas de proyectos, es decir a los bancos³², promoviendo la obtención de financiamiento necesario de inversionistas institucionales y promoviendo la creación de fondos de inversión especializados en infraestructura³³, e inclusive en algunos países, fomentando la participación del Estado en las SPE.

³¹ Culminada la etapa constructiva, el fondo de pensión compró el 70% de la deuda, permaneciendo el 30% en manos de los bancos que financiaron en un inicio el proyecto. Para mayor información, favor revisar: <http://www.infra-deals.com/deals/718516/n33-assen-to-zuidbroek-road-ppp.html><http://www.baminternational.com/news/bam-and-pggm-are-preferred-bidder-for-dutch-n33-road-widening-project>. <https://www.mottmac.com/article/1441/n33-assen-zuidbroek-highway-ppp-netherlands>

³² Los bancos para el año 2015 proveyeron más del 80% de financiamiento para los proyectos APPs, siendo el mercado de capitales proveedor de menos del 20%. Para mayor información ver: *InfraDeals Trend Report 2015*.

³³ PARTNERSHIPS BULLETIN. Consulta: 26 de mayo de 2016. <http://www.partnershipsbulletin.com/interviews/view/78>

- **Private Finance 2 – PF2**

A finales del año 2012, debido a la percepción de que las empresas privadas obtenían ganancias extraordinarias bajo los contratos PFI y con el fin de promover la participación del capital público, se empezó a analizar si era conveniente o no que el sector público forme parte de la empresa privada contraparte del Estado en el proyecto³⁴, es decir que sea titular de acciones de la SPE.

Con esta figura del PF2, el gobierno planeaba³⁵: (i) alinear los intereses del sector público y el sector privado, con un enfoque más colaborativo para mejorar el desempeño del proyecto y la gestión del riesgo, (ii) garantizar un mayor acceso del sector público a información relevante con un mayor involucramiento en la toma de decisiones, (iii) más transparencia, incluyendo el desempeño financiero a través de la junta de socios de la SPE, y especialmente, (iv) obtener un mejor “valor por dinero” del proyecto e incrementar la redistribución de las ganancias con el gobierno.

Si bien a la fecha ya se han adjudicado proyectos APP bajo el esquema PF2 por varios millones de libras esterlinas, existen detractores del PF2, los mismos que señalan que contar con capital estatal en una SPE puede acarrear serios conflictos de interés para el Estado.

Más allá de analizar si adoptar alguna de estas políticas internacionales sería conveniente (legal o no, inclusive), es interesante resaltar cómo estos proyectos expresan una clara intención de los estados de incentivar el desarrollo y la provisión de infraestructura y servicios públicos bajo el mecanismo de las APPs. No hay duda que el escenario Latinoamericano (y peruano) es particular; pero en la práctica, los proyectos de APPs trascienden fronteras, los recursos que se invierten en estos proyectos de infraestructura de parte del sector privado provienen de fuentes similares de dinero, por lo que los proyectos, sin importar su procedencia, son analizados bajo los mismos estándares.

Así por ejemplo, digamos que un fondo de pensión alemán, tiene recursos para invertir en proyectos APPs, este fondo no solo analizará cuáles son los proyectos disponibles en su mercado nacional o regional sino que también analizará los proyectos en otras regiones del mundo para determinar en donde es “conveniente” invertir sus recursos. Más aún, de existir alguna posibilidad de crisis política o económica en su región por la salida de algún país de su bloque económico europeo, prestará mayor atención a “mercados extranjeros” con menos exposición a este evento para invertir; situación que debería ser aprovechada por estos “mercados extranjeros” para atraer la inversión privada a sus países.

5. Reflexiones finales

Los países en desarrollo así como los países desarrollados necesitan proveer de infraestructura y servicios públicos a sus naciones, y en la actualidad, las APPs son el mecanismo más popular entre más de la mitad de países en el mundo para hacerlo. Si bien no existe una única definición para las APPs, existen características comunes que

³⁴ BBC News. Consulta: 23 de mayo de 2016. <http://www.bbc.co.uk/news/business-20588870>

³⁵ IDB. “Asociaciones Público Privadas: Implementando Soluciones en Latinoamérica y el Caribe. Módulo 1.Unidad 3: Financiamiento de las APP”. 2015. p. 18.

permiten a los proyectos APPs ser considerados, en la práctica, transacciones con impacto global: por un lado, son proyectos desarrollados por un estado y por el otro lado, como pieza clave, buscan atraer la inversión del sector privado (nacional e internacional).

Debido a las características de este mecanismo de colaboración público – privado, los proyectos APPs no deben ser usados a la ligera, es decir, deben ser cuidadosamente planificados y estructurados de forma tal que permitan respetar los principios por los que este mecanismo es eficiente (especialmente, valor por dinero). Caso contrario, un proyecto APP mal gestionado resultará en una mayor carga para el Estado que lo diseñó, no solo generando costos adicionales para el propio Estado, sino que en algunos casos, puede ahuyentar la inversión del sector privado, haciendo su mercado APP menos confiable para atraer inversión.

A la fecha, dada la vasta experiencia en APPs en diferentes tipos de infraestructura y servicios en el mundo, existen instituciones que sobre la base de análisis de mercados de APP en específico, van construyendo guías sobre cómo desarrollar APPs en los Estados, de forma tal que dichos Estados puedan diseñar sus marcos y regulaciones (sea o no con normas expresas de APPs), sobre la base de estas propuestas, adaptándolas a sus propias características e institucionalidad, para hacer sus mercados de APP más eficientes y atractivos para el sector privado.

Sin embargo, además de contar con un marco o regulaciones APPs, los Estados en el afán de promover la inversión del sector privado y atraer dicha inversión a sus proyectos en desmedro de que dicha inversión acuda a otros proyectos APPs en otros países, deben tomar en consideración cuáles son los cambios y/o modificaciones en el contexto mundial, dado que la realidad internacional determinará en muchos casos la forma de actuar del sector privado. Así, los Estados podrán determinar si es necesario adoptar medidas adicionales para enfrentar esos nuevos acontecimientos, como asumir mayores riesgos, adoptar nuevos mecanismos de financiamiento, aplicar políticas para atraer nuevos inversionistas, etc.

El Perú desde hace varios años ha apostado por la promoción de la inversión privada contando el día de hoy con un mercado de APPs bastante maduro. Bajo este esquema se ha promulgado recientemente nueva legislación de APPs, la misma que refleja el deseo por contar con una mejor gestión, planeamiento y diseño de los proyectos de APP, para atraer inversión, especialmente de nuevos grandes actores internacionales. El marco de APPs permitirá al Estado avanzar en lograr sus objetivos, siempre que siga apostando por fortalecer sus instituciones, preste mucha atención al mercado internacional y trabaje de la mano con el sector privado.