

Algunos apuntes en relación con la “participación público-privada” y su vinculación con el derecho administrativo y la inversión en infraestructura y servicios públicos^(*)

Ramón Huapaya Tapia **
Giuliana Vergaray D'arrigo***

SUMARIO

1. UBICACIÓN DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN EL CONTEXTO JURÍDICO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. 1.1. CONTEXTO DE SURGIMIENTO DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS. LA REFORMA DEL ESTADO SOCIAL Y LA REDUCCIÓN DEL GASTO PÚBLICO. LA EXPERIENCIA BRITÁNICA EN MATERIA DE PPP, SU PROYECCIÓN SOBRE EUROPA, Y SOBRE LATINOAMÉRICA. 2. CONCEPTO Y RAS-GOS ESENCIALES DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS. 2.1. TIPOS DE ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS PARA LA PROVISIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS E INFRAESTRUCTURA. 2.1.1. CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN PARA LAS APP. 2.1.2. MODALIDADES MÁS USADAS PARA LA GESTIÓN DE LAS APP'S. LA VINCULACIÓN CON FÓRMULAS “CLÁSICAS” DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, Y POR ENDE, CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO. 3. VENTAJAS DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS COMO ESTRATEGIA DE DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURA. 4. EL CASO PERUANO: LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS COFINANCIADAS COMO ESTRATEGIA DE DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURA. 5. ESTRUCTURACIÓN ECONÓMICA DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS COFINANCIADAS. 6. UN TEMA IMPORTANTE: LA DISTRIBUCIÓN DE LOS PRINCIPALES RIESGOS EN LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS COFINANCIADAS. 7. LA NECESIDAD DE GENERAR ALGUNAS REGLAS Y PRINCIPIOS PARA LA MAYOR OPERATIVIDAD DE LAS APP'S EN EL PERÚ . 8. CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, nuestro país cuenta con un déficit de inversión en infraestructura (que involucra saneamiento, infraestructura de transportes, electricidad y teleco-

municaciones), ascendente a más de US\$ 22,000 millones de dólares¹.

Ante esta situación, tenemos a un Estado que no solamente cuenta con recursos escasos y limitados (los cuales

^(*) Con afecto y gratitud, a mis alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú con quienes ya hace algunos años vengo estudiando el Derecho Administrativo Económico. Con todos ellos es inmensamente más lo que recibo, de lo que puedo dar.

** Abogado graduado “Summa cum laude” por la Universidad de Lima
Profesor de Derecho Administrativo Económico - Pontificia Universidad Católica del Perú

*** Egresada de la Facultad de Derecho - Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ IPE y ADEPSEP. “La Infraestructura que necesita el Perú. Brecha de inversión en infraestructura de servicios públicos”. Estudio preparado por el Instituto Peruano de Economía (IPE) para ADEPSEP. Lima, 2005. Página 12.

deben de ser invertidos en sectores claves tales como educación, salud o seguridad y defensa nacional, así como en programas de lucha contra la pobreza), sino que también tiene una capacidad muy baja de gasto en inversiones, debido a la falta de fortalezas institucionales para diseñar, proyectar, y ejecutar proyectos de inversión sostenibles en el tiempo.

De este modo, urge buscar nuevas formas de atraer inversión privada que puedan suplir la deficiencia de gasto e inversión en infraestructura mencionada, en el entendido que ésta representa un beneficio tanto para nuestra generación actual como para las venideras, al generar desarrollo e integración al interior de nuestra población así como con otros pueblos.

Ahora bien, el modelo que ofrece el Derecho Administrativo tradicional, y que podríamos llamar “clásico” de promoción de la inversión privada en infraestructuras (sea asociadas a servicios públicos u obras públicas), es el de la **concesión administrativa** (de obras públicas o servicios públicos, de dominio público inclusive), modelo en el cual, básicamente, un particular financia a su cuenta y riesgo las infraestructuras asociadas a una obra pública o un servicio público, recibiendo la recuperación de su inversión vía tarifas (financiamiento a cargo de los particulares), o vía un cofinan-

ciamiento del Estado. Este es el modelo que promueven tanto el TUO de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura (aprobado por el Decreto Supremo N° 059-96-PCM), y su Reglamento, así como las normas sectoriales que regulan los mecanismos de concesiones administrativas para servicios públicos y obras públicas.

Sin embargo, el empleo del mecanismo clásico de las concesiones administrativas, que operan exclusivamente a *cuenta y riesgo* de los particulares, actualmente está siendo complementado con una figura novedosa, la cual empleando categorías propias del derecho administrativo (como las del contrato administrativo, la concesión administrativa, la obra pública y el servicio público), está entrando a tallar en una nueva configuración de las relaciones entre el Estado y los particulares para el desarrollo de inversión en infraestructura asociada a servicios públicos y obras públicas. Hablamos entonces de las formas asociadas a lo que se conoce en doctrina como supuestos de “Participación Público Privada” o “Asociaciones Público Privadas”.

En este contexto, conviene señalar que la doctrina especializada peruana², siguiendo los pasos de experiencias internacionales exitosas³, ha planteado la necesidad de poner atención y apostar por

² Confróntese, entre otros, lo señalado por FELICES SAAVEDRA, Enrique: Asociaciones público-privadas para el financiamiento de infraestructura: el nuevo rostro del *project finance*. En: THEMIS. Revista de Derecho. N° 50. Lima, 2005. Páginas 137-150; Instituto Peruano de Economía (IPE): El camino para reducir la pobreza. Inversión Privada y Pública en Infraestructura en el Perú. Estudio elaborado por el IPE, por encargo de AFIN (Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional) y CAPECO (Cámara Peruana de la Construcción). Lima, 2006; entre otros estudios.

³ Como las europeas, o sin ir muy lejos, las obtenidas en Brasil y México. Para una visión actualizada sobre la problemática de tales países, véase: GUGLIELMINETTI, Ana Patricia y Pascual BENSADON: Algunos aspectos jurídico-económicos de la asociación público-privada. (A propósito del decreto 967/05). En: Diario El Derecho Administrativo. Tomo año 2005. Buenos Aires, 2006. Páginas 638-661. Especialmente véase páginas 640 a 647.

el modelo de las denominadas “Asociaciones Público Privadas” (APP’s) o “*Public Private Partnerships*” (PPP) como una alternativa a los tradicionales modelos de contratos de concesiones de obras y servicios públicos. Precisamente, una de las interrogantes que motivan este trabajo, es dilucidar si esta novedosa idea de las APP en realidad constituye un concepto nuevo o revolucionario para la contratación público, o en todo caso, no constituye más que un nuevo concepto o una nueva filosofía para entender las relaciones entre el Estado y los particulares en la inversión en infraestructura y servicios públicos, utilizando siempre las viejas técnicas y por qué no, las nuevas técnicas de colaboración contractual que ofrece el derecho administrativo.

Con todo, es preciso indicar que las denominadas APP’s surgen en la década de los noventa en Inglaterra bajo el gobierno conservador de John Major, ante la derogación de una serie de normas que limitaban la inversión de capitales privados en activos públicos conocidas como las “Ryrie Rules” y fueron denominadas como Iniciativas de Financiación Privada (Private Finance)⁴. En lo que respecta a América Latina, la recepción de las Asociaciones Público Privadas es muy reciente, pudiéndose contar las experiencias exitosas de Brasil, México y Argentina, entre otros países con respecto al tema de las APP’s.

Por otro lado, el Perú, en lo que respecta a las APP’s, podemos señalar que contamos con recientes experiencias promovidos por Pro Inversión en las cuales

se han puesto en marcha contratos bajo la modalidad de Asociaciones Público Privadas. Al respecto, podemos mencionar los contratos suscritos por el Estado para los tramos 2, 3 y 4 de la Carretera Interoceánica, el suscrito para IIRSA Norte, el de la concesión del primer grupo de Aeropuertos Regionales (zona norte) y el del Terminal Portuario de Matarani.

Podemos afirmar que dentro de los contratos mencionados, no todos responden a un mismo esquema financiero, y esto debido a la rentabilidad económica que en específico cada proyecto puede tener. En este punto, podemos hablar de una suerte de primer criterio de clasificación de las Asociaciones Públicos Privadas, aquél que las distingue entre autofinanciadas y cofinanciadas, sin perjuicio de que existan otros criterios de distinción propuestos tanto por la legislación o la doctrina.

Así, los proyectos de APP’s cofinanciadas se caracterizarán por constituir proyectos de baja rentabilidad económica pero de una alta rentabilidad social. Mientras que las autofinanciadas corresponden a proyectos que pueden financiarse a partir de alternativas que contemplan el pago de los usuarios por el uso de la infraestructura o de los servicios asociados a ésta y que son gestionados mediante un supuesto de PPP, como por ejemplo acontece en el caso del pago de peaje, entre otras modalidades. Nuestra legislación vigente contempla a las primeras en el inciso c) del artículo 14° del Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en

⁴ Para un amplio detalle del surgimiento británico de esta institución, véase: NIETO GARRIDO, Eva: La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido. (De Private Finance Initiative a Public Private Partnerships). En: Revista de Administración Pública. N° 164. Mayo-agosto 2004. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2004. Páginas 389 y ss.

Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, aprobado por D.S. 059-96-PCM y recientemente en los Lineamientos para la Provisión de Servicios Públicos a través de proyectos de Inversión Pública que involucren concesiones cofinanciadas, aprobado por Decreto Supremo N° 104-2007-EF.

Ante este panorama, el presente trabajo se propone dar una revisión de las principales ideas en torno a la aplicación de las asociaciones público privadas en la modalidad de cofinanciadas, a través de una mirada al contexto de su surgimiento, concepto, criterios de clasificación, a fin de establecer las necesarias vinculaciones entre las instituciones propias del Derecho administrativo clásico y el novedoso concepto de las APP. Cabe señalar que este trabajo tiene un enfoque fundamentalmente jurídico-administrativo, en la medida que en nuestro país ya existen varios importantes y completos trabajos que analizan dicho fenómeno desde la perspectiva del *project finance*, o del aspecto de derecho corporativo vinculado al financiamiento de las PPP⁵. Este enfoque no deja de tener una intención explícita: demostrar que la figura de la PPP más que significar una novedad jurídica, en sí constituye una idea novedosa para utilizar de una mejor forma las instituciones de la contratación pública y del derecho administrativo económico.

1. UBICACIÓN DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICAS PRIVADAS EN EL CONTEXTO JURÍDICO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Conforme el devenir de las épocas y las necesidades políticas, económicas y sociales, el Estado ha ido variando su modo de participación en la prestación de servicios públicos y obras públicas de infraestructura para la sociedad.

De esta forma, a inicios del Siglo XIX teníamos a un Estado heredero de las prestaciones del monárquico "*Ancien Régime*", y por tanto, en búsqueda de la legitimidad necesaria para ejercer su gobierno por sobre las poblaciones. Es en este punto donde surge la teoría del servicio público y con ella, en sus inicios, un Estado que ante los cambios impuestos por la Revolución Industrial asumió un rol residual por el que mantenía el orden y las libertades individuales.

La evolución del Estado Policía al Estado Prestador de Servicios devino junto con el crecimiento de las nuevas necesidades de las sociedades emergentes. Es entonces con el progreso técnico de la citada Revolución Industrial que,

"...surgen los primeros servicios públicos económicos que llegan a nuestros días, como son, el gas, la electricidad, el teléfono, los transportes por carretera, constituyéndose en nuevas actividades para cuya ordenada prestación no bastaba la vieja acción de policía, ni

⁵ Entre tales trabajos pueden citarse los de: FELICES SAAVEDRA, Enrique: Asociaciones público-privadas para el financiamiento de infraestructura: el nuevo rostro del *project finance*. En: THEMIS. Revista de Derecho. N° 50. Lima, 2005. Páginas 137-150; RONCEROS, Miguel Ángel. "*Concesiones Cofinanciadas y PPP's*", en: Themis N° 52, Lima, 2006, Páginas 231-238; D' MEDINA LORA, Eugenio: Institucionalidad PPP en el Perú: Antecedentes, evolución y prospectiva. En: Revista de Economía y Derecho. Vol. 4. N° 15. Invierno 2007. Sociedad de Economía y Derecho de la UPC. Lima, 2007. Páginas 53-72; NOYA DE LA PIEDRA, Ismael y Juan Carlos DE LOS HEROS ECHECOPAR: Para entender el *Project Finance*. En: Revista THEMIS. N° 54. Lima, 2007. Páginas 33-48; CORNEJO DÍAZ, René. "*Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos: Una mirada desde el sector público*", en: Themis N° 52, Lima, 2006.

*tampoco la pura medida de fomento*⁶ ”.

La situación descrita no estuvo exenta de complicaciones debido a tensiones con el liberalismo, por lo que se encontró en la figura de la concesión administrativa⁷ un mecanismo para la conciliación de ambos intereses. Sin embargo, debido a malas experiencias con el sector privado el intervencionismo del Estado se fue acentuando, con lo que llegamos (ya en el Siglo XX con la Primera Guerra Mundial) a un Estado que mediante la declaración de una determinada actividad económica o *industrial* como servicio público⁸, se reservó la exclusividad en la prestación de la misma⁹.

Es a partir de este momento en donde, a partir de una reforma del Estado Social como opción política y económica, surgen los procesos de liberalización y privatización, así como de un “adelgazamiento” del Estado, lo que conllevó a una reducción del gasto público

(para evitar los déficits fiscales), así como una redefinición del rol de Estado en la economía. De este modo, a partir de tales procesos se asume que el Estado ostenta en el mercado un rol de autoridad económica, un rol regulador, mientras que en dicha perspectiva también, el Estado asume un rol menos preponderante en la financiación en obras públicas y servicios públicos, el cual se propugna debe ser asumido por los privados en aplicación de un estricto principio de subsidiariedad. Sin embargo, en dicho proceso se ha llegado a determinar que, si bien es cierto, la inversión privada está atraída a depositar sus intereses en aquellos proyectos que tienen una rentabilidad económica de media a elevada, el problema es qué hacer cuando existen proyectos de infraestructura o de servicios públicos, que requieren una elevada inversión, y que tienen gran rentabilidad social, más no una rentabilidad económica sostenible. Consiguientemente, surge la preocupación, luego de la denominada

⁶ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. “*El Servicio Público. Fundamentos*”. Palestra Editores. Lima: 2005, p. 35.

⁷ Para un adecuado estudio de las causas y razones por las cuales surge el concepto de concesión administrativa, siempre es bueno recurrir a los clásicos, y fundamentalmente a uno de los estudios todavía no superados sobre el concepto de concesión en el derecho público: VILLAR PALASI, José Luis: Voz “Concesiones administrativas”. En: Nueva Enciclopedia Jurídica Seix. Tomo IV. Madrid, 1952. Páginas 684-770. Recientemente, véanse los estudios de: LOPEZ RAMON, Fernando: Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas. En: Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma. Número 243. Julio-septiembre 1989. Páginas 563-610; y FERNANDEZ ACEVEDO, Rafael: Las concesiones administrativas de dominio público. Editorial Civitas. Navarra, 2007.

⁸ El concepto de servicio público es uno de los más complejos y difusos de los que existen en el Derecho Público. De hecho, hay casi tantos autores como ideas de servicio público, lo cual desanimaría a cualquiera en la formulación de conceptos o teorías sobre dicha idea, calificada por la doctrina como “lábil”, “cambiante” o simplemente “un pleonasmio”. Nosotros, de un modo más concreto, consideramos que el servicio público es más que un concepto, un régimen jurídico peculiar, de intervención del Estado sobre una actividad económica, a fin de garantizar su prestación en forma continua, regular y eficiente, a fin de satisfacer una necesidad colectiva de primer orden. En todo caso, nuestra visión se afilia bastante a las ideas que hace un tiempo ya sostuvo el estudioso argentino Héctor MAIRAL, en su trabajo “La ideología del servicio público”. En: Revista de Derecho Administrativo. N° 12-14. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1993.

⁹ Lo que asoció el concepto de servicio público en sentido *subjetivo* con la idea de *reserva al Estado de la gestión del servicio*, dogma actualmente superado por la idea del servicio público objetivo, idea que se basa en dos cuestiones fundamentales: (i) el Estado es garante del servicio y responsable por su prestación continua, regular y en condiciones óptimas, y, (ii) es indistinto quien asuma la prestación (un privado, el Estado o alguna fórmula empresarial mixta), siempre y cuando esté sometido al régimen jurídico especial de regulación de una actividad económica calificada como servicio público.

“época de las privatizaciones”, ¿qué hacer con el gasto socialmente rentable pero económicamente no atractivo?. Las ideas trazadas en ese norte, permitieron el surgimiento de una nueva filosofía o marco de pensamiento para asociar las fórmulas públicas y privadas de financiamiento y colaboración empresarial para la inversión en infraestructura y servicios públicos, es decir, la PPP.

Es en este contexto, de imperio de la subsidiariedad, liberalización, desregulación y reformulación de los roles del Estado en la economía, en que calan las ideas que dieron origen a las fórmulas denominadas como PPP.

1.1. Contexto de surgimiento de las Asociaciones Público Privadas. La reforma del Estado Social y la reducción del gasto público. La experiencia británica en materia de PPP, su proyección sobre Europa, y sobre Latinoamérica.

Tal como veníamos refiriendo, el denominado *Welfare Staat* o Estado Social, así como sus ideas y principios rectores, entraron en crisis a partir de los años setenta del siglo pasado. Esta crisis se debió a factores, entre otros, ideológicos (el cambio del paradigma del intervencionismo por tendencias pro mercado), tecnológicos (progreso acelerado de descubrimientos) y económicos (cuestionamiento del gasto público). En este sentido, se implementaron tanto en Europa y Estados Unidos, ambiciosos programas de reforma del Estado que incluyeron la liberalización y

privatización de determinados sectores de la actividad antes reservada al Estado, dando lugar al Estado Social de Derecho y al rol subsidiario de éste en la economía de la sociedad.

A estos efectos, entendemos como liberalización a “una política económica de flexibilización de los mercados que consiste en el retiro de las prohibiciones u obstáculos que el Estado ha introducido en la legislación y que restringe a los productores a vender y a los consumidores a elegir”¹⁰. Dentro de esta tendencia es que se dan los procesos de privatización por los cuales (en sentido formal) “determinadas actividades desarrolladas por el sector público se sujetan al Derecho Común”¹¹ o (en sentido material) “determinadas actividades hasta el momento desplegadas por los poderes públicos se trasladan total o parcialmente al sector público”¹².

Es importante resaltar, que el surgimiento de las Asociaciones Público Privadas se relaciona con un marcado proceso de reforma del rol del Estado en el sistema económico, a nivel global. Ello fue así, en la medida que el elevado intervencionismo alcanzado por el Estado en la vida económica mundial, originó que desde la década de 1980 en adelante, se comience a diseñar programas en los cuales se procurara la eficiencia en el actuar de la Administración. Dichas programas tuvieron como idea subyacente un cambio en el rol de la Administración,

“.....de ejecutor en sus políticas a guiar

¹⁰ Materiales de enseñanza del Curso Servicios Públicos y Concesiones de Bienes y Servicios dictado en la Facultad de Derecho de la PUCP. Profesor: Dr. Diego Zegarria Valdivia. Semestre 2005-I.

¹¹ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. “*Servicio Público y Regulación. Marco Institucional de las Telecomunicaciones en el Perú*”. Palestra Editores, Lima, 2005, p.35.

¹² Idem.

su realización; de amparar estructuras rígidas a promover procesos competitivos que fomenten la innovación y la flexibilidad; y, de prestar servicios estándar, descansando en manos públicas la provisión de los mismos, a fomentar estructuras adaptables en los que sus cometidos sean variables”.¹³

En este punto nos situaremos en la Inglaterra de los años 80 del siglo pasado, país donde, luego de las privatizaciones¹⁴ y licitaciones competitivas¹⁵ y junto con el inicio del gobierno de John Major como Secretario Jefe del Gobierno Británico se propuso una revisión de las denominadas

“*Ryrie Rules*”¹⁶, por las cuales se limitaba la participación privada para la financiación de activos públicos y que fueron objeto de críticas tales como el no incentivar a las entidades públicas el buscar financiación privada y el no adicionar activos privados a los recursos disponibles al solo sustituir los públicos.

Estas “*Ryrie Rules*”, que limitaban fuertemente el financiamiento privado de actividades públicas, fueron finalmente derogadas en 1992 con el anuncio del Ministro de Hacienda Británico por el cual se anunciaron cambios a las reglas dadas para el uso de activos privados en proyectos públicos. Es aquí donde se sitúa el origen

¹³ ACERETE GIL, José Basilio. “*Financiación y Gestión Privada de Infraestructuras y Servicios Públicos. Asociaciones Público-Privadas*”. Tesis Doctoral. Departamento de Contabilidad y Finanzas. Universidad de Zaragoza. 2004, p. 13. (Disponible vía web en www.ief.es)

¹⁴ Registramos en la Inglaterra de inicios de los años 80 experiencias de privatización por las cuales se transfirió la propiedad y explotación de empresas públicas al sector privado. Dichas experiencias se dieron bajo el Gobierno de Margaret Thatcher, donde se privatizaron Empresas Públicas tales como el British Airports Authority, British Gas Corporation, British Rail y British Telecom, entre otras, y se enmarcan en el Management Information System for Ministers (MINIS), programa cuyo objetivo principal era eliminar partidas de gastos innecesarias y mejorar la eficiencia del gobierno central. Debemos decir que la privatización en Inglaterra fue entendida bajo un término amplio (desarrollo de las actividades públicas bajo técnicas y régimen jurídico propias del derecho privado), puesto que encontramos programas tales como la “Financial Management Iniciativa” (FMI, 1982), por el cual se buscó descentralizar responsabilidades al interior de la Administración mediante la delegación de presupuestos, autonomía en la gestión y el establecimiento de metas a fiscalizarse a posterior. Además, podemos citar al programa “Next Steps”, por el cual se asociaron dentro de cada Ministerio áreas que se hicieron cargo de la prestación de determinado servicio sujeto a parámetros y resultados (definidos en un framework document), las cuales se denominarían “Executive Agencies o Next Steps Agencies”.

¹⁵ En la misma línea de lo señalado en la nota anterior, puede citarse al Compulsory Competitive Tendering (CCT), por el cual determinados servicios provistos por la Administración (principalmente sanitarios, recolección de basura, limpieza, seguridad y mantenimiento) debían someterse a la competencia del sector privado bajo procesos obligatorios de licitación (no se excluían las ofertas públicas) los cuales adjudicarían el suministro del servicio a aquel postor que ofreciera los mejores costos.

¹⁶ Las Ryrie Rules constituyen el nombre dado a un Informe elaborado en 1981 por el Nacional Economic Development Concil Working Party on Nationalised Industries, bajo la dirección de Sir William Ryrie (Presidente de dicho Comité), por el cual se establecieron los criterios por los cuales el capital privado podría formar parte de los recursos con los que contarán las empresas nacionalizadas. Estas reglas pasaron a ser adoptadas por el *Treasury* inglés, incorporándolas en los programas de gastos del sector público y pueden resumirse en criterios tales como:

- Las alternativas de financiación privada deben ser comparadas con soluciones financiadas con recursos públicos y solo podrían ser introducidas donde ofrecieran una mayor eficiencia en costos. De donde se desprende que el criterio para optar por fórmulas de financiación privada es el costo y no la calidad de lo ofrecido.
- La cuantía correspondiente a la financiación privada para proyectos públicos debe ser tomada en cuenta por la Administración al planificar los gastos públicos, de tal forma que los recursos públicos a usarse se reduzcan correlativamente a la financiación privada obtenida.

de las denominadas “Private Finance Initiative” (PFI).

En esta línea, se creó al Private Finance Panel Executive, comité de asesores para la implantación de proyectos de PFI y se dieron las “Universal Testing Rules” por los cuales las PFI deberían ser tomadas en cuenta como opción en la ejecución de cualquier proyecto público. Paralelo a esto se crearon para el ámbito local las Public Private Partnership Programmes¹⁷, instancias que buscaban incrementar la inversión privada en la prestación de servicios públicos mediante el asesoramiento a las autoridades locales.

Es con la llegada del Partido Laboralista al poder, bajo el Gobierno de Tony Blair como Secretario Jefe del Gobierno Británico, que se temió un retroceso en lo avanzado respecto a las PFI. Sin embargo, el concepto de “Iniciativas de Gestión Privada”, fue entendido por este nuevo gobernante dentro de las denominadas reformas de la emblemática “*third way*” o la tercera vía, política de gobierno aplicada por el propio Blair, y que se dice, “busca promover la colaboración entre los sectores público y privado poniendo énfasis en la calidad del servicio, pero teniendo en cuenta los costos”¹⁸.

Es entonces que las antiguas PFI se

sujetan a una revisión¹⁹, la misma que dio como resultado la creación del *Treasury Private Finance Taskforce* como ente que sustituya al *Private Finance Panel Executive* en lo relacionado a los proyectos de PFI. De esta forma, dicho ente se encargaba del factor operativo (se certificaba la viabilidad comercial del proyecto, procurando que se lleven a cabo los que sean idóneos) y legal (principios comunes para la diversidad de proyectos a aplicar por la Administración Pública, reduciendo el riesgo legal) al ser el emisor de las directivas generales pertinentes. Los cambios dados por el partido laboralista continuarían con la posterior creación de la Partnership UK (en sustitución del *Treasury Private Finance Taskforce*) la cual tiene como agregado ser una joint venture²⁰ que además de prestar labores de asesoramiento respalda financieramente a aquellos proyectos que no encuentran financiamiento en el mercado. Con lo que pasar a ser además de asesor de proyectos, un financista de los mismos. Como un sustituto del *Treasury Private Finance Taskforce*, en los que se refiere a la ordenación de los proyectos y las contrataciones estatales, el Gobierno Británico cuenta hoy con la *Office of Government Commerce*²¹.

Es aquí donde queremos hacer notar

¹⁷ Es en este momento donde rastreamos la primera alusión a las hoy conocidas Public Private Partnership o Asociaciones Público Privadas. Importantes es hacer notar que el término Public Private Partnership (PPP) fue adoptado por el gobierno laborista de Tony Blair, como una denominación nueva para las anteriormente denominadas PFI: Private Finance Initiative.

¹⁸ ACERETE, Basilio: Financiación... Op. Cit. Página. 14.

¹⁹ Si bien se contaba con la institucionalidad necesaria para impulsar la aplicación de las PFI, los proyectos llevados a cabo bajo esta modalidad fueron escasos, por lo que su utilidad fue puesta en entredicho.

²⁰ Conformada entre la Administración y el Sector Privado, con status de empresa privada pero con participación social del Estado en el accionariado.

²¹ Seguimos aquí lo señalado por ACERETE, José Basilio: Financiación... Op. Cit.; y, NIETO GARRIDO, Eva: La financiación privada... Op. Cit.

que estos modelos son requeridos en su origen para proyectos de gran inversión que representaban un gran riesgo para el activo público y el déficit fiscal que la Administración enfrenta normalmente. De esta forma, destacamos una primera ventaja para estos como lo es la *flexibilidad que otorga al presupuesto de la instancia de gobierno que los promueva*²².

Esto no obsta el que dichas técnicas hayan sido usadas también en sectores tales como sanidad, salud, educación e incluso en departamentos de aduanas. Es así que las Asociaciones Público Privadas se han visto ejecutadas en importantes proyectos de infraestructura europeos tales como el Channel Railways Limited (que une la estación ferroviaria de Saint Pancras con el EuroTunnel²³). Además, han sido adaptadas también a proyectos vinculados a los sectores de salud, educación y a infraestructura penitenciaria, judicial y

deportiva.

Paralelamente, en lo que respecta a la experiencia europea, tenemos la influencia de la Unión Económica y Monetaria de la Unión Europea, los criterios de Maastricht, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, normas y directivas por medio de las cuales, al limitarse el déficit público en los países pertenecientes a la Unión Europea, se redujeron también las fuentes de financiamiento para las inversiones y obras públicas²⁴. Consiguientemente, dadas las normas antedichas, se buscó potenciar instrumentos que permitan afianzar alianzas público-privadas que se repartan el financiamiento (y los riesgos) para la ejecución de grandes proyectos de infraestructura e inversión.

Por otro lado, en el contexto latinoamericano, los procesos de redefinición de los roles del Estado en la economía, se mostraron con fuerza en los

²² Cabe precisar que esto se ve reflejado en la Resolución del Consejo Europeo de Ámsterdam de 17 de junio de 1997 por la que se dispone límites en los niveles de endeudamiento de las Administraciones Públicas europeas, cuya superación da lugar a una serie de sanciones para los Estados Miembros de la Unión.

²³ La experiencia obtenida a partir del proyecto Euro túnel es enriquecedora en cuanto al análisis de los proyectos de concesión tradicionales entregados en total riesgo y ventura al privado. El modelo bajo el cual se entregó en concesión el proyecto (previo tratado suscrito entre las partes involucradas, es decir el Gobierno Francés y Británico) es el contrato BOT (Build, Operate and Transfer, el cual se analizará con mas detalle mas adelante), por el cual se le otorgó el derecho al concesionario a construir y operar el túnel por 55 años, siendo financiando a partir de un *Project finance*. Así, los negocios que proveían el flujo de ingresos eran, entre otros, los de cobro de transporte de automóviles y camiones entre ambos lados del túnel así como cobro de trenes de carga. Tanto el riesgo de construcción como el de explotación fueron enteramente asumidos por la concesionaria, con el único cargo a los ingresos futuros (no se contó con garantía alguna del gobierno británico o francés). En cuanto a los principales problemas que afrontó este proyecto, encontramos el que no se pudieron estudiar a fondo las propuestas técnicas que se hicieron llegar a la licitación. De esta forma, no se pudo prever las dificultades financieras que surgieron durante la construcción del Euro Tunnel. De este modo, el que los costos iniciales se hayan casi duplicado y que no se cuenta con una garantía por parte de los Estados participantes (Francia e Inglaterra), demuestran un desconocimiento por parte de los inversores del negocio de explotación de la concesión a largo plazo, y que en lugar de esto se tenía una visión a corto plazo en la cual se esperaba un retorno de la inversión con el término inmediato de la construcción. Sobre este particular tema del Euro Túnel, véase: RUIZ OJEDA, Alberto: El Eurotúnel. La provisión y financiación de infraestructuras en régimen de concesión. En: Revista de Administración Pública. N° 132. Septiembre-diciembre 1993. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Páginas 469-529.

²⁴ Para un detalle de estas normas véase: GONZALEZ GARCIA, Julio V.: Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006. 245 pp.; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia: Ejecución y Financiación de Obras Públicas. Estudio de la Obra Pública como institución jurídico-administrativa. Prólogo de José Luis PIÑAR MAÑAS. Thomson-Civitas - Fundación Caixa Galicia. Cizur Menor, 2006. 479 pp.

años 90 del siglo pasado, principalmente mediante los procesos de privatización y concesión de determinados proyectos. Así, en nuestra legislación son muestra de estos procesos la dación de normas tales como el Decreto Legislativo 757²⁵, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada y el Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM²⁶.

Particularmente, y en lo que interesa a Latinoamérica, la acogida de las Asociaciones Público Privadas se encuentra en pleno auge. A guisa de ejemplo, ya en nuestro país tenemos que tanto el Ministerio de Economía y Finanzas, como ProInversión²⁷ ostentan las competencias para incentivar la participación privada en este tipo de proyectos (ciertamente con la participación del MEF en lo que respecta al componente de financiamiento público). De esta manera, proyectos que ya se vienen

ejecutando actualmente, como los tramos 2, 3 y 4 de la Carretera Interoceánica, el contrato suscrito para IIRSA Norte, el de la concesión del primer grupo de Aeropuertos Regionales (zona norte) y el del Terminal Portuario de Matarani, así lo demuestran.

Como referencia de tipo aproximativo, podemos notar en este punto que las Asociaciones Público Privadas en el contexto latinoamericano han sido implementadas básicamente para los sectores de infraestructura y de servicios públicos y que han sido entendidos fundamentalmente en sólo una de sus modalidades como lo es la cofinanciada, a diferencia de lo que hemos visto en sus orígenes europeos, donde su uso se ha dado en sectores tales como educación, salud, y los mencionados líneas arriba²⁸.

Sin embargo, debemos recordar entonces que las Public Private Initiative buscaron en sus inicios extender los beneficios de la técnica y financiamiento privado a los servicios más cercanos a la

²⁵ Al respecto consideramos pertinente citar los siguientes artículos del Decreto Legislativo N° 757 (resaltado nuestro):

Artículo 3.- Se entiende por libre iniciativa privada el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales suscritos por el Perú y las Leyes.

Artículo 6.- Queda derogada toda reserva en favor del Estado, ya sea parcial o total, para la realización de actividades económicas o la explotación de recursos naturales, con excepción a las referidas a las áreas naturales protegidas.

²⁶ Citamos los siguientes artículos del TUO de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos (los resaltados son nuestros):

Artículo 1.- Declárese de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

Artículo 2.- La modalidad bajo la cual se promueve la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos es la concesión.

²⁷ Cfr. D' MEDINA LORA, Eugenio: Institucionalidad PPP en el Perú: Antecedentes, evolución y prospectiva. En: Revista de Economía y Derecho. Vol. 4. N° 15. Invierno 2007. Sociedad de Economía y Derecho de la UPC. Lima, 2007. Páginas 53-72.

²⁸ Confróntese la descripción de los variados usos que puede darse a las PPP's, en GUGLIELMINETTI, Patricia y otro: Algunos aspectos jurídico-económicos de la asociación público-privada.... Op. Cit. Páginas 638 y ss. También véase, RUIZ OJEDA, Alberto: La concesión de obra pública. Thomson-Civitas. Navarra, 2006. 810 pp.

sociedad. Consideramos que esto podría significar el que antes que un incentivo a la participación privada y con esto al aumento de los recursos disponibles, lo que se realice es simplemente una sustitución de recursos ahí donde el erario público no cubra lo requerido.

Para una mejor explicación de estas técnicas y las ventajas o desventajas que representen para cada caso, pasamos a determinar su definición, al menos de forma operativa, para cumplir con los objetivos del presente trabajo.

2. CONCEPTO Y RASGOS ESENCIALES DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS.

Teniendo presente el origen descrito y el contexto en el que surgieron, procedemos a dar la siguiente definición para las Asociaciones Público Privadas (APP's), la cual emplearemos operativamente para el desarrollo de este trabajo. Se ha señalado que éstas son,

“Acuerdos de cooperación entre entidades públicas y privadas conforme a los cuales, a través de diferentes técnicas, modalidades, alcances y plazos, tienen por objeto cometer al sector

privado el diseño, construcción, ampliación, mantenimiento, refacción, gestión y/o financiación de infraestructuras públicas y/o servicios de interés público (en sentido amplio), transfiriéndole riesgos y responsabilidades a su respecto, y reteniendo invariablemente la Administración, las potestades de control y regulación de la actividad de los agentes privados en tales casos²⁹”.

De esta forma, los acuerdos de cooperación aluden a una serie de relaciones entre el sector privado y público, generalmente de tipo contractual, que se establecen para el desarrollo de infraestructura pública, y que se materializan en relaciones jurídicas por las cuales se reconoce que ambas partes tienen ciertas ventajas para asumir determinadas tareas (eficiente asunción de riesgos establecida de manera colaborativa). Estas relaciones eventualmente obedecen a un carácter de temporalidad, pero en esta clase de proyectos tienden a ser de largo plazo.

En esta perspectiva, quisiéramos enfatizar el hecho por el cual las relaciones que se entablan entre la Administración y

²⁹ Cfr. CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO. *“Financiamiento Privado de Infraestructuras. Estudio de Alternativas y experiencias en materia de proyectos de Participación Público-Privada para América del Sur. Sector Transporte”*, p. 14.

Otras definiciones importantes son por ejemplo la de GUGLIELMINETTI y BENSADON, quienes sostienen que: *“...Bajo diversas denominaciones Private Finance Initiative – PFI, Public Private Partnerships – PPP, Asociación Público Privado – APP (traducción literal de la expresión inglesa), Colaboración Público Privada (CPP), Parcería Público Privada (PPP); entre otras, se alude a distintas técnicas alternativas de carácter jurídico-financieras orientadas a la concurrencia del sector público y del sector privado con la finalidad de viabilizar la financiación, construcción, renovación, mantenimiento y operación de infraestructuras y/o la prestación de servicios públicos o de interés público”*. Op. Cit. Página 647.

Así también, conviene citar al estudioso argentino Oscar AGUILAR VALDEZ, quien señala en su estudio “Principios jurídicos aplicables a las infraestructuras públicas” que: *“...las APP, según las Naciones Unidas, constituyen una forma de colaboración de los sectores público y privado que tiene por objeto implementar un proyecto de envergadura por medio del cual los recursos y capacidades son puestos por cada uno de esos sectores en forma conjunta, lo cual supone la distribución de los riesgos de la mejor forma para optimizar las perspectivas de cada parte”*. En: Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral – Facultad de Derecho. Ediciones RAP. Buenos Aires, 2004. Página 425.

el privado se caracterizan por ser complejas. Esto debido a dos factores principalmente:

- Se mantiene una continua interacción a lo largo de toda la vida del proyecto entre el contratista y la Administración³⁰.
- Se permite la participación de más de un contratista durante la vida del proyecto. Ésta puede darse a modo principal o por mecanismos de subcontratación, y dependiendo de los servicios que requiera prestarse.

En cuanto al objeto de las Asociaciones Público Privadas, éste variará de acuerdo a las necesidades que se requieran cubrir, y es por esto que, en relación a lo mencionado líneas arriba, el objeto es de difícil precisión dado que sabemos qué es lo que se busca (la necesidad a satisfacer) pero no los medios de los cuáles nos vamos a valer, tales medios se irán definiendo en la continua interacción entre en contratista y la Administración a lo largo del íter contractual. Entre las prestaciones que podemos mencionar encontramos (presumiendo la financiación del privado)

“la construcción o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento y actualización, su explotación o gestión”³¹.

Asimismo, si bien decimos que la Administración retiene invariablemente las potestades de control y regulación, la gestión del proyecto puede retenerse o no en la Administración, originando una clasificación que divide a las Asociaciones Público Privadas en aquéllas de gestión directa y otras de gestión indirecta. Para las de gestión directa podemos mencionar a los contratos de mantenimiento y/o rehabilitación (service contracts) y para las de gestión indirecta a los contratos concesiones o los contratos de arrendamiento de infraestructura (lease contracts).

Sobre la base de lo dicho, encontramos dos rasgos característicos de las APP's, los que pasamos a describir:

- Transferencia adecuada de riesgos entre las partes³². La asignación de riesgos a aquella que está en mejor posibilidad de asumirlos es el punto central de las APP³³.

³⁰ Hacemos la referencia a lo dicho por GONZALEZ GARCÍA, Julio V., “Contrato de Colaboración Público Privada”, en: Revista de Administración Pública Nº 170, Madrid, Mayo/Agosto 2006, p. 13: “Si los CPP tienen entre sus activos el mejorar la prestación de los servicios a la Administración fruto de sus mayores conocimientos, lógico es que estas soluciones innovativas se plasmen desde el momento inicial”. (Resaltado nuestro).

³¹ Ibid. p. 24.

³² En cuanto a los riesgos a considerar en los contratos asociados a la gestión de infraestructuras, el siguiente gráfico tomado de FELICES, Enrique. “Asociaciones Público Privadas para el financiamiento de infraestructura: el nuevo rostro del Project finance”, en: Themis Nº 50, Lima, 2005, p.142, puede ayudarnos a comprender mejor las ideas que venimos señalando con respecto a la transferencia de riesgos entre las partes de una PPP:

Riesgos Asignados al Sector Público	Riesgos Compartidos	Riesgos asignados/transferido al concesionario
Riesgo Regulatorio	Riesgo de Demanda	Diseño
Discriminatorio	Riesgo de Inflación	Construcción
Pago	Riesgo Regulatorio General	Puesta en marcha
	Fuerza Mayor	Rendimiento de Explotación
		Financiamiento del Proyecto
		Obsolescencia de tecnología.

³³ En la línea de lo señalado por FELICES, Enrique. “Asociaciones Público Privadas para el financiamiento de infraestructura”

Así, esta eficiente asignación de los riesgos contractuales hace que podamos diferenciar a esta figura del Contrato de Servicio y del Contrato tradicional de obra pública³⁴.

En el primer caso, los Contratos de Servicio se dan para proyectos específicos (p.e., la construcción, limpieza, recaudación, recolección residuos sólidos) en los cuales normalmente los riesgos de mantenimiento y operación no se encuentran bien asignados, siendo una relación que se da meramente entre contratista y Administración Pública, mediante una técnica de locación de servicio, o bajo la generalidad de los contratos *do ut des*, con la salvedad de que aquí el responsable del servicio siempre es el contratista.

En el segundo caso, los Contratos de Obra Pública se dan también para

proyectos específicos en los cuales se encarga la construcción al privado de determinada construcción y el pago es abonado por la Administración al fin de la ejecución del contrato. En este sentido, podemos notar que no se aprovecha las ventajas del particular para el diseño de las obras y que se contribuye al incremento del déficit fiscal en relación al uso de recursos públicos³⁵.

Lo mencionado ha sido recogido por la Comisión Interpretativa de la Comisión Europea 2000/C 101/02, “si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltará el elemento de riesgo”³⁶. Al reseñar a las “contingencias” la Comisión refiere a los riesgos (básicamente) de diseño, construcción y explotación³⁷.

tura: el nuevo rostro del Project finance”, en: Themis N° 50, Lima, 2005, p.137-150.

³⁴ Se ha dicho con respecto al contrato de obra pública, que “...este contrato se caracteriza porque la Administración encarga a un empresario la ejecución de una obra completa, que se realizará a riesgo y ventura del contratista y sin que éste tenga derecho a indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en las obras, salvo en casos de fuerza mayor”. Cfr. HERRANZ EMBID, Paloma: Régimen general de las obras públicas. En: GONZALEZ GARCÍA, Julio V. (Director): Derecho de los Bienes Públicos. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005. Página 732.

³⁵ En relación a esto podemos decir que, en general, las Asociaciones Público Privadas además de afrontar el problema de recursos para solventar la infraestructura pública que se requiere, reemplaza la carga impositiva de donde la Administración obtiene el financiamiento por el pago realizado por los usuarios del servicio por medio de los peajes u otras modalidades. La idea mencionada constituye una regla general para la doctrina (a guisa de ejemplo, véase, AZOFRA VEGAS, Fernando. “La financiación privada de infraestructuras públicas”, en: Reda N° 96, octubre/diciembre 1997, p. 543 y ss; GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., “Contrato de Colaboración Público Privada”, en: Revista de Administración Pública N° 170, Madrid, Mayo/Agosto 2006, p. 7-39); sin embargo, esto no obsta a obviar los casos de cofinanciamiento que puede brindar el Estado (sea mediante aportes dinerarios, sea mediante garantías públicas) en determinados proyectos de baja rentabilidad económica en donde encontramos por ejemplo, a carreteras de baja afluencia de usuarios, lo que origina a las Asociaciones Público Privadas cofinanciadas, las cuales serán analizadas a con mayor detenimiento en otro acápite del presente trabajo. Así, consideramos importante hacer notar que esta interpretación que permite asociar las idea de los PPP's también a los supuestos de cofinanciamiento, se hace en el caso latinoamericano, y ya en nuestro país, como uno de los modelos más usados (véase, FELICES, Enrique. “Asociaciones Público Privadas para el financiamiento de infraestructura: el nuevo rostro del Project finance”, en: Themis N° 50, Lima, 2005, Páginas 137-150; RONCEROS, Miguel Ángel. “Concesiones Cofinanciadas y PPP's”, en: Themis N° 52, Lima, 2006, Páginas 231-238.

³⁶ En relación a lo dicho por la Comisión Europea nos permitimos hacer la salvedad de lo señalado en la nota a pie de página inmediatamente anterior.

³⁷ Al respecto, citamos lo dicho en la nota 17 sobre el Euro Túnel y agregamos a lo dicho el que aún cuando el particular

La asunción de riesgos entre el particular y la Administración dependerá de la relación jurídica que se quiera adaptar, lo que originará al criterio ya mencionado de Asociaciones Público Privadas de gestión directa o de gestión Indirecta.

- Incorporación del criterio de “Value for Money” o del “Valor añadido”. Tal como es posible deslindar de lo dicho algunas formas de Asociaciones Público Privadas tales como las concesiones ya han sido ejecutadas desde antes de la implementación de este concepto. Esto nos quiere decir que otro de los puntos esenciales a considerar es el que se exige una metodología nueva de enfoque, la cual consiste básicamente en dos pasos:

- ❖ “Public Sector Comparator”, aquí se evaluará hipotéticamente si para la gestión y/o ejecución de determinado proyecto es mejor su asunción por el sector público o privado (o ambos estructurando de esta forma la Asociación Público Privada requerida), bajo criterios estrictamente objetivos que consideren que los beneficios de la participación del privado sean

superiores a sus costes y los riesgos que en cada caso se van a asumir³⁸.

- ❖ “Motivación de la opción elegida”, este punto es directa consecuencia de lo anterior y de los criterios objetivos requeridos para la elección de la implementación de una Asociación Público Privada o no. Dicha motivación debe de estar referida al llamado “principio de eficiencia en el gasto público”. A través de este factor se pretende asegurar conseguir los niveles de calidad requeridos para el proyecto.

Sin embargo, no sólo estas son las características o rasgos esenciales de las APP's. Así, conviene citar a GONZALEZ GARCIA, quien señala que las características centrales de estas modernas formas de colaboración suelen estar concentradas en los siguientes elementos³⁹:

(i) Relación larga en el tiempo. Los contratos que constituyen una APP generalmente son contratos estables en el tiempo, y están diseñados para durar durante la construcción y operación rentable de una infraestructura.

(ii) Financiación compleja⁴⁰ en la que

asuma los riesgos financieros del proyecto, esto no obsta a que el Estado realice o encargue los estudios técnicos pertinentes para revisar la viabilidad del proyecto, recordemos que el Estado no pierde la responsabilidad que tiene ante la sociedad por la prestación debida de los servicios públicos y de obras públicas de infraestructura de calidad. Así, tal como se menciona en CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO. *Financiamiento Privado de Infraestructuras. Estudio de Alternativas y experiencias en materia de proyectos de Participación Público-Privada para América del Sur. Sector Transporte*, p. 177, “mas que un tratamiento inadecuado de riesgos, lo que parece predominar e este caso es una falla en la coordinación logística de los distintos actores”.

³⁸ Entre los criterios podemos mencionar a “la fórmula más eficiente de construir la obra proyectada por el sector público, todos los costes y riesgos, el coste actual neto que supone a la Administración la prestación del servicio, comparándose con las ofertas realizadas”, esto siguiendo a GONZALEZ GARCÍA, Julio V., “*Contrato de Colaboración Público Privada*”, en: Revista de Administración Pública Nº 170, Madrid, Mayo/Agosto 2006, p. 25. Sobre este tema, también véase a ACERETE GIL, José Basilio: Financiación... Op. Cit. Páginas 29-30.

³⁹ Véase también sobre los rasgos característicos de la PPP: VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia: Financiación... Op. Cit. Página 341.

⁴⁰ Lo cual nos permite asociar a las PPP con el denominado “contrato de project finance”, el cual es un elemento de capital importancia en la financiación de grandes infraestructuras en la actualidad. Sobre dicho contrato, véase, VAÑÓ VAÑÓ,

participa esencialmente el empresario que colabora con la Administración.

- (iii) Un papel preponderante del operador económico en la planificación, y,
- (iv) Reparto de riesgos⁴¹ entre la administración y el particular, quien tiene que asumir los riesgos esenciales del proyecto para que no se compute a efectos de déficit público⁴².

2.1. Tipos de Asociaciones Público-Privadas para la provisión de servicios públicos e infraestructura.

Conviene señalar que puede afirmarse la existencia de una diversidad de criterios clasificatorios para distinguir entre los tipos y modalidades de procesos que involucren PPP's o APP's.

Una de las clasificaciones, por ejemplo, que ha hecho mayor fortuna en doctrina latinoamericana, es aquella que distingue entre APP's de tipo colaborativo y de tipo asociativo. Así, se señala que las APP de tipo colaborativo, expresan a aquellas modalidades en las cuales el Estado o el sector público celebra contratos con el sector privado, para el diseño, construcción,

operación, gestión, mantenimiento, reparación, etc., de obras, servicios o infraestructuras de carácter público. Nótese que en esta modalidad "cooperativa", no existe la creación de una persona jurídica, sino que se trata únicamente de contratos entre el sector público y privado. Distinto es el caso de la figura de las APP de tipo "asociativo", en las cuales el sector público ya no es un mero "adquiriente" de servicios asociados a infraestructura, sino que pasa a ser un "socio" del sector privado, generalmente mediante la constitución de una sociedad, cuyo objeto exclusivo o propósito exclusivo estará dirigido al desarrollo y mantenimiento de una infraestructura, obra o servicio para el público⁴³.

Sin embargo, frente a esta clasificación que se sustenta, en buena cuenta, en el hecho de si existe o no la formación de una unidad asociativa entre la Administración y los privados, preferimos optar por definir varios criterios clasificatorios para las APP, siguiendo la línea trazada por la Corporación Andina de Fomento, en el completo estudio que ha realizado sobre la materia. Sin embargo,

María José: El contrato de Project finance. Tirant lo Blanch. Valencia, 2002. 390 pp. En sede nacional, véase el reciente e importante trabajo de NOYA DE LA PIEDRA, Ismael y Juan Carlos DE LOS HEROS ECHECOPAR: Para entender el *Project Finance*. En: Revista THEMIS. N° 54. Lima, 2007. Páginas 33-48.

⁴¹ En la línea de lo que venimos señalando, una buena descripción de los riesgos que pueden encontrarse en los contratos complejos que constituyen las APP's, puede encontrarse en NOYA, Ismael y DE LOS HEROS, Juan Carlos: Para entender... Op. Cit. Páginas 38-43.

⁴² Cfr. GONZALEZ GARCÍA, Julio V.: Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006. Página 47.

⁴³ Sobre esta distinción, véase: AGUILAR VALDEZ, Oscar: Contratación administrativa y financiamiento. (La relación entre el financiamiento y los mecanismos de ejecución contractual. El caso de los contratos de construcción y explotación de infraestructuras públicas). En: CASSAGNE, Juan Carlos y Enrique RIVERO YSERN (Directores): La contratación pública. Tomo I. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 2007. Páginas 561-596. Particularmente, para la distinción entre los tipos de APP, véanse las páginas 585-594 del referido estudio. Asimismo, véase, GUGLIELMINETTI, Patricia y BENSADON, Pascual: Algunos aspectos... Op. Cit. Página 648, donde señalan esta diferencia, entre "*Técnicas de APP de tipo puramente contractual, en las que la colaboración o concurrencia de los sectores público y privado se basa en vínculos exclusivamente convencionales, y, Técnicas de APP de tipo asociativo o "institucionalizado", que implican la cooperación o concurrencia de los sectores público y privado en el seno de una entidad diferente*".

hacemos la salvedad de que algunas de las modalidades que son empleadas para el desarrollo de las APP, como en el caso de las concesiones de obras públicas bajo una Asociación Público Privada y los contratos de “llave en mano” no son sino nuevas aplicaciones de los modelos tradicionales ya conocidos en nuestros países de los contratos de concesiones y de los contratos de obra pública. En tal sentido, la nota diferenciadora de tales fórmulas contractuales tradicionales con respecto a las APP, insistimos, se encuentra en la particular asunción de riesgos que se da bajo estos contratos entre el contratista y la Administración.

2.1.1. Criterios de Clasificación para las APP.

Encontramos hasta cuatro criterios que pueden ser útiles para clasificar a las APP, los cuales procedemos a mencionar⁴⁴:

- Tipo de potestades que se transfieren al sector privado: de carácter colaborativo, operacional, contributivo y consultivo.
- Entidad que asuma el financiamiento: financiación público-pura; financiación privada pura, financiación público privada o compartida.
- Según el tipo de gestión: gestión directa o gestión indirecta⁴⁵.
- Según el tipo de riesgo asumido por el sector privado: mantenimiento, gestión, construcción “llave en mano”, arrendamiento de infraestructura,

leasing financiero y concesión.

2.1.2. Modalidades más usadas para la gestión de las APP's. La vinculación con fórmulas “clásicas” de la contratación pública, y por ende, con el Derecho administrativo.

Conviene señalar que las modalidades contractuales o de gestión más empleadas en las APP's son las siguientes:

- Contrato de mantenimiento y/o de rehabilitación.- contrato por el cual la Administración encarga a un particular labores de mantenimiento y/o rehabilitación de determinada infraestructura, actuando el particular a cuenta y en nombre de la Administración y a cambio de una contraprestación (pagos por resultados alcanzados definidos en estos contratos) dada por la respectiva entidad. La retribución es obtenida a partir de tributos, contribuciones y peajes cobrados a los usuarios. Estos contratos se caracterizan por ser de corto tiempo, y se han usado para contratos de limpieza pública, lectura de medidores y manejo de aguas servidas, entre otros. Al hablar de plazos cortos, los riesgos que pudiera asumir el particular son bajos. Sin embargo, se considera que este debe asumir los riesgos de diseño/construcción, sobrecostos operativos, caso fortuito o fuerza mayor.
- Contratos de gestión o de servicios.- contrato por el cual la Administración

⁴⁴ Esta clasificación ha sido tomada de CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO. “Financiamiento Privado de Infraestructuras. Estudio de Alternativas y experiencias en materia de proyectos de Participación Público-Privada para América del Sur. Sector Transporte”. Op. Cit.

⁴⁵ Este criterio será referido a lo largo de las siguientes líneas y se caracteriza por el que sea el contratista quien actúa a nombre y por cuenta propia o no. De este modo, de estar en el primer caso, nos encontraremos en modalidades de gestión indirecta de la Administración y de estar en el segundo caso nos encontraremos en modalidades de gestión directa de la Administración.

encarga a un particular la ejecución de determinadas actividades relacionadas con la gestión u operación del servicio durante un periodo determinado (normalmente corto de tres a cinco años) a cambio de una contraprestación dada por la respectiva entidad y actuando el contratista a nombre y por cuenta de la Administración. Debemos señalar que entre las prestaciones a incluirse puede quedar comprendido el mantenimiento y/o rehabilitación a la que nos referimos en el apartado anterior.

En cuanto al pago realizado por la Administración, éste corre por su cuenta (con lo que corre con el riesgo comercial del proyecto) y puede estar compuesto por un componente fijo y otro variable, dicho componente variable estaría determinado por estándares de calidad fijados con anterioridad en el contrato a cumplirse por el particular. En este sentido, se hace necesario prever una serie de penalidades por incumplimiento de estos estándares así como un sistema de supervisión de los mismos (sin restar autonomía al particular en su gestión, pues se impone un resultado a conseguir mas no un medio para conseguirlo). Estos contratos suelen realizarse para actividades de recolección de peajes, control de tráfico, y actividades relacionadas.

- Contrato de Construcción “llave en mano” (o sistema alemán).- contrato por el cual la Administración encarga a un

particular la construcción de determinada obra a cambio de una contraprestación a ser cancelada por la entidad en forma diferida previo cumplimiento de la ejecución de la obra y del cumplimiento de determinado estándares de calidad ya fijados en dicho contrato. Como podemos observar, este contrato tiene su origen en el tradicional contrato de obra pública. La diferencia radica, principalmente, en que en este caso la retribución es diferida y no pagada conforme a un avance de obra⁴⁶. Además, es común que en este tipo de contratos el particular corra no solo con el riesgo de construcción como el contrato de obra pública tradicional, sino que puede tener a su cargo el riesgo de diseño e incluso de gestión⁴⁷ y mantenimiento dependiendo de la complejidad del contrato (en estos supuestos nos encontraríamos ante supuestos de contratos de construcción “llave en mano” mixtos). Normalmente el tiempo de duración de estos contratos (en su versión pura) es de 8 a 15 años.

- Contrato de Arrendamiento de Infraestructuras.- contrato por el cual la Administración arrienda infraestructura de su propiedad a cambio de un precio a pagar (fijado previamente) y por determinado plazo. En este caso, y a diferencia de los anteriores, nos encontramos ante una modalidad de gestión indirecta de la Administración, en tanto es el contratista quien corre con el riesgo de explotación del proyecto. En

⁴⁶ “En la medida que hay un diferimiento del pago, la financiación del proyecto es asumida por el contratista, aplicando recursos propios y/o ajenos”. CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO. “*Financiamiento Privado de Infraestructuras. Estudio de Alternativas y experiencias en materia de proyectos de Participación Público-Privada para América del Sur. Sector Transporte*”, p. 33.

⁴⁷ Aún cuando el particular tenga a su cargo la gestión del proyecto y la retribución de esta provenga de los ingresos por peaje y/o tarifas, la Administración es quien corre con el riesgo comercial y de explotación.

este sentido, los recursos que el particular obtiene para su financiamiento son obtenidos de la explotación de estos proyectos. Es de enfatizar que esta clase de contratos reviste de complejidad al generarse relaciones jurídicas con los usuarios y que lo podemos diferenciar de los contratos de concesión en tanto el pago que se realiza es a título de arrendamiento. El plazo para estos contratos es normalmente de 5 a 10 años, tiempo prudente para que el contratista recupere su inversión a partir de la diferencia entre lo que obtiene por la explotación del proyecto y los pagos que realiza por arrendamiento.

• **Contrato de arrendamiento financiero de infraestructuras.**- este contrato se caracteriza por dos momentos:

- ❖ El encargo de la Administración hacia un particular del diseño y ejecución de determinada obra (el privado es propietario de dicha infraestructura)
- ❖ El cese del derecho de uso por parte del contratista a la Administración durante un tiempo determinado y a cambio de una contraprestación determinada a ser cancelada periódicamente, con el agregado del derecho a opción de compra a favor de la

Administración al finalizar el plazo del contrato (con el pago de un precio final).

Es de aclarar que en estos casos la gestión de la infraestructura se encuentra a cargo de la Administración, por lo que nos encontramos ante una modalidad de gestión directa de la entidad.

- **Contrato de Concesión.**- esta es la modalidad que, no sin ciertos reparos a nivel comparado, es la más reconocida de Asociaciones Público Privadas, y en nuestro país es bajo esta misma como se ha venido entendiendo y aplicando a la institución materia de estudio⁴⁸.

Este contrato puede ser definido como aquel en el cual el Estado puede encargar el diseño, la construcción, ejecución y explotación de una obra, servicio público o infraestructura asociada a éstas, al contratista a cuenta y riesgo de este particular⁴⁹, por lo que hablamos de modalidades de gestión indirecta de Asociaciones Público Privadas (ya que el contratista actúa en nombre y por cuenta propia, aunque siempre respetando la finalidad pública del objeto del contrato de concesión) así como de una modalidad jurídica compleja al interrelacionarse con los

⁴⁸ “En el Perú, las APP se han venido desarrollando a través de las concesiones reconociendo que el Estado y el privado pueden llevar adelante una relación de largo plazo donde la suma de sus fortalezas permita un beneficio mutuo”. CORNEJO DÍAZ, René. “*Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos: Una mirada desde el sector público*”, en: Themis N° 52, Lima, 2006, p. 215.

⁴⁹ Para un análisis completísimo de la evolución reciente del concepto de concesión (sobre todo de la concesión de obras públicas) véase, FERNANDEZ ACEVEDO, Rafael: Las concesiones administrativas de dominio público. Thomson-Civitas. Cizur Menor, 2007. Asimismo, puede verse, VALCARCEL FERNÁNDEZ, Patricia: Financiamiento... Op. Cit. Página 297 y ss.; CASARES MARCOS, Anabelén: La concesión de obras públicas a iniciativa particular: Tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad. Prólogo de Francisco SOSA WAGNER. Editorial Montecorvo. Madrid, 2007; y, MENÉNDEZ, Pablo y FERNANDEZ ACEVEDO, Rafael: Análisis histórico jurídico de la concesión de obra pública. En: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Pablo (Director): Comentarios a la Nueva Ley 13/2003, de 23 de Mayo, reguladora del contrato de Concesión de Obras Públicas. Thomson-Civitas. Madrid, 2003. Páginas 29-108.

usuarios de la infraestructura.

Precisamente, aquí es donde radica la necesaria vinculación del concepto de la PPP con las técnicas clásicas de la contratación pública y del Derecho Administrativo, toda vez que mayoritariamente, las APP's se estructuran sobre la base de relaciones jurídicas de corte administrativo, o donde al menos, interviene alguna entidad de la Administración Pública, lo cual necesariamente las vinculará a las técnicas de la contratación administrativa (contrato de concesión, contrato de servicios, contrato de obra pública, etc.). Consiguientemente, si bien externamente, las PPP reflejen una novedad, o un concepto amplio o extrajurídico, vinculado a un reentendimiento de las relaciones entre el Estado y la inversión privada, no es menos cierto que, internamente, las PPP se sirven de técnicas que están ya lo suficientemente decantadas en el derecho administrativo y la contratación pública. He ahí la vinculación existente y que implica la necesidad de prestar atención al fenómeno, para efectuar la necesaria vinculación de esta novedad, dentro de los cauces del derecho administrativo, y concretamente, dentro de las técnicas de la contratación administrativa.

Dicho lo anterior, y para continuar con el hilo argumentativo planteado, es preciso plasmar una breve reseña de los criterios de clasificación con respecto a las concesiones y que son propuestos

sobre el particular⁵⁰:

- ❖ En función a su objeto.- concesión de uso, concesión de servicio público y concesión de obra pública.
- ❖ En función del tipo de operaciones específicas comprendidas en el objeto del contrato de concesión.- diseño (design), construcción (build), financiación (finance), operación (operate).
- ❖ En función de las características económicas financieras del proyecto.- onerosa, gratuita y subvencionada (materia de nuestro trabajo).
- ❖ En función del origen de la remuneración obtenida por el concesionario.- remuneraciones abonadas por los usuarios de los servicios prestados por el concesionario, remuneraciones abonadas por la Administración, concesiones con sistemas retributivos de carácter mixto.

Aún cuando la concesión es una modalidad de gestión indirecta, la Administración no pierde la responsabilidad que estas actividades generan debido al alcance colectivo que revisten (recordando la idea del Estado garante del buen funcionamiento de los servicios públicos y de las infraestructuras). De esta forma, el Estado cumple aquí un rol de regulación (es el caso de las tarifas a cobrar a los usuarios) y de supervisión (es el caso del control de calidad al que se sujeta el contratista sobre la base de los parámetros definidos en el contrato)⁵¹.

⁵⁰ Estos criterios son recogidos del documento de la CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO. "Financiamiento Privado de Infraestructuras. Estudio de Alternativas y experiencias en materia de proyectos de Participación Público-Privada para América del Sur. Sector Transporte".

⁵¹ Lo cual implica que necesariamente, en toda APP, debe considerarse el componente de la regulación y supervisión de

3. VENTAJAS DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS COMO ESTRATEGIA DE DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURA.

Una vez que hemos señalado la conceptualización jurídica que trasciende a la figura de las APP's, puede señalarse que éstas reportan los siguientes beneficios a la sociedad y a las relaciones entre el mercado y el Estado:

- Mejora de la eficacia en la distribución de riesgos (diseño, construcción, financiación y gestión de proyectos de inversión en infraestructura) implícitos en los proyectos de infraestructuras, reduciendo los riesgos tomados por el sector público.

Mediante estas técnicas los beneficios provienen de la nueva óptica en cuanto al diseño de la obra que le puede dar el privado: esto se puede apreciar en los casos en que el contrato implique el "design" o diseño. Asimismo, aún cuando el concedente ya establezca un resultado a alcanzar, será el particular quien defina los medios a utilizar. En este sentido, se permite un aprovechamiento del conocimiento y la innovación de los particulares y de la competencia entre estos por medio de los procesos licitatorios "impulsándolos a presentar sus mejores ofertas en cuanto a precios, cantidades y calidades a ser provistos"⁵².

Además, esta clase de contratos

permite que en los procesos licitatorios mencionados se planeen los costos no solo del "design" o diseño y del "built" o construcción sino también del operate u "operación", lo que permite que se manejen aproximados de costos de explotación y se tenga una visión de la vida del proyecto a efectos de un planeamiento de gasto eficiente.

- Las Asociaciones Público Privadas permiten que se reduzcan las posibilidades de retrasos y de defectos en la entrega de la obra. Esto debido al estímulo que tienen los privados de un cumplimiento eficaz de sus obligaciones al estar supeditado su retribución a parámetros de calidad y puntualidad definidos por el concedente.
- La flexibilidad que estos contratos pueden revestir permiten se adapten a gran variedad de situaciones y prestaciones. Es de resaltar entonces que las Asociaciones Público Privadas han sido implementadas en diversos sectores tales como obras de infraestructura en saneamiento, transporte, en la prestación de servicios públicos como energía y telecomunicaciones y que en ciertos países tales como Inglaterra se han adaptado a sectores tales como salud, educación, vivienda, defensa y prisiones⁵³. En este sentido, tanto la experiencia Británica (Cuadro A) como la de otros países (Cuadro B) puede verse reflejada en los siguiente cuadros:

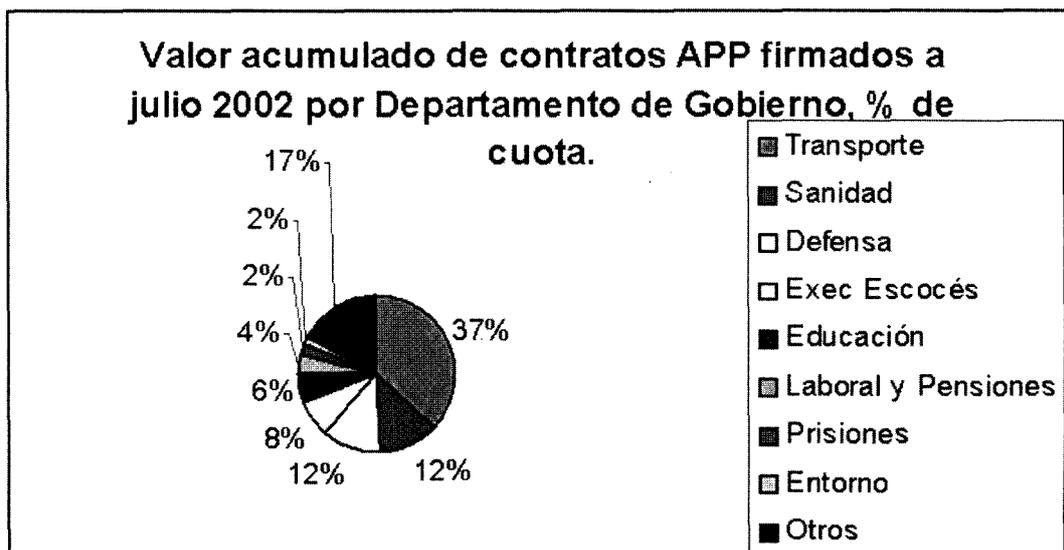
la misma, la cual, en nuestro ordenamiento (y tratándose de obras públicas asociadas a infraestructuras de uso público, y de servicios públicos), estará a cargo de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos, regulados por la Ley N° 27332 y las normas sectoriales complementarias.

⁵² CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO. "Financiamiento Privado de Infraestructuras. Estudio de Alternativas y experiencias en materia de proyectos de Participación Público-Privada para América del Sur. Sector Transporte", p.18.

⁵³ Cuadros tomados de "Public Private Partnerships. Experiencia del Reino Unido para los mercados internacionales". Londres: Internacional Financial Services. 2003, p. 9 y 16.

Cuadro A

Valor de contratos APP celebrados por el Gobierno Británico



Fuente: Base de Datos de Finanzas Público Privadas

Cuadro B

Países con Sectores de PPP en progreso

Países	Sectores con PPP en progreso	Países	Sectores con PPP en progreso
Finlandia	Concesión de carretera (peaje en sombra). Colegio y Educación Superior.	Portugal	Aeropuertos, concesiones carreteras (peaje a la sombra).
Francia	Concesiones Autopista. Concesiones Agua.	España	Concesiones autopista (peaje real) Concesiones carreteras regionales (peajes a la sombra).
Grecia	Concesiones de carretera (peaje real). Ferrocarril, transporte, educación, agua.	Japón	Servicios sanitarios, alojamiento, transporte a nivel regional.
Irlanda	Tratamiento de basuras.	Australia	Carreteras (Melbourne). Hospitales (Victoria y NSW). Prisiones (Victoria y W. Australia).
Italia	Hospitales, transporte, Tratamiento Basura	Sudáfrica	Prisiones, Agua, servicios sanitarios y educación.

4. EL CASO PERUANO: LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS COFINANCIADAS COMO ESTRATEGIA DE DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURA.

Las Asociaciones Público Privadas cofinanciadas se corresponden con un supuesto específico en el cual se puede apreciar un financiamiento público-privado compartido. De esta forma, atendiendo al déficit de infraestructura de nuestro país ya explicado, esta clase de contratos permite que sea el privado quien solvete los fondos necesarios a un corto plazo para la construcción y operación de determinada obra. Hasta este punto podríamos estar hablando de un contrato llave en mano en el cual es el privado quien financia y luego es retribuido.

Sin embargo, el supuesto de la concesión cofinanciada es más complejo. Su principal característica es la baja rentabilidad económica que reportan para un privado pero la alta rentabilidad social que representan para la población. Es en este sentido que, al no ser autofinanciables difícilmente un particular se vería atraído a esta clase de proyectos. Así, es el Estado quien ofrece estímulos para la participación del inversionista privado, distribuyendo riesgos que no serían asumidos por éste sin una participación económica del Estado que reduzca la incertidumbre generada. Los pagos dados por el Estado pueden representar una cantidad fija o sujeta a variaciones adecuadas a parámetros.

Sobre la base de lo dicho, podemos decir que la ventaja de las Asociaciones Público Privadas cofinanciadas consiste en que permite el acceso a infraestructura a poblaciones que de otra forma no lo tendrían mediante la asunción por parte del Estado de los riesgos mencionados.

Tal como hemos señalado anteriormente, en el caso peruano se identifica exclusivamente a las Asociaciones Público Privadas como supuestos de cofinanciamiento estatal de concesiones⁵⁴ (PROINVERSION). En este entendido, la aplicación de esta modalidad contractual se ha incorporado a proyectos de inversión en infraestructura de alta rentabilidad social, pero de una rentabilidad económica, digamos, moderada a baja.

De este modo, proyectos tales como Olmos, los corredores viales de la Carretera Interoceánica, el Primer Grupo de Aeropuertos Regionales y la iniciativa de IIRSA NORTE han sido fruto de la opción por este tipo de modalidad de promoción de la inversión, en la cual se ofreció la oportunidad de una participación estatal para viabilizar las inversiones.

Precisamente, en su gran mayoría, los proyectos antes citados han sido otorgados bajo contratos de concesión, y dentro de estos en la modalidad de concesiones cofinanciadas⁵⁵, por lo que

⁵⁴ Tal como lo reconoce explícitamente PROINVERSION en su Documento de Trabajo N° 4. Las Asociaciones Público Privadas en el Perú. Lima, 2006. Disponible en www.proinversion.gob.pe

⁵⁵ Al respecto nuestra legislación, mediante el Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM, contempla la siguiente definición de concesiones cofinanciadas: "Artículo 14.- La concesión podrá otorgarse bajo cualquiera de las siguientes modalidades: (...) c) Cofinanciada por el Estado, con una entrega inicial durante la etapa de construcción o con entregas en la etapa de la explotación, reintegrables o no; (...)".

podemos decir que en nuestro país el concepto de Asociaciones Público Privadas se entiende de manera restrictiva a “*aquellos casos en que el sector privado provee directamente un servicio público, pero que su intervención supone la participación financiera del Estado para hacer rentable el proyecto*”⁵⁶. Es dentro de este contexto que el Ministerio de Economía y Finanzas emitió el Decreto Supremo N° 104-2007-EF⁵⁷, norma que establece los “LINEAMIENTOS PARA LA PROVISIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS A TRAVÉS DE PROYECTOS DE INVERSIÓN PÚBLICA QUE INVOLUCREN CONCESIONES COFINANCIADAS (CCF)”.

Es debido a la importancia que ha tomado en el contexto peruano la modalidad de APP descrita que, a continuación, pasamos a realizar un análisis más profundo de la misma.

5. ESTRUCTURACIÓN ECONÓMICA DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS COFINANCIADAS.

Tal como lo venimos señalando, estas modalidades de APP se encuentran dentro del supuesto por el cual la financiación es compartida, proviniendo los ingresos para el operador privado de la infraestructura o servicio público concedido, de un sistema mixto, con

participación estatal en el financiamiento de la concesión.

En sí, el aspecto financiero de las concesiones busca otorgar un margen de ganancia o una rentabilidad al particular, toda vez que dicho monto es obtenido a partir de la determinación clara y concreta de los ingresos y costos definidos en el acuerdo celebrado, a partir del cual el concesionario puede determinar el margen de su utilidad, y en buena cuenta, la conveniencia del negocio concesional. Es justamente en este punto donde las Asociaciones Público Privadas cofinanciadas marcan una diferencia, pues a diferencia de las concesiones onerosas⁵⁸ (o financiadas por los usuarios), éstas no configuran un proyecto por el cual el flujo de ingresos propio esté garantizado por las tarifas o el peaje, y es por esta razón que el Estado participa en su financiamiento en las formas que se analizará a continuación.

En esta medida, la intervención estatal mediante el cofinanciamiento reviste mayor importancia al garantizar la bancabilidad del proyecto, concepto este último que quiere decir “*que las inversiones a ser realizadas sean financiables a nivel nacional o internacional y esto se logra garantizando el flujo de ingresos que servirán para el repago de la deuda*”⁵⁹.

Precisamente, el respaldo público al

⁵⁶ PROINVERSIÓN, “Documento de Trabajo N° 4 “Las Asociaciones Público Privadas en el Perú”. Segunda Edición, Junio 2006, p.3. En: www.proinversion.gob.pe

⁵⁷ Norma que derogó los primeros “Lineamientos...” que con igual título fueron aprobados mediante el Decreto Supremo N° 200-2006-EF y que fueron modificados mediante Decreto Supremo N° 036-2007-EF.

⁵⁸ Definidas por el TUO de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por D.S. 059-96-PCM, como aquellas concesiones donde se impone al concesionario una contribución determinada en dinero o una participación del Estado en sus beneficios. Lógicamente, en estas concesiones, los ingresos del concesionario provienen de las tarifas que cobre a los usuarios de la obra o servicio público concedido.

⁵⁹ CORNEJO DÍAZ, René. “Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos: Una mirada

cual nos referimos puede implicar tanto un financiamiento directo o indirecto como los remedios y seguridades que normalmente exige un privado (convenios de estabilidad jurídica o beneficios tributarios entre otros). Para los efectos de este trabajo nos referiremos únicamente a los supuestos de financiamiento directo del Estado, el cual puede revestir las siguientes formas:

- Préstamos otorgados por el Estado. Modalidad no muy recomendada en tanto implica un desembolso efectivo del Estado y constituye un reemplazo al capital privado faltante sin generar mecanismos de incentivos a su participación durante el proyecto. En realidad, no se utiliza.
- Garantías de reembolso a los préstamos obtenidos por el financista. Esta modalidad no implica un desembolso efectivo de fondos públicos y está sujeta a parámetros definidos en el contrato suscrito, por el cual se fijan los supuestos en los que procede así como los límites (por ejemplo basándose en porcentajes de inversión total en el proyecto). En esta línea, con el aval o la garantía del Estado, el concesionario obtiene financiamiento en mejores condiciones, teniendo como resultado que la obligación de pago del Estado se reduzca⁶⁰.
- Subvenciones estatales, por las cuales el concesionario recibe fondos del Estado⁶¹ como componentes de la retribución a percibir por la operación de la concesión. Cabe mencionar que esta es la modalidad en el Perú para las concesiones cofinanciadas. Sin embargo, su aplicación no es excluyente a proyectos autofinanciables (caso de las garantías de ingreso otorgadas por el Estado en el supuesto de que los ingresos por tarifas caigan por debajo de determinado nivel definido en el contrato⁶²). Asimismo, es importante enfatizar que se deben de regular complementarios a estas garantías “incentivos para la generación de nuevos ingresos y la mejora en los ratios de cobranza”⁶³.
- Garantías de crédito parcial, esta modalidad está relacionada con el punto anterior, en tanto se garantiza “el fiel cumplimiento de los pagos del concedente al concesionario”⁶⁴. Dicha garantía puede ser otorgada tanto por la

desde el sector público”, en: Themis Nº 52, Lima, 2006, p. 224.

⁶⁰ Caso de la garantía por US \$ 49.54 millones de dólares que el Estado Peruano otorgó a favor de la CAF (financista) para el contrato de concesión suscrito por INTERSUR S.A. y el Estado Peruano para el Tramo Inambari-Azángaro del Proyecto Corredor Vial Inter Oceánico Perú-Brasil.

⁶¹ Cabe precisar que el financiamiento para estas subvenciones estatales puede provenir tanto del tesoro público como del privado. En este sentido, las obligaciones de pago asumidas por el Estado Peruano en el contrato de concesión del Primer Grupo de Aeropuertos Peruanos de Provincia son obtenidas a partir del aporte realizado por LAP (concesionario del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez).

⁶² Las Garantías de Ingresos Mínimos Anuales fueron usados en la concesión de la Red Vial 6, los Gaseoductos Regionales y en el Primer Grupo de Aeropuertos Peruanos de Provincia.

⁶³ CORNEJO DÍAZ, René. “*Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos: Una mirada desde el sector público*”, en: Themis Nº 52, Lima, 2006, p. 225. Este es el caso del contrato de Gaseoductos Regionales.

⁶⁴ Este es el caso de Proyecto del Corredor Inter Oceánico Norte Perú-Brasil, por el cual la CAF (Corporación Andina de Fomento) garantiza por un monto de US \$ 60 millones de dólares el fiel cumplimiento de los pagos del Estado al concesionario por concepto de PAO (Pagos Anuales de Obra).

banca nacional como extranjera o una agencia multilateral.

Con respecto al último punto reseñado, es preciso indicar que el Estado Peruano se encuentra habilitado por normas expresas, tales como por el artículo 6° de la Ley N° 26438, debidamente concordado con el artículo 4° de la Ley N° 26885, para poder firmar contratos de otorgamiento de seguridades y garantías a personas nacionales y jurídicas, nacionales y extranjeras que realicen inversiones bajo los Decretos Supremos N° 059-96-PCM y 060-96-PCM. Asimismo, es preciso recordar que, para que el Estado otorgue una garantía se necesita la aprobación de la Dirección General de Endeudamiento Público y la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Economía y Finanzas, conforme al procedimiento previsto en la normativa vigente sobre la materia.

Es de resaltar que las aportaciones que realiza la Administración para cofinanciar una concesión no se limitan a compensar el efecto social generado, sino que se el conocido “efecto multiplicador”, por el cual “muchos de los equipamientos e infraestructuras permiten la generación de rentas adicionales que revierten en las arcas públicas a través de impuestos y otros ingresos, de forma que las aportaciones económicas públicas pueden ser recuperadas”⁶⁵.

Asimismo, es importante dejar en claro que el aporte realizado por la Administración no debe ser entendido como un importe subsidiario. De este modo, se deben buscar mecanismos de incentivos a la eficiencia del privado. Dichos incentivos pueden conseguirse a través de varias formas entre las que podemos mencionar: un planeamiento de titulización de activos como forma de revalorizar la acreencia a su favor o la entrega del proyecto por un periodo largo a manera de recuperación de las inversiones realizadas y como incentivo a que las tarifas (de haber) se reduzcan a favor de los usuarios.

6. UN TEMA IMPORTANTE: LA DISTRIBUCIÓN DE LOS PRINCIPALES RIESGOS EN LAS ASOCIACIONES PÚBLICO - PRIVADAS COFINANCIADAS.

En general, puede afirmarse que todo contrato de Asociación Público Privada (APP) implica asignar o dividir riesgos relacionados a las actividades del contrato, recordando que, esto no solo dependerá del grado de aversión sino de quien esté en mejor posición de evitar o mitigar el impacto de ocurrir evento no deseado.

De esta manera, siguiendo lo señalado por KERF, en un contrato como el de Asociación Público Privada podemos encontrar los siguientes tipos de riesgo⁶⁶:

⁶⁵ ACERETE GIL, José Basilio. “*Financiación y Gestión Privada de Infraestructuras y Servicios Públicos. Asociaciones Público-Privadas*”. Tesis Doctoral. Departamento de Contabilidad y Finanzas. Universidad de Zaragoza. 2004, p. 34. Disponible vía web en www.ief.es

⁶⁶ Cuadro tomado de KERF, M., GRAY, D. I., LEVESQUE, C. y TAYLOR, R. “*Concessions: A guide to the design and implementation of concession arrangements for infrastructure services*”. Mimeo. The World Bank. 1997.

¿Cual es el riesgo?	¿como surge?	¿como debe ser designado?
---------------------	--------------	---------------------------

Riesgo de Diseño y Desarrollo

Defectos de Diseño	Especificaciones técnicas exigidas por el Estado. Falla del diseño de la propuesta técnica.	Riesgo lo asume el concedente. Concesionario asume el riesgo.
--------------------	--	--

Riesgo de Construcción

Incrementos en costos de construcción	Derivados de ineficiencias o eventos bajo el control del concesionario. Cambios en el marco legal general. Acción específica del gobierno que afecta la concesión.	Concesionario asume el riesgo. Concesionario asume el riesgo (contratación de seguros). Riesgo lo asume el Concedente.
Retrasos en la culminación de la obra	Derivados de ineficiencias o eventos bajo el control del concesionario. Fuerza mayor o fuera del control del concesionario.	Concesionario asume el riesgo. Concesionario asume el riesgo (contratación se seguros)
No cumplimiento de especificaciones técnicas del contrato.	Estándares de calidad, defectos en la construcción, etc.	Concesionario asume el riesgo.

Riesgo de Costos Operativos

Incremento en costos operativos.	Cambios originados por iniciativa del concesionario. Falla en la operación.	Concesionario asume el riesgo. Concesionario asume el riesgo.
Falla originada en retrasos en obtención de permisos, aprobaciones, etc.	Discrecionalidad del sector público.	Concedente asume el riesgo.
Incrementos de precios de insumos.	Precios exógenamente determinados por el precio.	Depende de quien esté en mejor capacidad de asumirlo.

Riesgo de Ingresos

Cambios tarifarios	En concordancia con los términos del contrato. Incumplimiento por parte del concedente.	Concesionario asume el riesgo. Concedente asume el riesgo.
Cambios en la demanda.	Reducción de la demanda.	Concesionario asume el riesgo.
Reducción inesperada en cantidad o calidad, que implique una reducción de la demanda.	Falla del operador.	Concesionario asume el riesgo.

Riesgo Financiero

Tipos de cambio, tasas de interés.	Devaluación de la moneda, fluctuaciones monetarias.	Concesionario asume el riesgo.
Tenencia de moneda extranjera.	Restricciones a la convertibilidad o transferencia.	Concedente asume el riesgo.

Riesgo por Fuerza Mayor

Actos de Dios	Terremotos aludes y huelgas	Concesionario asume el riesgo.
Cambios Legales	Cambios en el marco legal.	Generalmente concesionario asume el riesgo.
Fuerza mayor política	Cambios legales o contractuales específicos que afectan la concesión.	Concedente asume el riesgo.

Riesgo Medio Ambiental

Incidentes ambientales.	Falla del operador.	Concesionario asume el riesgo.
	Pasivo ambiental preexistente.	Concedente asume el riesgo.

A partir de lo que puede observarse en el cuadro que hemos anexado hemos querido mostrar el riesgo promedio asumido por cada parte. Aún cuando el cuadro no lo señala expresamente, quisiéramos precisar que en el llamado riesgo financiero también podemos incluir el riesgo de abandono o no desembolso de fondos propios comprometidos, el cual será asumido por el concesionario mediante la contratación de seguros. Asimismo, entre los riesgos de fuerza mayor debidos a cambios legales o contractuales específicos podemos encontrar al riesgo de expropiación o nacionalización, el cual es asumido por el concedente.

Concretamente, en lo que respecta a las Asociaciones Público Privadas

cofinanciadas, tal como han sido entendidas en nuestro país, los riesgos asumidos por el sector público y privado son básicamente los descritos en el cuadro mostrado. De esta forma, estos contratos BOT⁶⁷ o DBOT⁶⁸, implican inversiones bastante elevadas, con compromiso de grandes sumas de dinero, en donde el Estado asume los riesgos regulatorios y macroeconómicos de la concesión bajo el APP, y de conformidad con lo dicho anteriormente, el privado asume riesgos de diseño, construcción, tráfico, nivel de ingresos y financiero.

Al respecto quisiéramos decir tanto los riesgos de carácter político como los de índole legal son los principales enfrentados por los inversionistas. De esta forma, es responsabilidad del Gobierno el

⁶⁷ BOT: Build – Operate – Transfer

⁶⁸ DBOT: Design – Build – Operate – Transfer

proporcionar un marco legal así como una política de sector estable. Por otro lado, corresponde al organismo regulador sectorial correspondiente, determinar los respectivos cargos tarifarios así como velar por el cumplimiento del contrato y establecer el régimen de sanciones correspondiente. En este sentido, el Organismo Regulador tiene que tener la suficiente celeridad para adaptarse a la dinámica exigida para cada proceso de concesión, esto a fines de evitar las pugnas que se pueden generar entre las instancias del gobierno y los operadores privados.

Además, cabe resaltar los siguientes dos puntos considerados como los principales factores limitantes a la inversión extranjera en el Perú en materia de concesiones⁶⁹:

- Muchas veces se puede percibir una falta de convicción del gobierno para defender el proceso de concesión. Al respecto, es preciso que los resultados de los procesos de concesión sean difundidos a la población como una forma de ganar legitimidad conforme se lleven a cabo (lo que conlleva a tener un plan de difusión y consolidación social del proyecto, que involucre a los *stakeholders* del área de influencia de la concesión). Además, hay que difundir adecuadamente el mensaje: APP no es igual a privatización, ni venta de activos, o figuras similares. La APP trasunta una nueva filosofía, una interrelación con los mejores elementos de la participación pública y privada.
- Otro punto que puede debilitar la configuración adecuada de la APP, es la

definición de las reglas de juego de la concesión en sí. En este sentido, si bien en nuestro país existe un marco legal para las concesiones, creemos necesario que, al mejor estilo de otros países (como Brasil, Francia, Argentina, o México), deberíamos considerar la dación de un marco legal especial definido para las Asociaciones Público Privadas que defina tanto los procesos a seguirse como las modalidades de participación.

7. LA NECESIDAD DE GENERAR ALGUNAS REGLAS Y PRINCIPIOS PARA LA MAYOR OPERATIVIDAD DE LAS APP'S EN EL PERÚ

En estrecha relación a las ideas señaladas en el punto anterior, consideramos necesario señalar que dado que el marco legal actual es insuficiente para incentivar y llevar más allá las potencialidades que pueden generarse con respecto a las Asociaciones Público Privadas, actualmente, la regulación de los procesos que se vienen llevando a cabo, dependerá principalmente de lo establecido en el contrato suscrito. Ello nos lleva a concluir necesariamente en la idea que en el Perú no se tiene todavía una conciencia desarrollada en las instancias estatales correspondientes de las potencialidades positivas que a nivel comparado pueden obtenerse de la PPP. Pareciese inclusive que se defiende la idea de que la concesión es la única modalidad participativa para incluir al sector privado en una APP.

En esta línea de ideas, consideramos necesario reflexionar sobre la pertinencia de regular algunas normas que brinden sustento jurídico, tanto a los principios aplicables a la PPP, las fórmulas o

⁶⁹ En la línea de lo dicho por ARAOZ, Mercedes; BONIFAZ, José Luis y GONZÁLEZ, Francisco: "*Factores Limitantes de la inversión extranjera en el Perú*". Universidad del Pacífico. Centro de Investigación, Lima, 2001.

modalidades que ésta puede emplear, y las reglas necesarias para optar por fórmulas de financiamiento flexibles, así como los procedimientos necesarios para ello, y las autoridades competentes para la realización de tales iniciativas⁷⁰. Ahora bien, tal vez podría mirarse a la experiencia brasileña, la cual a través de la reciente Ley Federal 11.079 (*Ley de la Parcería Público-Privada*)⁷¹, ha regulado ampliamente el desarrollo de las reglas generales para las PPP, con una regulación que ha sido estimada como flexible, y que está generando bastantes críticas favorables, lo cual se demuestra con el crecimiento de la inversión en infraestructura en dicho país.

No obstante el reclamo efectuado por la necesidad de una regulación normativa de la PPP en nuestro país, al menos de forma general, no es menos cierto que tampoco es nuestra intención propugnar una regulación cerrada o muy detallada o amplia con respecto a dicha institución. Debemos recordar que la PPP es una institución flexible, es una nueva filosofía de relacionamiento entre el sector público y privado para las inversiones en infraestructura, y por tanto, requiere normas adecuadas para dar pie a la creatividad en la estructuración de fórmulas jurídicas para su desarrollo, utilizando siempre, claro está, las instituciones básicas

de la contratación pública y el derecho administrativo.

8. CONCLUSIONES

1. Los modos de intervención del Estado en la prestación de servicios públicos e infraestructuras de uso público han ido variando conforme surgieron nuevas necesidades que atender en la población. En este sentido, factores políticos y sociales han influido en su intervención paralelamente a los cambios en el entendimiento de la participación de los agentes económicos privados en tales prestaciones. Así, podemos notar el desarrollo de un proceso evolutivo, por el cual de una intervención estatal dominante en la provisión de infraestructuras y servicios públicos, actualmente asistimos a una intervención estatal casi residual regida por el principio de subsidiariedad en la provisión de fondos para la inversión en infraestructura y servicios públicos, en el entendimiento de que el sector privado es el que debe asumir la inversión necesaria para el desarrollo de tales servicios e infraestructura, dada la insuficiencia de la inversión pública. Obviamente, la inversión privada, dadas las condiciones necesarias para ello, se hará presente en aquellos sectores de infraestructura y servicios públicos que

⁷⁰ Siguiendo las experiencias fructíferas de las PPP en el derecho comparado. Cfr., para el caso argentino: PICCOLI, Pablo y ROCHA PEREYRA, Gerónimo: La asociación público-privada para el desarrollo de infraestructura en Argentina. En: Revista Jurisprudencia Argentina N° 2006-III Página 1150 y ss.; y, GUIRIDLIAN LAROSA, Javier: Los decretos 966/2005 y 967/2005: un intento válido por promover el desarrollo infraestructural en la Argentina. En: Revista Jurisprudencia Argentina. N° 2005-III. Página 1419 y ss.; también, GUIRIDLIAN LAROSA, Javier: Contratación Pública y Desarrollo de Infraestructuras (Nuevas Formas de Gestión y Financiación). Lexis Nexis / Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2005. Para el caso latinoamericano y europeo (fuera de lo estrictamente británico), en general, pueden compulsarse las experiencias comparadas descritas por GUGLIELMINETTI, Ana Patricia y BENSADON, Pascual: Algunos aspectos jurídico-económicos... Op. Cit. Páginas 641-647 (Sobre todo las de México, Brasil, Italia y Francia). Para una visión latinoamericana de conjunto, puede verse, CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO: Financiamiento privado de Infraestructuras... Op. Cit.

⁷¹ Ley promulgada el 30 de diciembre de 2004.

sean económicamente rentables o que proporcionen un retorno adecuado de la inversión.

2. Sin embargo, hay que recordar que existirán ciertos sectores en los cuales, si bien la rentabilidad de la inversión en términos económicos será baja, la rentabilidad social será alta en su ejecución. Ello determina la necesidad de que, ante la ausencia del sector privado, o la falta de interés en asumir un riesgo financiero elevado en la inversión, se ha determinado la necesidad de idear figuras de colaboración entre los particulares y el Estado para la inversión en infraestructuras y servicios públicos, escenario al cual corresponde el fenómeno de las APP's, como fórmulas asociativas y/o contractuales que implican una suma de esfuerzos entre el sector público y privado para poner en marcha inversiones para la generación de infraestructuras y servicios públicos.
3. A pesar que pareciese lo contrario, al habernos dedicado al estudio de estas implicancias jurídicas de esta novedosa figura, consideramos que las APP's no suponen una innovación trascendental para el derecho administrativo, en la medida que simple y llanamente suponen un nuevo mecanismo de

colaboración entre los sectores público y privado, que se basa fundamentalmente en instituciones administrativas tradicionales (tales como el contrato de concesión, el contrato de obra pública, la concesión de servicios y obras públicas, y sus distintas modalidades y variaciones). No hay pues, algo demasiado nuevo en todo esto: se trata en buena cuenta, de un modelo donde se *aggiornan* las viejas instituciones del derecho administrativo económico, y de la asociación entre intereses privados y particulares⁷², tales como las figuras de la concesión administrativa y de los contratos de corte asociativo entre la Administración y los particulares.

Ciertamente, hay que atender a lo que señala VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, cuando refiriéndose a las APP's y su vinculación con el derecho administrativo, "*Se trata de aunar esfuerzos, de buscar puntos de apoyo y favorecer el acercamiento de intereses, de que el Derecho administrativo ofrezca al particular las máximas opciones que pueda dar cuando busca su colaboración para, en lo que ahora importa, atender la ejecución de obras públicas. Se alienta a que el interés privado – del contratista – y la satisfacción de necesidades colectivas vayan de la mano. Aquí la*

⁷² Cfr., las palabras del catedrático español Francisco SOSA WAGNER: "*Ahora bien, como el autor de este prólogo ya está algo zarandeado por los años, se pregunta si de verdad es nuevo todo lo que se alberga en el PPP. Es decir, pregunto si, en rigor, ese debate abierto en el seno de la Unión Europea y que a tantas entendedoras jurídicas ocupa, lleva en su seno invenciones desconocidas o son en rigor reedición de usados esquemas. (...) Pues bien, si paso revista al pasado, me permito sostener que todo esto de la colaboración entre las esferas pública y privada viene de muy atrás y la concesión es ejemplo bien elocuente de ello*". Prólogo a la obra de CASARES MARCOS, Anabelén: *La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*. Ediciones Montecorvo. Madrid, 2007. Página 17. Hay que entender entonces, que este tema de las PPP es más que nada una "filosofía", una política pública variable que se monta sobre estructuras tradicionales del derecho administrativo y de la contratación pública, a fin de viabilizar las nuevas relaciones de colaboración entre el sector público y privado. Entonces, mayores novedades no hay, salvo reinterpretar los conceptos tradicionales de la contratación en función a estos nuevos vientos que traen las APP's.

*apelación al mercado se hace desde una perspectiva de integración de esfuerzos e intereses para que cada una de las partes afronte lo que mejor sabe hacer. Para lo cual, la nueva configuración parte de instrumentos tradicionales, de técnicas e instrumentos ya conocidos, pero estos moldes tradicionales del Derecho administrativo se hacen permeables a otras figuras incrementándose de esta forma las opciones posibles adecuadas a la nueva realidad*⁷³.

4. A partir de lo visto en la experiencia británica sobre la materia (donde ciertamente se inicia el fenómeno de la PPP), podemos afirmar que el surgimiento de las Asociaciones Público Privadas ha estado siempre íntimamente vinculado con la idea de un proceso de Reforma del Estado. Dicha Reforma incluirá no solo los cambios en los procedimientos y pautas a seguir por la Administración en su actuar, sino también un compromiso por parte de la sociedad civil en cuanto a su nuevo rol con respecto al sector público, en el entendimiento que las fuerzas y capacidades para asumir riesgos de inversión y de sustentabilidad de las grandes obras de infraestructura, deben ser compartidos entre el sector estatal y el sector privado.
5. En sus inicios en las experiencias británica y europea, las Asociaciones Público Privadas fueron implementadas en sectores claves de inversión social (con alta rentabilidad social pero escasa rentabilidad económica), tales como salud y educación. Sin embargo, en nuestro país (y en la mayoría de países latinoamericanos), las PPP se emplean únicamente para el desarrollo de proyectos de gran inversión en infraestructura asociada a obras públicas y servicios públicos. Consideramos que el principal factor por el cual en Latinoamérica dicha modalidad no es usada aún en tales sectores es debido a la falta de un conocimiento especializado de estas técnicas complejas en los funcionarios, así como una elevada aversión al riesgo (sobre todo por los aspectos financieros de los proyectos) existente en tales estamentos; a lo cual hay que sumar la falta de difusión debida hacia la población con respecto a los beneficios que se conseguirían de emplear estas técnicas de colaboración.
6. Lo anteriormente expresado es aún más tangible en nuestro país, debido a que las Asociaciones Público Privadas únicamente han sido concebidas como concesiones cofinanciadas y por ende, como proyectos de inversión de largo plazo. De hecho, que el esquema de las APP's, sea colaborativo o asociativo, puede ofrecer mayores potencialidades fuera del ámbito del contrato de concesión, lo cual implica, necesariamente, asumir un concepto amplio de APP, sin restringir el mismo únicamente al ámbito del cofinanciamiento estatal.
7. En esta línea, consideramos que el impulso de la PPP debe establecerse como una Política Nacional o Política de

⁷³ Cfr. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia: Fórmulas alternativas de financiación de infraestructuras públicas. Experiencias de colaboración público-privada. Ponencia presentada en las Jornadas sobre la iniciativa privada en la financiación de proyectos públicos. Universidad de Burgos, 8 y 9 de febrero de 2007. Texto mimeografiado. Página 24. Disponible en: www.fiscalizacion.es

Estado, a fin de asegurar un compromiso del Estado que vaya mas allá del Gobierno de turno con respecto al estímulo a estas nuevas formas asociativas. Esto generará seguridad jurídica en el particular y permitirá incentivar otras formas de participación, inclusive adicionales a las propias APP's.

8. La normativa actual analizada, dirigida desde el Ministerio de Economía y Finanzas⁷⁴, es bastante restrictiva y limitante para la gama de posibilidades y ventajas que las Asociaciones Público Privadas pueden ofrecer. Es necesaria entonces la urgente dación de un marco

normativo de ciertos principios aplicables a tales iniciativas que permita la posibilidad de dar flexibilidad a la implementación de las APP's, y que sobre todo, permitan salir de la estrecha consideración de éstas únicamente como concesiones cofinanciadas⁷⁵.

Entendemos entonces que tanto el eficiente planeamiento de las relaciones contractuales vinculadas a la APP, como el diseño de las normas aplicables a estas modalidades de coparticipación, en paralelo, son importantes para lograr este objetivo.



⁷⁴ Para un completo análisis de la institucionalidad regulatoria de las PPP en el Perú, y certeras críticas a dicho esquema, véase: D' MEDINA LORA, Eugenio: Institucionalidad PPP en el Perú: Antecedentes, evolución y prospectiva. En: Revista de Economía y Derecho. Vol. 4. N° 15. Invierno 2007. Sociedad de Economía y Derecho de la UPC. Lima, 2007. Páginas 53-72.

⁷⁵ Sin embargo, ello no implica llegar a extremos tales como los del caso español, en los cuales se pretende efectuar una regulación del "contrato de colaboración público-privada" en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público (presentado en el año 2006 a las Cortes Generales, y que actualmente se encuentra en trámite legislativo). Tal como ha señalado la doctrina más autorizada (GONZALEZ GARCIA, Julio V.: Contrato de colaboración público-privada... Op. Cit. Página 21; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia: Fórmulas alternativas... Op. Cit., Páginas 19 y 22) la regulación normativa integral de la PPP (sobre todo como un contrato público), le quitaría las potencialidades que se predicen de dicho tipo colaborativo, en la medida que perdería los elementos de flexibilidad y de libertad para la imaginación en el diseño de alternativas. En tal sentido, nosotros proponemos una ordenación normativa que va en sentido contrario: buscamos una norma que promueva la PPP y que regule ciertos principios que le otorguen estabilidad jurídica como actuación administrativa contractual y política de Estado.