

Entrevista a la Dra. Cecilia O'Neill de la Fuente*

Asociaciones Público Privadas (APP's): ¿Una Herramienta Eficiente? De sus Bondades y Propuestas de Cambio

Por: Rommel Calderón Morales
Jaqueline Terrel Taquiri

El surgimiento de las Asociaciones Público Privadas (APP's) se enmarca en un proceso en el cual se empieza a concebir, en gran parte del mundo, un nuevo rol del Estado en el sistema económico; debido al mal papel que había generado el intervencionismo estatal hasta antes de los años 80's, se produjo un cambio en el concepción del rol que tiene que cumplir el Estado.

En nuestro país, las reformas económicas realizadas en los años 90's sirvieron para que transitemos de una etapa de intervencionismo estatal predominante a una intervención estatal secundaria en lo referente a la provisión de infraestructuras y servicios públicos; generalizándose la idea que la inversión del sector privado era la que "naturalmente" tendría que asumir la función primaria y necesaria de invertir en infraestructura y servicios.

La disyuntiva nació cuando los capitales privados, evidentemente, se resistían a invertir en sectores donde la rentabilidad económica era baja o muy baja -especialmente en lugares menos favorecidos donde urgía (y urge) la prestación de infraestructura adecuada y de servicios públicos básicos-, en ese contexto es que nace las APP's en nuestro país, para cubrir el vacío dejado por el sector privado y así formular algún tipo de asociación contractual del Estado y los capitales privados para generar la infraestructura y servicios públicos deseados.

Sin embargo, con casi 20 años cumplidos de reforma económica, con una base normativa al respecto y con una gran brecha de infraestructura y de servicios públicos básicos para importantes sectores de nuestra población, existen aciertos y debilidades que deben servir para proponer propuestas de cambio y fortalecer el régimen regulatorio.

Teniendo en cuenta ello, desarrollaremos la presente entrevista a la Dra. Cecilia O'Neil, puntualizando en los aciertos e ideas de mejora del marco legal e institucional.

Según el Marco Macroeconómico Multianual Revisado 2011-2013 el crecimiento de la inversión pública también se vio favorecido por las Asociaciones Público Privadas que al año 2010 ha significado el 35.5% de la inversión pública del Gobierno Nacional. Además, en el 2011, buena parte de la inversión pública estará explicada sólo por la continuación de grandes proyectos en marcha, varios de ellos en el marco de APP, como la carretera Interoceánica del Sur (IIRSA SUR) en sus tramos 2,3 y 4.

1. Dado el auge mundial y nacional de las APP's y los múltiples proyectos celebrados entre el sector privado y el Estado, ¿cuáles son los principales incentivos que la regulación de hoy día ofrece al sector privado para participar en proyectos de largo plazo para la provisión de servicios públicos con alta rentabilidad social y baja rentabilidad financiera, cuyo equilibrio financiero supone un co-financiamiento parcial o total del Estado y, por tanto, riesgo de por medio?

El Perú ha gozado en los últimos años de gran crecimiento económico y su deuda soberana tiene grado de inversión, de modo que el país cuenta con recursos suficientes como para cofinanciar, si es necesario, la construcción de proyectos de gran envergadura.

La brecha de infraestructura en el país (transporte, saneamiento, electricidad, gas natural y telecomunicaciones) es mayor a 36 mil millones de dólares. Un estudio de The Economist del año 2009 examina la preparación de 19 países latinoamericanos para los proyectos de

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho por la University of Pennsylvania. Profesora de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

infraestructura bajo un microscopio, o mejor dicho, un "Infrascopio". Se miden varios elementos, como el marco legal y regulatorio, el régimen institucional, el clima de inversión, etc. Chile obtuvo la mejor posición y Perú la segunda (por cierto, Venezuela ocupa el último lugar). No podemos darnos el lujo entonces de desaprovechar las oportunidades para atraer y afirmar la inversión privada y por esa vía generar empleos dignos y mejores condiciones de vida.

Las privatizaciones de los años noventa, por medio de las cuales el Estado vendía al sector privado las acciones en empresas estatales o los activos de éstas, han mutado hacia una modalidad de privatización más "light", que consiste en otorgar en concesión –a través de Asociaciones Público Privadas o APP's- la operación de infraestructura.

Esto es consecuencia de los incentivos ofrecidos a la inversión privada, que suponen en primer lugar, ofrecer seguridad jurídica a los inversionistas: no modificación de los contratos ley, celebración de convenios de estabilidad jurídica, posibilidad de pactar el arbitraje como medio de solución de conflictos, creación de los organismos reguladores, protección de la inversión extranjera, etc.

Una forma de llevar a la práctica la inversión en infraestructura es con el esquema de iniciativas privadas, que otorga incentivos razonables para los interesados en presentarlas, pues además del reembolso de gastos (armar una iniciativa privada es costoso) tienen derecho a competir en segunda vuelta con el postor que quedó mejor posicionado. En otras palabras, si un inversionista presenta una iniciativa privada que es declarada de interés por el Estado, este último convocará a concurso para determinar con quién celebrará el contrato (no necesariamente con quien presentó la iniciativa). En tal caso, el proponente del proyecto tiene derecho a competir en segunda vuelta únicamente con quien ocupó el mejor lugar de la competencia.

Tenemos entonces que en general, el marco legal de las concesiones y de las APP's es adecuado, aunque es necesario hacer algunos ajustes.

2.- En su opinión, ¿cuáles son las condiciones favorables para una APP exitosa?

Las APP's tienen como requisito fundamental que el país cuente con un marco institucional sólido; es decir, autoridades sectoriales y organismos reguladores altamente capacitados e independientes. Es indispensable brindar a los inversionistas certeza de que por tener su titularidad garantizada (contratos celebrados) es razonable y ventajoso competir. El Estado debe limitarse a promover los proyectos y establecer como punto de partida los resultados que deben ser alcanzados, sin interferir más allá de lo previsto contractualmente en el desarrollo del proyecto.

Una APP será exitosa si además de ser adecuadamente diseñada, se reparten los riesgos entre el Estado y el sector privado de manera clara, de modo que no

se generen problemas futuros con la interpretación y ejecución de la cláusula de restablecimiento del equilibrio económico financiero. En buena cuenta, una APP será exitosa si se respeta el marco institucional.

3. Los proyectos de APP's han sido comúnmente usadas para financiar y operar proyectos de construcción, operación y mantenimiento de infraestructura de uso público con una alta rentabilidad social, pero de incertidumbre en la rentabilidad privada.

Sin embargo, es poco usual que dicho esquema se aplique a otras áreas de igual importancia tales como educación, salud, entre otros. Por ejemplo, en la experiencia chilena, encontramos que se aplica el financiamiento de proyectos a través de APP que implica la distribución gratuita de bonos (subsidio a la demanda) que permiten a los padres de familia elegir a qué escuela bajo gestión privada enviarán a sus hijos.

De acuerdo a ello, ¿en el Perú, qué aplicación se ha venido dando en estas áreas y porqué no se han promovido proyectos en ese sentido, a diferencia de la experiencia internacional?

Usualmente, al abordar el tema de las APP's, los temas que típicamente se ponen en la agenda pública son: (i) la necesidad de una reforma del Estado y de la asignación de responsabilidades de las diversas instancias estatales en el análisis y procesos vinculados a las APP's; (ii) autonomía de los organismos reguladores; (iii) evaluación de modificaciones a los contratos de concesión; etc.

Sin embargo, otra de las líneas de desarrollo de las APP's, poco explorada en el Perú, es la inversión privada en temas "sociales", como la privatización de los servicios de salud, de educación y de justicia. Por ejemplo, Prolinversión ha admitido a trámite una iniciativa privada para hacer una mejora en la calidad educativa del Colegio Alfonso Ugarte, a través de una APP autosostenible.

En el caso de las APP's en salud, ESSALUD ha venido implementando alianzas con el sector privado para la construcción y operación de hospitales, rompiendo el esquema tradicional por el cual los proveedores de servicios de salud ganan más cuanto más se enferman las personas (pues cobran por cada servicio), de modo que los intereses de los proveedores de los servicios no están alineados con los de la población. En cambio, la lógica de ciertas APP's en salud es establecer contractualmente los ingresos que permitan a los operadores atender cierto número de adscritos al hospital. Cuando más se enferme la población adscrita, habrá mayores costos para el operador, dado que ESSALUD no está obligado a pagar más de lo acordado. Eso fuerza a los operadores a atender con la mayor calidad posible.

En el caso de las APP's en educación, en el Perú no se conocen avances en esta línea, a diferencia de otros países. La idea de los *vouchers* educativos supone

introducir competencia al sistema educativo público, para mejorar su calidad y otorgar al beneficiario la libertad de elegir a qué institución educativa asistir conforme a sus necesidades académicas y aspiraciones profesionales.

Es inminente la necesidad de impulsar las APP's sociales, y en particular las referidas al sector educación. Hace poco el Instituto Peruano de Economía alertaba sobre el severo deterioro de la calidad educativa promedio y sobre el empeoramiento de la distribución de la calidad de la educación. De hecho, tal como viene operando el sistema educativo peruano, la baja calidad educativa tiende a aumentar las desigualdades sociales en lugar de atenuarlas.

“(...) el Ministerio de Economía y Finanzas aún no regula el “comparador público-privado”, que permite comparar el costo para el sector público de proveer un determinado proyecto, con el costo de hacerlo por la vía de una APP.”

4. Finalmente, ¿qué recomienda debería mejorarse y cambiarse en la regulación de las APP's, de modo que resulten más eficientes? De la misma manera, ¿qué debería cambiarse respecto de la gestión pública y la promoción de financiamiento de proyectos de servicios públicos que maneja a través de este instrumento?

El país tiene casi veinte años de experiencia en compartir con el sector privado el manejo de infraestructura, de modo que cada vez hay menos excusas para cometer errores de diseño o de implementación de la participación del sector privado en la economía. Aunque hay destacados avances, aún queda mucho por hacer y errores por corregir.

Al Estado –sea quien sea el nuevo equipo de Gobierno– debe quedarle claro que no le corresponde prestar directamente los servicios sino que debe generar las condiciones apropiadas para asegurar que los servicios sean prestados a los ciudadanos por operadores privados.

Y dichas condiciones no se pueden generar si no se asegura a los inversionistas que las infracciones contractuales del Estado, aunque se originen en decisiones regulatorias, podrán ventilarse en un arbitraje. Recientemente se ha generado un arduo debate sobre el tema, y sin pretender explayarme en este punto, que podría ser materia de una discusión particular, considero que ofrecer el Poder Judicial

peruano como foro de discusión de cuestiones contractuales de tanta envergadura no hace viable la atracción de la inversión.

Otro tema por cambiar es el referido a la prohibición de presentar una iniciativa privada cuando la APP será cofinanciada por el Estado. La regla que así lo establece es absurda y carece de toda justificación razonable. Recordemos que las iniciativas privadas no excluyen un proceso competitivo para seleccionar a la contraparte del Estado. De hecho, la competencia está asegurada, a menos que no haya postor que se presente al proceso, pero esto último se logra trabajando en una propuesta que sea atractiva y que suscite interés en más de un posible inversionista.

Es indispensable que el Estado identifique claramente cuáles son los proyectos a los que pretende dar prioridad (es aconsejable que esto no se haga vía decretos de urgencia, pues el proceso se tiñe de precariedad y se le resta estabilidad). Es indispensable elevar los niveles de gestión de los funcionarios públicos involucrados con el análisis de los proyectos, lo cual supone además pagar mejores sueldos a los funcionarios clave.

También es recomendable fortalecer la transparencia de los organismos reguladores, de modo que se recomiende la publicación anticipada de los proyectos de normas que regularán el acceso a infraestructura. Ello legitima las variaciones regulatorias. Se deben publicar oportunamente no sólo las resoluciones, sino las actas de reuniones, los acuerdos del Consejo Directivo, los informes técnicos, etc. Por lo demás, el proceso de selección de los miembros del Consejo Directivo debe hacerse con seriedad, de cara a los estrepitosos fracasos que hemos podido observar recientemente.

De otro lado, el Ministerio de Economía y Finanzas aún no regula el “comparador público-privado”, que permite comparar el costo para el sector público de proveer un determinado proyecto, con el costo de hacerlo por la vía de una APP. Esta herramienta es indispensable para hacer una adecuada evaluación de los proyectos y para fijar seriamente las prioridades (sin acudir a decretos de urgencia).

Finalmente, otro tema por ajustar es el vinculado a las conductas estratégicas y comportamientos oportunistas de los inversionistas. Se ha pretendido evitar estas conductas con la prohibición de modificar los contratos celebrados –salvo contadas excepciones– en los primeros tres años de celebrados. Se entiende la preocupación del Estado ante tan elevados índices de modificación, pero nada garantiza que a partir del cuarto año las adendas desnaturalicen la propuesta original. Lo importante es entonces revisar el diseño y proyectos de contratos de manera previa a su suscripción, a efectos de garantizar que los términos contractuales establecen una adecuada asignación de riesgos entre las partes. ■