

Mesa Redonda: Inversión Privada vs. Regulación en Infraestructura. ¿Qué hace y qué no hace el Estado para atraer Capital Privado?

La presente Mesa Redonda se realizó el 4 de junio de 2011 en el Auditorio Armanda Zolezzi Möller de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y fue realizada por los siguientes panelistas:

Ramón Huapaya Tapia *

Sergio Bravo Orellana **

Hjalmar Marangunich Rachumi ***

PRESENTACIÓN:

Ramón Huapaya

Me han dado el gusto de poder estar acá y presentarles el objetivo de este evento. Ustedes saben que estamos *ad portas* de un proceso electoral muy importante donde se quieren hacer varias definiciones respecto al tema de la Constitución Económica y también sobre la inversión en infraestructura, eso implica analizar algunas cosas importantes, algunas cosas que se formulan no tanto con respecto a lo que es una posición política sino a temas específicamente técnicos. Uno de ellos, en principio, es el tema de la labor del Estado en cuanto a la promoción de la infraestructura, habiendo ahí un tema muy interesante respecto al caso reciente de la construcción del muelle norte donde hubo una norma del Ministerio de Transportes que ha evitado, usando la potestad regulatoria del Estado, que participe o, no evitar -no quiero adelantarme a fijar una posición- sino restringir la participación de otros operadores en el muelle norte. Esto ha generado un tipo de controversia legal pues se ha llegado a medidas cautelares, se ha llegado a un proceso judicial, lo cual ha generado bastante revuelo esta decisión del Estado.

Este es un tema que será analizado dentro de esta Mesa Redonda y que es importante, porque hay que condicionar un poco cual es el rol del Estado. ¿Su rol promover la regulación o es también limitarla en beneficio de la competencia? Hay que ver si realmente, en términos de promoción de la infraestructura, la labor del Estado es promover la competencia donde

sea posible o utilizar la regulación para limitar la competencia en beneficio de la operación portuaria que también puede ser una finalidad lícita.

El siguiente punto en discusión es el tema de la rigidez o no del marco legal de las asociaciones público-privadas, el Decreto Legislativo 1012 en específico. ¿Por qué?, porque en verdad creo yo, y es mi visión personal, y es que las APP's están reguladas de manera muy limitada en el Perú. Específicamente lo están como si fuera solamente asociaciones cofinanciadas, que es una de las modalidades que probablemente puedan haber de las APP's. En verdad, el Perú con ello ha regulado las APP's como una modalidad de colaboración que generalmente se instrumenta a través de concesiones o eventualmente, diría yo, de manera subsidiaria, a través de iniciativas privadas, pero se pierde la riqueza que puede tener la APP asociativa que implica, por ejemplo, que puedo tener títulos empresariales asociados mixtos entre el Estado y los particulares, algo que también es viable: sin embargo que en el Perú, por las limitaciones del principio de subsidiariedad y el rechazo fuerte que hay a la actividad empresarial del Estado, no se ha tomado así. De esta manera, no hay mucho camino para las APP's asociativas, perdiéndose algunos tipos de figuras que pueden ser interesante tener. Y, además, no solamente eso - que es una primera visión - sino también que en el Perú el marco legal de las APP's es bastante rígido para lo que es la promoción de la inversión. Generalmente, al final de cuentas, para promover la inversión se tiene que sacar periódicamente Decretos de Urgencia que exoneren de requisitos a las APP's, por ejemplo. Ustedes han visto últimamente un gran debate con respecto a los Decretos

* Abogado "summa cum laude" por la Universidad de Lima. Estudios concluidos de Maestría en Regulación de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima, de Régimen de Servicios Públicos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, y en la Academia de la Magistratura.

** Ingeniero Mecánico por la Universidad Nacional de Ingeniería. MBA por la Universidad ESAN, con especialización en Finanzas en la University Of California de Los Angeles, UCLA. PhD en Business Administration por ESADE. Decano de la Escuela de Administración y Negocios para Graduados de la Universidad ESAN. Director de la Maestría en Finanzas y Derecho Corporativo de ESAN, Director de la Maestría en Finanzas de ESAN, Director de Instituto de Regulación & Finanzas (FRI). Profesor del área de Finanzas, Economía y Contabilidad de la Escuela de Administración de Negocios para Graduados de la Universidad ESAN.

*** Viceministro de Transportes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magister en Derecho Civil y Comercial por la misma casa de estudios.

de Urgencia, el 01-2011 y el 02-2011, anteriormente, porque estos Decretos de Urgencia vienen desde el año 2008, en los cuales se exoneran de requisitos y/o se eliminan trabas. ¿Por qué? Porque el Decreto Legislativo 1012 no funciona solo.

En tercer lugar, tenemos el sistema de solución de controversias en lo que se refiere a la regulación en infraestructura. Básicamente, es el tema del arbitraje regulatorio que está generando mucha polémica en trabajos del profesor Alfredo Bullard y el profesor Mario Castillo y también han habido seminarios organizados tanto por ESAN y por la Universidad del Pacífico. Hay que definir cuál es su alcance porque pareciera que hay una tendencia del Estado a rechazar el arbitraje regulatorio, de señalar que es una suerte de intromisión en los actos administrativos reguladores. Ello tiene un lado negativo y uno positivo, porque yo creo que sería de locos arbitrar una sanción administrativa, por ejemplo. Eso es imposible, pues es una potestad de policía del Estado y eso no se puede arbitrar. Sin embargo, opiniones previas de un regulador, por ejemplo, previas a la modificación o a la interpretación de un contrato de concesión, me parece que son parte del contrato mismo, es decir, sin ser parte destinataria, el regulador es parte indirecta de ese contrato. Un poco por el artículo 14º del Código de Arbitraje podría ser que se pueda señalar que el regulatorio sea una parte no destinataria y, como tal, podría ser citado o incorporado dentro de los procesos arbitrales que hayan. Los problemas que han habido también es porque algunos tribunales arbitrales han hecho arbitrajes entre, por ejemplo, el Ministerio de Transportes y un concesionario, y no han incorporado a la relación procesal al regulador; sin embargo, discuten en el arbitraje que el regulador actuó bien o mal.

Finalmente esta es el tema de la eventualidad de la modificación de la Constitución Económica, si es necesario modificarla para validar el esquema de promoción de la inversión privada. Yo creo que no es necesario. Nuestra Constitución puede necesitar reformas; hace poco me gustó mucho leer un artículo del profesor Alfredo Bullard que señalaba que sí, la Constitución necesita cambios, pero necesita cambios en la parte de las relaciones del Congreso - Ejecutivo, necesita cambio en la parte electoral, ahí es en donde necesita cambios, en fortalecer la institucionalidad democrática antes de empezar en cambiar la parte de Constitución Económica. De repente podríamos discutir el afinar algunas cosas, pero como está la Constitución funciona al menos en la parte de Principios Generales del Derecho del artículo 58º al 65º. No es un límite al tema del desarrollo del legislador, ni siquiera del principio de subsidiariedad de pedido a la creación de empresas públicas; se ha creado hace poco el Banco Agrario, el Fondo Mivivienda se convirtió en empresa pública, se creó FAMESA, la fábrica de municiones del ejército que se reactivó para poder hacerlo con leyes del Congreso. Es decir, el artículo 60º no es un "cuco". Entonces, hay que tratar de centrar el debate en estos puntos al ser temas actuales.

INICIO DE RUEDA DE PREGUNTAS:

1. A propósito de la reciente concesión del Terminal Norte del puerto del Callao al operador portuario APM Terminals, en la cual se buscaba

la competencia intraportuaria a través de la regulación, motivo por el cual no se permitió la participación en el proceso de selección a DUBÁI Ports, ¿podríamos decir que el Estado promueve la inversión privada en infraestructura, o por el contrario la regulación es una limitación a la inversión privada?

Sergio Bravo Orellana

Ante todo muy buenas noches y agradeciendo la invitación a participar en el siguiente panel. Voy a hablarles basándome en mi experiencia en el tema de concesiones. Nosotros empezamos institucionalmente en el año 96 con la primera concesión que fue Mantaro-Socavalle, luego vinieron otras y prácticamente hasta hace año y medio estuve vinculado a ProInversión en diferentes cargos, como presidente de los comités de infraestructura y servicio público

Dada mi limitación, como ustedes han escuchado yo soy ingeniero, lo que les voy a hablar es un poco de experiencia respecto a haber armado los contratos, a haber desarrollado las diferentes cláusulas, básicamente económicas y financieras, y en función de eso vamos a analizar el caso y la pregunta que finalmente me han dirigido.

Yo me acuerdo de un evento que hubo en la biblioteca, donde se dio la adjudicación del muelle sur. Una expresión mía al leer la oferta de 135 millones de dólares, si mal no recuerdo exactamente, lo ofrecía DUBÁI para poder adjudicarse el muelle sur, que en realidad se estaba adjudicando un pedazo de agua, no había nada más que eso en ese momento. La inversión iba a ser plena, se comprometía a desarrollar todo lo que es el muelle, adicionalmente a las áreas de respaldo, a hacer inversiones de más de 60 millones de dólares en áreas comunes, en desarrollar todo el tema de grúas bajo los principios de un contrato de concesión, que es tener el índice de servicio en términos de atención y movimiento de contenedores, tiempo de espera, etc.

Entonces, para entender la problemática del caso, es bueno saber como fue el factor del concurso. Se concursó primero por una tarifa hasta un nivel tal que se prefijó previamente al concurso. Luego, si es que finalmente llegaban a esa tarifa mínima, tenían que poner un *afront*, o sea, un dinero en efectivo en un fondo para poder digamos adjudicarse, y ganaba el que ponía la mayor cantidad de dinero en ese fondo. Esto es importante para el tema digamos de interpretar lo que está sucediendo ahora. Que hubiese pasado si en vez de que pusiera ese dinero en el fondo para poder hacer obras, a nivel ya más general de todo el puerto, se hubiera sacrificado más tarifas para volverse más competitivo, en vez de poner ese dinero.

¿Por qué es importante esto? Porque cuando uno lanza el concurso del muelle norte, lanza con características totalmente distintas, ya no es un área de agua adjudicada para desarrollar un muelle nuevo, es un muelle existente. Ya no son grúas que tengo que poner sino son grúas que ya existen y simplemente tengo que

complementarlas. La ventaja competitiva que tiene alguien que va a invertir en el muelle norte por áreas adicionales o por inversiones adicionales no es la misma que el esfuerzo que se tiene en un área totalmente nueva, de ahí la discrepancia y sobre todo hay un tema de lo que se llama equilibrio económico.

¿Cómo definimos nosotros el equilibrio económico en un contrato? Por variación de una norma específica. Generalmente, los contratos se organizan de modo que todo lo que son ajustes variaciones ya están incluidas en diferentes cláusulas en el contrato, ajuste por precio, por tasa de interés, diversos ajustes; pero se deja una sola cláusula que es la cláusula equilibrio económico para variaciones, en lo que son las normas que pueda dictar el gobierno en el momento que se desarrolla la concesión.

“A veces el gran error es no saber aplicar un sistema regulatorio adecuado para una situación específica, usamos un modelo regulatorio que a veces no corresponde y terminamos en un problema como el que estamos”.

¿Qué pasa en este caso? De un modelo regulatorio guiado por lo que se llama “Price Card”, que pone un precio límite máximo a la tarifa, donde el operador del muelle sur podría bajar pero no subir encima de esa tarifa; pasamos a otro modelo regulatorio producto del concurso, que es un modelo regulatorio por competencia, es decir, realmente hemos redefinido todo el contrato, por que muchas de las cláusulas que finalmente se definieron para el muelle sur ya dejan de ser aplicables en un ambiente de competencia. Entonces, en realidad se da un cambio normativo de un sistema regulatorio que partía de un “Price Card” a un modelo regulatorio por competencia.

Por lo tanto, claramente hay un primer gatillo para interpretar que en esta ocasión se da un daño económico al operador del muelle sur. Entonces, el operador del muelle sur dice “yo entre con un muelle nuevo, no tenía ventajas, no tenía inversiones ya realizadas, por lo tanto mi posibilidad de competencias es menor a alguien que ya toma un puerto desarrollado, con demanda desarrollada, con clientes establecidos”. Es claro que la situación es totalmente distinta y nos hemos metido en una controversia que se calcula que es más o menos de 250 millones de dólares por este tema.

Entonces, cuando uno elige un sistema regulatorio, en realidad tiene que ser muy consistente y conocedor de lo que finalmente se regula. Esto en este caso no se ha dado, no se ha afinado, no se ha previsto las consecuencias que podían derivar de este esquema, más aún ante la oportunidad de hacer participar a DUBÁI dentro de la competencia, lo cual hubiera aliviado la situación. Se le hubiera por lo menos dicho que había participado en un

esquema donde ya conocía las reglas de juego sobre la mesa, pero se le evito la participación y ahí nace todo estas controversias que tenemos a nivel del Estado.

Yo creo como conclusión, que los sistemas regulatorios que existen y se conocen, son buenos en su esencia. A veces el gran error es no saber aplicar un sistema regulatorio adecuado para una situación específica, usamos un modelo regulatorio que a veces no corresponde y terminamos en un problema como el que estamos. Modelos regulatorios para monopolios existen, modelos regulatorios para dos empresas con área monopólica como puede ser Luz del Sur y Edelnor en el sistema eléctrico existen, se regulan, funcionan sin problemas, dan servicios en sus áreas de concesión sin problemas y finalmente, ni siquiera compiten entre ellas.

Todo parte nuevamente de conocer la base regulatoria para la aplicación que podamos hacer en el desarrollo de las concesiones. Yo no creo que falten normas, lo que falta es conocimiento de cómo aplicar adecuadamente la normatividad existente.

Ramón Huapaya

La verdad es que este tema tiene bastantes aristas, como bien lo ha dicho el doctor Bravo. Si bien es cierto, la intención en principio ha parecido loable, de buscar una competencia intra portuaria, porque eso es lo que buscaba el ejecutivo, buscar separar los dos puertos y buscar entregar el muelle norte a un competidor distinto, esto también podría no ser tan cierto. Y los argumentos que ha dado el doctor Bravo son muy convincentes. Entonces, hay una serie de desventajas en cuanto al diseño de esta concesión.

Esto es muy importante pues, como señala el Doctor Bravo, los factores de competencia son importantes para poder diseñar que es lo que se quiere al regular efectivamente al puerto. Otra cosa importante es que se dice que, y ese es el argumento de DUBÁI, que en realidad no hay una justificación específica para poder excluirlos porque lo que ha existido es un Decreto Supremo que lo que hacía en buena cuenta es excluir a la empresa de cualquier proyecto que se vaya a convocar sobre el muelle norte. Aunado a eso, hay un tema judicial de por medio que hubo por una cautelar que permitió la posibilidad que DUBÁI participe, pero la misma fue revocada y generó un pequeño revuelo mediático porque hubo todo un cuestionamiento a la autoridad de los jueces con respecto a si pueden o no pueden dictar medidas cautelares dentro de un procedimiento administrativo. Tal es así que se presentó un proyecto de ley para que los jueces no puedan conocer el tema del Estado y se conozca en Lima, lo cual es una reacción un poco exagerada del Ejecutivo por tratar de inmunizar este proceso de cualquier interferencia judicial, lo cual no es necesariamente viable. En otros países donde han existido procesos de privatización han habido medidas cautelares Acá se ha buscado descalificar al instituto en vez de descalificar al acto en concreto. Lo cierto es que DUBÁI perdió la cautelar, fue retirado del proceso ante la adjudicación y fue prácticamente descalificado. Al final se abrieron los sobres de los postores restantes calificados

y se adjudicó a la empresa APM. Ciertamente hay una cuestión teórica importante, como lo ha mencionado el Dr. Bravo, que es si al final existía o no una justificación legal para excluir a DUBÁI. Se supone que esto lo responde el artículo 58º y 60º de la Constitución que en estos temas la regulación la debe propiciar la competencia; tenemos que generar la mayor cantidad de competencia posible, buscar que exista definitivamente la manera de generar los beneficios que esta competencia trae para la comunidad y para los usuarios en general. La cuestión es qué instrumentos se usan para eso. Un instrumento viable podría ser que simplemente compitan y no poner ningún tipo de restricciones, al final de cuentas la que va a ganar va a ser la mejor propuesta técnica y económica.

También se puede poner algún tipo de cuestionamientos para evitar que el monopolio, una vez constituido, porque imaginemos que hubiera ganado DUBÁI, hubiera captado tanto el muelle sur como el muelle norte. Entonces, se hubiera puesto algún tipo de condicionamiento o restricciones dentro de las bases para evitar eso, pero sin impedir la participación. Y ese es un tema bien importante porque ahora, con este Decreto, ya la empresa ha declarado, la empresa que ha sido descalificada DUBÁI y que va a iniciar algún tipo de controversia internacional contra el Estado. Lo cual nos lleva a otro campo que es el de arbitraje de inversiones. Es evidente que si bien es cierto, el Estado tiene el poder de policía y el poder regulatorio, también es cierto que este poder de policía no puede interferir en los derechos o garantías que tienen las organizaciones. Uno de ellos es la garantía de trato justo y equitativo, y el trato de acuerdo a la buena fe. Lo cierto es que puede interpretarse y esto es un ejercicio teórico todavía, pero podría interpretarse claramente que el Estado, al impedir al participación de un postor, lo que está haciendo es restringir la competencia y, además, darle un trato que no está de acuerdo a las reglas del trato justo y equitativo al futuro inversionista. Entonces, con eso podría argumentarse que es un daño en el concesionario que vio frustrada su expectativa de poder participar en un proceso de concesión. Con eso podría generarse una controversia internacional y, además, algún tipo de contingencia para el Estado. Al final se escogió la vía de usar una norma que, en aras de crear la competencia, lo que hizo fue excluir a uno de los posibles participantes en ese proceso; y, al final de cuenta, porque no se trató de poner condiciones sino de simplemente excluirlos. La norma, podría interpretarse también - y es la posición de DUBÁI - como una norma con nombre propio que buscó excluirlos.

Yo creo, sinceramente, y esto como una suerte de conclusión, que en este tema la regulación, si bien es cierto tiene por objeto buscar la competencia, tampoco puede eliminar los derechos de otros operadores, sobre todo si estamos frente a una modalidad de concurso, donde se busca hacer una competencia para el mercado. Efectivamente, y esto es algo muy básico, aunque es importante recordarlo. Si DUBÁI hubiera participado en igualdad de condiciones con todos, cometiéndose ciertas restricciones lícitas que pueda poner el Estado, no habría habido ningún inconveniente. Puede ser que hubiera perdido y no hubiera pasado nada, perdió pero

perdió en buena lid, pero lamentablemente se escogió el camino de la exclusión y eso lo que generó es que se de ahora algún tipo de controversia internacional o algún tipo de arbitraje de inversión, que tengo entendido ya está siendo requerido por la empresa materia de este comentario.

Hjalmar Marangunich

Con relación a la primera pregunta sobre la participación o la no participación de DUBÁI Ports en la concesión del terminal norte, nosotros como Estado debemos de resguardar el interés público por lo que debemos desarrollar una concesión, un sistema de asociación público-privada que permita establecer una naturaleza, ya sea autosostenible o autofinanciada, en la que exista características técnicas y económicas que hagan viables esta concesión a nivel, por ejemplo, de ingeniería; ya sea en carreteras, en puertos, en ferrocarriles, en aeropuertos. Pero también que exista un equilibrio económico-financiero.

En el puerto del Callao siempre han existido dos operadores: el muelle sur y ENAPU, en lo que se denomina el terminal norte. Por lo tanto, venía dándose una competencia porque una vez terminada la etapa de construcción se inició una etapa de explotación. En este caso, DUBÁI en un tiempo con anticipación de la construcción del terminal, comenzó la explotación. Y tenía programado una cantidad de años con la finalidad de llegar a un 70% de ocupabilidad, pero debido a que la demanda se ha incrementado significativamente, antes de llegar al año ya va a tener prácticamente ese disparador. Frente a lo cual la participación de DUBÁI Ports en todo el puerto sería bastante complicado porque, primero, estaríamos promoviendo un monopolio; segundo, existiría la posibilidad de que cuando un operador comience a llegar a los niveles que le exige el nivel de inversiones para una segunda etapa, podía desviar el curso de las operaciones hacia al otro terminal u operador portuario, con lo cual el Estado se vería perjudicado. Por lo tanto, nosotros tenemos que cautelar el interés público y ese equilibrio económico-financiero que deben existir en las asociaciones público-privadas en sus contratos de concesión que deben garantizar la efectividad, la eficiencia y sobre todo las características técnicas y económicas que permitan que efectivamente mejoremos, en tiempos de elección, en permanencia, en despachos anticipados y en otras características que han permitido que el puerto del Callao, con un operador que consideramos bastante bueno como es DP World, pueda satisfacer las necesidades del comercio internacional.

Hoy en día, frente a este equilibrio que tenemos como consecuencia de la competencia que se va a dar una vez inicie APM Terminals en el terminal norte, se traerá mayor competitividad y menores tarifas. Esto va a beneficiar a los usuarios y a los consumidores del puerto, pero también a los usuarios y consumidores finales, debido a que al haber menores tarifas y al haber una sana, honesta y leal competencia, las empresas serán más eficientes, pero a la vez cobrarán menores tarifas, lo que se reflejará en los costos directos de las empresas.

Para nosotros, la competencia es un elemento fundamental para mejorar la calidad de servicio, para mejorar la eficiencia y los niveles que se deben de establecer como consecuencia de estos procesos, en donde el Estado tenía la administración como operador portuario y que ahora ha sido trasladado hacia un inversionista privado que, sobre la base de un modelo económico-financiero de largo plazo, ha desarrollado un negocio que le genera objetivos claros, como rentabilidad, como volúmenes de venta, como participación en el mercado, que son objetivos legítimos en cualquier empresa. Pero lo que el Estado busca es la rentabilidad social, busca los beneficios hacia la comunidad, las personas, las familias y, en general, a toda la gente de la nación. Como experiencia tenemos que en Chile uno puede participar en una concesión, pero si se quiere participar en la concesión que esta contigua, debe de renunciar a la que tiene actualmente para poder participar en la otra.

Lo que se busca es una competencia que genere un sinnúmero de beneficios, pero sobre la base de las características que se desarrollan en estas asociaciones público-privadas. Adicionalmente, el concedente y los concesionarios tienen a un organismo regulador, que en este caso es el OSITRAN, como entidad que busca que el cumplimiento de estos contratos de concesión a través de la supervisión, a través de aspectos como los tarifarios, y también a nivel de interpretación de los contratos cuando existen dudas cuando existen ambigüedades. Por lo tanto, consideramos que existe un equilibrio en el cual el concedente, que en este caso es el Estado, participa como un privado en estos tipos de contratos. Tal es así que la resolución de conflictos se maneja en el marco del contrato, a través de un trato directo. Posteriormente, en caso de no ponerse de acuerdo, se va a un arbitraje que, dependiendo de los montos, puede ser nacional o internacional. Si son más de 5 millones dólares, los arbitrajes son internacionales y se va al CIADI o, sino, solo a arbitrajes locales.

Tenemos un sistema equilibrado pero perfectible, que tiene como finalidad buscar el cumplimiento de estos contratos. Para ello, hay que hacer que el organismo regulador sea siempre un organismo independiente, ajeno a temas políticos, que sea básicamente técnico y que garantice que la inversión que se desea desarrollar en infraestructura sea dada bajo criterios previsibles, lo cual signifique seguridad jurídica tanto para los inversionistas como para el Estado. Eso fue uno de los motivos por los cuales se sacó la normatividad que no permitía la participación de DP World en el contrato de concesión, que se entiende como consecuencia de que los principales operadores del mundo –estamos hablando de Hutchinson, APM Terminals y algunos más– se presentaron a este concurso, lo que nos da entender que fue a causa de los beneficios, el interés y el atractivo que hoy genera el Perú. Esto, sobre todo, en el puerto del Callao que tiene ciertas características que lo diferencia con otros países, incluido Panamá.

Dentro del concurso, tenemos tanto las tarifas reguladas como las no reguladas. También tenemos el factor de desempate que son las inversiones

complementarias adicionales, denominadas ICA. Esa inversión complementaria fue por el valor de 144 millones de dólares, que es un monto que tiene que dar el concesionario y que éste lo recupera en el tiempo a través de estas tarifas. Pero, con esos fondos, lo que se ha podido es desarrollar aspectos fundamentales para el desarrollo del puerto como, por ejemplo, el tragado menos 16 que significa que ahora puedan ingresar barcos por palmas. El hecho de desarrollar un puerto con grúas como las que hoy día presentan DP World significa atender este tipo de naves, con la eficiencia que establecen los mecanismos de estas grúas, las de palco y los pórticos.

Entonces, estos contratos de concesión han traído modernidad y muchos otros beneficios y, como consecuencia de ello, se ha tenido que hacer ampliación de la boca de entrada con el tema del tragado, lo cual significa que uno va a poder tener una mayor carga de barco de contenedores, porque el muelle sur es un muelle especializado en contenedores. El muelle norte, donde ha ganado APM Terminals, es un muelle multipropósito donde no solamente considera tener contenedores, sino también graneles y minerales. Entonces, los muelles tenían estructuras diferentes tanto en dimensiones como en características, motivo por el cual el Estado peruano decidió en su momento que la competencia era lo más beneficioso para la población y se consideró que los resultados los se tendrían al corto plazo. Estos resultados ya los estamos viendo, como en el caso del muelle sur y como en el caso del terminal norte.

RÉPLICA:

Sergio Bravo Orellana

En casos como estos estamos, hablando de soluciones hipotéticas, por que finalmente ya esta otorgada la adjudicación y habrá una competencia entre DUBÁI y APM en el muelle norte. Claro que hay algunos ejemplos que les puedo dar, para ver bajo esa misma lógica, tuvimos que haber dado Paita en dos partes o cualquier puerto, digamos Yurimaguas, Pucallpa, San Martín, todos los que vamos a hacer en dos partes. En realidad no es imposible dar un puerto completo y en el mundo existen, nosotros no somos el puerto más grande del mundo a un solo operador, es simplemente un tema de saber regular, de tener una regulación adecuada para ese sistema.

Cuando uno tiene el supuesto en que tuviéramos un solo operador en el puerto, como es el caso de Paita, lo que hace uno es un esquema, como denominaba anteriormente, de pesca, de límite superior de precios o de reconocimiento de costos en otros modelos. No era imprescindible tener dos operadores, se eligió ese camino con las consecuencias que ahora tenemos en curso, porque cambiar todo ese contrato del muelle sur para que se adecue ahora a uno de competencia, es una complicación que todavía no la estamos viviendo. Será cuando ya empiece a competir plenamente con el muelle norte, pero previamente ya tenemos una controversia de por vida.

Yo creo que los sistemas regulatorios funcionan bajo modelos de costos, bajo modelos de demanda. Los modelos de costos son reconocimientos de los costos de los operadores y los de demanda son propios de temas de puerto, por ejemplo en función del riesgo que se le traslada al operador. Ya son conocidos en las diversas oportunidades que hemos hecho este tipo de concesiones, solamente que aquí hicimos algo que nunca recomendamos en toda la literatura, que es mezclar dos sistemas regulatorios en un solo servicio, teniendo ahora mismo la complicación en este caso.

Más que un error de regulación es un error de aplicación, la regulación va a seguir siendo básicamente la misma.

Ramón Huapaya

Efectivamente, lo que pasa es que en realidad muchas veces no hay una suerte de, y esto es una crítica en general, reflexión o análisis sobre lo que es diseñar adecuadamente un contrato de concesión o un proceso de inversión de estas características. Como decía el doctor Bravo, se escogió partir el puerto en dos. No era algo imprescindible pero se ha hecho, pero había que pensar que el segundo operador que iba a entrar en condiciones distintas al primero tenía que tener algún tipo de regulación específica o tratar de tener algún tipo de regulación que permita justamente esta competencia intraportuaria, lo cual me parece no hace muy bien.

Aparte, es un proceso pluralizado que se ha hecho muy rápido, y siendo una APP, exonerándose de varios requisitos de preinversión, de análisis, etc., y se ha entregado rápidamente. Yo me pregunto qué va a pasar ahora cuando el Estado tenga que ver dos renegociaciones porque seguramente el operador que ha firmado ese contrato va a hacer algún tipo de renegociación porque sus condiciones no van a ser iguales a las del inicio. Inclusive lo que se dice es que, al haber un esquema diseñado de forma muy rápida, podría incentivarse a hacer ofertas temerarias y puede ser que con una oferta temeraria se llegue a hacer un contrato y luego de eso ir a renegociar. Claro, nuevamente las APP's pierden, con una norma un poco absurda, los dos primero años; pero si no se hace una renegociación se va a tener que ir a un arbitraje y se desconocerá esa norma por vía de arbitraje, siendo los árbitros los que determinaran los lineamientos del contrato porque, a final de cuentas, es lo que se consigue muchas veces en un arbitraje.

Entonces, la pregunta también debe ser si esta promoción bastante agresiva de la inversión privada es realmente viable, es realmente algo buena. Porque al final de cuentas puede ser que tanta promoción de la inversión privada, de manera tan acelerada al final traiga muchos problemas a posterior: en renegociaciones, en arbitrajes, en controversias y demás. Es muy rápido dar pero después, cuando ya estás metido en el coche, al final de cuentas viene todo este tipo de controversias colaterales posteriores que pueden generar algún tipo de problemas para el funcionamiento del Estado.

2. El Decreto Legislativo 1012 y su reglamento configuran el marco normativo en el que se desenvuelven las Asociaciones Público

Privadas (APP's), mediante las cuales se busca la participación de la actividad privada en servicios públicos y obras de infraestructura. Pero, ¿el sistema de las APP's es lo suficientemente rápido como para promover la inversión privada en infraestructura, o existe un elevado número de requisitos que producen un excesivo formalismo para la inversión?

Hjalmar Marangunich

Considero que este Decreto Legislativo 1012 y su reglamento definitivamente son un avance en temas normativos. Por ejemplo, al estar a cargo de la dirección de concesiones y también de las vías nacionales, para dar cierto tipo de concesiones pequeñas una se rige por el DL 1012 y la otra por la ley de contrataciones del Estado. La velocidad en que se desarrollan las obras públicas que hacen por vías nacionales es mucho más lento que los que se hacen concesiones, por la agilidad, por la flexibilidad y por el avance que ha tenido esta normatividad a pesar de que tienen ciertas restricciones y ciertas posibles mejoras. No hubiésemos podido construir las interoceánicas que son 3500 km de carreteras bajo este sistema de proyectos integrales, en donde se concursa con la preinversión, es decir el perfil, la prefactibilidad, la factibilidad. Con esa factibilidad se sale a concurso y el ganador hace los estudios de ingeniería, los de impacto ambiental y luego se construye la obra para que más adelante se pase a la fase explotación. Este es más o menos el proceso. Pero, normalmente, en el Sistema Nacional de Inversión Pública, el SNIP, nos podemos demorar tres años o más, y eso es realmente una obligación. Una vez que uno termina dicho SNIP para que le den viabilidad (la asignación presupuestaria), requiere otro tiempo más. Entonces, en el caso de las leyes de contrataciones y concesiones del Estado hay que concursar el perfil, después la prefactibilidad, la factibilidad, los estudios de ingeniería, los de impacto ambiental. Mientras que en el otro caso, el concesionario se adjudica el proyecto integral: hace los estudios, se le da las aprobaciones de ingeniería (los proyecto de ingeniería de detalle con las partidas, etc.) y también deben hacer los estudios de impacto ambiental que tienen tanto los componentes ambientales los sociales, con lo cual evitamos que pase un Tía María o situaciones similares. Que este contemplado el componente social es fundamental, por eso tenemos una buena relación en el caso de Chincheros.

Tenemos las carreteras de Motupe-Cayalti, de Hualal-Latos, de Buenos Aires-Canchaque, que nos permiten incrementar el tráfico en 400% en un año. Todo ello significa más integración, mayor tráfico de carga y de pasajeros, mejores condiciones, mayor oferta de productos y servicios, mayores beneficios económicos para la población, y mayor rentabilidad social. A esto nos referimos con eficiencia y efectividad, las que deben desarrollarse en estos sistemas. Esto tiene algunas restricciones. Por ejemplo, personalmente no comparto el tema de las iniciativas cofinanciadas, porque es muy fácil decir "este es mi proyecto y tu, Estado, finánciamelo". Entonces, las iniciativas privadas cofinanciadas tienen un riesgo que significa analizar, valorizar; sin embargo, hay

muy poco margen para hacer modificaciones mayores al ser sobre lo que presentan las iniciativas. Por ello, tiene que ser un proyecto bastante bien sustentando y creo que las experiencias nos dicen que hay que tener bastante cuidado con las mencionadas iniciativas privadas cofinanciadas. Yo democráticamente discrepo con Sergio Bravo.

Por otro lado, con relación a esta normatividad y a la renegociación -las famosas adendas de los contratos en la parte pública como en la parte de las ATP's- se van a dar en algún momento porque los contratos son dinámicos y no existe un contrato fijo que pueda mantenerse estático, sobre todo en infraestructura. Por ejemplo, en una carretera que es autosostenible, que no tiene retribución del Estado, una empresa gana la concesión para realizar 20 pasos a desnivel. Sin embargo, se producen accidentes de tránsito en una zona que no fue muy estudiada y resulta que hay que hacer un paso a desnivel más. Pero, como es autosostenible y ya se puso el límite de obras adicionales, estas obras de desempate, uno no puede hacer una obra más ¿Qué es lo que hago? ¿Se deja sin paso a desnivel a esta ciudad? Hay que considerar también la redistribución de riesgos en la cuales, por ejemplo, muchos inversionista que consideraron desarrollar esta parte de infraestructura nunca hubiera considerado que haya un dólar tan bajo como tenemos hoy en día. Otro problema que se presenta son en los mantenimientos de emergencia, al ser nuestras carreteras que pasan por los andes más susceptibles a sufrir daños a causa de un huayco. Entonces, caen huaycos y el contrato de concesión o el organismo regulador nos dice "tu solamente puedes hacer una solución técnica, si se vuelve a caer el huayco eso lo pagas tu". Esto rompe el equilibrio económico-financiero, por lo que hay que buscar soluciones. Esto obliga a hacer modificaciones que puedan enmarcarse dentro de la naturaleza de la concesión, dentro de las características económicas y técnicas, y dentro del equilibrio económico-financiero.

Si por "X" razones se hizo un contrato de concesión donde se establece una obra principal e inversiones adicionales, pero por alguna equivocación se estipula que el contrato principal tiene el 10% de garantía, en cartas fianzas, sobre lo principal (al hacerse por etapas), y que la inversión adicional tenga en lugar de una garantía de 10%, una de 100%" -agregando a lo anterior que la inversión adicional se ofertó bastante alto- esto termina en que no resulta bancable la realización de la obra. Uno tiene que hacer una solución técnica que se enmarque dentro de los contratos de concesión. Es por ello que las modificaciones, las renegociaciones (sin que eso modifique el núcleo duro del contrato) son un elemento importante que están permitiendo nuestro desarrollo. Es así que tenemos el mejor aeropuerto de Sudamérica, y próximamente una segunda pista. También tenemos dos operadores de primer nivel, los aeropuertos del norte concesionados y los del sur con una modificación, con un próximo aeropuerto para la ciudad de Pisco para los vuelos locales que son de bajo costo y que van a significar más destinos

turísticos. Todos estos ejemplos muestran que se ha incrementado la cantidad de aterrizajes y despegues hasta al punto que necesitamos ya construir la segunda pista del aeropuerto Jorge Chávez. Pero esto se dará siempre y cuando nosotros avancemos con este tema de tener claro que el desarrollo de la infraestructura se da en una legislación que mantenga el interés público y que existan causas fundadas para poder desarrollar cualquier modificación manteniendo la naturaleza, las condiciones técnicas y económicas y el equilibrio económico-financiero de las partes, en donde, el Estado y los concesionarios sumen finalmente en beneficio del país.

Sergio Bravo Orellana

El D.L. 1012 engloba lo que es el T.U.O. de concesiones, ciertas normas complementarias que se fueron dictando en el camino y fueron después consolidadas en este D.L., que contiene lo que eran las concesiones anteriores y lo que son los temas de asociación y cofinanciadas.

El D.L. 1012 tiene muchos aportes, aunque también algunas limitaciones. Abre por ejemplo características muy propias de contratos que no estaban considerados previamente, incluyendo los mismos contratos de servicios. Hoy se puede hacer una concesión de servicios sin desarrollo de infraestructura, eso es un aporte del D.L. 1012. En ello hay dos mecanismos generales que son, vía APP's auto sostenibles, los que significan que el usuario es el que le da la economía a la concesión o al contrato APP mediante el pago de un peaje, una tarifa, etc. Es el caso del muelle sur, muelle norte, la red vial 6, la red vial 5, etc. Son esas concesiones que normalmente han primado en el desarrollo de las inversiones público-privadas en el Perú y también aquellas que fueron como las experiencias de la Interoceánica, por ejemplo interoceánica sur o interoceánica norte, que son concesiones con alto soporte del Estado para ayudar al usuario a pagar la tarifa o el costo de esta concesión. Entonces en estos dos segmentos de desarrollo que existen dentro del D.L. 1012 tenemos algo que funciona creo que bien, que es el tema de las concesiones autosostenibles, dado que la prueba de valor prácticamente estaba en el mercado. Es así que se desarrollan concesiones de saneamiento como La Chira, Cahuada, etc., respaldadas con tarifas que genera el organismo regulador, que en el caso es SUNAS, quien determina e impone una tarifa, o las concesiones de redes viales que también tienen un peaje, que sencillamente puede autosostener el proceso.

En eso creo que hemos avanzado, al margen de las limitaciones que después voy a mencionar que ya son generales para todo el proceso. Pero en el tema de las cofinanciadas, en el término de lo que es el proceso, desde la generación del estudio hasta la generación de los contratos, del tema de garantías, de las opiniones que tienen que del regulador, de la contraloría en el tema de control previo, en temas de economía que pone las limitaciones también al desarrollo o la puesta de garantías, termina siendo un proceso bastante engorroso en términos del procedimiento.

Yo creo que si retrocedemos más o menos al año 2005 o 2006, cuando estábamos en ProlInversión había una característica principal que se fue perdiendo con el tiempo, que es que quien definía las características del contrato era ProlInversión. Entonces, era el dueño del contrato y recibía las consultas y los aportes de los sectores, de los organismos reguladores y de aquellos organismos que eran competentes para cada parte del contrato, pero quien lideraba, o sea quien ponía los lineamientos, era ProlInversión. Con el tiempo pasó al vice ministerio y empezó un proceso de amplia consulta, lo cuál es bueno, pero se perdió el liderazgo en los procesos y caímos en una lentitud con respecto a la consecución de los procesos de concesión y ya los dos últimos años ha empezado a revertirse pero ha costado un aprendizaje muy alto en tres años, que más o menos no fueron los más adecuados en términos de desarrollo en concesiones en general.

El tema también está en las iniciativas privadas, porque pueden ser ahora ya de los dos tipos, a partir de hoy día que se ha aprobado ya en el Congreso las iniciativas privadas cofinanciadas a través de las modificaciones al D.L. 1012. Creo que va a ser muy bueno el tema de desarrollo si corregimos el tema de procedimientos. Existen las iniciativas privadas autosostenibles que son las que han movido ProlInversión, por que a parte de lo que es la parte eléctrica lo que ha realmente puesto en movimiento el desarrollo del tema de APP's han sido las iniciativas privadas auto sostenibles en los diferentes sectores. Ahora se vienen las iniciativas privadas cofinanciadas, o sea, aquellas que necesitan aportes del Estado en términos de garantía, garantías financieras o cofinanciamientos al usuario, pero para que esto madure, porque recién hoy empieza el procedimiento, empieza a aflorar este mecanismo, lo que necesitamos es mejorar los procesos pues igual vamos a seguir procesos de SNIP (que es cierto que son altamente engorrosos), vamos a seguir los procesos de demostrar a Economía de que realmente es una concesión que no genera demasiados pasivos contingentes o firmes dentro del proceso, que significa que se va a medir en función de no comprometer las cuentas públicas. Todo eso es un procedimiento que a veces dura años ni siquiera es un procedimiento del que podemos decir en ocho o diez meses sacamos las cosas, pues son procesos mucho más largo que los que hay respecto a las iniciativas privadas auto sostenible.

Creo que el gran problema de los procesos y la lentitud de los procesos está en el temor de los funcionarios públicos de actuar en los diferentes cargos. Para los que hemos tenido a cargo estos procesos, ustedes pueden entender que casi ninguno de los que han pertenecido a estos comités están exonerados de juicios, el que habla ya ha tenido 5 denuncias por las interoceánicas, por la red vial 6 o el puerto de paíta, etc.

Yo daría digamos la razón a aquellos procesos judiciales que nacen, por ejemplo, de una observación de contraloría que muchas veces es discutible, pero por lo menos es un organismo técnico que tiene técnicos que opinen. Pero no me dejarán mentir los que tienen experiencia en esto, uno

tiene procesos judiciales porque hay un señor, por decir, Guerrero que se presentan en el Poder Judicial y denuncian a los funcionarios que llevan adelante ese proceso. Entonces, en el proceso donde estamos involucrados 20 personas, 40 personas, 60 personas, incluidos ministros, vice ministros, miembros del comité etc. ¿Y quién es esa persona Guerrero? Es uno que denuncia profesionalmente, a veces para políticos, no se como llamarlo en público pero bajo ciertos intereses.

Entonces se dan cuenta con la experiencia personal que yo les cuento, que hay denuncias que ni siquiera nacen de un análisis técnicos de los procesos, donde pueden haber fallas o motivos reales para denunciar, porque siempre puede haber, puede haber desde mala fe hasta dolo, eso es cierto, pero finalmente que ocurra esto y que esa experiencia se deje a los siguientes miembros de los comité, a los funcionarios, a aquellos que finalmente están integrando ProlInversión y todos los sectores, cuál va a ser la reacción inmediata, es tener miles de cuidados respecto a esos procesos. Entonces, cada uno va a empezar a aumentar el número de sellos para que cada uno le de el visto bueno al siguiente y terminamos con hojas llenas de sellos para finalmente salvar la responsabilidades de cada decisión que se tome, eso es en mi concepto lo que ha impedido la velocidad de los procesos.

Hemos diseñado todos los controles habidos y por haber derivado de experiencias no muy gratas respecto a la historia de los funcionarios públicos en el país. Si todos nos quejamos de la Contraloría, creo que comparado con lo que pasa con el sistema paralelo judicial no es un gran problema. Tenemos que solucionar estos problemas donde de repente debemos definir legalmente que la única forma de denunciar a estos funcionarios públicos es a través de un informe de Contraloría, porque sino estamos sujetos a una serie de mecanismos que no son saludables, y la consecuencia es que un proceso dura 2 o 3 años, a diferencia de cuando iniciamos Mantaro-Socavallo, donde colocamos ese proceso nuevo sin contrato conocido, por que fue la primera experiencia, en 8 meses. Entregamos ese contrato sin estudios, lo entregamos simplemente bajo el siguiente principio, del cual se van a sorprender, era una línea de transmisión que tenía 600 kilómetros y dijimos "quiero que en estos 600 km. haya una línea que me transmita 300 mega vatios y pierda a lo máximo tanto, que no fluctué en el tema de calidad de tanto y que su continuidad de servicio sea tanto" así se correteó ese contrato y vinieron cuatro empresas transnacionales a poner la oferta.

De ese tiempo que hacíamos las cosas tan fáciles a los tiempos que estamos ahora, a mi me ha tocado ver toda la evolución histórica de estos procesos. Hay una distancia enorme en la velocidad que se ha perdido, por enormes controles, enormes seguridades, pero derivadas de la propia experiencia. Ds como la anécdota del monito que quiere coger el plátano y le dan de palos, a pesar que le gusta el plátano nunca va a cogerlo, eso hemos sufrido todos aquellos que hemos estado involucrados.

Ahora tengo casi 2 años fuera, pero no le deseo a nadie de los que están lo que hemos sufrido, por lo que hay que reformar el sistema más allá de los procesos únicamente normativos, regulando los procesos de aplicación.

RÉPLICA:

Hjalmar Marangunich

Los aeropuertos del norte fueron infraestructura desarrollada por CORPAC y administrada por este mismo. Luego, se concesionaron a AF AEROPUERTOS DEL PERÚ, pero al tener determinadas características la calificación del mantenimiento de emergencia, sucedía que en muchos en esos aeropuertos solo hubiera una sola caja central de electricidad. De ella se tenía que dar luz al terminal y también tener la parte de la aeronavegabilidad en manos de CORPAC, al ver ellos los aterrizajes, despegues y las situaciones de emergencia. Al existir esta sola caja central, entonces estaba CORPAC y también era el concesionario, pero no calificaba como una obra de emergencia de rápido impacto, ni como una obra de seguridad, ni como un mantenimiento de emergencia. Frente a ello, se tenía que hacer una modificación del contrato, una adecuación para atender ese tipo de necesidades porque esto se presentó en el aeropuerto 1, en el aeropuerto de Pisco, en el aeropuerto de Anta, en el de Trujillo, como el de Chiclayo y así sucesivamente. Todo ello para poder calificar y evitar que la Contraloría nos diga "tu hiciste una obra que no estaba enmarcada dentro del contrato de concesión", es por eso que es necesario calificar la obra, hacer este tipo de precisiones dentro del contrato de concesión.

Otro ejemplo está en los contratos de concesión donde se decía que los arbitrajes debían durar 60 días. Esto le imponía un plazo al Tribunal Arbitral cuando ellos son autónomos, independientes y tienen que durar lo que deba durar el proceso. Este plazo, además, no estipulaba que el hacer un peritaje o una visita a una carretera de la zona. ¿Qué teníamos que hacer? Una modificación contractual.

"Cuando uno escribe un contrato no puede prever todo lo que pasará en un futuro, uno no tiene la genialidad de poder establecer en toda cláusula del contrato cada evento que puede ocurrir a lo largo del desarrollo de una concesión".

Si se cae un talud y hay un deslizamiento y yo tengo algunas limitaciones porque el contrato dice "solamente te voy a reconocer la primera". ¿Y la segunda? Vuelve haber otro huayco. ¿Qué hago? Tengo que adecuar y establecer características que estén dentro del marco de la concesión, que este dentro de esta asignación de riesgos y de su distribución. Lo que queremos decir, las adendas, las renegociaciones son necesarias siempre y cuando mantengamos las características, la naturaleza del contrato.

Sergio Bravo Orellana

Bien, voy a tocar solamente dos supuestos, el tema de APP's cofinanciadas y el tema de la renegociación del contrato. Respecto al tema de las APP's cofinanciadas hoy día se dio el punto de partidas a estas iniciativas privadas, con lo cual creo que por la iniciativa del

Ministerio de Economía y Finanzas se genera un hito importante en el desarrollo de lo que es concesiones en el Perú.

A las palabras del viceministro cuando dice: "yo en ProVías me demoro mucho tiempo en construir, en desarrollar estudios, en todo el proceso del ciclo del proyecto, mientras que en concesiones esto sale más rápido y finalmente puedo hacerlo con un estudio de factibilidad, incluso las iniciativas privadas empiezan con un perfil, y luego en la ejecución yo puedo hacer los estudios definitivos, incluso por tramos". Esta innovación se hizo en la interoceánica, donde no hubo el estudio definitivo de toda la carretera sino tramo a tramo, con lo cual se le da celeridad en todo el proceso constructivo.

Si alguien viene y dice: "yo quiero construir, complementar el eje de Huaral-Huaco-Huayopampa, quiero complementar el eje Sayán, Churín, Oyon, para desahogar, por ejemplo, la carretera central derivando 30 o 40 % y yo pongo el perfil de toda la carretera", le digo a Economía: "si tu Estado le das solamente el 30 % de cofinanciamiento para ser sostenible". La alternativa del Estado es involucrar todo un proceso que puede durar 4 años para recién verter en 100% los recursos en esa carretera, mientras que puede venir un privado haciendo todo el perfil y toda la Ingeniería previa de esa carretera y decir al Estado: "Estado solamente necesito el 30 % por que puedo poner dos peaje cada 100 km. dentro esa carretera y puedo yo a través de desarrollo digamos de la parte vial tener la economía suficiente para poder yo financiar el 70 % de esa carretera".

Entonces, yo no creo por donde pueda haber pierda dentro de la parte de dejar que la iniciativa privada cofinanciada. Puede ayudar al Estado a involucrar incluso menos recursos de los que hoy involucra por desarrollar cualquier carretera o cualquier puerto o cualquier aeropuerto. Entonces, obras de saneamiento en cualquier sector se pueden empezar a dar con iniciativas privadas cofinanciadas. Nosotros, como parte ya de la Universidad ESAN, tenemos un instituto que se dedica a promover este tipo de cosas, ya lo hicimos en salud, ahora lo estamos haciendo en educación, también hemos preparado para este efecto iniciativas privadas para zonas populares. El Estado tendría que pagar, más o menos para que tengamos una idea, nosotros podemos dar educación con base tecnológica con profesores del Markham, Newton, etc. en zonas populares, pero en vez que ese estudiante pague 1500 soles o más por una matrícula de una educación más o menos similar, bajamos con la colaboración entre el Estado y el sector privado a 200 soles la matrícula, pero con dos idiomas, con todas las exigencias de calidad. Eso es hacer inversión público-privada, eso es involucrar otro reto para que el Estado finalmente pueda ver una alianza con el sector privado para mejorar cosas que generalmente están en calidad no adecuada, entre otros lo social, salud, educación, carreteras, aeropuerto, todo eso puede ser parte de este proceso que se viene a partir de las iniciativas privadas. Se debe tomar en cuenta que ProInversión se ha movido, salvo por la parte eléctrica que es fácil de desarrollar, en la gran mayoría de los procesos por iniciativa privada, sino ProInversión no se hubiera movido. Esta es la gran oportunidad para

repotenciar ProInversión a través de lo que son las nuevas iniciativas privadas que se vienen a partir de esta modificación del DL 1012.

En cuanto a la renegociación de contratos, los contratos son entes vivos. Cuando uno escribe un contrato no puede prever todo lo que pasará en un futuro, uno no tiene la genialidad de poder establecer en toda cláusula del contrato cada evento que puede ocurrir a lo largo del desarrollo de una concesión. Lo que nosotros tratamos de impulsar es lo que se llama un concepto de concesiones vivas, es decir, si hay necesidad de poner puentes, si hay necesidad de hacer desvíos, si hay la necesidad de optimizar la concesión dentro de su área o de su eje principal, debería permitirse dentro de los contratos desarrollar adendas para optimizar. Esto es también una anécdota que lo relaciono un poco con el tema de los juicios. Hay tres puentes respecto a la red 6, en el tema del puente Pucusana hacia Ica, en la ubicación de los tres puentes la gente se moría, se moría literalmente porque era atropellada por la alta velocidad que había, y había que hacer tres puentes y unas obras que permitiesen que la gente no invada la carretera. Se hizo un trato de palabra con el concesionario porque la gente se moría, y entonces se hicieron los tres puentes a cambio de retrasar la instalación de un peaje. El concesionario aceptó, pero después dijo bueno hay que hacer ya la adenda. Se hizo la adenda y se firmó. Después, 60 funcionarios encabezados por la ministra Zabala fueron denunciados por los tres puentes. Entonces, ¿qué pesa más: hacer una modificación, una adenda de un problema de vida, o dejar que la gente siga muriendo? Yo creo que la respuesta es obvia.

3. El artículo 58° de la Constitución Política del Perú señala que el Estado actúa en la promoción de la infraestructura; el artículo 60° del mismo cuerpo normativo limita la actividad empresarial del Estado a un rol subsidiario dentro del mismo. Sin embargo, cabe hacerse la pregunta si esto es suficiente, ¿necesita un cambio la Constitución Económica para que se promueva la inversión privada en infraestructura?

Hjalmar Marangunich

Creo que el desarrollo empresarial tiene ciertas características que deben de buscar eficiencia, competitividad, que deben funcionar con procesos. Lamentablemente, en el caso del Estado, tiene complicaciones esto. Por ejemplo, ENAPU que es la empresa nacional de puertos, que maneja o manejaba los principales puertos (el caso del Callao, Paita, Matarani). Sin embargo, en estos procesos de APP's, en estos contratos de concesión, se ha demostrado que el privado es más eficiente.

De igual manera, la actividad empresarial a través CORPAC. Ésta manejaba el Jorge Chávez, manejaba todos los aeropuertos a nivel nacional. Hoy en día están los concesionarios y ha habido un cambio significativo. A través de esta normatividad, primero, hemos salido de la esfera de las contrataciones de adquisiciones del Estado, con lo cual hemos logrado mayor velocidad, mayor

posibilidad de acelerar este tipo inversiones. Esto debido a que es muy difícil contratar con inversionistas, como pasa por ejemplo en carreteras en ProVías y que, si se presenta alguna situación en el camino, se tiene que hacer un proceso de contratación. Entonces se comienza a perder eficiencia por más que se le quiera dar una orientación.

El caso de ENAPU, CORPAC, SERPOST de que, a pesar de que aparentemente puedan tener alguna imagen positiva, los procesos, la eficiencia, incluso la motivación del personal no es la misma que en el caso de la actividad privada. En los casos de los bancos asociados, del banco internacional, del banco industrial, del banco popular, se tenía participación el Estado con un manejo diferente a lo que hoy en día vemos bajo la administración financiera, en donde se busca y asegura la rentabilidad de la institución, las utilidades, la participación en el mercado, los volúmenes de venta. De esta manera, uno asegura en el tiempo la devolución de esos fondos y el manejo serio de esos fondos hacia clientes.

Entonces, creo que ese es un elemento importante, por ello, el rol del Estado debe ser un rol de normatividad, de dirección, de políticas. Sin embargo, creo que el sector privado es un sector que va a buscar la mejora, la eficiencia, que busca los niveles de servicios; y, como Estado, debemos de promover ese tipo de situaciones. Por lo tanto, creo que se ha avanzado con estos sistemas de concesión, con estos sistemas de asociación público-privadas porque han dado respuestas.

Yo tengo una carretera, por ejemplo, y existe lo que se denomina la puesta-punto, es decir, uno entrega en buenas condiciones la carretera y partir de ahí, el concesionario la asume, haciéndose cargo del mantenimiento rutinario: limpiar la carretera todos los días, del mantenimiento periódico (el recapeo de ella), atender las emergencias (una caída de huayco, limpiar o las cunetas que es por donde discurre el agua de lluvias), etc. Pero resulta que la puesta-punto que se ha tenido que hacer como Estado, no ha cumplido los niveles de servicio de los términos de referencia que están establecido en el contrato de concesión. Entonces, el concesionario dice "no te lo puedo recibir" y frente a ello comienza a generarse un desequilibrio económico-financiero por el contrato de concesión, porque el Estado debe poner más sobre un mantenimiento que tenía que asegurar. ¿Qué acción se puede hacer para subsanar dicha situación?

Se pueden dar determinadas compensaciones junto con plazos adicionales al concesionario, que debe de encargarse de hacer las medidas correctivas. Al tener que hacer estas últimas se tiene que compensar con algo, y lo puedo compensar con un plazo mayor y obviamente eso tiene que ser equivalente para que mantenga el equilibrio económico-financiero. Pero no se lo daría al Estado, por que aletargaría tener que hacer un proceso de convocatoria para los estudios, y luego para la ejecución de la obra otro concurso, mientras tanto la carretera se quedaría sin mantenimiento y eso generaría otro costo adicional por su deterioro. Se generaría una pérdida que no lo recepcionaría la contraparte, siendo mejor que se lo entreguemos al concesionario y lo compensemos por ello.

Esa es la flexibilidad y esas son las soluciones que podemos encontrar en estos modelos de APP's, a este modelo de concesiones, frente a lo que tiene que hacer el Estado bajo la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, porque siendo la obra una puesta-punto antes de entrar en concesión, el Estado se tiene que regular bajo este sistema. Y es paradójico que se presente estos dos tipos de normatividades en estas situaciones pero en la realidad es así.

Es mejor, por ello, incorporarnos y mantenernos dentro de la legislación del D.L. 1012 y su reglamento que incorporarnos a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, por la obvia rapidez, eficiencia y además porque, finalmente, dentro de una evaluación comparativa de costo-beneficio vamos a lograr una mayor efectividad.

Sergio Bravo Orellana

Creo que el tema parte de la inquietud de la propuesta de Kurt Burneo sobre el tema de modificar la Constitución para permitir que se reimpulse el tema de las empresas del Estado, como complemento de la actividad privada, con un rol activo más activo respecto al actual modelo que hemos elegido.

Yo creo que el tema es en mi concepto, y eso ya es como uno piensa respecto a como se organiza el Estado, el de un Estado con un rol de director de una orquesta. Pero cuando el director de una orquesta quiere hacer a la vez el flautista o el pianista, algo no hace bien. Claramente lo que no hace bien es su rol de director. En el Estado, en los años 90 en la reestructuración que se hizo, fue dado por un grupo de tecnócratas que definieron al Estado para fortalecerlo en su rol director y trasladar al sector privado la actividad empresarial bajo la directriz del Estado, y así se estableció incluso en la Constitución.

A lo largo de este tiempo, por que la tentación es muy grande de cada gobernante para formar una empresa para solucionar un problema específico, el marco normativo a protegido de esas tentaciones, pues todos los gobernantes quieren ponerle un Sello o tener un cuadro que recuerde la formación de una empresa del Estado, aun si no es necesario para el desarrollo del país.

La Constitución funciona bien como esta, nos ha dado la gran posibilidad de, por ejemplo, poder contar ahora con las APP's, por que en países donde se permite todavía el rol prioritario y de liderazgo del Estado, por ejemplo inclusive en Brasil, termina habiendo leyes perfectas en temas de APP's y no se producen APP's, porque todavía el Estado tiene un rol preponderante en el tema empresarial. En cambio, aquí nos hemos visto obligados a buscar salidas para el desarrollo de la organización del Estado, pasando a tener empresas del sector privado haciendo servicios públicos; de ahí viene la gran reestructuración del sector eléctrico, donde finalmente las distribuidoras en su mayoría, totalmente en Lima y en gran parte a nivel nacional, son privadas, dando servicio público de electricidad. De igual manera

las generadoras y las transmisoras son en un 90% privadas, dando servicio de transmisión eléctrica. Igual en saneamiento empezaron a aparecer las empresas privadas, en el tema de transporte empiezan a haber operadores privados, lo cual es el tema incluso que nos toca haber discutido esta noche, eso es asociación público privadas, pero su impulso y su necesidad es parte de una definición del rol del Estado y de la organización del Estado que se definió a inicios del 90.

Hay un principio que se guarda incluso para hacer proyectar una adenda cuando afecta el tema de equilibrio, y es que hay que restablecer el equilibrio económico de forma que no afecte al Estado ni al sector privado, o sea cambios que se puedan hacer en el incremento de tarifas, aumento de plazos, se puede hacer disminución de obligaciones, transformar obligaciones para compensar y generar un nuevo equilibrio económico que no desvirtúe lo que pacto el Estado al inicio. Estos son diferentes mecanismos de equilibrio económico de los contratos que se han utilizado en varios casos, en varios ejemplos. Regresando un poco al tema de la modificación de la Constitución, yo quisiera, aunque la gran mayoría de la sala son jóvenes y prácticamente tienen muy poco recuerdos o ningún recuerdo respecto a los años 90, recordar cuando se empezó todo este movimiento, y hay que hacer un balance de lo que se hizo en el tiempo y eso lo hicimos hace poco. Por ejemplo, la zona Lima, Mantaro, Socavalla; cuya inversión fue 178 millones de dólares, da un beneficio en los últimos 10 años de 10 a 11 mil millones de dólares en términos de ahorro de energía. Hay que creer para poder trabajar en estos temas, hay que creer en el beneficio de motivar al sector privado a dar soluciones. Al respecto, a lo que es la operación y administración de los servicios públicos, al aporte que se puede hacer en medio de las críticas, uno puede evaluar por ejemplo la concesión administrativa de telefónica que se dio a través de la privatización de la compañía de teléfonos y ver que las tarifas que antes costaban 1,000 dólares en instalación de teléfonos hoy están en 30 o 20 dólares dependiendo del operador.

Esa dimensión de reducción de tarifas puede producirse simplemente por que la cobertura ahora es mayor respecto a lo que había en esos años y porque la tecnología a permitido bajar costos tanto a nivel de tarifa unitaria como tarifa de instalación.

Iguales a los móviles, ustedes pueden comparar el tema de las tarifas en todos los sectores eléctricos, los privatizados principalmente, telefonía, e incluso el tema de carreteras que son las tarifas más bajas del mundo, uno puede visualizar en el tiempo que hay una reducción, con respecto por ejemplo al sector menos privatizado, como es saneamiento, con menos participación del sector privado. Todo este movimiento donde finalmente define una forma de organizar el Estado es lo más importante para poder acometer a través de mecanismos como son las APP's o antes las privatizaciones respecto a lo que hicimos, hoy día vivimos el fruto de una reforma que finalmente ha sido importante en el país.

Si uno por ejemplo retrocede y ve lo que era el tema de escasez de electricidad, etc. y usando estos mecanismos de concesiones o mecanismos de compromiso de inversión ha podido dotar de infraestructura y reserva eléctrica. Eso es porque se ha creído que el sector privado puede dar respuesta respecto a una mejor administración del sector, de los servicios públicos.

Esto es un tema más práctico de definición de la forma cómo organizar el Estado y es casi una actitud respecto a como hacemos que el Estado, en vez de hacer el servicio empiece a controlar, empiece a hacer supervisión antes de ejecución. Por que en esta clase de servicios uno no puede ser juez y parte.

En cambio, cuando por ejemplo al viceministro alguien le falla en un índice de servicio de su carretera o del aeropuerto, etc., hay una carta fianza que esta esperando él ejecutar sino subsana lo que finalmente ha hecho mal. Eso cuando lo opera el Estado no existe, a lo mas lo que se hace es una llamada de atención al funcionario que hizo mal y seguirá estando mal, entonces es toda una filosofía distinta respecto a como funcionamos como organización, como Estado, como sociedad respecto al manejo de los servicios públicos.

El Estado tiene que tener el rol preponderante en la sociedad, que es dirigir los servicios, definir los servicios, definir la calidad, eficiencia, la continuidad de los servicios. Lo que no debe hacer es ejecutarlos, esa es la fuente de lo que realmente hemos tocado hoy día, que es las asociaciones público-privadas

4. ¿Es adecuado el actual sistema de solución de controversias en la regulación de inversión a infraestructura?

Hjalmar Marangunich

Los contratos de concesión consideran al trato directo y al arbitraje como método de solución de controversias. Acá hay situaciones que son complejas. Por ejemplo, las modificaciones de contrato se pueden hacer solamente entre las partes y luego se remite para la opinión favorable del regulador. Sin embargo, existen algunas decisiones del regulador en las cuales el concedente no puede estar de acuerdo, pero por la personalidad única del Estado tiene que seguir, porque a pesar de que el regulador tiene una opinión no vinculante en las acciones de control posterior, nuevamente, lo consideran si vinculante. Entonces, frente a ello no hay otra cosa que seguir la decisión del regulador así el concedente esté en desacuerdo, pero tiene que seguir la decisión de regulador porque tiene la facultad de interpretación de contratos, etc.

Se mencionó hace algunos momentos por parte del profesor que el tema de los arbitrajes tenía una materia controversial porque son entre el concedente y concesionario, sin permitirse la participación del regulador. Sin embargo, no se permite la participación del regulador porque nosotros como Estado podemos estar de acuerdo en que participen, pero si la otra parte no lo acepta, no es factible permitir esa participación,

y los concesionarios muchas veces dicen que no intervengan porque ya el regulador ha dado una opinión a través de su decisión que el concedente lo tiene que ejecutar. Consideramos que en esa parte es perfectible, de manera tal que en los arbitrajes, los reguladores puedan intervenir de cualquier manera y que no se restringe su participación, más aun si sus decisiones tienen implicancia, sobre todo económicas en estos contratos de concesión.

La solución de controversias bajo la modalidad actual establece, por ejemplo, características de flexibilidad, de adecuación y que inicia con este trato directo. Estos tratos directos tienen un determinado plazo y hacen que estas diferencias puedan ser ágiles y dinámicas. Comparado con la vía judicial obviamente es una alternativa de solución más efectiva, más eficiente, más rápida, salvo en el caso de las controversias internacionales, en donde tiene toda una etapa de preparación y donde hay una comisión que la preside el Ministerio de Economía y Finanzas, y varios sectores. Hay una comisión permanente donde interviene el sector y frente a lo cual se selecciona el estudio jurídico correspondiente para las defensas y finalmente se hace la declaración en los tribunales en Nueva York. Este el caso, por lo menos, en infraestructura. Dichos casos son más complejos porque interviene todo el Estado: Relaciones Exteriores, Economía y Finanzas, Proinversión, más el sector involucrado. Este último podría ser, por ejemplo, el Transportes y Comunicaciones porque posiblemente tengamos un arbitraje internacional al haber un concesionario que ha Estado mencionando que lo va haber y, por lo tanto, tendremos que establecer, en el marco del contrato de concesión, las características que esta solución de controversias lo amerita. De eso, siempre y cuando este dentro del contrato de concesión.

Si uno dice "soy un concesionario, tu proceso me afecta y me genera una competencia desleal", tengo que demostrarlo porque si no lo demuestro y yo lo digo dentro del marco de un contrato de concesión, está la clausula de equilibrio económico-financiero. Por el contrario, si uno demuestra que si se ha afectado, se solicita el restablecimiento de dicho equilibrio económico-financiero, pero no necesariamente tengo que ir a un arbitraje y decirlo al haber otras alternativas que el mismo contrato establece.

Entonces, el trato directo es porque existen diferencias que se reflejan en una interpretación distinta entre las partes de la concesión. Por ello, se lleva al organismo regulador al ser esté finalmente quien interprete, pero a veces se puede ir más allá de lo que se solicita y frente a ello se dan estos arbitrajes. Este último mecanismo es también válido, totalmente viable y más ágil y dinámico. Sin embargo, el Estado muchas veces se ve en desventaja por el tema de contrataciones que tiene que hacer en este caso de los arbitrajes, porque los mecanismos de contratación se hacen a través de la Procuraduría. La Procuraduría son los defensores del Estado en cada sector, por lo tanto, tienen que hacer convocatorias cuando se tienen que hacer estudios jurídicos grandes o algunas contrataciones especializadas para la valorización de peritajes, etc. Esto es lo que complica,

pero estos sistemas son totalmente válidos y manejables incluso para el Estado.

Sergio Bravo Orellana

Los contratos de concesión contienen, desde el punto de vista del regulador, una separación de lo que es materia de controversias técnicas y no técnicas entre las partes, por ejemplo referente a una valorización de obra, respecto a una emisión de una certificación, a un metrado adicional, etc. Todo eso se juega dentro de un ambiente de las controversias que se solucionan a través de la parte de los tratos directos o de la parte del arbitraje, inclusive arbitraje internacional del CIADI. Pero la gran polémica siempre ha sido si se puede arbitrar o no las facultades propias del regulador, básicamente materia de lo que sería precios, o sea tarifas y el tema de penalidades, que siempre en los contratos de concesión el regulador ha tratado de incluir como condición, de que son materias no regulables, de que son de competencia del regulador pero no arbitrables, que son competencias del regulador y se solucionan vía los mecanismos propios, es decir apelación al mismo regulador o vía en algunos casos el tema de la vía administrativa que ustedes creo que conocen bastante bien en el tema contencioso administrativo.

La gran polémica y lo que ahora el regulador pretende incluso es normar, no llevar a arbitraje este tipo de facultades que tiene dentro del mismo contrato. En cierta parte yo creo que hay mucho razón, porque se imaginan ustedes fijar tarifas a través de arbitrajes permanentes por cualquier discusión de precios. El grado de predictibilidad que habría para la fijación de tarifas sería casi cero. El resultado de un arbitraje podría modificar decisiones anteriores y fijaciones de tarifas que se hacen cotidianamente. Hay cosas que incluso se tiene que aceptar en términos de los errores propios del regulador, pero eso le da predictibilidad al sistema. En cambio, hay cosas que son parte de una contratación entre el Estado y un privado que forman parte del contrato de concesión, como el termino parcial de la ejecución de obra o de la misma operación de la concesión, que fácilmente puede ser llevados sin problemas sin afectar el sistema en su conjunto vía digamos la solución de controversia.

RÉPLICA:

Hjalmar Marangunich

Coincido en que el regulador tiene que ser fortalecido, que se le tiene que dar facultades de predictibilidad, pero en los últimos tiempos vimos algunos comentarios en los medios de prensa sobre si es arbitrable las decisiones del regulador. Creo que en el aspecto que ha explicado muy bien Sergio, coincidimos de que se tiene que fortalecer, pero no es el caso el que se presentó hace poco tiempo en la prensa porque, como bien lo dije, el regulador no puede modificar un contrato de concesión. El contrato de concesión lo modifican las partes, pero si uno se ve obligado a hacer modificación por una decisión del regulador, por una circular de un regulador, obviamente existen los mecanismos y es una situación totalmente atendible.

En el tema de los mercados, de las valorizaciones, de la supervisión en sí, de los niveles del servicio, son decisiones del regulador, pero lo que no puede hacer este último es modificarlo porque este se hace por acuerdo de las partes. Entonces, creo que ahí lo que hay que hacer es corregir lo que haya que corregir y reforzar el sistema de concesiones. Consideramos que dentro de este sistema, se ha permitido desarrollar infraestructura, modernizar, por ejemplo, el ferrocarril central, tener un muelle sur moderno que ha generado un atractivo importante rumbo a constituirse un puerto jab, ahora con el terminal norte también. Asimismo, un aeropuerto como el Jorge Chávez ha sido premiado en los últimos tiempos dentro de estos contratos de concesión, y en el que vamos hacer próximamente la segunda pista. También están los aeropuertos del norte, la carretera interoceánica sur, la carretera interoceánica norte y próximamente el comienzo de la carretera interoceánica centro, con los proyectos costa-sierra. Con HidroVías, por ejemplo, el caso de la conexión con Brasil, con el Pacífico y con el Asia se va desarrollar a través del puerto de Paita. Todo ello va a significar un incremento del tráfico de carga y pasajeros importante para nuestro país. Bajo estos modelos de asociaciones público-privadas lo que aseguramos es un desarrollo en menor tiempo, con eficiencia, con competitividad, y obviamente ese es un poco lo que buscamos en el país 🇵🇪