



Conceptos y alcances básicos de las Asociaciones Público-privadas

Public-private Partnerships' concepts and approaches

Pierre Nalvarte Salvatierra* **

Resumen:

En el presente artículo, el autor abarca el tema de las Asociaciones Público Privadas (APP). En un inicio, presentará los matices alrededor de su concepto. Luego, hablará de la clasificación que estas tienen, según su punto de vista y el que establece la normativa. Después, detallará las fases de las APP, enfocándose específicamente en un par de ellas. Finalmente, hablará de los actores involucrados en las APP, de acuerdo a cada una de las fases de las mismas. Todo esto, dando ejemplos de casos nacionales a lo largo del artículo.

Abstract:

In this paper, the author gives a lecture about Public-Private Partnership (PPP). At first, he presents the nuances about its concept. After that, he writes about its classification, from his point of view and the normative. Later, he details the PPP's phases, focusing on a pair of them. Finally, he talks about the different actors involved in PPP's, according to each phase. All of this, giving examples of national cases through the entire article.

Palabras clave:

Asociación Público Privada – Concesiones – Infraestructura – Servicios Públicos

Keywords:

Public-Private Partnership – Concession – Infrastructure – Public Services

Sumario:

1. Introducción - Concepto de Asociación Público Privada (APP) – 2. Clasificación de las Asociaciones Público Privadas – 3. Marco Institucional – Fases de las APP – 4. Actores involucrados en una APP – 5. Bibliografía

* Abogado por la Universidad de Lima, MBA con mención en Finanzas por la Universidad ESSAN. Profesor en referida casa de estudios de pre y post grado. Socio del Estudio Rosselló. Contacto: pnalvarte@rosellolaw.com

** Este artículo fue elaborado con la colaboración de Paul Montjoy Forti, estudiante de Derecho de la Universidad de Piura.

1. Introducción - Concepto de Asociación Público Privada (APP)

En el presente capítulo abordaremos los conceptos y nociones básicas de las Asociaciones Público Privadas (APP). Para ello, empezaremos dando el concepto de dicha figura. Nos adentraremos en la clasificación de las APP, diferenciando aquellas denominadas autofinanciadas de las cofinanciadas, tal como se les reconoce en el sistema jurídico nacional; asimismo, propondremos una nueva clasificación de las mismas. Finalmente, aterrizaremos en el marco institucional, que si bien varía en el derecho comparado, tiene actores comunes.

1.1. Evolución histórica

Posiblemente sea el *ius vectigalis* el precedente histórico más remoto del contrato de concesión. Esta es una evolución de la *enfiteusis*, institución griega del derecho privado por la cual se obtenía el derecho a hacer plantaciones en el suelo ajeno a cambio de unas regalías. El *ius vectigalis*, tanto para el agro como para el mejoramiento de las villas, consistió en el otorgamiento de un derecho de explotación de un bien público, por el cual se debía pagar una remuneración. Durante la época imperial se otorgó concesiones de grandes extensiones de tierras por un tiempo de larga duración.¹

Durante la etapa republicana, en Roma, tomó relevancia la figura de la *societas publicanorum*, por la cual los particulares asumían la responsabilidad de vigilar y controlar la ejecución de las obras. De modo parecido a un contrato de obra, la adjudicación de la obra se realizaba por medio de una subasta pública. El plazo de la concesión era usualmente entre cuatro a cinco años.²

Por otro lado, durante la edad media se utilizó la figura del *iure regalia*, por la cual se otorgaba el derecho de la explotación de un bien público a un privado a cambio de un canon. Era otorgada a través de la potestad del rey. La acumulación de tierras de parte del mismo, hizo vital el otorgamiento de permisos. A raíz de esto, nació la figura del vasallaje, por la cual los señores y soberanos concedían el uso de tierras a cambio de ciertos servicios, fidelidad y el pago de algunas regalías.³

Durante los siglos XII y XIII, en el sur oeste del Reino de Francia, los habitantes de una villa establecían contratos con el Estado para mejorar los servicios de las mismas. Así, se otorgaban concesiones en temas relacionados con el mantenimiento de puentes, caminos, entre otros. Posteriormente, durante los siglos XVI y XVII, en Francia, se expanden los programas de concesión a temas relacionados al alumbrado público, envío de correspondencia y transporte público.⁴

En el siglo XVIII ya se conocía la figura mediante la cual la construcción y conservación de una carretera, puente o canal navegable se sostenía mediante los ingresos que ellos mismos generaban mediante el cobro de un peaje.⁵

En el siglo XIX hay una expansión generalizada de la colaboración público-privada en los temas de transportes (ferrocarriles, tranvías), así como para los temas relacionados al agua, saneamiento y energía. La construcción de ferrocarriles significó un uso mayor de la técnica de la concesión. Sin embargo, este uso, que parecía haberse generalizado, disminuyó drásticamente durante la gran depresión de 1929 y las sucesivas guerras mundiales. El concepto de la colaboración público-privada se reemplaza por el de empresa estatal, la misma que, supuestamente, había nacido para brindar los servicios públicos; esto se fortaleció con la influencia de las ideologías socialistas. Por ejemplo, en Estados Unidos los principales proyectos de carreteras y autopistas fueron elaborados por empresas estatales con ayuda de los gobiernos estatales y locales.⁶

Esto duró hasta que la economía empezó a liberalizarse a partir de los años ochenta. Con ello, muchas de las empresas estatales fueron privatizándose. La liberación terminó consolidándose con la disolución de la URSS. En el Reino Unido se le dio prioridad al *Private Finance Initiative (PFI)*. En la década de los ochentas se privatizó la infraestructura relacionada al agua, electricidad, carbón, puertos y aeropuertos; en los noventa se privatizó los ferrocarriles y material rodante; a partir de 1992 se empieza a utilizar el modelo de APP para infraestructura social; para ese año ya representaba el 14% de las inversiones públicas. Así, el Estado británico pasó de ser proveedor de infraestructura a ser proveedor de servicios y las actividades anexas a estos. Se comprendió la ventaja comparativa que este modelo de cooperación tiene sobre la contratación

1 Juan Manuel Urueta, *El contrato de concesión de obras públicas Project finance y partenariado público-privado* (Bogotá: Ibáñez, 2010).

2 Urueta, *El contrato de concesión de obras públicas*.

3 Urueta, *El contrato de concesión de obras públicas*.

4 "Overview of PPP Experience: Historical context", Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF), <https://ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/highwaystoolkit/6/pdf-version/1-21.pdf>

5 Adam Smith, *La riqueza de las naciones*. Cuarta edición. (Madrid: Alianza Editorial, 2007).

6 Smith, *La riqueza de las naciones*.

tradicional, como la posibilidad de implementar nueva infraestructura transfiriendo el riesgo, prever su mantenimiento prolongado, con un presupuesto menor y con una mejor calidad del servicio.

Se implementó el modelo en el resto de Europa bajo el término *Private-Public-Partnerships (PPP)*, como se le conoce hasta ahora. Economías emergentes, como es el caso de Perú, Chile, Brasil, han utilizado modelos APP, los cuales han ido mejorando, variando y evolucionando a lo largo del tiempo.⁷

1.2. El contexto peruano: Las visiones de lo público y lo privado

Tradicionalmente, para los temas relacionados a la infraestructura y los servicios públicos se utilizaban las técnicas tradicionales de contratación pública. Por ejemplo, el contrato de obra; en estos, el Estado remuneraba al privado para que este ejecute un proyecto cuya titularidad, gestión y posterior administración seguiría siendo pública. Esto empieza a cambiar a raíz de la liberalización económica de la década de los noventas. Así, a través del Decreto Legislativo N° 758 se da un primer intento de definir lo que son las concesiones. Para Umezawa y Reaño⁸, el proceso de privatización de las empresas de telefonía estatal representó un quiebre en relación con las tradicionales técnicas de contratación estatal.

Vale aclarar que estas empresas se privatizaron, es decir, el Estado transfirió su titularidad (propiedad) al privado. Sin embargo, no se vendió una empresa común, sino una que brindaba un servicio público. Recordemos que la potestad originaria de estos servicios siempre será de titularidad estatal. Es por eso que se le otorgó al adquirente (Telefónica), después de la venta, la concesión administrativa del espectro electromagnético, para que sea el privado el encargado de brindar el servicio público. Es necesario entender que dicha concesión no fue una concesión en el sentido de la Ley de Concesiones o de la Ley actual de APP, sino más bien algo parecido a una autorización administrativa: el Estado concedió permiso para la realización de una actividad determinada.

Lo importante de estos contratos no es la privatización en sí, sino el cambio del paradigma: la reducción de la actividad y de la empresa estatal, la aplicación del Principio de Subsidiariedad; y la construcción de un modelo de colaboración mutua entre el sector privado y el público a fin de brindar un servicio de la manera más eficiente⁹ posible.

Las primeras concesiones en nuestro país, propiamente dichas y bajo un concepto que se iba acercando al concepto de las APP, se dieron en el sector transporte. Así, en 1994, se otorgó la Concesión de la Rehabilitación y Mantenimiento de la Carretera Arequipa – Matarani. Esta fue una concesión otorgada directamente por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) bajo el amparo del Decreto Legislativo N° 758 y cuando todavía no existía PROINVERSIÓN (la Agencia de Promoción de la Inversión Privada).

Luego, en 1999 se otorgaron las concesiones de los Ferrocarriles del Sur y Sur Oeste, así como la del Ferrocarril Central Andino. Dichas concesiones, que ya encajaban más propiamente dentro un concepto de APP tal como lo conocemos hoy día, fueron otorgadas bajo el marco del Decreto Supremo N° 059-96-PCM (Texto Único Ordenado de la Ley de Concesiones).

Dos años después, en el 2001, se otorgó en concesión el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, el principal aeropuerto del Perú, mediante un concurso competitivo conducido por el Comité de Promoción de la Inversión Privada (COPRI). A fines del año 2000 se otorgó la buena pro al Consorcio conformado por las empresas Flughafen Frankfurt, Bechtel Enterprises International Ltd. y Cosapi S.A.

Finalmente, en este recuento de las primeras concesiones que se otorgaron en el Perú, debemos mencionar la concesión correspondiente al Tramo Ancón-Huacho-Pativilca de la Panamericana Norte – Red Vial 5 (2003), la cual fue autosostenible y onerosa, *“a través del cual el privado realiza una inversión en la construcción de la obra, y además, explota la concesión y percibe los ingresos de dicho servicio, haciendo mayor énfasis en la gestión y operación del proyecto”*¹⁰ De esa manera, se empezó a tomar en cuenta un concepto clave que ha llevado al desarrollo actual de las APP: la rentabilidad del privado. Es decir, se empezó a tomar en cuenta la perspectiva de este; el privado invierte en un proyecto con la finalidad de obtener una rentabilidad determinada.¹¹

7 Smith, *La riqueza de las naciones*.

8 Angie Umezawa y María Elena Reaño «Evolución de las Asociaciones Pública Privadas- APPs conforme a la regulación normativa: una visión a través de experiencias», *Revista de Derecho Administrativo*, 2013: 51 - 64.

9 Umezawa y Reaño, «Evolución de las Asociaciones Pública Privadas- APPs», 51 - 64.

10 Umezawa y Reaño, «Evolución de las Asociaciones Pública Privadas- APPs», 51 - 64.

11 Umezawa y Reaño, «Evolución de las Asociaciones Pública Privadas- APPs», 51 - 64.

Como podemos apreciar, efectivamente las primeras APP en el Perú fueron del Sector Transportes: carreteras (1994), ferrocarriles (1999) y aeropuertos (2001). Más adelante, se incursionarían en otros sectores tales como saneamiento, agricultura (irrigación), energía y salud, por mencionar algunos.

El sector privado busca en un proyecto de APP generar una ganancia razonable, una cartera de oportunidades que justifique su inversión, involucrarse con un cliente competente, inteligente y decisivo durante la contratación, gozar de continuidad, contratar con una Entidad pública relevante, obtener con certeza contractual los costos de inversión, ver la consistencia en la asignación de riesgos, derechos y obligaciones contractuales, ser penalizado razonablemente por falta motivada, evitar cláusulas de terminación repentina, gozar de garantías, protección y compensación en caso de caducidad.

Dice Guash que las concesiones otorgan al privado el derecho a operar un servicio de infraestructura y recibir los ingresos derivados del mismo, que se otorgan por un periodo determinado de tiempo y que debe cumplir determinados criterios relacionados con la calidad, inversiones, entre otros.¹² Se entiende, entonces, que la visión viró a comprender que el privado y las Entidades Públicas pueden trabajar hacia un fin común determinado. Se crean nuevos mecanismos que permiten una mayor asignación de riesgos.

En el Artículo 11 del Decreto Legislativo N° 758 se estableció, aunque de manera muy tímida, que el sector privado pudiese presentar proyectos de inversión por propia iniciativa (conocidas internacionalmente como *Unsolicited Proposals*). De esta manera, se planteó la posibilidad de que el privado fuese también un promotor de la inversión.

Dentro de este contexto, empezaron a nacer nuevas modalidades de contratación. La Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada (Ley N° 28059) estableció que existen diversas formas contractuales, incluso atípicas. Dejó de utilizarse a la concesión como un término único, se entendió que la misma era solamente una modalidad contractual. Se estableció a la APP como el género de múltiples especies, entre ellas, el contrato de concesión. Posteriormente, mediante el Decreto Legislativo N° 1012 se aprobó la Ley Marco de las APP ofreciendo ya un concepto determinado de las mismas. Estableciéndola como una modalidad de participación de la inversión privada, que, a modo de colaboración con la entidad pública, incorpora su experiencia, conocimientos, equipos y tecnología, a través de una correcta asignación de riesgos (preferentemente privados), con el objeto de desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública y/o promover servicios públicos.

1.3. Acercamiento conceptual de la Asociación Público Privada

El Banco Mundial definió a las APP de la siguiente manera: *“Un contrato a largo plazo entre una parte privada y una entidad pública, para brindar un activo o servicio público, en el que la parte privada asume un riesgo importante y la responsabilidad de la gestión y la remuneración está vinculada al desempeño”*.¹³

La experiencia inglesa nos dice que existen diversas razones para embarcarse en un programa de APP: permite el acceso a financiamiento privado, la reforma o modificación de servicios públicos, la mejora del valor por dinero de esos servicios públicos, competencia en la implementación de dichos servicios, evitar el cortoplacismo (improvisación) en los proyectos y ser más transparente en los costos de ejecución, entre otros beneficios.

Así, las APP se convierten en una forma de colaboración mutua de tiempo prolongado entre el Estado y el privado, cuyo fin es crear, mejorar, operar, mantener, desarrollar infraestructura pública, servicios públicos y/o servicios vinculados a estos. La infraestructura en general puede incluir: redes viales, multimodales, ferrocarriles, aeropuertos, puertos, plataformas logísticas, infraestructura penitenciaria. Los servicios públicos pueden incluir: energía y alumbrado, agua y saneamiento, y otros de interés social como los relacionados a la salud, el ambiente y educación. Normalmente el sector privado es el que diseña, construye, financia, opera y mantiene un activo de infraestructura para proveer el servicio (DBFOT).

En la misma línea, Huapaya Tapia afirma que las APP implican la idea de que las prestaciones públicas, cuyo titular es el Estado, pueden ser realizadas en concurso con el sector privado. No a través de las técnicas clásicas de contratación pública, sino a través de una distribución de riesgos y responsabilidades entre el Estado y el privado.¹⁴

12 José Luis Guash, *Concesiones en infraestructura, cómo hacerlo bien* (Antoni Bosch, 2005).

13 Banco Mundial, *Asociaciones Público Privadas- Guía de referencia. Versión 2.0*. 2014.

14 Ramón Huapaya, *“Diez tesis sobre las Asociaciones Público Privadas (APP) en nuestro régimen legal”*, *Revista de Derecho Administrativo* N° 13, 2013 (Lima: Círculo de Derecho Administrativo, 2013).

El Decreto Legislativo N° 1224 – Ley de APP, en su artículo 11, numeral 1, define a las APP como modalidades de participación de la inversión privada por las cuales se incorpora experiencia, conocimientos, tecnología, se distribuyen riesgos con la finalidad de crear, desarrollar, mejorar, operar infraestructura y/o proveer servicios públicos. En su numeral 2 afirma que son contratos a largo plazo donde debe existir una adecuada distribución de riesgos.

No estamos ante un contrato específico. Al hablar de APP, nos estamos refiriendo al concurso del sector privado y una entidad del Estado para desarrollar un proyecto en conjunto. Es un género amplio que tiene diversas modalidades contractuales como especie, como es el caso de los contratos de concesión, operación y mantenimiento, gestión y cualquier otra modalidad permitida por ley. Incluso son permitidos contratos atípicos como el *joint venture* o contratos innominados como el suscrito para la instalación y operación de bloqueadores en los establecimientos penitenciarios, denominado “Contrato Innominado de Prestación de Servicios”, suscrito en el año 2014 con la empresa Prisontec S.A.C.

La Ley (el Decreto Legislativo N° 1224) desarrolla una serie de principios aplicables a las APP:

- El Principio de Competencia, que promueve la búsqueda de la misma y la igualdad de trato entre los postores.
- El Principio de Transparencia, por el cual toda la información relevante relacionada a la evaluación, desarrollo, implementación, y rendición de cuentas, debe ser de conocimiento público. Cabe señalar que existe una excepción al respecto: la información vinculada a las evaluaciones económico-financieras que sirvan para determinar las variables de competencia, se consideran como información confidencial y están exceptuadas del acceso a la información pública.¹⁵
- El Principio de Enfoque de Resultados, por el cual las entidades públicas deben adoptar las acciones necesarias que permitan la ejecución oportuna (rápida) de la inversión privada. Sobre el particular debemos señalar que el resultado debe ser visualizado como la provisión de la infraestructura y/o del servicio; y no así como la adjudicación del proyecto o la firma del contrato, los cuales, por sí solos, no generan un beneficio concreto para la sociedad. Siempre es bueno recordar que un Contrato de APP es un medio, no un fin.¹⁶
- El Principio de Planificación, por el cual son el Estado y sus órganos los que priorizan y orientan (planifican, deciden) el desarrollo de las APP. El principio de planificación es, por definición, contrario a la improvisación. Así, por ejemplo, los grandes proyectos de infraestructura y de servicios públicos no deben ser desarrollados apresuradamente por designio de un gobernante de turno, sino como parte de una planificación multianual desarrollada con anterioridad.
- El Principio de Responsabilidad Presupuestal, por el cual debe considerarse la capacidad de pago del Estado para poder asumir compromisos financieros.
- El Principio de Valor por Dinero, que refiere a la combinación óptima entre costos y calidad del servicio, con adecuada distribución de riesgos. Es decir, no necesariamente se debe optar por la alternativa más barata, sino por aquella que ofrece una mejor combinación de costo y calidad de servicio. En consecuencia, una APP podría ser la mejor alternativa para la sociedad, aun cuando sea más costosa que una obra pública, en la medida que el incremento de la calidad y de la transferencia de riesgos sean mayores que el costo adicional de llevarla a cabo.

La Ley de APP excluye a las *empresas* del Estado de la capacidad de tener iniciativa para originar una APP. Este es el caso de las EPS municipales o empresas relacionadas al sector eléctrico. El reglamento señala que para que un proyecto pueda ser desarrollado bajo el mecanismo de una APP debe contar con un costo de inversión superior a las 10 mil UIT¹⁷ (un poco más de S/ 40 millones considerando la UIT del 2017, equivalentes a \$ 12.2 millones¹⁸) para el caso del Gobierno Nacional y 7 mil UIT (más de S/ 28 millones, equivalentes a \$ 8.5 millones) para el caso de los Gobiernos Regionales y Locales.

Tenemos el siguiente cuadro referido a la definición de APP por el Decreto Legislativo N° 1224. El objeto de las APP es incorporar experiencia, conocimientos, equipos, tecnologías del sector privado para la creación,

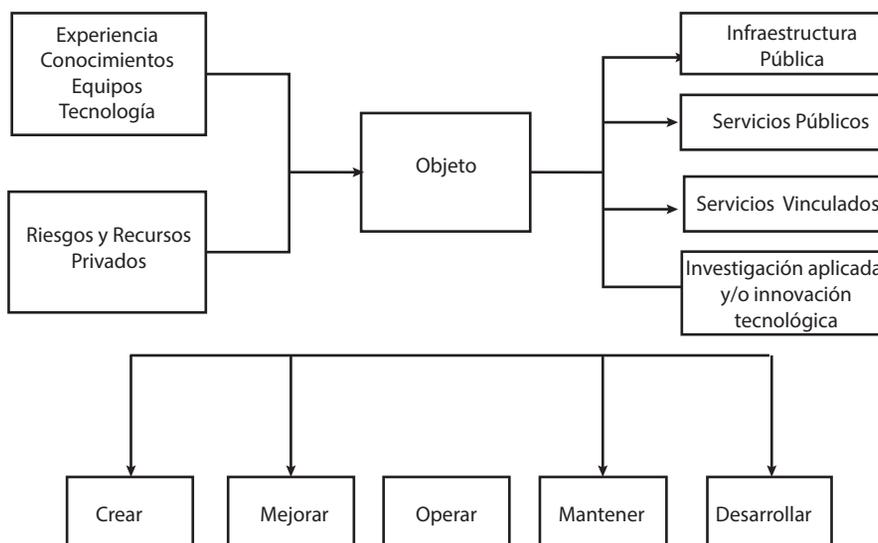
15 De acuerdo a lo dispuesto por la Segunda Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo N° 1224.

16 Sobre el particular nos pronunciamos en una columna de opinión disponible en: <http://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2015/08/28/contrato-app-medio-fin/>

17 Unidad Impositiva Tributaria. Para el año 2017 la UIT asciende a S/ 4,050.

18 Considerando un Tipo de Cambio de 3.30.

mejora, operación, mantenimiento y desarrollo de infraestructura pública, servicios públicos y/o servicios vinculados a estos, así como para servicios de investigación aplicada o innovación tecnológica, a través de una correcta distribución de riesgos entre el privado y el Estado.



2. Clasificación de las Asociaciones Público Privadas

El ordenamiento peruano clasifica a las APP en autofinanciadas, para aquellos proyectos que son rentables económicamente a partir de los propios ingresos que genera, y las cofinanciadas, que requieren de fondos públicos para que sean rentables. Estos suelen ser proyectos que se justifican por tener mayor rentabilidad social. Nótese en esta clasificación, aparentemente, que lo central sería quién pone el financiamiento.

Sin embargo, hacer esta clasificación de las APP haciendo alusión al término “financiamiento” es impreciso. En teoría, el financiamiento siempre lo debería poner el privado. El financiamiento hace referencia al dinero que se necesita *ex ante* para la inversión; por lo tanto, aquel que siempre es anterior a la ejecución del proyecto. Lo común es que, en el caso de las APP cofinanciadas, el Estado realice un pago *posterior* para que la concesión sea rentable en su actividad, los cuales consisten en cubrir los *Capital expenditures (CAPEX)* y/o los *Operational expenditures (OPEX)*. Entonces, en una APP cofinanciada (como los casos de la Carretera Interoceánica, los Aeropuertos Regionales o el Terminal Portuario de Yurimaguas) el Estado no financia ni total ni parcialmente el proyecto. El proyecto es íntegramente financiado por el privado. Lo que hace el Estado es que, luego de ejecutada la inversión, le provee un ingreso al privado en monto suficiente para hacer rentable el proyecto. Por ello, el término cofinanciamiento es errado y puede prestar a confusión. No hay un financiamiento *ex ante* por parte del Estado, sino un pago *ex post*, como una suerte de subsidio, que sirve para hacer sostenible el proyecto.

Por lo tanto, el financiamiento no es un buen distintivo para clasificar a las APP, puesto que casi todos los proyectos de inversión, incluso aquellos que se hacen llamar “cofinanciados”, son financiados (o deberían serlo) íntegramente por el sector privado. Lo importante es determinar si los proyectos de APP son sostenibles o no, si se recupera el dinero invertido; y hacer una clasificación a raíz de ese concepto. Por ello, nosotros proponemos la siguiente clasificación (más allá del nomen iuris):

2.1. APPs autosostenibles

Son aquellos proyectos de inversión que son sostenibles con los mismos recursos que estos generan. Es decir, que dichos recursos logren cubrir los gastos de CAPEX y OPEX considerando el costo de oportunidad del capital.

Así tenemos, por ejemplo, el contrato de concesión de la Red Vial N° 5 Ancón-Huacho-Pativilca, firmado el 13 de enero del 2003 con el concesionario NORVIAL S.A. Con un compromiso de inversión de \$ 61.4 millones (sin incluir IGV)¹⁹. En este incluyeron una garantía de ingreso mínimo²⁰, la cual nunca ha sido activada. Por

19 Cláusula 1.5 del referido contrato.
20 Cláusula 9.10 del referido contrato.

otro lado, también tenemos el contrato de concesión de la Red Vial N°6 Puente Pucusana-Cerro Azul-Ica, firmado el 20 de septiembre del 2005. Con un compromiso de inversión de \$ 192 millones (más IGV).²¹ En este contrato incluyeron una garantía de ingreso mínimo.²²

El caso del contrato de concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao Muelle Sur es especial porque se trata del primer proyecto *greenfield* firmado en el Perú (es decir, en el cual no había ninguna infraestructura pre existente y el concesionario estuvo a cargo de la construcción del proyecto desde el inicio, incluyendo el dragado, por ejemplo). Fue suscrito el 24 de julio del 2006, con un compromiso de inversión total de \$ 617.1 millones (más IGV).²³

Todos estos son ejemplos de APPs en donde el CAPEX y OPEX es cubierto exclusivamente con los ingresos generados por la explotación del mismo proyecto. En el caso de las concesiones viales, a través del cobro del peaje y en el caso del Muelle Sur, a través del cobro de las tarifas por la prestación de sus servicios. En el caso de las concesiones viales señaladas, los ingresos por peaje son superavitarios, pagando los concesionarios respectivos un porcentaje de los ingresos brutos como retribución a favor del Estado. En el caso de la Red Vial 5, la retribución es del 5.5% y en el caso de la Red Vial 6 la retribución es del 18.61%.

2.2. APPs subsidiadas

En Gran Bretaña se estableció las siguientes características para este tipo de APP: transferencia de riesgos, provisión de los servicios públicos por parte de la Entidad; el contratista diseña, construye, gestiona, financia; los prestamistas financian al contratista, la Entidad comienza a pagar un cargo unitario una vez que el activo se construye.

Estas características se repiten en la mayoría de realidades jurídicas. El pago unitario se da por lo siguiente: este tipo de proyectos no son sostenibles con los ingresos propios o no generan ingresos. Es decir, que el Estado, por su rentabilidad social, provee los ingresos para cubrir total o parcialmente los gastos de CAPEX y OPEX para hacer sostenible económicamente al mismo, considerando el costo de oportunidad del capital.

Este modelo de colaboración tiene una ventaja sobre la contratación tradicional: en esta última el gobierno paga a pesar de que el servicio haya sido proporcionado o no; mientras que en un modelo de APP, normalmente es condición del pago la prestación del servicio con un nivel de calidad determinado (pago por disponibilidad).

En otros países, estas han permitido un enorme incremento de infraestructura social, como escuelas, hospitales, edificios de vivienda, oficinas, centros penitenciarios, carreteras, plantas de gestión de residuos, edificios públicos, entre otros.

En el caso peruano tenemos, por ejemplo, el contrato de concesión del Eje Multimodal Amazonas Norte, firmado con la concesionaria IIRSA Norte S.A., suscrito el 17 de junio del 2005.²⁴ Se celebró con un compromiso de inversión de \$ 205 millones (más IGV).²⁵ Se estableció una Garantía de Crédito Parcial destinada a garantizar la obligación del concedente de realizar los PAO (Pago Anual por Obra) y una Línea de Crédito de Enlace hasta de \$ 60 millones.²⁶

En agosto del 2005 se firmó el contrato de concesión del Tramo 2 de la Carretera Interoceánica: Urcos - Inambari, con el concesionario Interoceánica Sur- Tramo 2 S.A. Tanto para este tramo, como para el Tramo 3, adjudicado al Consorcio Inambari - Iñapari y el Tramo 4, adjudicado al consorcio INTERSUR, no se estableció ninguna garantía financiera. Tuvieron una inversión inicial estimada de \$ 810 millones.

En el 2007, se suscribió el contrato de concesión del Tramo 1 de la Carretera Interoceánica: San Juan de Marcona – Urcos, que fue adjudicada al Consorcio Interoceánico San Juan de Marcona - Urcos, con un PAO de \$ 12.9 millones²⁷ y un PAMO de \$ 11.6 millones.²⁸

Asimismo, el Tramo 5 fue adjudicado al Consorcio del Sur Puerto Matarani - Juliaca / Puerto Ilo-Juliaca-Azángaro, con un pago de PAO de \$ 20.6 millones y de PAMO \$ 13.6 millones. Tanto el Tramo 1 como el

21 Cláusula 1.5 y Anexo II de la Adenda 2

22 Cláusula 9.10 del referido contrato.

23 Propuesta técnica del referido contrato/ Anexo N.6

24 Cláusula 9.10 del referido contrato.

25 Anexo 10. Propuesta técnica de dicho contrato

26 Cláusulas 18.1 y 18.2 del referido contrato.

27 Cifra exacta: USD 11 679 164,50

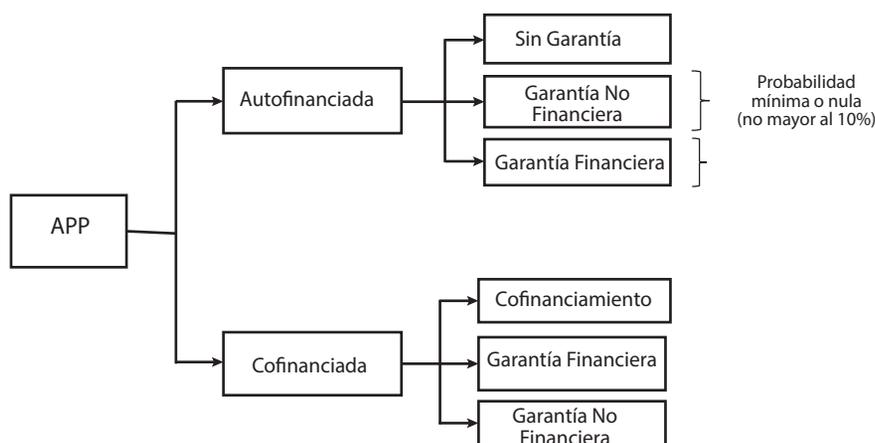
28 Anexo XIII, Apéndice 3

Tramo 5 tuvieron una inversión inicial estimada de \$ 237 millones y, a diferencia de los demás tramos de la carretera interoceánica, se hicieron bajo la modalidad de sumaalzada; es decir, sin aceptar modificaciones en los costos. Los Tramos 2, 3 y 4 contemplaban un mecanismo de ajuste por variación de metrados y de precios, por lo cual el costo final de la obra se incrementó exponencialmente.

2.3. Las garantías de las APP

Se ha establecido que aquellos proyectos que contemplen garantías a cargo del Estado, cuyas probabilidades de ser activadas sean altas, se considerarán proyectos cofinanciados (subsidiados). Esto para evitar “disfrazar” como proyectos autofinanciados, proyectos que en la práctica terminen funcionando como cofinanciados.

El artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1012 clasificó las garantías que puede otorgar el Estado en financieras y no financieras. El Decreto Legislativo N° 1224 mantiene esta clasificación. El artículo 5 del Decreto Supremo N° 410-2015-EF nos dice que las garantías financieras son consideradas como mínimas, si no superan el 5% del Costo Total de Inversión.²⁹ Por debajo de ese porcentaje, el proyecto sigue siendo autosostenible. En el caso de las garantías no financieras, será considerado un proyecto cofinanciado cuando supere el 10% de probabilidades de activarse.



En resumen, de acuerdo a la ley, tenemos el esquema anterior, en el cual las APP se dividen en dos grandes grupos. En primer lugar, las autofinanciadas, para nosotros autosostenibles, que pueden ser aquellas que no contengan garantías a cargo del Estado, que contengan garantías no financieras pero con una probabilidad mínima o nula de activarse y/o que contengan garantías financieras pero que representen un monto ínfimo de la inversión. En segundo lugar, las cofinanciadas, para nosotros subsidiadas, que pueden ser aquellas que cuenten con garantía no financieras con una probabilidad significativa de activarse o con garantías financieras por un monto mayor al 5% del Costo Total de Inversión. Aparece también aquellas que reciben un “cofinanciamiento” que, como hemos explicado anteriormente, se trata de un pago o reposición, por lo que es más acertado hablar de subsidio.

3. Marco Institucional - Fases de las APP

El Decreto Legislativo N° 1224 señala en su artículo 14 las siguientes fases de las APP:

- Planeamiento y programación
- Formulación
- Estructuración
- Transacción
- Ejecución contractual

De estos, nos vamos a concentrar en este acápite en las etapas de a) Planeamiento y programación; y b) Formulación, puesto que las consideramos como las más relevantes para efectos del presente análisis.

²⁹ Conforme a la definición contenida en el D.S. 410-2015-EF, el Costo Total de Inversión: *Es el valor presente de los flujos de inversión estimados en la identificación del proyecto o en el último estudio de preinversión, según corresponda. El Costo Total de Inversión no incluye los costos de operación y mantenimiento. La tasa de descuento a ser utilizada para el cálculo del valor presente será aquella que la entidad defina en función al riesgo del proyecto, la misma que deberá contar con el sustento respectivo.*

3.1. Planeamiento y programación

En esta etapa se planifican los proyectos de inversión. Los gobiernos locales, regionales o el Ministerio específico son los encargados de identificar las necesidades de sus jurisdicciones. Una vez que identifican una necesidad solucionable a través de una APP, deben incorporar el proyecto en el Informe Multianual de Inversiones en APP (el mismo que es elaborado y presentado anualmente) y cuyo responsable es el Comité de inversiones.

Según lo establecido en el Decreto Supremo N°410-2015-EF, el contenido del Informe Multianual de Inversiones debe tener contemplado lo siguiente: Estrategia de la entidad para el desarrollo del proyecto, potenciales necesidades de intervención para ser desarrolladas mediante APP, compromisos firmes y contingentes cuantificables derivados de contratos de APP suscritos, lo que incluye sus adendas.

Cabe señalar que mediante Resolución Directoral N° 002-2016-EF/68.01 del 29 de marzo de 2016 se aprobaron los "Lineamientos para la elaboración del Informe Multianual de Inversiones en APP" con el objetivo de que estos constituyan una herramienta de apoyo para las entidades. Es en base a dichos lineamientos que el Ministerio, Gobierno Regional o Local deberá elaborar el referido informe, incluyendo tanto los nuevos proyectos que plantea desarrollar como APP, como las inversiones de aquellos proyectos que ya vienen desarrollándose como APP.

Durante esta etapa PROINVERSIÓN y el MEF pueden brindar asistencia técnica a la entidad para la elaboración del Informe Multianual.

3.2. Formulación

Esta etapa comprende el diseño preliminar del proyecto y la evaluación del mismo. El Decreto Supremo N°410-2015-EF establece que una vez incorporado el proyecto en el Informe Multianual de Inversiones en APP, aquellos que son cofinanciados deberán alinearse a la normativa del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones (Invierte.pe). En el caso de los proyectos autofinanciados, la formulación requerirá la evaluación técnica, económica y financiera del proyecto, se deberá consignar el valor estimado de la inversión, análisis de la demanda estimada, costos estimados de operación y mantenimiento, impacto social, la viabilidad social del proyecto, entre otros.

Para ambos tipos de APP (cofinanciadas y autofinanciadas), se deberá presentar un Informe de Evaluación al MEF para la incorporación al proceso de promoción. El Gobierno Regional, Gobierno Local o Ministerio competente, estará a cargo de la elaboración y presentación del referido Informe de Evaluación.

Para ello, se puede solicitar la asistencia técnica de PROINVERSIÓN. El Informe de Evaluación, que debe tener la información necesaria para definir si es técnica, económica y legalmente conveniente desarrollar el proyecto, debe contener lo siguiente: descripción general del proyecto, importancia y consistencia del proyecto con las prioridades del mismo, diagnóstico de la infraestructura actual, características de demanda, inversiones y costos, mecanismos de pagos propuestos, aplicación de los criterios de elegibilidad, análisis de capacidad de pago, diagnósticos técnicos, entre otros previstos en el artículo 16.2 del Decreto Supremo N°410-2015-EF.

En esta etapa, el MEF evalúa y emite opinión vinculante sobre el informe, como requisito para su incorporación al proceso de promoción.

Como se puede apreciar, en estas fases iniciales de Planeamiento y Programación, y de Formulación, los actores involucrados son el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local competente de acuerdo al proyecto (la entidad), el MEF y, eventualmente, PROINVERSIÓN.

En la Fase de Estructuración y Transacción tendrá un papel relevante PROINVERSIÓN, en caso se trate de proyectos de APP de su competencia o la entidad, cuando les corresponda desarrollar el papel de OPIP (Organismo Promotor de la Inversión Privada). En la siguiente sección se señalan los actores involucrados en la etapa de diseño de la APP a cargo del Estado, que correspondería a la Fase de Estructuración y Transacción señalada en la ley.

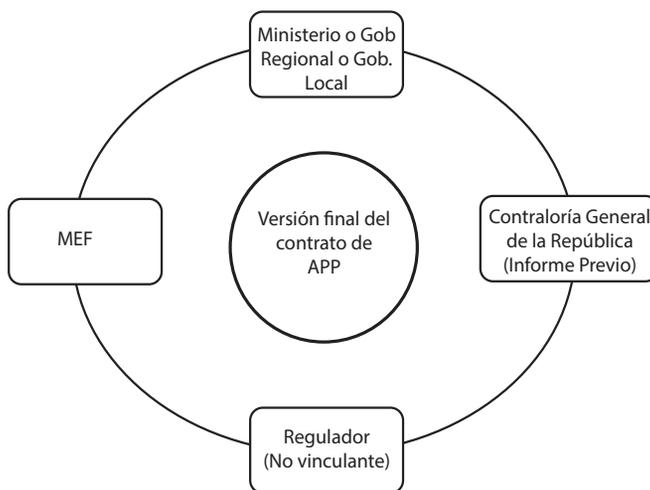
4. Actores involucrados en una APP

Una APP tradicional contiene las siguientes actividades durante la ejecución del contrato: *Desing, Finance, Built, Operation, Transfer* (usualmente se utiliza la abreviatura DBFOT aunque, en estricto, el *Finance* ocurre antes del *Built*). A lo largo de estas etapas van apareciendo diversos actores, algunos de los cuales se repiten en todos los esquemas de APP a nivel mundial y otros que son propios de nuestro sistema de contratación.

4.1. Diseño o *Desing*

En la primera etapa tenemos que diferenciar el diseño de la APP, cuya labor es previa a cargo del Estado, respecto del diseño de ingeniería, que se refiere al diseño de la obra en sí misma (por ejemplo, un puente o una carretera). El diseño de la APP lo realiza el Estado. El diseño final se plasma en la versión final, valga la redundancia, del contrato de APP. En nuestro caso el encargado de elaborar el diseño final del contrato es PROINVERSIÓN, en la mayoría de los casos, aunque podría serlo también potencialmente el ministerio del sector competente o un gobierno regional o local.

Como fuere, aun cuando PROINVERSIÓN elabore el diseño final del contrato, requerirá la aprobación del Ministerio, Gobierno Regional o Local competente. Además, se requerirá la opinión favorable del MEF, la opinión no vinculante (pero que más allá de no ser vinculante en la práctica suele ser bastante tomada en consideración) del Regulador, cuando lo hubiere y el Informe Previo de la Contraloría, tal como se aprecia en el siguiente gráfico:



El diseño de ingeniería lo realiza generalmente el privado, muchas veces a través de otro privado que es contratado para hacerlo, una empresa especializada en ese rubro. Decimos que generalmente lo hace el privado, de acuerdo a la experiencia de los últimos 20 años en el Perú. Sin embargo, es posible (y dependiendo de las circunstancias, a veces deseable) que el diseño de ingeniería hubiere sido hecho previamente por encargo del Estado y que el privado entre directamente a financiar, construir y operar un proyecto que ya cuente con toda la ingeniería realizada.

La ventaja de que la ingeniería haya sido realizada previamente por encargo del Estado, estriba en que luego de firmado el contrato de APP (siempre y cuando también se hubiere avanzado con la liberación de predios y la tramitación de los permisos, licencias y autorizaciones) se ejecutará rápidamente la ejecución de la obra involucrada.

La desventaja de que la ingeniería haya sido realizada previamente por encargo del Estado radica en que no se puede trasladar, razonablemente, el riesgo del diseño al privado, dado que quien firma el contrato no hizo el estudio de ingeniería. Por tanto, pueden surgir controversias por un eventual defecto de diseño que conlleve a retrasos y sobrecostos. Para mitigar dicho riesgo, el Estado debería ser absolutamente riguroso en seleccionar una empresa del más alto prestigio y reputación para la elaboración de los estudios de ingeniería. La calidad debe ser lo más importante y no así el costo.

El privado se encarga de constituir la SPV (*Special Purpose Vehicle*), quien hace, usualmente, el diseño definitivo. Esta es una entidad constituida después de que un postor gane el proceso de selección. Esta tiene un propósito específico, relacionado a la ejecución del proyecto. Una vez desaparecido el propósito, desaparece la SPV.

Luego, los principales actores involucrados en la etapa de Diseño (entendiendo por esta al Diseño de Ingeniería del proyecto) son:

- La SPV encargada y responsable de elaborar los Estudios de Ingeniería.

- La subcontratista a quien la SPV le encarga elaborar dichos estudios, pero sin que ello le exonere de responsabilidad a la SPV.
- La Contraparte estatal, generalmente, el Concedente, que es quien tiene la potestad finalmente de aprobar o no los Estudios de Ingeniería.
- El Regulador, en caso exista, que debe emitir opinión técnica respecto a los Estudios elaborados y presentados por la SPV.

El Supervisor contratado por el Regulador, que es una empresa privada contratada pero que no puede suplir legalmente al Regulador, sino solo realiza una labor por encargo y para el Regulador. En caso no existiere Regulador, la Contraparte estatal podría contratar un supervisor privado.

4.2. Financiamiento o *Finance*

A continuación, sigue la etapa del financiamiento. Como se dijo anteriormente, el financiamiento siempre es anterior a la ejecución del proyecto. Por ello, este debe ser responsabilidad de la SPV, no del Estado. Lo ideal es que un proyecto sea financiado únicamente con sus ingresos. Es decir, lo que constituiría un típico *Project Finance*.³⁰

Aquí la SPV busca el financiamiento del proyecto a través de otros organismos, nacionales o internacionales, que funcionen como acreedores: los *lenders* o prestamistas. Cuando el proyecto requiere de una inversión mayor, puede formarse un sindicato de bancos, donde varios de ellos concurren en el otorgamiento del préstamo.

En el caso peruano esta figura se concreta, usualmente, a través del acreedor permitido, que son aquellas entidades financieras que el Estado peruano reconoce como válidas para este tipo de procesos; generalmente el Estado debe autorizarlos (a los acreedores permitidos). Esto se da porque, en el fondo, el Estado entiende que estos proyectos están destinados a hacer obras de titularidad pública (infraestructura o servicio público) y dependiendo de lo que digan los contratos, el Estado puede, en caso de terminación anticipada, asumir la obligación de pago frente a los acreedores permitidos.

Entonces los principales actores involucrados en la etapa de Financiamiento o *Finance* están:

- La SPV, que es responsable de conseguir el financiamiento (Cierre Financiero).
- Los Acreedores Permitidos, que brindarán el financiamiento y serán aprobados por el Estado. Alternativamente podría haber un acreedor común, es decir, que no es aprobado como acreedor permitido; por ejemplo, la matriz de la SPV que decide prestarle directamente sus recursos. Esta alternativa es válida y legal, pero se debe tener en cuenta que este acreedor “común” no cuenta con la protección que significa la garantía del Estado de pago en caso de terminación anticipada.
- La Contraparte Estatal, generalmente el Concedente, que tiene la potestad de aprobar o no el Cierre Financiero, los Acreedores Permitidos y el Endeudamiento Garantizado Permitido (EGP) en caso lo hubiere.
- El Regulador, que emite opinión técnica para la aprobación del Cierre Financiero.
- El Fiduciario, en caso sea necesario constituir un Contrato de Fideicomiso para el Cierre Financiero.
- Los Sponsors o Accionistas de la SPV, en caso estos tengan que brindar algún tipo de garantía en favor de los *Lenders* para el Cierre Financiero (aunque en este caso el proyecto dejaría de ser un *Project finance* puro).
- Si el financiamiento no es clásico o bancario, sino a través del mercado de capitales (emisión de bonos o titulización) entran otros actores en escena, tales como una Banca de Inversión que cobrará una comisión de estructuración por el financiamiento, un *Underwriter* que adquirirá los títulos en un primer momento y, eventualmente, otros actores, como, por ejemplo, los representantes de los tenedores de los títulos.

30 Pierre Nalvarte y James Calderón, “Conceptos Básicos del Project Finance en APPs”, *Revista Derecho & Sociedad* N° 45, 2005, 111-115.

4.3. Construcción o *Build*

La etapa de construcción es de responsabilidad de la SPV, la que a su vez contrata a un constructor para que ejecute la obra según lo estipulado en el contrato.

Algunas veces, contrata a una empresa para que haga el diseño y luego construye la obra; esto se conoce como contrato EPC (*Engineering Procurement and construction*).

En algunas ocasiones, este constructor debe ser presentado al Estado o cumplir con los requisitos que este establezca. En otros contratos no se establece mayores estipulaciones respecto al constructor, quedando en manos de la SPV seleccionar al constructor que les parezca conveniente.

Aparece también un supervisor por parte del Estado, siendo lo ideal es que este sea un organismo autónomo, distinto del Concedente. Por ejemplo, en el caso de infraestructura de transporte, el organismo encargado es OSITRAN.

Entonces los principales actores involucrados en la etapa de Construcción o *Build* son:

- La SVP, que tiene la responsabilidad de ejecutar la obra, que es responsable así contrate a un tercero para realizar dicha actividad.
- El Constructor, o empresa constructora, a quien eventualmente se le contrata bajo la modalidad EPC.
- El Estado (Concedente) que aprueba o no la Obra.
- El Regulador, que deberá brindar su opinión, favorable o no para la aceptación de las Obras.
- El Supervisor contratado por el Regulador, quien normalmente es un privado especializado en el tipo de infraestructura que se supervisa (portuaria, aeroportuaria, vial, etc.).

4.4. Operate

Esta actividad comprende la operación de la infraestructura y/o la prestación del servicio (público o vinculado a este). Es sustancial en una APP que la operación sea medida a través de parámetros objetivos y que existan, claramente, unos niveles de servicio pre establecidos en el contrato.

La SPV puede subcontratar a otra empresa para la operación, pero esto no la libera de sus responsabilidades para con el Estado. Lo esencial en las APP es la calidad del servicio; estos se miden a través de estándares establecidos en el contrato. A diferencia de la contratación tradicional que está destinada a la construcción (*input*), la APP está destinada a la calidad del servicio (*output*); el contrato no culmina con la construcción, sino que es necesaria la operación para brindar el servicio; he ahí el valor agregado de una APP bien estructurada: se garantiza la calidad del servicio en favor del usuario.

La expresión máxima de la relevancia de la calidad del servicio la constituye el Pago por Disponibilidad (aunque no es la única alternativa de pago en una APP). El Pago por Disponibilidad implica que el privado solamente tendrá derecho a percibir determinado ingreso (esta modalidad es aplicable para las APP cofinanciadas principalmente) en tanto y en cuanto brinde un nivel de servicio óptimo, de calidad. Es decir, en la medida que no entregue dicho servicio de calidad, no tendrá derecho a percibir el ingreso establecido, ni siquiera el ingreso necesario para recuperar la inversión (CAPEX). Esto, reiteramos, cuando se opta por la alternativa más radical en lo que se refiere a priorización del *output*.

Entre los actores que intervienen en la actividad de la operación se encuentran los siguientes:

- La SPV, que es el responsable de poner en operación el servicio establecido en el contrato.
- A veces aparece un Operador contratado por la SPV para que brinde el servicio, pero no la libera de responsabilidad frente al Estado.
- El Estado, que es la contraparte, tiene la responsabilizar de supervisar las actividades de la SPV a través del Regulador.
- El Regulador, que es el órgano encargado de supervisar que se cumplan los estándares de calidad del servicio.

- El Supervisor, que es un privado especializado contratado por el Regulador para supervisar que la SPV cumpla con los estándares de calidad del servicio.

4.5. Transfer

Ocurre al final de la APP, cuando se agota la vigencia del contrato. Se transfieren los bienes al Estado. Esta transferencia es meramente de posesión, pues, la titularidad (propiedad) de la infraestructura o servicio siempre fue del Estado. Una vez realizada la transferencia, desaparecerá la SPV.

Entre los actores involucrados en esta etapa se encuentran:

- La SPV responsable de devolver los bienes adecuadamente en buen estado razonable.
- El Regulador que revisa y emite su opinión, favorable o desfavorable al inventario de bienes presentado por la SPV.
- El Supervisor contratado por el regulador, que emitirá opinión sobre el inventario de los bienes.
- La Contraparte estatal que recibe los bienes concesionados que siempre fueron de titularidad pública.

4.6. Otros actores involucrados

4.6.1. Socio estratégico

En algunas APP, las bases establecen la obligatoriedad de un socio estratégico, que es aquel que demuestra tener los requisitos requeridos por las mismas. Normalmente se requiere que este socio tenga la capacidad técnica; es decir, se le exige a la empresa un mínimo de experiencia en proyectos similares anteriores, así como que no haya transcurrido más de un determinado periodo de tiempo desde la ejecución de los mismos. Todo esto es en números, los mismos que la experiencia aconseja que sean redondos.

Por ejemplo, si el proyecto consiste en la ejecución de una carretera de 100 Km de longitud, se podría exigir experiencia en la construcción de 200 Km de carreteras durante los últimos 5 años. Estas cifras son arbitrarias: se podría exigir experiencia en construcción de 300 Km o se podría flexibilizar la regla del plazo en los últimos 10 años. No existe una medida exacta pre establecida. En cada caso, la entidad promotora deberá establecer los parámetros y requisitos que se consideren aceptables, efectuando un equilibrio: de un lado se debe garantizar la participación de empresas serias con experiencia en el rubro, mientras que, de otro lado, se debe fomentar o permitir la competencia, es decir, no poner requisitos tan altos que reduzcan más allá de lo aceptable la competencia.

También se exige que tenga la capacidad económica para ejecutar el proyecto. Por ello se exige que haya ejecutado proyectos similares o más costosos en el pasado, que la empresa tenga un patrimonio suficiente como para soportar la envergadura del proyecto o que tenga, en todo caso, activos suficientes.

Por ejemplo, si el proyecto consiste en la construcción de un aeropuerto de \$ 200 millones, se podría exigir que se hayan ejecutado proyectos de infraestructura por \$ 400 millones en los últimos 5 años. Todo lo mismo resulta aplicable acá

Lo que se quiere evitar es que un *dealer* (una empresa que no cumple aquellos requisitos) gane las licitaciones para luego venderlas a otras empresas que sí cuentan con la capacidad de ejecutar el contrato. Porque esto, naturalmente, alarga el tiempo de espera para la construcción y hasta puede poner en riesgo la supervivencia del proyecto.

Cuando el proyecto a realizar es de gran envergadura, esta figura puede volverse compleja; porque normalmente se requerirá que los postores sean consorcios empresariales. Este conjunto de empresas, que pueden ser de diversas especialidades, se juntan por un proyecto común. Normalmente, estos casos son regulados por las bases de las siguientes maneras:

- Que una empresa del consorcio cumpla con los requisitos de la capacidad técnica y financiera.
- Que una de las empresas del consorcio cumpla con la capacidad técnica y otra con la capacidad financiera.
- Que una de las empresas del consorcio tenga capacidad técnica y que en conjunto todas las empresas del consorcio cumplan con los requisitos de capacidad financiera.

Por ejemplo, en la declaratoria de interés del proyecto Vías Nuevas de Lima, de fecha 3 de mayo del 2012, se exigió en cuanto experiencia técnica:

- Presentación de una Carta Fianza Bancaria de Seriedad de Expresión de Interés, por un monto de \$ 40 millones.
- Acreditar la ejecución satisfactoria de obras viales, en los últimos diez años por un monto superior a los \$ 1000 millones.
- Acreditar la ejecución satisfactoria de obras viales urbanas, en los últimos diez años, por un monto superior a los \$ 500 millones.
- Acreditar experiencia satisfactoria en los últimos quince años en concesiones para el mantenimiento y operación de por lo menos 20 Km de carreteras urbanas, con duración mínima de cuatro años con participación mínima de 20%.
- Acreditar patrimonio no menor de \$ 500 millones, así como capacidad de endeudamiento financiero a largo plazo no menos a \$ 450 millones.
- Contar con la certificación ISO 9001.

Otro ejemplo es el caso de Línea 2 del Metro de Lima. Se establecieron los siguientes requisitos en las bases, en cuanto experiencia técnica:

- Acreditar experiencia, a través del Constructor o de un Consorcio de máximo cuatro constructores, en el desarrollo y construcción de obras de una o más líneas de ferrocarriles urbanos que fueron entregadas en los último doce meses previos de la publicación de las Bases.
- En el caso de acreditar una sola línea de ferrocarril urbano, el monto mínimo de inversión total en los contratos de las obras deberá superar los \$ 800 millones y con una ejecución no menor a 15 Km de túneles con 12 estaciones, debiendo ser por lo menos 6 de ellas subterráneas.
- En el caso de varias líneas de ferrocarril urbano, en un máximo de seis líneas, el monto mínimo del total de los contratos deberá ser mayor de \$ 1000 millones y con una ejecución no menor a 20 Km de túneles y 16 estaciones, debiendo ser por lo menos 8 de ellas subterráneas.
- Acreditar experiencia de diez años previos a la fecha de publicación de las presentes Bases en suministro e instalación de Equipamiento de Sistema en un máximo de cuatro líneas de ferrocarril urbano que sumadas alcancen una extensión no menor de 15 km. Entre otras especificaciones.

4.6.2. Participación mínima

El concepto de socio estratégico está relacionado al de la participación mínima. De un lado, si se establece la obligatoriedad de que exista y permanezca un socio estratégico, se deberá fijar un porcentaje mínimo de acciones que dicho socio estratégico debe tener y mantener en la SVP. De lo contrario, el sistema podría ser fácilmente burlado. Para ello es necesario que se establezca una Participación Mínima. Esta es expresada en un porcentaje determinado y debe estar prevista en las bases del proyecto. La participación mínima, en algunos casos, puede ser restringida por las mismas bases. Por ejemplo, en algunos casos se prohíbe la transferencia de acciones por un determinado periodo de tiempo. Una vez pasado ese tiempo, según lo establecido por el contrato, podrá requerirse de autorización para transferir la participación mínima o, como ocurre en otros casos, en los que solo se solicita de una simple comunicación.

Existen dos etapas: la etapa del concurso y la etapa de ejecución contractual. Durante la etapa del concurso normalmente postula un consorcio. Como se dijo, una de las empresas que conforman dicho consorcio debe ser socio estratégico. Las bases del contrato suelen establecer un porcentaje de participación mínima, de acciones o participaciones, de dicha empresa con respecto a los demás miembros del consorcio.

Durante la etapa de ejecución contractual, la SPV puede estar formada por el consorcio en su totalidad, pero nada impide que terceras empresas, que no participaron durante la etapa del concurso, se incorporen de la SPV que se encargará de ejecutar el contrato. Está prohibido que se incorporen a la SPV uno de los demás postores o empresas vinculadas a estos. Por esta razón es necesario diferenciar entre esta y el consorcio. Como se observa en el siguiente cuadro:

Firma del contrato

Contrato	Ejecución
Consorcio: - Empresa A - Empresa B - Empresa C	SPV: - Empresa A - Empresa B - Empresa C - Empresa D - Empresa E Consorcio

Sin embargo, esta diferenciación parece no estar siempre clara en las bases de los contratos. Así, por ejemplo, ocurre que algunas bases exigen el porcentaje de participación mínima a todo el consorcio, con respecto de la SPV. Este es un problema, porque si se exige un porcentaje de participación mínima al consorcio, ¿cuál de las empresas conformantes del mismo es el socio estratégico? En esta confusión, puede pasar que una empresa que tiene una participación poco relevante en el consorcio y en la SPV, termine siendo considerada dentro del porcentaje de participación mínima. Es por eso que, el porcentaje de participación mínima debe ser siempre referido al socio estratégico, al mismo socio estratégico establecido en el consorcio y que ganó el concurso; y no al consorcio en su conjunto.

4.6.3. Asesor especial o 'Técnico'

En algunos casos, cuando el proyecto es de gran envergadura, a un solo postor se le hace imposible cumplir con todos los requisitos; entonces, el Estado suele dar algunas opciones para hacer viable el proyecto, así se permite la figura del asesor especial. En estos casos, el Estado exige que el postor cumpla con algunos requisitos y permite que el postor contrate a otra empresa especializada para que garantice el cumplimiento de un requisito. Esta empresa contratada no forma parte del consorcio ni de la SPV, no es accionista del mismo.

En el caso de la Línea 2 del Metro de Lima, se exigió para el proveedor del material rodante:

- Una experiencia no menor de diez años como fabricante de material rodante.
- Haber previsto en los últimos tres años, previos la fecha de publicación de las Bases, de material rodante, el cual deberá contratarse operando en la actualidad, a uno o más sistemas de transporte ferroviario tipo metro.
- Producción total de al menos 700 coches de trenes urbanos, en los últimos tres años previos a la fecha de publicación de las Bases.
- Producción en los últimos tres años previos a la fecha de publicación de las Bases de al menos 50 trenes urbanos. Entre otras especificaciones.

Por lo que el concesionario contrató a un asesor o técnico que cumpla con estos requisitos.

En el caso del Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú, se exigió los siguientes requisitos técnico-operativos:

- Ser operador aeroportuario con tres años de experiencia, con \$ 1 millón de WLU anual operados en los últimos tres años.
- O ser operador de rampa con tres años de experiencia, con cien mil aeronaves anuales atendidas en los último tres años.
- O ser operador logístico con tres años de experiencia, con cien mil toneladas métricas anuales atendidas en los últimos tres años. Deberá contar con un contrato de asesoría con un asesor aeroportuario a la suscripción del Contrato de Concesión.
- Ser persona jurídica de una empresa concesionaria de servicios de infraestructura y/o de servicios públicos que cuente con el menos 25% del capital social.
- El asesor aeroportuario deberá contar con:
 - o Cinco años de experiencia en operación de aeropuertos.
 - o Haber operado durante los últimos tres años uno o más aeropuertos cuyo WLU anual sea igual o superior a tres millones.

- o Haber operado durante los último tres años un aeropuerto de categoría internacional cuyo WLU sea igual o superior a un millón.

4.6.4. El Fideicomiso

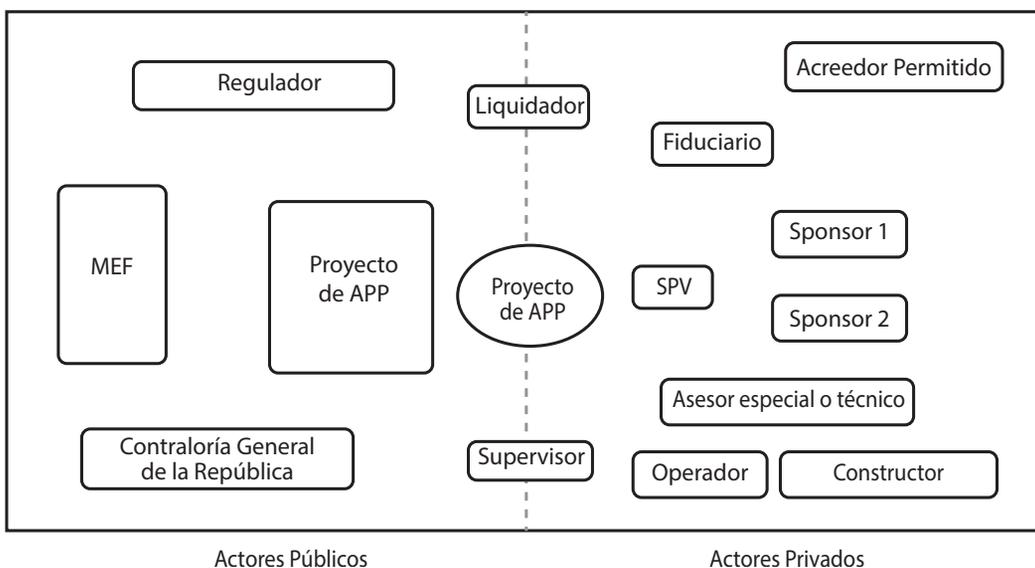
El fideicomiso es una figura que sirve para que determinados flujos económicos se utilicen para un fin preestablecido. Puede ser, por ejemplo, un fideicomiso en garantía, para que el Estado tenga la tranquilidad de que los ingresos van a ser utilizados hasta que se cumplan determinado fin; u otro fideicomiso, que garantice el pago de la deuda a los acreedores permitidos.

En el caso de la Red Vial N° 4 y la Autopista del Sol, en estos contratos, se estableció un fideicomiso para depositar los ingresos obtenidos por el cobro del peaje y que iban a permanecer allí acumulándose hasta que el concesionario demostrara la ejecución de determinado nivel de inversión en obras. En el caso de la Autopista del Sol, se tenía que acreditar haber ejecutado una inversión de por los menos \$ 20 millones. Una vez realizada la inversión, esta fue supervisada por el OSITRAN, que es el regulador, y se liberaron los recursos del fideicomiso una vez emitida su opinión favorable. En este caso, el fideicomiso tenía por finalidad incentivar a que el concesionario agilice la ejecución de las obras para así poder acceder al cobro de sus fondos recaudados por concepto de peaje.

Otro ejemplo de fideicomiso es el correspondiente a las concesiones cofinanciadas o subsidiadas, en las cuales los ingresos del concesionario son a través de los conceptos de PAO y PAMO. En estas concesiones se pueden establecer fideicomisos a favor de los acreedores permitidos, en los cuales se establece que las cuotas de PAO, el dinero va a un fideicomiso, donde un fiduciario, destinará ese dinero al pago de las acreencias. En ese caso, en fideicomiso, es una garantía a favor de los acreedores.

Así, tenemos el siguiente cuadro con las etapas de las Asociaciones Público Privadas establecidas por Ley. Durante la etapa de Programación y Planificación, cuando surge la idea de hacer un proyecto de APP; interviene el ministerio o sector, Gobierno Local o Regional, según sea el caso, y el Ministerio de Economía y Finanzas. Durante la etapa de Formulación, en la cual se realizan los estudios técnicos de factibilidad, interviene el Ministerio de economía y Finanzas y PROINVERSIÓN, al igual que en la etapa de Estructuración, en la cual se establece el diseño de la APP. Durante la etapa de Transacción, vuelve a intervenir el sector, el Ministerio de Economía y Finanzas, PROINVERSIÓN; ingresa, además, el órgano regulador.

Durante la etapa de Ejecución se realiza el *Desing, Finance, Build, Operate and Transfer*, fases de las que hemos hablado anteriormente. Durante esta etapa vuelven a aparecer el Gobierno Local y Regional. Esto, en la práctica generaba algunos problemas, porque ocurría que estos niveles de gobierno solo aparecían en la etapa inicial y final, perdiéndose de toda estructuración del contrato, por lo que reaparecían en la etapa de la ejecución sin conocer el contenido de este o sin tener la capacidad operativa para ponerlo en marcha. Por eso, en la actualidad, es obligatoria la intervención de PROINVERSIÓN, ente que sí debería conocer a profundidad el proyecto.



Esto ocurre en el caso peruano; se tiene un proyecto de APP, los actores públicos que pueden aparecer son: según el órgano que arme el proyecto, el Ministerio específico, un Gobierno Local o un Gobierno Regional; está el MEF, quien aparece en cada paso necesario para realizar una APP; el órgano regulador y la Contraloría General de la República.

Los actores privados que pueden aparecer son: la SPV (con sus respectivos sponsors), el acreedor permitido, el Fiduciario, el Asesor Especial o 'Técnico', el Operador y el Constructor. En el caso del Supervisor y del Liquidador, su propia naturaleza hace que sean un híbrido entre los actores privados y públicos.

En el caso de Colombia, siguiendo los pasos de Australia y Hong Kong, se creó en el 2011, la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI). Esta, a diferencia del caso peruano, concentra casi todas las potestades en dicha entidad. Por lo que la ANI formula, diseña, estructura, aprueba y verifica la ejecución.

5. Bibliografía

Guash, José Luis. 2005. *Concesiones en infraestructura, cómo hacerlo bien*. Antoni Bosch.

Huapaya, Ramón. 2013. "Diez tesis sobre las Asociaciones Público Privadas (APP) en nuestro régimen legal". *Revista de Derecho Administrativo* N° 13, 2013. Lima: Círculo de Derecho Administrativo.

Nalvarte, Pierre y James Calderón. 2005. "Conceptos Básicos del Project Finance en APPs". *Revista Derecho & Sociedad* N° 45, 111-115.

Smith, Adam. 2007. *La riqueza de las naciones*. Cuarta edición. Madrid: Alianza Editorial

Umezawa, Angie y María Elena Reaño. 2013. "Evolución de las Asociaciones Pública Privadas- APPs conforme a la regulación normativa: una visión a través de experiencias". *Revista de Derecho Administrativo* N° 13, 51 - 64.

Urueta, Juan Manuel. 2010. *El contrato de concesión de obras públicas Project finance y partenariatado público-privado*. Bogotá: Ibáñez