



# El “Cofinanciamiento” de las APP: Concepto, Naturaleza, Evolución y Experiencias\*

## The “Co-financing” of PPPs: Concept, Nature, Evolution and Experiences

Miguel Angel Paz Sime\*\*

### Resumen:

La evolución del rol del Estado en la economía encuentra su expresión más significativa en el nuevo rol garantista y regulador que ha tomado frente al antiguo papel prestatario e intervencionista que le caracterizaba. En este contexto, el Estado recurre al uso de las asociaciones público-privadas, a fin de poder solucionar el problema derivado de la necesidad de ejecutar proyectos rentables socialmente pero no económicamente. El autor desarrollará los conceptos de cofinanciamiento y de las APP cofinanciadas; así también, presentará casos prácticos de este método de financiamiento de los servicios públicos y obras de infraestructura.

### Abstract:

The evolution of the State's role in the economy finds its most significant expression in the new role of guarantor and regulator it has taken against the old borrowing and interventionist role that characterized it. In this context, the State uses the Public Private Partnerships, in order to be able to solve the problem derived from the need to execute socially profitable projects but not economically. The author will develop the concepts of co-financing and co-financed PPPs; as well as presenting practical cases of this method of financing public services and infrastructure projects.

### Palabras clave:

Asociaciones público-privadas – Concesiones – Subsidios – Servicios públicos – Obras de infraestructura

### Keywords:

Public Private Partnerships – Concessions – Subsidies – Public services – Infrastructure works

### Sumario:

1. Introducción – 2. “Cofinanciamiento” y “APP cofinanciadas” – 3. Casos prácticos de cofinanciamiento y APP cofinanciadas – 4. Conclusiones, recomendaciones y reflexiones finales – 5. Bibliografía

\* Este artículo fue elaborado con la valiosa colaboración de Paul Montjoy Forti, estudiante del último año de Derecho de la Universidad de Piura.

\*\* Abogado Asociado del Estudio Rosselló, con estudios de Maestría en Regulación de los Servicios Públicos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, dos veces becario de la Beca Aristóteles otorgada por la Escuela de Postgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y con Especialización en Derecho Administrativo y Empresarial por la Universidad ESAN.

## 1. Introducción

En los noventa, los países de América Latina, influenciados por los cambios políticos y económicos en el Reino Unido y la Europa Continental, reconfiguraron el rol del Estado en la economía. Nuestro país no fue la excepción a esa coyuntural transformación: se migró de un esquema de Estado proveedor (empresario) al de un Estado regulador y vigilante del buen funcionamiento de los mercados.

Diego Zegarra señala que “la evolución del rol interventor del Estado en la economía se inicia con el Estado absoluto, el mismo que luego se transforma en Estado liberal como fruto de la revolución burguesa y que más adelante tomará el matiz del Estado policía, hasta llegar a formas empíricas como las de árbitro o tutor, que más tarde evolucionaría hacia el Estado social; finalmente, hoy se nos propone un modelo neoliberal en el que el Estado debe cumplir un papel de regulación, control y eventualmente sancionador”<sup>1</sup>

En ese entorno de transferencia al sector privado de gestión de la prestación de las actividades económicas típicamente reservadas a la esfera del Estado (como las telecomunicaciones, la construcción y operación de carreteras, la distribución de electricidad, entre otras), los Gobiernos aceptan, con mayor o menor intensidad, el empleo de la concesión de servicios públicos y de infraestructura, como un mecanismo de traslado, al sector privado, de las responsabilidades de diseño, construcción, financiamiento, mantenimiento, operación y prestación o explotación de los servicios públicos y la infraestructura.

Sin embargo, aún cuando la gestión de los servicios públicos y la infraestructura requerida para su prestación fue concedida al sector privado, la titularidad de dichos servicios públicos -en términos de Baldo Kresalja - “no es traspasable”<sup>2</sup>. En ese sentido, el Estado no puede despojarse de su responsabilidad jurídica y política respecto de la prestación del servicio o la operación de la infraestructura, de modo que adopta, en principio, un rol garante, supervisor, fiscalizador e incluso sancionador, a contramano de la renuncia a la prestación y gestión directa de la actividad. Es por ello que no resulta extraño que el artículo 59 la Constitución Política del Perú de 1993 haya asignado un particular nivel de intervención del Estado, de modo que este se encuentre obligado a actuar “preferentemente” en áreas de “servicios públicos e infraestructura”, a efectos de dar cumplimiento a su deber de “garantía de disfrute efectivo”, entendido por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 034-2004-PI/TC, como “una obligación frente a la cual el Estado no puede verse ajeno; de ahí que aun subsista el deber estatal de garantizarlo, regularlo y vigilarlo, dada su naturaleza esencial y continua para toda la población”.

Ahora bien, aún cuando el Estado reconozca el mérito de las concesiones como modalidades eficientes para la ejecución de obras de infraestructura de servicios públicos y la gestión de servicios públicos, se enfrenta a retos como aquellos supuestos en los cuales no exista sostenibilidad económica del servicio o infraestructura que se desea otorgar en concesión y, por otro lado, se priorice el acceso universal de los usuarios y exista alta rentabilidad social.

En este escenario, algunos estados -y en particular, el Estado Peruano- adoptan la decisión de subsidiar la construcción u operación de la infraestructura de servicios públicos o la prestación misma de éstos, de modo tal que las empresas concesionarias (o la denominación que tuvieran) cobren a los usuarios una tarifa inferior a la que les aseguraría una rentabilidad económica mínima para la continuidad del servicio, pero perciban del Estado un subsidio a favor de los usuarios, de modo tal que se cumpla simultáneamente con los objetivos de eficiencia, sostenibilidad económica y acceso universal o equidad.

Dicho subsidio a favor de los usuarios de servicios públicos y de infraestructura de servicios públicos es la expresión más básica de lo que la legislación peruana ha denominado “cofinanciamiento”.

Precisamente, el propósito de este artículo es:

- (i) Discutir y explicar la noción de cofinanciamiento, así como su vinculación con las Asociaciones Público Privadas (APP),
- (ii) Presentar la evolución de la regulación normativa del cofinanciamiento,
- (iii) Estudiar las modalidades o formas en las que el Estado “cofinancia” las APP, y
- (iv) Analizar los casos más relevantes de las APP denominadas “cofinanciadas”.

1 Diego Zegarra, *Servicio Público y Regulación: Marco Institucional de las Telecomunicaciones en el Perú* (Lima: Palestra, 2005), 186.

2 Baldo Kresalja. “El Rol del Estado y la Gestión de los Servicios Públicos”, *Themis: Revista de Derecho*, N° 39: 48.

## 2. “Cofinanciamiento” y “APP cofinanciadas”

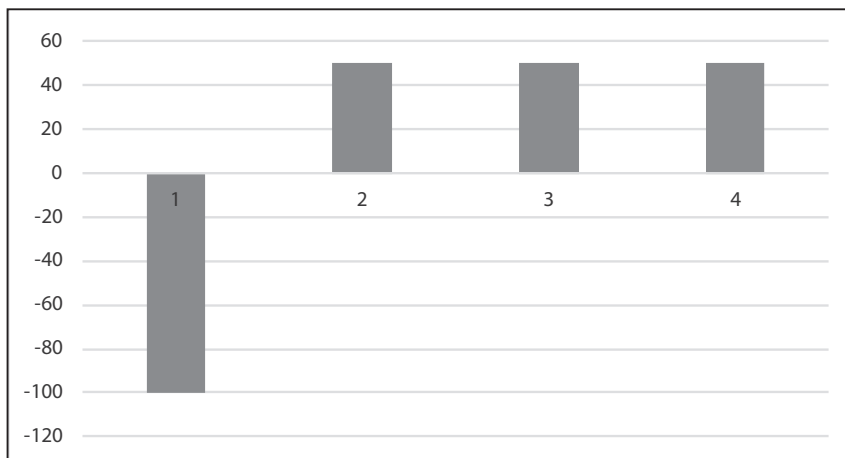
### 2.1. Cofinanciamiento

#### 2.1.1. Una aproximación a su definición

Por financiamiento, en su acepción gramatical reconocida por la Real Academia Española, se entiende tanto a la acción de aportar dinero para una empresa como a la de sufragar los gastos de una actividad u obra.

Si recurrimos a literatura básica en materia financiera, notaremos que el verbo “financiar” tiene una connotación vinculada específicamente a las fuentes de recursos necesarios para sufragar las inversiones de una empresa.<sup>3</sup> Las fuentes de financiamiento pueden ser propias (patrimonio) o de terceros (pasivos), y se pueden usar para solventar o sufragar las inversiones de una empresa, las cuales pueden ser a corto plazo (activos corrientes) o largo plazo (activos fijos). Precisamente, en el estado financiero denominado Balance General, los usos de los fondos son los activos de la empresa, y las fuentes de financiamiento son los fondos provenientes de los aportes de los accionistas y la deuda asumida con terceros.

Para aclarar el concepto de financiamiento utilizaremos un ejemplo sencillo. Imaginemos que la inversión necesaria para construir un nuevo terminal portuario asciende a US\$ 100 millones y que el flujo neto obtenido de su explotación, durante 3 años, asciende a US\$ 50 millones. Lo anterior se resume en el siguiente gráfico:



El financiamiento necesario para la construcción del nuevo terminal portuario asciende a US\$ 100 millones. Las fuentes para obtener dicho financiamiento pueden provenir de una combinación de capital (recursos propios de los accionistas) y de terceros (por ejemplo, un préstamo bancario). Asumamos que los accionistas aportan el 20% y el banco el restante 80%. La empresa a cargo del proyecto obtendrá un financiamiento bancario de US\$ 80 millones.

Ahora bien, el vocablo “cofinanciamiento” transmite, básicamente, la noción de financiamiento conjunto de una actividad.<sup>4</sup>

En el caso de las APP, este “cofinanciamiento” daría a entender (aunque después veremos que no es así) el financiamiento conjunto de la prestación de los servicios públicos o de la construcción, mantenimiento y/u operación de su infraestructura.

Es decir, siguiendo el ejemplo anterior, el término cofinanciamiento daría a entender que el Estado provee parte de los US\$ 80 millones necesarios para la ejecución del proyecto. Digamos que el Estado provee el

3 Lawrence J. Gitman y Chad J. Zutter, *Principios de Administración Financiera*, Decimosegunda edición (México: Pearson Educación, 2014).

4 La Real Academia Española no reconoce el término “cofinanciamiento”, pero sí recoge “cofinanciación”, vocablo con única acepción, que es la siguiente:

“cofinanciación

1. f. Acción y efecto de cofinanciar”.

La definición de cofinanciar es la siguiente:

“cofinanciar

1. tr. Dicho de dos o más personas o entidades: Financiar una actividad conjuntamente”.

50% del monto necesario para la ejecución del proyecto (que, recordemos, es de US\$ 100 millones). En ese ejemplo, el Estado proveería US\$ 50 millones y la empresa privada proveería los otros US\$50 millones. De éstos últimos, US\$ 20 millones serían aportados por los accionistas y apenas US\$ 30 millones serían provistos por el Banco.

Lo descrito en el párrafo anterior constituiría un verdadero “cofinanciamiento”, en el real sentido de la palabra. Sin embargo, como veremos a continuación, en el caso peruano se utiliza, por definición normativa, el término “cofinanciamiento” en un sentido significativamente distinto (e inapropiado desde un punto de vista literal).

### 2.1.2. ¿Cómo debe entenderse el término “cofinanciamiento”?

En términos estrictos, por cofinanciamiento, considerando la vinculación de este término con las fuentes de recursos financieros, si cabe la redundancia, debería entenderse a la acción conjunta de dos agentes de aportar los fondos para sufragar los costos y las inversiones de la empresa prestadora (o la denominación que tuviera) orientada a la prestación de los servicios o el desarrollo (o mejoramiento, mantenimiento u operación) de infraestructura.

Ahora bien, cuando hablamos de financiamiento conjunto, ¿a qué intervinientes nos referimos? Pues, por un lado, al inversionista que ejecutará la obra de infraestructura o prestará el servicio público y, por otro lado, al Estado que contribuirá con recursos con cargo a sus partidas presupuestales.

Sin embargo, como veremos más adelante, el Estado no necesariamente aporta recursos que financien el inicio o la continuidad de la actividad de servicio público o desarrollo de la infraestructura. Más bien, lo usual es que el Estado compense *ex post* al inversionista privado, que previamente ha procurado el financiamiento de la puesta en operación del servicio público o el desarrollo de la infraestructura mediante el aporte de sus socios y la deuda contraída en el sistema bancario.

¿En qué situaciones es necesario que el Estado efectúe dicha compensación a favor de los inversionistas privados? Esencialmente, cuando la prestación del servicio o el desarrollo (construcción, mantenimiento y/u operación) de la infraestructura no son económicamente autosostenibles, es decir, no son rentables con la simple interacción de los agentes económicos (inversionista y usuarios).

De esa manera, el desembolso que efectúa el Estado, más que un instrumento de financiamiento, es una herramienta para recuperar la inversión. Sin perjuicio de ello y de la disquisición conceptual que hemos esbozado, queda claro que en un escenario en que la prestación de servicios o la operación de la infraestructura no son autosostenibles, la intervención del Estado (como garante o como aportante efectivo) se vuelve indispensable.

En el presente trabajo, nos ahorraremos el prurito académico y cuando hagamos referencia a “cofinanciamiento”, estaremos hablando de aquello que la ley ha denominado así: al pago que otorga el Estado para cumplir con las obligaciones del Estado en un contrato de asociación público privada, independientemente del hecho que se trate o no de un aporte financiero en sentido estricto. Dicho pago puede estar orientado a conseguir que la prestación de un servicio o que la ejecución de un proyecto de infraestructura sea económicamente sostenible, lo cual no podría lograrse sin la intervención estatal.

Cabe señalar que el término “cofinanciamiento”, aun habiendo superado el inconveniente conceptual descrito líneas arriba, es decir, asumiendo que se trata de la compensación o el subsidio *ex post* del Estado para conseguir que el proyecto sea sostenible económicamente, genera otro problema conceptual, pues el prefijo “co-” excluye aquellos supuestos en que la única fuente de ingresos del inversionista por la prestación del servicio o la explotación de la obra la constituye el aporte del Estado. Es el caso, por ejemplo, de aquellos servicios cuyos costos se sufragan íntegramente con tributos, multas u otros fondos públicos y los beneficiarios no efectúan ningún pago directo o indirecto a menos que se recaude como tributos. En ese supuesto, más que un “cofinanciamiento”, estaríamos hablando de una retribución del inversionista, asumida totalmente por el Estado con cargo a su presupuesto.

Para efectos del presente trabajo, cuando hablemos de “cofinanciamiento”, nos estaremos refiriendo a los supuestos en que el Estado efectúa un pago a favor del inversionista privado:

- i) Para completar la diferencia entre los ingresos que obtendría el inversionista a una tarifa eficiente y rentable y lo que realmente pagan los usuarios; ii) Como contraprestación íntegra y completa por la prestación del servicio o la operación de la infraestructura.

### 2.1.3. "Cofinanciamiento" y el rol de garante del Estado en la provisión de servicios públicos e infraestructura

Ramón Huapaya señala, con relación a los cambios políticos de fines del milenio anterior, que *"a partir de tales procesos se asume que el Estado ostenta en el mercado un rol de autoridad económica, un rol regulador, mientras que en dicha perspectiva también, el Estado asume un rol menos preponderante en la financiación en obras públicas y servicios públicos, el cual se propugna debe ser asumido por los privados en aplicación de un estricto principio de subsidiariedad"*<sup>5</sup>

El referido autor agrega que, en la ejecución de dicho proceso surge un inconveniente, a saber, que *"si bien es cierto, la inversión privada está atraída a depositar sus intereses en aquellos proyectos que tienen una rentabilidad económica de media a elevada, el problema es qué hacer cuando existen proyectos de infraestructura o de servicios públicos, que requieren una elevada inversión, y que tienen gran rentabilidad social, mas no una rentabilidad económica sostenible"*<sup>6</sup>

Esta preocupación por la necesidad de ejecutar proyectos socialmente rentables pero económicamente insostenibles -como la construcción de carreteras que permiten la integración y conexión de localidades cuya población no pueda pagar la tarifa que retribuyera el costo de oportunidad del inversionista- derivó en la búsqueda de opciones de desarrollo de infraestructura mediante asociaciones público-privadas cofinanciadas, las cuales fueron conocidas simplemente como "Asociaciones Público - Privadas", para separarlas de las concesiones típicamente autosostenibles.

Nótese, a modo de ejemplo, lo señalado por la Agencia de Promoción de la Inversión Privada - PROINVERSIÓN, en una época previa a la publicación del primer cuerpo legislativo en materia de asociaciones público-privadas: *"No obstante el auge mundial de la participación privada en actividades antes realizadas por el sector público, el término Asociación Público-Privada, en su acepción más exacta, se restringe a aquellos casos en que el sector privado provee directamente un servicio público, pero que su intervención supone la participación financiera del Estado para hacer rentable el proyecto. Los proyectos de APP son proyectos de largo plazo para la provisión de servicios públicos o de infraestructura pública con alta rentabilidad social y baja rentabilidad financiera, cuyo equilibrio financiero supone un co-financiamiento parcial o total del Estado, el mismo que se agrega, de existir ésta, a la tarifa o peaje pagada por el usuario directo del servicio"*<sup>7</sup>

Lo cierto es que, como sosteníamos en la introducción, el cofinanciamiento y, en particular, el desarrollo de asociaciones público-privadas denominadas cofinanciadas, es el resultado de un proceso de búsqueda de soluciones al problema derivado de la necesidad de ejecutar proyectos rentables socialmente pero no económicamente, razón por la cual el Estado subsidia la provisión del servicio o la infraestructura, a efectos de que la empresa prestadora finalmente recupere su inversión, ya sea mediante un pago que complete la tarifa pagada por el usuario o incluso que retribuya íntegramente la prestación del servicio, o el desarrollo de la infraestructura.

Ello responde a la necesidad reconocida por la academia y el Estado de adoptar políticas públicas en materia de servicios públicos e infraestructura que no se agoten únicamente en la búsqueda de la eficiencia y la sostenibilidad de la oferta, sino que se orienten además a la equidad, en una visión de servicio universal. Alfredo Dammert y Raúl García sostienen que *"las reformas institucionales y las políticas de desarrollo de la infraestructura deben expresar una visión orientada por valores como la equidad, a fin de que las personas excluidas, generalmente las más pobres, puedan acceder a estos servicios"*<sup>8</sup>

En algunos supuestos, la literatura especializada en regulación económica de servicios públicos y desarrollo de infraestructura puede sugerir que la satisfacción del interés en equidad y acceso universal se manifieste mediante un esquema de subsidios cruzados<sup>9</sup>, en cuyo caso, a los usuarios con mayor disposición a pagar se les cobra una tarifa más elevada o un sobrecargo que se incrementa marginalmente en función del

5 Ramón Huapaya y Giuliana Vegaray. "Algunos apuntes en relación con la 'participación público-privada' y su vinculación con el derecho administrativo y la inversión en infraestructura y servicios públicos", *Revista de Derecho Administrativo* N° 3, Círculo de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007, pp. 99-100.

6 Ibid.

7 Agencia de Promoción de la Inversión Privada - PROINVERSIÓN. *Las Asociaciones Público Privadas en el Perú*, Documento de Trabajo N° 4 (Lima, 2005), 3.

8 Alfredo Dammert y Raúl García. "El Rol del Estado en el Acceso Igualitario a los Servicios Públicos" en: Javier Iguñiz y Janina León (Editores), *Desigualdad Distributiva en el Perú: Dimensiones* (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011), 198.

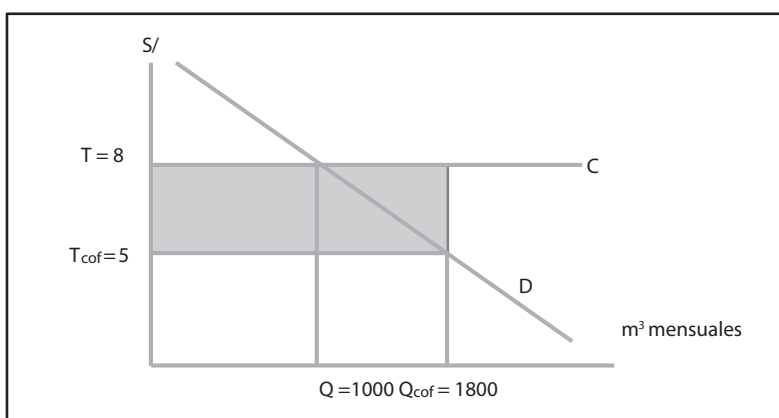
9 José Bonifaz explica que la característica distintiva de los subsidios cruzados *"es el origen de los fondos para su financiamiento: usuarios (subsidiarios) del servicio financian, generalmente en forma parcial, los costos de prestación de los usuarios (subsidiados) beneficiados con el esquema de subsidios"*. En: José Bonifaz. "Nuevo esquema de subsidios cruzados en el Sector Saneamiento en el Perú: el caso de SEDAPAL". *Revista de Derecho Administrativo* N° 12 Tomo 2, Círculo Derecho de Administrativo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima(2010): 246.

consumo. Este último caso es, por ejemplo, el régimen del Fondo de Compensación Social Eléctrica (FOSE), en virtud del cual, los usuarios domiciliarios del servicio público de electricidad que tienen un consumo energético (en Kwh) mayor a un “tope estándar” previsto legalmente, subsidian a aquellos que consumen menos energía que el “piso estándar”.

Sin embargo, en algunos casos, dadas las condiciones propias del mercado y del sector que es objetivo de desarrollo, lo que se requiere no es un subsidio intrageneracional (entre los usuarios que coexisten en el tiempo) ni uno intergeneracional (entre los usuarios no contemporáneos), sino una provisión directa del Estado para asegurar el acceso universal en proyectos de elevada rentabilidad social. Esto último es el cofinanciamiento.

En las ilustraciones siguientes se evidencia el mecanismo hipotético del funcionamiento del cofinanciamiento, ya sea mediante un aporte del Estado para completar el pago de las tarifas a ser cobradas a los usuarios, que resulta insuficiente para recuperar la inversión, o vía el pago íntegro por el desarrollo de la infraestructura y la prestación de los servicios públicos.

### Ilustración 1. Cofinanciamiento con pago de usuarios



En la Ilustración 1, se representa gráficamente el funcionamiento del cofinanciamiento en una asociación público-privada para la prestación del servicio público de agua potable, en el cual:

- D es la curva de demanda, que representa la máxima tarifa en soles (S/) que los usuarios están dispuestos a pagar por metro cúbico suministrado ( $m^3$ ).
- C es el costo (no diferenciamos entre costo medio y costo marginal, para hacer más sencillo el modelo) que incurre la empresa por suministrar cada metro cúbico ( $m^3$ ) de agua potable. En el ejemplo, por simplificación, cada metro cúbico cuesta lo mismo. Además, cuando hablamos de costo, no nos referimos únicamente al costo contable o explícito, sino también al costo de oportunidad. Es decir, vendiendo agua potable al costo (C), la empresa de distribución de agua potable ya está recuperando su inversión.
- Q es la cantidad de metros cúbicos.
- $T = 8$  es la tarifa eficiente, igual a ocho (8) nuevos soles, que debería cobrar la empresa de distribución de agua potable para cubrir el costo a un nivel de demanda de mil (1000) metros cúbicos mensuales.
- $Q_{\text{cof}} = 1800$  es la cantidad de metros cúbicos mensuales que el Estado considera debería suministrar la empresa de agua potable para atender mejor a la población y sus necesidades de salubridad.
- $T_{\text{cof}} = 5$  es la tarifa que debería cobrar la empresa de distribución de agua potable para atender un nivel de demanda de 1800 metros cúbicos mensuales, que -como es lógico- se corresponde con una tarifa más baja, pues a menor precio (o tarifa), la cantidad demandada es mayor, y porque la población, aunque quisiera un mayor suministro de agua, no podría pagar lo mismo por metro cúbico. Esta tarifa no permite cubrir los costos de la empresa de agua potable.
- El área sombreada representa el cofinanciamiento o subsidio que deberá pagar el Estado a favor de la empresa de agua potable para cubrir sus costos. Dado que la tarifa que cobrará será S/ 5 y la que debía cobrar en una situación de equilibrio económico sin intervención estatal era S/ 8, el Estado asume una diferencia de S/ 3, que al multiplicarse por los 1800  $m^3$ , da como resultado un “cofinanciamiento” total mensual igual a S/ 5400. De esa manera, los usuarios pagan en total S/ 9000, que sumados al “cofinanciamiento”, permite cubrir los costos o la inversión total de la empresa igual a S/ 14400.

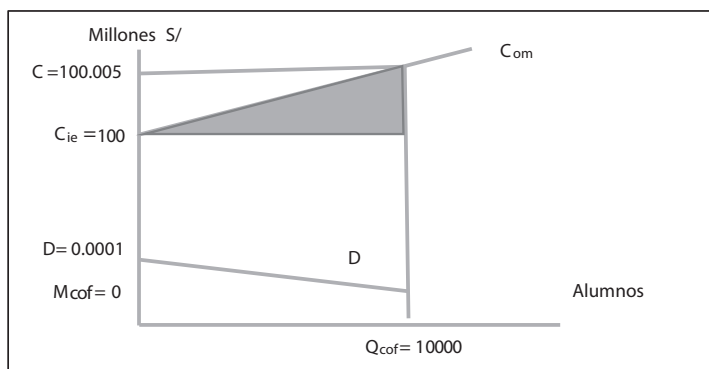
Ahora bien, ¿por qué, en nuestro ejemplo, el Estado podría decidir cofinanciar la prestación del servicio de agua potable? Desde la perspectiva de la regulación de los servicios públicos, los objetivos regulatorios son, entre otros: la eficiencia productiva (producir al mínimo costo técnicamente factible), eficiencia asignativa (vender la última unidad de un producto a un precio igual a costo marginal, para impedir el ejercicio del poder de mercado), calidad, sostenibilidad de la oferta (garantizar una rentabilidad razonable o recuperación de la inversión de la empresa para la continuidad del servicio) y la equidad (que hace referencia tanto a la no discriminación entre usuarios como a la disminución de la brecha social).

Puede ser que, en el modelo propuesto, el servicio de agua potable sea muy costoso porque se necesita desplegar una nueva red integral de agua y alcantarillado, o la población se encuentra muy alejada de las redes existentes, o porque la disponibilidad a pagar de los usuarios de una localidad con bajos indicadores de desarrollo humano y con una necesidad de salubridad alarmante, máxime si quien tiene que procurar la obtención de agua en baldes son las mujeres, que además se hacen cargo del cuidado de los hijos y trabajan a medio tiempo. Un escenario como este no sería extraño en nuestro país.

Por tal razón, aún cuando lleguen a cumplirse los objetivos de eficiencia productiva, asignativa y sostenibilidad de la oferta, al cobrarse un precio igual al costo, quizá no se llegue a cumplir con el objetivo de equidad, razón por la cual quizá el Estado considere que distribuir el agua potable a los hogares a una tarifa de ocho soles (S/ 8), dejaría sin 800 metros cúbicos mensuales (o 800000 litros mensuales) a la población en su conjunto, lo que equivaldría a condenar a las fuentes alternativas de agua (sin suministro, en calidades no aseguradas y con acceso a una distancia de entre 100 y 1000 metros) a 133 familias que no podrían contar con el servicio de agua potable.<sup>10</sup> El Estado podría comparar el costo por cofinanciar el servicio con el gasto público en salud de la población que no cuenta con agua potable y con el costo de la población en obtener el agua en condiciones precarias. Si se estimara que los S/ 5400 mensuales (o S/ 64800 anuales) son menores al gasto, el Estado podría considerar que el proyecto de desarrollo de una infraestructura de red para la prestación de los servicios de agua potable es rentable socialmente y, por tanto, vale la pena cofinanciar el servicio.

Un ejercicio semejante podría ser aplicable en situaciones en las que el Estado decide constituir una asociación público-privada para el desarrollo de una infraestructura y la prestación de un servicio que no puede ser pagado, ni siquiera en parte, por una población extremadamente vulnerable. La Ilustración 2 permite observar el funcionamiento del “cofinanciamiento” con pago total del Estado.

**Ilustración 2. “Cofinanciamiento” con pago sólo del Estado**



En la Ilustración 2, se representa gráficamente el funcionamiento hipotético del cofinanciamiento en una asociación público-privada para la construcción y operación de centros educativos de alto rendimiento o

10 Si tomamos como referencia la clasificación de acceso al agua potable de la Organización Mundial de la Salud, se advierte que una dotación diaria de cincuenta (50) litros de agua por persona a menos de cien (100) metros o cinco (5) minutos de distancia, en un grifo de la red pública, calificada como acceso intermedio al agua, permite disminuir el impacto negativo en la salud por la carencia y falta de disponibilidad de agua potable de “alto” a “bajo”.  
 Asumiendo que en una familia promedio hay cuatro personas, aquella necesitaría 200 litros diarios como dotación mínimamente suficiente, lo que en un mes equivale a 6000 litros por hogar o familia. Dado que 6000 litros son 6 m3, una privación de 8000 m3, equivaldría a condenar a más de 133 hogares (133.33) a la carencia total de agua potable en condiciones de acceso intermedio, lo que significaría que les quedaría como única opción el abastecimiento básico, es decir, realizar un viaje de entre 100 y 1000 metros (o entre 5 y 20 minutos) para recolectar 20 litros de agua diarios por persona, lo que genera una afectación en la salud de una probabilidad alta.  
 Para mayor información sobre el particular, puede consultarse en: Guy Howard y Jamie Bartram. *Domestic Water Quantity, Service Level and Health* (Ginebra: Organización Mundial de la Salud – OMS (World Health Organization – WHO), 2003), 26 y ss.



escuelas deportivas de alta competencia para adolescentes con buen desempeño escolar o con destrezas deportivas sobresalientes, pero que se encuentran en condiciones de extrema pobreza.

- $D$  es la curva de demanda, que representa la máxima tarifa en soles ( $S/$ ) que los padres están dispuestos a pagar por matricular a sus hijos en dichos colegios. Nótese que la disposición a pagar por parte de los padres, que forman parte de poblaciones especialmente vulnerables, a pesar de la importancia que podría significar las escuelas en la vida de los alumnos, es cercana a cero y en ningún momento siquiera se aproxima a  $C$ . Es más, dentro de este modelo, el padre con mayor disposición a pagar, efectuaría como máximo una matrícula por los cinco años de educación secundaria igual a cien soles.
- $C_{ie} = 100$  es la inversión inicial de cien millones de soles que debe asumirse para construir y equipar los colegios.
- $C_{om}$  es el costo de prestar el servicio educativo integral a cada alumno durante cinco (5) años, que comprende el mantenimiento de la infraestructura, la operación, los equipos, la contratación de docentes, personal administrativo, proveedores de alimentos, y otros bienes y servicios. En el ejemplo, el costo por prestar el servicio a un alumno adicional es inicialmente cero y se incrementa progresivamente a nivel que la población educativa crece (para reflejar el incremento de costo por la atención especializada).
- $M_{cof} = 0$  es el precio de la matrícula igual a cero que pagarán los padres, para que sus hijos asistan al colegio.
- $Q_{cof} = 10000$  son los 10000 estudiantes con gran potencial que se beneficiarán del proyecto de construcción y operación de colegios de alto rendimiento.
- El área sombreada representa el “cofinanciamiento” o subsidio que deberá pagar el Estado a favor del inversionista por la prestación del servicio educativo. Es un triángulo porque el  $C_{om}$  inicia en cero y termina en  $S/ 5000$  o 0.005 millones (descontando la inversión y equipamiento) por alumno para atender a una población de 10,000 estudiantes. Eso significa que el cofinanciamiento por  $C_{om}$  será igual a:

$$\text{Cofinanciamiento por } O \text{ y } M = 10,000 \text{ alumnos} * \frac{(S/ 0.005 \text{ millones})}{2}$$

$$\text{Cofinanciamiento por } O \text{ y } M = S/ 250 \text{ millones}$$

Dicha cantidad, sumada a los  $S/ 100$  millones de inversión y equipamiento, resulta en un “cofinanciamiento total” de  $S/ 350$  millones.

En síntesis, el cofinanciamiento del desarrollo de una asociación público-privada para construir, mejorar u operar infraestructura y prestar servicios públicos debe ser la expresión del aporte económico del Estado, que se justifica por razones de equidad y servicio universal, en el caso de los proyectos que cumplan con la característica de ser socialmente rentables pero económicamente no.

Ello, de inmediato, nos motiva a reflexionar si en nuestro país, el cofinanciamiento y, de modo más preciso, el empleo de concesiones cofinanciadas verdaderamente ha encontrado su motivación en los fines loables antes señalados o si ha respondido a intereses políticos y económicos más bien cuestionables. Seguramente el tiempo, la evaluación permanente del proceso de otorgamiento de concesiones y constitución de asociaciones público-privadas cofinanciadas, y la innegable realidad a la luz de los acontecimientos más recientes nos permitirá distinguir aquellos proyectos cofinanciados ejecutados acertadamente de aquellos otros que, por el contrario, más bien revelan un oportunismo o un interés de dudosa procedencia.

## 2.2. APP cofinanciadas

La noción de cofinanciamiento se vincula necesariamente con la clasificación de las asociaciones público privadas (APP), categorizadas ahora en autofinanciadas y cofinanciadas y, hasta hace no mucho, en autosostenibles y cofinanciadas.

A continuación, presentamos la evolución de la noción de “APP cofinanciada” y de su regulación normativa, así como las diferencias conceptuales con la otra categoría de APP, denominada autosostenible o autofinanciada.

### 2.2.1. Noción de “APP cofinanciada”

Respecto del concepto de “APP cofinanciada” en nuestro país, debemos reiterar que en la sección 2.1 del presente trabajo citamos textualmente lo señalado por PROINVERSIÓN en el año 2005, en un comentario dentro de la guía “Asociaciones Público Privadas en el Perú”, en el cual se asociaba APP con alta rentabilidad social y baja rentabilidad económica, es decir, se asimilaba el término APP con el actual “APP cofinanciada”,



diferenciándola de la “concesión”, típicamente autosostenible, que vendría a ser lo que hoy conocemos como “APP autofinanciada”.

Después de la evolución normativa de la noción de APP, en nuestro país se entiende claramente que la APP es un género de contratos de colaboración pública y privada, para la ejecución de proyectos, tanto subsidiados (APP cofinanciadas) como autosostenibles (autofinanciadas). Ramón Huapaya explica que los Contratos de APP pueden “*tomar cualquier forma contractual, la cual esencialmente será atípica*”. Asimismo, agrega el referido autor que no es necesario, como se ha efectuado en algunos países, efectuar una diferenciación legal entre “*el ‘nuevo’ contrato de APP y el ‘clásico’ contrato de concesión*”, pues “*las APP no suponen una innovación entera, sino únicamente son una etapa ‘2.0’ en los contratos de concesión y sus figuras similares de colaboración público-privada (jointventure, arrendamientos operativos, ‘affermage’, gerencia, outsourcing)*”.<sup>11</sup> Sobre lo último, cabe resaltar que, sin perjuicio de la previsión legal de que la APP pueda adoptar cualquier modalidad contractual y no revista sólo la forma de concesiones, en nuestro país, prácticamente la totalidad de APP constituidas son concesiones, sean estas cofinanciadas o autofinanciadas. Como excepción, podemos considerar las APP para la operación de establecimientos de ESSALUD, prestación de servicios de bloqueo e inhibición de señales radioeléctricas en los establecimientos penitenciarios, entre otras contadas excepciones.

Igualmente, en latitudes cercanas, observamos que la noción de APP y concesión se encuentran íntimamente ligadas. Julio Toro da cuenta de que en **Chile** se adoptó un modelo de participación público-privada conocido como “Sistema de Concesiones”, con tres tipos de proyectos, desde la perspectiva de su fuente de pago: a) aquella que proviene íntegramente de sus usuarios; b) aquella que proviene de sus usuarios y de presupuesto público diferido en el tiempo, y c) aquella que proviene íntegramente del presupuesto público diferido en el tiempo.<sup>12</sup> El mencionado autor reconoce que en Chile se denomina concesión a todo proyecto de desarrollo de infraestructura y provisión de servicios públicos, independientemente de su fuente de pago, precisando que “*esta situación es diferente en otros países donde se llama proyecto de concesión sólo a aquellos proyectos cuya fuente de pago proviene totalmente de sus usuarios*”.

Con relación a las modalidades de concesiones chilenas que requieren pago parcial o total del Estado, Julio Toro precisa que “*en aquellos proyectos que no son autofinanciables en el periodo de concesión sólo con las tarifas cobradas a los usuarios, ha sido necesario que el Estado concorra con aportes públicos para el financiamiento de las obras respectivas*”, y agrega que el pago se efectúa anualmente a partir de la explotación de las obras, específicamente en el caso de las concesiones viales.

Se señala además que en las concesiones para edificaciones públicas (tribunales de justicia, cárceles, embalses) y multisectoriales, la regla general es el subsidio a cargo del Estado, ya sea porque no hay usuarios que paguen las tarifas o porque, si los hubiera, esta sería deficitaria. En estos casos, el Estado paga un subsidio a la operación y a la construcción.

La regulación y promoción latinoamericana de las APP es una suerte de importación de los paradigmas en materia de colaboraciones público-privadas desarrolladas en Europa, atribuyéndose específicamente su origen a las políticas públicas adoptadas por el **Reino Unido**, que instituyó a las denominadas “*Private Finance Initiative*” (PFI), que es una técnica que permite la participación privada en el financiamiento de la construcción de obras de infraestructura de servicios públicos, con un elemento central y característico: la transferencia de riesgos al sector privado. De acuerdo con Eva Nieto Garrido, “*todos los proyectos de PFI implican que el contratista privado es responsable del diseño, construcción, gestión y financiación de la obra y, en su caso, de la prestación del servicio público. Los contratos de PFI incluyen la cláusula de transferencia de la obra pública a la Administración cuando finaliza el periodo de explotación del servicio*”.<sup>13</sup>

Ahora bien, las PFI son asimilables a las APP cofinanciadas, pues, en oposición a la concesión típica, en la que el privado asume íntegramente los riesgos, las PFI representan un mecanismo equilibrado de asignación y distribución de riesgos, lo cual importaría incluso que, durante la etapa operativa, el Estado retribuya al inversionista privado, a través de los pagos por disponibilidad o uso de la infraestructura.<sup>14</sup>

11 Ramón Huapaya, “Diez Tesis sobre las Asociaciones Público Privadas (APP) en nuestro Régimen Legal”, *Revista de Derecho Administrativo* N° 13, Lima(2013): 15-32.

12 Julio Toro, *Experiencia Chilena en Concesiones y Asociaciones Público-Privadas para el desarrollo de Infraestructura y la Provisión de Servicios Públicos* (Santiago de Chile: Programa para el Impulso de Asociaciones Público-Privadas en Estados Mexicanos, 2009), 5, 54-56.

13 Eva Nieto, “La Financiación Privada de Obras y Servicios Públicos en el Reino Unido: *Private Finance Initiative Public Private Partnerships*”, *Revista de Administración Pública* 164 (2004): 389-406.

14 Eva Nieto explica la aparición de la PFI, como un mecanismo de contraposición a la concesión típica, de la siguiente manera: “*La financiación privada de la obra pública se materializó en esta etapa a través del sistema concesional con transferencia de los riesgos al sector privado, que recuperaría o no la inversión en función de los resultados de explotación del negocio en el mercado. Con posterioridad se mantuvo la financiación privada a través del sistema concesional, pero con una transferencia de riesgos al sector privado más matizada, adoptándose la fórmula denominada óptima asignación de riesgos, es decir, los riesgos debían ser asumidos por aquel que mejor pudiera*

Entre las PFI destacan los proyectos de ejecución de establecimientos penitenciarios, infraestructura educativa y desarrollo de sistemas informáticos estatales. Conceptualmente, el diseño, la implementación y la operación de dichos proyectos no sería económicamente autosostenible, razón por la cual la PFI presupondría que el Estado efectúe un pago durante la etapa operativa del proyecto, siempre en un escenario de asignación eficiente de riesgos.

Cabe señalar que la máxima de transferencia de riesgos -explica Eva Nieto- *“se ha ido transformando en aquella otra que propugna la óptima asignación de riesgos entre las partes del contrato o, lo que es lo mismo, que asuma los riesgos la parte más competente para su gestión. De ahí que la PFI (Private Finance Initiative) se denomine PPP (Public Private Partnerships) en los últimos documentos del Gobierno laborista. El cambio de denominación quiere igualmente sugerir un trabajo en equipo entre el socio público y el privado y, lo que es más importante, una compartición de riesgos o la búsqueda de la óptima asignación de los mismos. Este cambio parcial de orientación se refleja igualmente en el nombre de la empresa creada por el Gobierno para asesorar a la Administración pública en la realización de este tipo de proyectos: Partnerships UK”*.<sup>15</sup>

En efecto, el principio de transferencia de riesgos devenido en el de asignación óptima de riesgos es la sustancia misma de las PFI o PPP, que ha inspirado a las demás legislaciones, como la peruana, para el desarrollo de su marco normativo e institucional en materia de asociaciones público-privadas.<sup>16</sup>

Con relación al cofinanciamiento de los proyectos de desarrollo de obras de infraestructura para servicios públicos en el Reino Unido, es importante hacer hincapié que, a partir del año 2012, se implementó el modelo PF2, que permite que el Gobierno participe como accionista minoritario en los proyectos.<sup>17</sup>

España, por su parte, ha demostrado ser muy prolífica en cuanto a la cantidad de proyectos desarrollados vía mecanismos de APP. En lo que respecta a las categorías de APP, a efectos de aproximarnos a aquellas que en el Perú denominaríamos “APP cofinanciadas”, Andrés Rebollo señala que hay dos tipos básicos de APP y dos variantes: a) las relativas a proyectos que no generan sus propios ingresos comerciales (pagos de usuarios) y que demandan la totalidad de pago por servicio a cargo del Gobierno; y b) las relativas a proyectos que sí generan propios ingresos comerciales, que se dividen a su vez en: i) autofinanciables o factibles comercialmente y ii) no autofinanciables, pues los ingresos extrapresupuestales no son suficientes para sufragar la totalidad de los costos del inversionista.<sup>18</sup>

Si trasladáramos la regulación española al Perú, serían “APP cofinanciadas” las que no generan ingresos comerciales y las que generan ingresos comerciales insuficientes. Andrés Rebollo Fuente pone como ejemplo de APP que no generan ingresos comerciales aquellas referidas a construcción de hospitales o la operación de autopistas libres de peaje, mientras que el desarrollo de infraestructura ferroviaria es un buen ejemplo de APP que generan ingresos insuficientes y que, por tanto, requieren algún tipo de subvención.<sup>19</sup>

En conclusión, tanto a nivel internacional como en nuestro país, existen ejemplos de conformación de APP que requieren algún subsidio del Estado, ya sea para sufragar íntegramente los costos incurridos por el inversionista privado o para contribuir en la recuperación de su inversión.

El interés subyacente del desarrollo de APP es la conveniencia social en la ejecución de un proyecto gratuito o subsidiado (desde la perspectiva de los usuarios), con el propósito de mejorar la infraestructura y la provisión de los servicios públicos, al mismo tiempo que se garantiza la recuperación de la inversión.

## 2.2.2. Evolución del tratamiento legal de las “APP cofinanciadas” en el Perú

### 2.2.2.1. Decreto Legislativo N° 758

La primera referencia expresa, en la legislación nacional, a las “concesiones cofinanciadas” se encuentra en el Decreto Legislativo N° 758, publicado el 13 de noviembre de 1991, en cuyo artículo 9 se establecía la lista

*gestionarlos. En consecuencia, la obra no se realizaría a riesgo exclusivamente del concesionario, sino que la Administración pública asumiría también otros riesgos que no fuesen susceptibles de transferencia al sector privado”* (Eva Nieto, *Op. Cit.*)

15 Ibid.

16 Sobre este particular, Pierre Nalvarte acota que “los riesgos deben ser asignados a la parte con mayores capacidades para administrarlos”. (Pierre Nalvarte. “Las Asociaciones Público Privadas. Marco Legal de las APP. *Jurídica, Suplemento Legal de El Peruano*, Año 10, N° 581, 4-5).

17 Banco Mundial, Banco Asiático de Desarrollo y Banco Interamericano de Desarrollo. *Asociaciones Público Privadas. Guía de Referencia. Versión 2.0.*, 2014, p. 59. Recuperado de: <https://library.pppknowledgegelab.org/Knowledge%20Lab/documents/2512/download> el 20 de febrero de 2017.

18 Andrés Rebollo. *Experiencia Española en Concesiones y Asociaciones Público – Privadas para el desarrollo de Infraestructuras Públicas: Marco General*(Madrid: Programa para el Impulso de Asociaciones Público-Privadas en Estados Mexicanos, 2009), 7-16.

19 Ibid.

de modalidades para el otorgamiento de concesiones de servicios públicos y de infraestructura de servicios públicos, figurando entre ellas la concesión “cofinanciada por el organismo concedente, con una entrega inicial durante la etapa de construcción o con entregas en la etapa de la explotación, reintegrables o no”.

La definición de concesión cofinanciada transmite la clara idea de una concesión subsidiada, en la que el aporte del Estado puede ser inicial, durante la etapa de la construcción (financiamiento en sentido estricto), o con entregas durante la fase operativa, de modo semejante a la noción de pago por disponibilidad o uso de la PFI.

Asimismo, el artículo 10 del Decreto Legislativo señalaba que la selección de la modalidad de concesión debía considerar “la necesidad de la obra y del servicio, su rentabilidad, la amortización de sus costos, y de los gastos de conservación y de explotación”. Además, el mismo artículo precisaba que en caso se opte por la modalidad de concesión cofinanciada (al igual que en la concesión a título gratuito y la concesión mixta), se podía imponer obligaciones al concesionario de reinversión o de participación del organismo concedente, en caso los ingresos resulten superiores a los previstos. Ello responde a la lógica de que, en un escenario de asignación de riesgos, es posible compartir el riesgo de demanda o de ingresos, en cuyo caso, el Estado se obliga a pagar el cofinanciamiento hasta el monto previsto contractualmente, pero si los ingresos provenientes de los usuarios terminan siendo excedentarios respecto de la proyección, el Estado puede participar en los beneficios.

#### 2.2.2.2. Decreto Supremo N° 059-96-PCM y Decreto Supremo N° 060-96-PCM

El Decreto Legislativo N° 839 - Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y Servicios Públicos - publicado el 21 de agosto de 1996, declaró de forma decidida y sin ambigüedades, en su artículo 2, que la modalidad de participación de la inversión privada en infraestructura y servicios públicos era la concesión.

Asimismo, la referida ley ordenó la elaboración de un Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que regulan la entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, el cual fue aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM (TUO de Concesiones), cuyo reglamento fue aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM.

El TUO de Concesiones mantuvo la fórmula textual prevista en el Decreto Legislativo N° 758, en lo referido a la regulación de las concesiones cofinanciadas.

Durante la vigencia de esta norma y hasta antes de la publicación de la ley que instituyó formalmente las APP en el Perú, a nivel nacional, se constituyeron las siguientes APP cofinanciadas destacadas:

- Concesión para la construcción y mantenimiento del Tramo Vial del Eje Multimodal del Amazonas Norte - IIRSA Norte (2005).
- Concesión del Tramo 2 Urcos - Inambari del Corredor Vial Interoceánico Sur - IIRSA Sur (2005).
- Concesión del Tramo 3 Inambari - Iñapari del Corredor Vial Interoceánico Sur - IIRSA Sur (2005).
- Concesión del Tramo 4 Inambari – Azángaro del Corredor Vial Interoceánico Sur - IIRSA Sur (2005).
- Concesión para la Mejora, Ampliación, Mantenimiento, Operación y Explotación de la Infraestructura y los Servicios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario en la Jurisdicción de los Municipios Provinciales de Tumbes, Zarumilla y Contralmirante Villar y Municipios Distritales (2005).
- Concesión del Primer Grupo de Aeropuertos Regionales (2006).
- Concesión del Tramo 1 San Juan de Marcona - Urcos del Corredor Vial Interoceánico Sur - IIRSA Sur (2007).
- Concesión del Tramo 5 Matarani – Azángaro – Ilo del Corredor Vial Interoceánico Sur - IIRSA Sur (2007).

Cabe señalar que, a nivel de Gobiernos Locales, en la Municipalidad Distrital de San Borja (1998) y la Municipalidad Provincial de Ica (2005) suscribieron los respectivos contratos de concesión cofinanciada para la prestación del servicio público municipal de limpieza pública en el distrito de San Borja y en el distrito capital de la provincia de Ica, respectivamente.

#### 2.2.2.3. El Decreto Legislativo N° 1012 y su Primer y Segundo Reglamento

El Decreto Legislativo N° 1012, Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas para la Generación de Empleo Productivo, publicado el 13 de mayo de 2008, introdujo el término “APP” para describir a aquellas modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorpora

experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública, o proveer servicios públicos. Posteriormente, dicha definición se hizo extensiva a los servicios vinculados a la infraestructura pública o los servicios públicos, y a los proyectos de innovación científica o tecnológica, mediante Ley N° 30167, publicada el 2 de marzo de 2014.

En el referido Decreto Legislativo, específicamente en el literal b) del artículo 4, se define a la modalidad de APP cofinanciada, como *“aquella que requiera del cofinanciamiento o del otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que tengan una probabilidad significativa de demandar el uso de recursos públicos”*, en oposición a la APP autosostenible, definida en el literal a) del mismo artículo como aquella que no requiere de una garantía financiera por parte del Estado, o si esta es mínima, o que las garantías no financieras que otorgue el Estado tengan una probabilidad nula o mínima de demandar el uso de recursos públicos.

Como se puede notar, bajo este marco legal, una APP es cofinanciada cuando requiera de “cofinanciamiento”, no precisándose frente a qué supuesto nos encontramos a un proyecto que requiera de cofinanciamiento y frente a uno que exija el otorgamiento de garantías financieras o no financieras que tengan una probabilidad significativa (no nula ni mínima) de demandar la utilización de recursos públicos.

El primer reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, aprobado mediante Decreto Supremo N° 146-2008-EF, publicado el 9 de diciembre, precisó, en sus artículos 4 y 7, que:

- Una garantía financiera tiene probabilidad significativa de demandar recursos públicos, si el importe asegurado supera el 5% del costo total de inversión, excluidos los costos de operación y mantenimiento.
- Una garantía no financiera tiene probabilidad significativa de demandar recursos públicos cuando dicha probabilidad supera el 10%, de acuerdo a la metodología aprobada por el Ministerio de Economía y Finanzas.
- No es cofinanciamiento la entrega en título distinto al de propiedad de inmuebles vinculados al objeto del proyecto. Asimismo, a partir de la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 106-2011-EF, publicado el 17 de junio de 2011, se señaló que tampoco era cofinanciamiento los pagos por peajes, tarifas, precios u otros cobrados a los usuarios directamente o a través de empresas y entidades del Estado, para su posterior entrega al titular del proyecto de inversión por la prestación del servicio público o la explotación de la infraestructura.

El segundo reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, aprobado mediante Decreto Supremo N° 127-2014-EF, publicado el 31 de mayo de 2014, derogó el anterior, y respecto de las APP cofinanciadas, mantuvo la regulación del Decreto Supremo N° 106-2011-EF, agregando en su artículo 5 una definición positiva de cofinanciamiento, entendido como cualquier pago de los recursos del Estado para cubrir las inversiones o la operación que incluye la gestión, y mantenimiento. Se indicó además que dicho pago sería entregado mediante una suma única periódica, y/o cualquiera que convengan las partes.

Como se puede apreciar, en la primera etapa de vigencia del Decreto Legislativo N° 1012 no se había previsto una definición legal de cofinanciamiento, subsistiendo la vinculación de dicho término con la noción prevista en el TUO de Concesiones, a saber, la entrega de dinero durante la construcción o la operación de la infraestructura. Igualmente, en dicha primera etapa no se había establecido con precisión que los pagos por peaje, tarifa o precio, cobrado directa o indirectamente a los usuarios, no constituyen cofinanciamiento.

Sin embargo, a partir de la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 106-2011-EF, se señaló con claridad que dichos pagos no constituyen financiamiento, ratificándose ello con la entrada en vigencia del segundo reglamento del Decreto Legislativo N° 1012. Asimismo, en cuanto a las APP cofinanciadas que no demandan cofinanciamiento, pero sí otorgamiento de garantías financieras o no financieras, en el primer caso, el compromiso del Estado no puede superar el 5% del costo total de inversión, y en el segundo, la garantía no puede superar el 10% de probabilidades de demandar el uso de recursos públicos.

Cabe señalar que durante la vigencia del Decreto Legislativo N° 1012, se constituyeron las siguientes APP cofinanciadas destacadas:

- Concesión del Segundo Grupo de Aeropuertos Regionales (2010).
- Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao Línea 1 Villa El Salvador – Av. Grau – San Juan de Lurigancho (2011).
- Terminal Portuario de Yurimaguas Nueva Reforma (2011).
- Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao (2014).

- Aeropuerto Internacional de Chinchero (2014).

#### 2.2.2.4. El Decreto Legislativo N° 1224 y su Reglamento

La regulación vigente sobre cofinanciamiento y APP cofinanciada la encontramos en el Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Públicas Privadas y Proyectos en Activos.

El referido decreto mantiene la forma de presentación de la definición de APP cofinanciada, en contraposición al concepto de APP autosostenible (ahora llamada "autofinanciada"), y hace referencia al cofinanciamiento, en su artículo 13, en el que se señala que una APP cofinanciada "requiere cofinanciamiento o el otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que tienen probabilidad significativa de demandar cofinanciamiento", en oposición a la APP autofinanciada, "que no requiere cofinanciamiento" y que, además, si demandara alguna garantía financiera o no financiera, la primera debiera ser nula o mínima, y la segunda debiera tener una probabilidad nula o mínima de activarse.

A continuación, analizaremos los dos supuestos cuya verificación determina que estemos frente a una APP cofinanciada o no: (i) Que el proyecto requiera cofinanciamiento o (ii) que el proyecto necesite del otorgamiento de garantías que tienen probabilidad significativa de demandar cofinanciamiento, pudiendo ser las garantías tanto a) financieras como b) no financieras.

#### - APP Cofinanciada requiere cofinanciamiento

Para superar la referencia circular en que incurre el artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1224 -al emplear la noción de cofinanciamiento tanto en el significante como en el significado-debemos prestar atención al desarrollo de la clasificación de las APP, establecido en el numeral 12.1 del artículo 12 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF y modificado por Decreto Supremo N° 068-2017-EF, cuyo texto es el siguiente:

*"Artículo 12.- Clasificación de Asociación Público Privada*

*12.1 Para determinar la clasificación de las Asociaciones Público Privadas son considerados los siguientes criterios:*

- a. Cofinanciamiento es cualquier pago que utiliza recursos públicos, total o parcialmente, a cargo de la entidad para cubrir las obligaciones establecidas en el respectivo contrato.*
- b. Para efectos del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada son recursos públicos, los recursos del Estado o que administren las entidades comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Ley, indistintamente de las fuentes de financiamiento, incluyendo pero sin limitarse, a los recursos ordinarios, recursos provenientes de operaciones oficiales de crédito, recursos determinados así como recursos directamente recaudados, tales como los arbitrios, tasas, contribuciones, entre otros.*
- c. No es cofinanciamiento:*
  - i) La cesión en uso, en usufructo o bajo cualquier figura similar de la infraestructura o inmuebles pre-existentes, siempre que no exista transferencia de propiedad y estén directamente vinculados al proyecto.*
  - ii) Los gastos y costos derivados de las adquisiciones y expropiaciones de inmuebles para la ejecución de infraestructura pública, liberación de interferencias y/o saneamiento de predios.*
  - iii) Los pagos por concepto de peajes, precios, tarifas cobrados directamente a los usuarios o indirectamente a través de empresas, incluyendo aquellas de titularidad del Estado o entidades del mismo, para su posterior entrega al inversionista, en el marco del contrato de Asociación Público Privada". (El resaltado es nuestro).*

Comparando la redacción de la disposición con sus antecedentes normativos, es evidente que esta contiene una definición más completa de los alcances de cofinanciamiento, indicándose que se trate de cualquier pago que utilice recursos públicos, independientemente de su fuente de financiamiento. Asimismo, esta disposición guarda similitud con sus predecesoras (primer y segundo reglamento del Decreto Legislativo N° 1012) al incurrir una sección para precisar qué supuestos no son cofinanciamiento.

Ahora bien, efectuando un análisis de la disposición antes señalada, en primer lugar, es meridianamente claro que la regulación actual califica como cofinanciamiento a cualquier pago que efectúa el Estado para cumplir sus compromisos contractuales, con el propósito de asegurar la recuperación de la inversión del inversionista en una asociación público-privada.



En segundo lugar, la disposición también es rotunda al establecer que hay cofinanciamiento, independientemente de la denominación o la fuente de financiamiento de los recursos públicos, sean estos ordinarios (los asignados en el Presupuesto), directamente recaudados (los provenientes de pagos de tasas por derecho de trámite por procedimientos previstos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos o incluso las multas administrativas), entre otros.

En tercer lugar, se precisa qué **no es** cofinanciamiento:

- a) La entrega vía cesión en uso o usufructo o bajo cualquier figura similar, como podría ser el derecho de superficie, de infraestructura o inmuebles preexistentes. Sirvan de ejemplos los siguientes supuestos de bienes entregados por el Estado para la ejecución del proyecto: un terreno para la construcción de un terminal terrestre, la infraestructura vial preexistente para la construcción de una segunda calzada, una planta de tratamiento de agua residual inoperativa para su mejoramiento y reactivación, entre otros.

Aunque el inmueble que se va a desarrollar, mejorar, construir o explotar es un bien de propiedad estatal, dado que se trata del objeto mismo del contrato de asociación público-privada, no podría hablarse de cofinanciamiento, pues sin el aporte de dicho bien, sencillamente el proyecto no existiría.

Sería ilógico que se considere que, en un proyecto de APP para el mantenimiento y puesta en valor de un aeropuerto, la transferencia del aeropuerto sea el aporte del Estado, pues más que el aporte, es el objeto mismo del proyecto, siendo el propio Estado el interesado en la conservación de la infraestructura y la realización de las mejoras. En cambio, sí se podría sostener que el Estado efectúa un aporte (distinto del aeropuerto mismo, obviamente), si este asumiera el costo del servicio de vigilancia, asignando la obligación al inversionista de la conservación física del bien y de la operación comercial.

Cabe recordar que esta disposición no es innovadora, pues en sus antecedentes normativos inmediatos también se ha precisado, incluso siguiendo el mismo estilo de redacción, es decir, definiendo los alcances de cofinanciamiento de modo sustractivo o negativo, que el aporte de inmuebles no constituye cofinanciamiento.

- b) Los gastos asumidos por el Estado para efectuar expropiaciones y adquisiciones, con el propósito de lograr la liberación de predios y la futura entrega de los terrenos debidamente saneados al inversionista, usualmente bajo la modalidad de concesión.

Dado que el proyecto comprende la entrega íntegra de las áreas que están diseñadas a albergar las actividades de construcción, operación, mantenimiento, explotación de la infraestructura y la prestación de los servicios, no tendría por qué considerarse como cofinanciamiento la entrega misma del bien en condiciones que permiten al inversionista cumplir sus compromisos contractuales, aun si para ello se hubiera requerido de un desembolso efectivo de recursos públicos a favor de los propietarios, poseedores u ocupantes de las áreas a ser entregadas al inversionista. No es una obligación que comprometa al presupuesto público para efectos del desarrollo de la infraestructura o los servicios públicos, sino que se trata de un deber transversal del Estado de tutela de los predios de su propiedad, cuya entrega para la ejecución del proyecto no constituye cofinanciamiento, de acuerdo al supuesto de exclusión previsto en el literal a).

Es más, se podría sostener que es una obligación de saneamiento implícita e instrumental para el cumplimiento de la transferencia misma del inmueble sobre el que se va a desarrollar el proyecto, dado que la obligación del Estado no se agota con la mera entrega, sino que esta debe efectuarse después del saneamiento correspondiente.

Dado que la entrega del inmueble que será objeto del proyecto de APP no es cofinanciamiento, los costos en que incurra el Estado para cumplir con dicha entrega, por ser instrumentales a la transferencia, tampoco serían cofinanciamiento.

Ahora bien, sobre este supuesto de no cofinanciamiento, es importante notar lo que el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) advierte:

*“Si bien los gastos y costos derivados de las adquisiciones y las expropiaciones de los inmuebles para la ejecución de infraestructura pública y la liberación de interferencias y/o saneamiento de predios no son considerados como cofinanciamiento, como parte de la evaluación de alternativas incluida en el literal e) del numeral 16.2 del artículo 16 del Reglamento, deberán considerarse estos gastos para evitar la priorización de proyectos autofinanciados que generen mayores gastos por dichos conceptos en lugar de utilizar cofinanciamiento; adicionalmente, de acuerdo con lo establecido en el literal l) del citado numeral, debe*

*evaluarse la capacidad de pago de la entidad pública correspondiente para asumir dichos compromisos teniendo en cuenta el principio de responsabilidad presupuestal establecido en el Decreto Legislativo N° 1224.*<sup>20</sup>

En ese sentido, aunque los costos relativos a las expropiaciones para efectos de liberación de predios no califican como financiamiento, subsiste la obligación de las entidades de incorporar, dentro de su evaluación interna, el análisis de capacidad de pago de la entidad pública para asumir estos compromisos. Es más, podría darse el caso de que los costos referidos a expropiaciones sean tan elevados que quizá no sea recomendable promover la ejecución de un proyecto autofinanciado en apariencia, pero que demandará el empleo de ingentes recursos públicos para lograr las expropiaciones.

- c) Los pagos por conceptos de peajes, precios, tarifas que efectúan los usuarios directamente al inversionista, o indirectamente a través de empresas o entidades estatales para su posterior entrega al inversionista.

Esta descripción normativa, recientemente precisada con el Decreto Supremo N° 068-2017-EF, zanja la incertidumbre que trajo consigo la redacción original del literal c) del Numeral 12.1 del artículo 12 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, al incluir dentro de la definición por sustracción o negativa de cofinanciamiento, además de los peajes, tarifas y precios a “otros conceptos de naturaleza no tributaria”.

Este último término, en palabras del MEF, excluía a los “recursos directamente recaudados”, que la mencionada autoridad asocia a los pagos por conceptos de naturaleza tributaria, como las tasas, los arbitrios y los aportes al Seguro Social de Salud – ESSALUD. No obstante, el MEF, durante la vigencia de la redacción primigenia del literal bajo análisis, no indicaba expresamente si el pago de recursos “directamente recaudados” no tributarios calificaban o no como cofinanciamiento, como las multas por infracciones administrativas u otros conceptos más o menos grises. De hecho, a la fecha de elaboración del presente artículo, la información que se puede encontrar en el portal institucional electrónico del MEF no ha sido actualizada.

El texto vigente excluye tanto el término “otros conceptos” como su calificación “de naturaleza no tributaria”, de tal forma, que el listado taxativo de pagos directos o indirectos al inversionista que no califican como cofinanciamiento se agota en precios, peajes y tarifas. La nueva definición de lo que no es cofinanciamiento excluye tanto a los conceptos de naturaleza tributaria como no tributaria.

Es pertinente agregar que, en nuestra opinión, la incorporación de los supuestos previstos en el párrafo iii) del literal c) del numeral 12.1 del artículo 12 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224 es una precisión necesaria pero aparentemente redundante, puesto que, cuando se señala que los peajes, precios y tarifas no son cofinanciamiento, se incurre en una obviedad, pues los literales anteriores ya establecen que es cofinanciamiento cualquier pago con recursos públicos. No siendo los peajes, los precios y las tarifas recursos públicos, aun si fueran recaudados por empresas o entidades del Estado, es evidente que el pago de dichos conceptos no constituye cofinanciamiento.

En favor de dicha redacción creemos que el propósito de esta suerte de pleonismo normativo tiene sentido para aclarar que incluso si los peajes, precios y tarifas fueran recaudados por el propio Estado, ello no los convierte en recursos públicos “directamente recaudados” y, en consecuencia, su entrega ulterior al inversionista no es cofinanciamiento.

Por el contrario, a diferencia de los peajes, precios y tarifas, cualquier otro pago, incluso si fuera directamente recaudado por el inversionista, pero que tiene la naturaleza de un recurso público, como las multas administrativas, calificaría como cofinanciamiento.

Un caso emblemático, aunque polémico, de concepto cuyo pago no es cofinanciamiento es el famoso “Cargo por Afianzamiento de Seguridad Energética (CASE)”, al que hace referencia la Ley N° 29970, Ley que Afianza la Seguridad Energética y Promueve el Desarrollo del Polo Petroquímico en el Sur del País, que permite transferir a los concesionarios de transporte de gas natural (como en el caso de la frustrada concesión del Gasoducto Sur Peruano) un importe recaudado vía facturación por el servicio público de electricidad.

Es interesante que la recaudación del CASE venía siendo efectuada por empresas de generación eléctrica de titularidad tanto privada (como Kallpa y DukeEnergy) como estatal (como Electroperú y San Gabán).

20 Ministerio de Economía y Finanzas, “Clasificación y Origen de Proyectos”, recuperado de: [https://www.mef.gob.pe/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4435&Itemid=102246&lang=en](https://www.mef.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=4435&Itemid=102246&lang=en), el día 29 de marzo de 2017.



Asimismo, los usuarios se encontraban conminados a pagarla como parte de la facturación por servicio público de electricidad, pues de otro modo, se afecta la continuidad de su suministro, lo cual es tan o más coactivo que la amenaza de un embargo por deudas tributarias.

Efectuando un análisis *ex post*, y a la luz del desarrollo de los hechos, dado que el contrato de concesión para el desarrollo del Gasoducto Sur Peruano fue suscrito y reconocido como autosostenible, entendemos que el razonamiento subyacente para calificar el proyecto como autosostenible es que el CASE tiene una naturaleza de cargo o concepto cobrable privado, exigible a los usuarios del servicio público de electricidad, actuando las empresas estatales como meras empresas recaudadoras de fondos privados que deben ser transferidos al concesionario del Gasoducto Sur Peruano, sin que dichos pagos se constituyan en ningún momento en fondos públicos.

Un concepto cuyo pago sí calificaría como cofinanciamiento lo constituyen las multas administrativas. Imaginemos que una municipalidad provincial decide constituir una APP para el mejoramiento integral de la red semafórica y la señalización del tránsito, utilizando como fondo las multas pagadas por infracciones de tránsito que sean detectadas durante la operación del sistema de fiscalización electrónica. Aunque el proyecto sería autosostenible en términos económicos, pues la inversión se recuperaría con las multas cobradas a partir de la detección de infracciones mediante la fiscalización electrónica objeto de la APP, legalmente sería cofinanciado, pues las multas son recursos públicos.

En síntesis, una APP es cofinanciada cuando se requiere de pagos del Estado, mediante el empleo de recursos públicos, independientemente de su fuente de financiamiento, para el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato respectivo.

- **APP Cofinanciada requiere otorgamiento de garantías**

El otro supuesto en que nos encontramos frente a una APP cofinanciada, es aquel en que, si bien el proyecto no demanda de un compromiso cierto y concreto de pago del Estado mediante recursos públicos, sí requiere del otorgamiento de garantías que, de activarse, puedan demandar el empleo de recursos públicos con una probabilidad significativa.

De acuerdo con los numerales 12.2 y 12.3 del artículo 12 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, una APP es cofinanciada cuando la garantía financiera supera el cinco por ciento (5%) del costo total de inversión o del costo total del proyecto si el proyecto no tiene componentes de inversión (sólo se transfiere al inversionista la obligación de mantener, operar y explotar la infraestructura o el servicio), o cuando la garantía no financiera tenga una probabilidad superior al diez por ciento (10%) de activarse en cada uno de los primeros cinco (5) años de vigencia.

Como se puede notar, la definición de APP cofinanciada en función de límites o topes hace suponer que incluso en las APP autofinanciadas, el Estado podría asumir una pequeña porción del financiamiento, si otorga una garantía mínima que no supere el 5% del costo total de inversión o del proyecto, o incluso un compromiso contingente de pago con recursos públicos, si la probabilidad de activación de dicho compromiso no supera el 10%.

Lo antes señalado podría incentivarlos a pensar que la diferencia entre una APP cofinanciada y una APP autofinanciada no se determina tanto porque el Estado asuma o no toda o parte de la inversión, sino por la probabilidad de que llegue a asumirla. Es así que, por ejemplo, Huapaya sostiene que *“pese a pretenderse diferenciar entre tipos de APP autosostenibles y cofinanciadas, este criterio no debe perder de vista que en todas las APP interviene el Estado y en todas se involucrará con garantías, recursos o compromisos contractuales”*<sup>21</sup>

Es importante señalar que los dos tipos de APP cofinanciadas, aquellas que requieren cofinanciamiento y las otras en las que el Estado otorga garantías, están íntimamente vinculados con las nociones de compromisos firmes y compromisos contingentes.

Al respecto, el Glosario del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224 establece que son compromisos contingentes las potenciales obligaciones de pago del Estado a favor de su contraparte contractual, es decir, las garantías; por su parte, son compromisos firmes las obligaciones de pago de importes específicos o cuantificables del Estado a favor de su contraparte contractual, es decir, el cofinanciamiento propiamente dicho.

21 Ramón Huapaya, “Diez Tesis sobre las Asociaciones Público Privadas (APP) en nuestro Régimen Legal”, *Revista de Derecho Administrativo* N° 13, Lima(2013): 15-32.

### 3. Casos prácticos de cofinanciamiento y APP cofinanciadas

#### 3.1. APP puramente cofinanciadas: Las Carreteras IIRSA

En esta sección haremos referencia al modelo típico de constitución de APP cofinanciadas, en la cual el Estado efectúa un desembolso para compensar los bajos ingresos derivados de la explotación de la infraestructura y la prestación de los servicios públicos. Asimismo, identificaremos algunos aspectos problemáticos, que deberían motivar a diseñar los proyectos, tomando en consideración la experiencia y, por supuesto, los errores pasados.

Un ejemplo de APP puramente cofinanciada, es decir, aquella en la que el Estado subsidia al inversionista privado, que recibe ingresos privados por tráfico que no son suficientes es el caso de la concesión del **Tramo 2 de la Carretera Interoceánica Sur**, otorgada mediante el contrato de concesión del Tramo Vial Urcos – Inambari del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Perú Brasil. El esquema de funcionamientos de esta concesión era básico: El concesionario asumía el riesgo de financiamiento y construcción de la obra. Una vez ejecutada la obra, el Estado debía reconocer la inversión y los costos de operación y mantenimiento, a través del Pago Anual por Obras (PAO) y el Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO). El primero retribuye íntegramente la inversión en la construcción de la infraestructura, mientras que el segundo es la contraprestación por la operación de los tramos viales. Originalmente, el PAO debía ser pagado con posterioridad a la recepción satisfactoria de las obras correspondientes a cada etapa (Primera, Segunda y Tercera). Asimismo, el PAMO era un pago anual fijo a partir de la operación, proviniendo una parte de la explotación de la infraestructura (peajes), encargándose el Estado de pagar la diferencia, eliminándose de esta manera cualquier posibilidad de que el Concesionario asuma el riesgo de demanda o de tráfico insuficiente.

Como se puede apreciar, en cuanto a la retribución por las obras ejecutadas, el Contrato contemplaba un mecanismo de pago por disponibilidad. Andrés Rebollo explica que este mecanismo adopta la forma de un canon periódico, el cual es pagado siempre que se verifique la disponibilidad (o existencia) de la infraestructura o se cumpla un determinado nivel de calidad en el servicio.<sup>22</sup> El mencionado autor establece que un mecanismo de pago por disponibilidad ofrece mayor bancabilidad que otros esquemas de concesiones y APP subsidiadas, como el peaje sombra, puesto que las instituciones financieras castigan más el riesgo de demanda que el riesgo de disponibilidad.<sup>23</sup>

Sin embargo, en un país con distintos niveles de institucionalidad como el nuestro, los esquemas de pago por disponibilidad pueden no llegar a ser lo suficientemente bancables. De allí que, mediante la Adenda N° 3 al contrato de concesión del Tramo 2 de la Carretera Interoceánica Sur, se introdujera el sistema de Certificados de Reconocimiento del Pago por Avance de Obras – CRPAO. Sergio Bravo señala que el esquema de funcionamiento de este sistema es el siguiente: *“Una vez que el concesionario culmina un hito constructivo, este solicita al organismo regulador que expida un CAO. Este último debe certificar el avance de obra del concesionario para luego emitir el CAO. Con el reconocimiento del avance de obra que figura en el CAO, el Ministerio de transporte y Comunicaciones (MTC) procede a la emisión del Certificado de Reconocimiento del PAO (CRPAO), por el monto que representa dicho avance respecto de la inversión total, los cuales podrán ser colocados en el mercado financiero por el concesionario”*<sup>24</sup>

Si bien se reconoce que este sistema contribuye decididamente a la bancabilidad del proyecto, pues mitiga el riesgo de financiamiento asumido por los acreedores (la banca), dado que el proyecto no necesita ser ejecutado totalmente para percibir ingresos, el cariz negativo de su incorporación es que, si el derecho a exigir el reconocimiento del avance de obra no está asociado a hitos constructivos (*milestones*) funcionales, como tramos o sub-tramos que conecten pueblos o ciudades, el esquema de asignación de riesgos termina pareciéndose mucho al de una obra pública contratada bajo los mecanismos tradicionales.

De hecho, la Contraloría General de la República ha reconocido los beneficios del sistema de CRPAO, pero también ha advertido que su incorporación vía adendas alteró significativamente la asignación original de riesgos en el contrato de concesión del Tramo 2 de la Carretera Interoceánica Sur<sup>25</sup>. Otro detalle de este contrato de concesión es que, por causas no imputables al concesionario, no se han podido implementar

22 Andrés Rebollo, *Experiencia Española en Concesiones y APPs: Carreteras*. (Madrid: Programa para el Impulso de Asociaciones Público-Privadas en Estados Mexicanos, 2009).

23 *Ibid.*

24 Sergio Bravo, “Esquemas de Financiamiento de las Asociaciones Público Privadas en el Perú”: *Revista de Derecho Administrativo* N° 12, Lima(2012):197-208.

25 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Causas y efectos de las renegociaciones contractuales de las Asociaciones Público – Privadas en el Perú*, (Lima: Gerencia de Estudios y Gestión Pública – Contraloría General de la República, 2015).

las unidades de peaje proyectadas en el contrato de concesión, existiendo únicamente cobro a los usuarios en la unidad denominada “Quincemil”.

Respecto del contrato de concesión del Tramo 3 de la Carretera Interoceánica Sur, se puede aseverar que la situación es prácticamente idéntica a la del anterior contrato analizado, salvo en lo referido a las unidades de peaje.

Cabe señalar que una crítica recurrente que suele hacerse a las concesiones de los Tramos 2, 3 y 4 de la Carretera Interoceánica Sur es la variación significativa de la obligación de cofinanciamiento, a diferencia de lo ocurrido con las concesiones de los Tramos 1 y 5. Sobre el particular, ello se explica, además de la diferencia sustancial en el número de adendas suscritas en las concesiones de los Tramos 2, 3 y 4 (22 en total), en comparación con las adendas de las concesiones en los Tramos 1 y 5 (4 en total), es el hecho de que, como producto de un aparente apresuramiento en licitar el primer grupo de concesiones de la carretera Interoceánica Sur, en el primer grupo los costos referenciales estimados en los estudios elaborados por el Estado difirieron drásticamente de los determinados en el Proyecto de Ingeniería de Detalle en 139% (Tramo 2), 53% (Tramo 3) y 113% (Tramo 4), según Fénix Suto<sup>26</sup>. Las deficiencias de los estudios técnicos obligaron a que en los respectivos Contratos de Concesión se permita a los Concesionarios efectuar propuestas para la ejecución de Obras Alternativas, cuya incorporación derivó en que se deba reconocer la inversión por las variaciones en los metrados del expediente técnico original, conformado por el Proyecto Referencial y las Obras Alternativas. Ello resultó -en términos de la Contraloría- en un incremento excesivo de los montos del cofinanciamiento, lo que, aunado al pago por hitos constructivos y no por disponibilidad, terminó por asemejar el proyecto de APP más a una obra pública con adicionales.

Sin embargo, las concesiones de los Tramos 1 y 5 fueron distintas. Por ejemplo, en el caso de la **Concesión del Tramo 5 de la Carretera Interoceánica Sur**, el sistema de construcción no fue uno de precios unitarios sino de suma alzada, razón por la cual se minimizó el riesgo de incremento en el monto del cofinanciamiento por variaciones en metrados. Recién a partir de la suscripción de la Adenda 2, que incorporó el Anexo XIV y la obligación de ejecutar el sub-tramo Puno – Juliaca, se permitió que esta sea construida bajo el sistema de precios unitarios. Sin embargo, se impuso razonablemente un tope del diez por ciento (10%) para el reconocimiento por mayor inversión por las variaciones en metrados en comparación con el Estudio Definitivo de Ingeniería.

### 3.2. APP financiadas sólo por el Estado

Las concesiones de servicios públicos municipales de limpieza pública y recolección de residuos sólidos.

Como señalamos en líneas anteriores del presente artículo, el término “cofinanciamiento” transmite la noción de financiamiento conjunto. Sin embargo, legalmente, dentro de las APP cofinanciadas se incluye también a aquellas en que la retribución por la inversión es asumida íntegramente por el Estado, no obteniéndose ningún pago proveniente de los usuarios del servicio público.

Un caso emblemático de estas APP lo constituyen las concesiones otorgadas por los gobiernos locales, específicamente la Municipalidad Metropolitana de Lima, las Municipalidades Provinciales de Ica y Huancayo, y las Municipalidades Distritales de Miraflores y San Borja, entre otras. El servicio objeto de la concesión es la limpieza pública, que es un componente del servicio público local -calificado así por la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades- de salubridad y saneamiento ambiental.

Salvo en el caso de las concesiones específicas (otorgada por las Municipalidades Provinciales de Ica y Huancayo) que, a partir de determinado momento, permiten explotar el relleno sanitario, lo cual permitiría eventualmente brindar servicios a terceros, la prestación del servicio de limpieza pública (incluida la disposición final de residuos sólidos, de ser el caso) es financiada íntegramente por recursos públicos municipales. En el caso de la concesión para la prestación de dicho servicio en la ciudad de Ica, se indica que el cofinanciamiento es pagado con arbitrios o recursos del Fondo de Compensación Municipal.

Un caso particularmente interesante es el mecanismo de pago del servicio de limpieza pública en el distrito de Miraflores, en cuyo contrato de concesión se señala que el pago se efectúa en la modalidad de precios unitarios, específicamente, por cada tonelada recolectada de residuos sólidos, por tonelada acopiada de maleza y por metro cuadrado de barrido. Este esquema de pagos es semejante al de un peaje sombra (*shadowtoll*), en el que el inversionista recibe del Estado una suma dineraria por el derecho de paso de cada eje o vehículo. En este caso, después de sustentar la prestación del servicio, se reconoce al concesionario el

26 Fénix Suto, Roxana Azaña, Lorena León, Mery Chamorro; y Muriel Menchola, *Renegociación de Contratos de Concesión en Infraestructura de Transporte: Diagnóstico, Análisis y Propuestas de Mejora* (Lima: ESAN – CENDOC, 2013).

derecho al pago del Estado, con cargo a sus recursos, determinable en función de la intensidad del servicio, medida en función de la masa recolectada o de la extensión del servicio de barrido.

#### 4. Conclusiones, recomendaciones y reflexiones finales

En síntesis, debemos concluir señalando que las APP cofinanciadas son indispensables para la ejecución de proyectos de provisión de infraestructura y servicios públicos con alta rentabilidad social, pero no necesariamente con alta rentabilidad económica. Por ello, las APP cofinanciadas son instrumentos necesarios para el cumplimiento de los objetivos de la regulación e intervención del Estado en materia de servicios públicos e infraestructura.

De otro lado, aunque, originalmente el término APP hacía referencia básicamente a las concesiones cofinanciadas, la regulación ha desarrollado la noción de APP, de manera tal que, a la fecha, las APP pueden ser tanto cofinanciadas como autosostenibles.

Son APP cofinanciadas aquellas que, para su sostenibilidad, requieren de pagos al inversionista con fondos públicos, independientemente de su fuente de financiamiento, o del otorgamiento de garantías del Estado, financieras o no financieras con probabilidad significativa de ejecución o disposición de recursos públicos.

En el Perú, la experiencia en APP cofinanciadas no es precisamente diminuta. Se han podido ejecutar proyectos importantes bajo la modalidad de APP cofinanciadas. Sin embargo, el proceso de aprendizaje ha significado incurrir en algunos errores, como la desnaturalización de los Contratos de APP o la alteración en la asignación de riesgos de algunos proyectos específicos.

Nuestro país ha podido implementar un sistema interesante para la bancabilidad de los proyectos, a través de los Certificados de Reconocimiento de Pago por Avance de Obra – CRPAO, los cuales están asociados al cumplimiento de hitos constructivos. Sin embargo, a la par que fortalecemos nuestra institucionalidad, el país debería ir desarrollando esquemas de APP cofinanciadas con mecanismos de pagos por disponibilidad efectiva de la totalidad de la infraestructura. Si no es posible por razones financieras, es tarea del Estado determinar adecuadamente los hitos constructivos, de modo que éstos sean funcionales y estén asociados a la construcción completa de determinados sub-tramos, dejándose de lado los esquemas de reconocimiento de pago por hitos financieros.

#### 5. Bibliografía

Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN. 2005. *Las Asociaciones Público Privadas en el Perú*, Documento de Trabajo N° 4, Lima.

Banco Mundial, Banco Asiático de Desarrollo y Banco Interamericano de Desarrollo. 2014. *Asociaciones Público Privadas. Guía de Referencia. Versión 2.0*. Recuperado de: [https://library.pppknowledge.org/ Knowledge%20Lab/documents/2512/download](https://library.pppknowledge.org/Knowledge%20Lab/documents/2512/download) el 20 de febrero de 2017.

Bonifaz, José. 2010. "Nuevo esquema de subsidios cruzados en el Sector Saneamiento en el Perú: el caso de Sedapal". *Revista de Derecho Administrativo N° 12 Tomo 2*, Círculo Derecho de Administrativo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pp. 245-255.

Bravo, Sergio. "Asociaciones Público Privadas en el Sector Salud". 2013. *Revista de Derecho Administrativo N° 13*, Lima, pp.123-141.

\_\_\_\_\_. 2012. "Esquemas de Financiamiento de las Asociaciones Público Privadas en el Perú". *Revista de Derecho Administrativo N° 12*, Lima, pp.197-208.

Contraloría General de la República. 2015. *Causas y efectos de las renegociaciones contractuales de las Asociaciones Público – Privadas en el Perú*, Gerencia de Estudios y Gestión Pública – Contraloría General de la República, Lima.

Dammert, Alfredo y García, Raúl. 2011. "El Rol del Estado en el Acceso Igualitario a los Servicios Públicos" en: Iguñiz, Javier y León, Janina (Editores), *Desigualdad Distributiva en el Perú: Dimensiones*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 197-234.

Gitman, Lawrence J. y Zutter, Chad J. 2014. *Principios de Administración Financiera*, Decimosegunda edición, Pearson Educación, México.

Howard, Guy y Bartram, Jamie. 2003. *Domestic Water Quantity, Service Level and Health*, Organización Mundial de la Salud – OMS (World Health Organization – WHO), Ginebra.

Huapaya, Ramón y Vergaray, Giuliana. 2007. "Algunos apuntes en relación con la 'participación público-privada'

y su vinculación con el derecho administrativo y la inversión en infraestructura y servicios públicos”, *Revista de Derecho Administrativo* N° 3, Círculo de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pp. 95-126.

\_\_\_\_\_. 2013. “Diez Tesis sobre las Asociaciones Público Privadas (APP) en nuestro Régimen Legal”, *Revista de Derecho Administrativo* N° 13, Lima, pp. 15-32.

Kresalja, Baldo. “El Rol del Estado y la Gestión de los Servicios Públicos”, *Themis: Revista de Derecho* N° 39, pp. 39-98.

Ministerio de Economía y Finanzas, “Clasificación y Origen de Proyectos”, recuperado de: [https://www.mef.gob.pe/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4435&Itemid=102246&lang=en](https://www.mef.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=4435&Itemid=102246&lang=en), el día 29 de marzo de 2017.

Nalvarte, Pierre. “Las Asociaciones Público Privadas. Marco Legal de las APP. *Jurídica, Suplemento Legal de El Peruano*, Año 10, N° 581, pp. 4-5.

Nieto, Eva. 2004. “La Financiación Privada de Obras y Servicios Públicos en el Reino Unido. (De *Private Finance Initiative a Public Private Partnerships*)”, *Revista de Administración Pública* 164, pp. 389-406.

Real Academia Española – RAE. 2014. “Cofinanciación” en *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésimotercera edición, recuperado de: <http://dle.rae.es/?id=9en7j1j>, el 20 de febrero de 2017.

Rebollo, Andrés. 2009. *Experiencia Española en Concesiones y APPs: Carreteras*. Programa para el Impulso de Asociaciones Público-Privadas en Estados Mexicanos, Madrid.

\_\_\_\_\_. 2009. *Experiencia Española en Concesiones y Asociaciones Público – Privadas para el desarrollo de Infraestructuras Públicas: Marco General*. Programa para el Impulso de Asociaciones Público-Privadas en Estados Mexicanos, Madrid.

Suto, Fénix; Azaña, Roxana; León, Lorena; Chamorro, Mery; Menchola, Muriel. 2013. *Renegociación de Contratos de Concesión en Infraestructura de Transporte: Diagnóstico, Análisis y Propuestas de Mejora*. ESAN – CENDOC, Lima.

Toro, Julio. 2009. *Experiencia Chilena en Concesiones y Asociaciones Público – Privadas para el desarrollo de Infraestructura y la Provisión de Servicios Públicos*. Programa para el Impulso de Asociaciones Público-Privadas en Estados Mexicanos, Santiago de Chile.

Zegarra, Diego. 2005. *Servicio Público y Regulación: Marco Institucional de las Telecomunicaciones en el Perú*, Lima, Palestra.