

Cecilia O'Neill de la Fuente(*)

De las Privaciones a las Asociaciones Público Privadas

«EN LAS APP, A DIFERENCIA DE LA PRIVATIZACIÓN EN LA QUE EL ESTADO TRANSFIERE ACTIVOS O INSTALACIONES EXISTENTES AL SECTOR PRIVADO, EL ESTADO ES EL PROMOTOR DEL PROYECTO Y EL QUE ESTABLECE COMO PUNTO DE PARTIDA LOS RESULTADOS QUE DEBEN SER ALCANZADOS, DEJANDO EN MANOS DEL INVERSIONISTA LOS MEDIOS A TRAVÉS DE LOS CUALES HACERLO».

“Las leyes se dictan con un único propósito -me dijo-: para mantenernos a raya a nosotros mismos cuando nuestros deseos se vuelven inmoderados. Mientras nuestros deseos sean moderados no nos hace falta ninguna ley”, dijo Cruso a Mrs. Barton⁽¹⁾.

No me he equivocado en el título. Dice: “De las Privaciones a las Asociaciones Público Privadas”, tal como las palabrotas son escritas en los comics. Y es que debido a la carencia de legitimidad, o lo que los ambientalistas llamarían “licencia social”, el término “privatización” se ha convertido casi en una mala palabra. Sin embargo, como la dimensión del déficit de infraestructura sigue siendo alarmante, la necesidad de generar alianzas con el sector privado ha tenido que vestirse de otra forma. A esa alianza se le ha llamado “Asociación Público Privada”, que, por ser un eufemismo (algo así como decir “privatización light”), suena políticamente más correcto.

El esquema tradicional de privatización, entendido como la transferencia de activos estatales al sector privado, es insuficiente. Siguiendo la tendencia internacional, la imaginación ha tenido que ser desafiada para encontrar mecanismos menos “traumáticos” que el pase de las empresas y activos estatales a manos privadas de manera permanente, para dar lugar a relaciones entre el Estado y el sector privado que resulten en proyectos de desarrollo con riesgos compartidos.

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

(1) Tomado de *Foe*, del premio Nobel de Literatura J.M. Coetzee, novela publicada en 1986 que es la “reescritura” de *Robinson Crusoe* (de Daniel Defoe). COETZEE, J.M. *Foe*. Barcelona: Grupo Editorial Mondadori, 2004. p. 37.



Nadie mejor que uno mismo para satisfacer sus necesidades de la mejor manera posible. Y, tratándose de negocios, naturalmente el principio es el mismo. Sin embargo, de lo que se tiene que encargar el Estado con la regulación, tanto económica como social, es de moderar el natural impulso que nos conduce a maximizar las ganancias. Claro está, la moderación aplica solo cuando se trata de proteger un interés general y partiendo de la premisa de la libertad. Tenía razón Cruso cuando decía a la nueva náufraga que arribó a “su” isla, que las leyes tienen como propósito mantenernos a raya a nosotros mismos cuando nuestros deseos son inmoderados.

Lo que pretenden las normas referidas a las Asociaciones Público Privadas, en general, y a las Iniciativas Privadas en particular, es combinar los intereses en juego de la mejor manera posible para lograr el objetivo de cerrar la brecha de inversión en infraestructura, de un lado, y promover negocios rentables, del otro. Y hacer convivir intereses distintos no puede lograrse sin modularlos.

El asunto es que, después de casi veinte años de experiencia en el tema, cada vez tenemos menos excusas para cometer

«LA BRECHA EN INFRAESTRUCTURA EN EL PAÍS ESTÁ EN ALREDEDOR DE US\$ 30 MIL MILLONES (...) AL PARECER, ESTE NOTABLE INCREMENTO NO SE DEBERÍA A LA FALTA DE EJECUCIÓN DE OBRAS, SINO A QUE LA ECONOMÍA HA CRECIDO MUCHO MÁS RÁPIDO DE LO ESPERADO».

errores de diseño e implementación de la participación de la inversión privada en la economía. Y este diseño parte de una definición anterior: qué espacio ocupa el Estado en aquella.

1. De Estado gerente a Estado facilitador: indispensable cambio de rol

Pensemos en un contexto latinoamericano en el que los esquemas tradicionales de sucesión política se encontraban deslegitimados y en el que las dictaduras militares redefinieron los pesos de los actores de la economía. Los dos pilares fundamentales para que esta prospere –el respeto a la propiedad y a la palabra empeñada- fueron desdibujándose para ser sustituidos por un Estado omnipotente al que poco le importaba despojar de la propiedad o hacer de los contratos meras declaraciones no vinculantes.

El período más cercano en la historia peruana que ha reflejado las condiciones antes descritas es la dictadura militar de los años 70. Desde simbolismos patrioterros como el himno nacional antes y después de la programación de los canales de televisión, hasta la injerencia en la vida privada de las personas, como la determinación de qué farmacia abre a las 2 de la mañana, no podía concebirse el desarrollo sin que el Estado tuviera injerencia en la actividad económica.

Cecilia O'Neill de la Fuente

Sobre la base del modelo de industrialización por sustitución de importaciones, se crearon empresas públicas y se expropiaron empresas privadas. El gobierno militar actuó con inspiración socialista, justificando dicha expropiación en la necesidad de que el Estado se vuelva empresario tratándose de actividades “estratégicas”. A pesar de eso, no se explica por qué el Estado llegó a ser dueño de salas de cine.

En esa época era desdeñado el principio de la mano invisible del mercado -acuñado por Adam Smith hace más de dos siglos-, entendido como la existencia de un Estado con instituciones sólidas y eficientes que reconoce la propiedad y los contratos. No se entendía -o no quiso hacerse- que solo el reconocimiento de la propiedad y los contratos es lo que incentiva a colaborar con la generación de bienestar social. Esta colaboración genera efectos involuntarios, y de allí la alusión a la “mano invisible”, pues lo que hacen los individuos con un adecuado esquema de titularidades (de bienes y de derechos) es lograr, al perseguir su bienestar individual, generar bienestar colectivo.

El sector eléctrico es útil para ilustrar el problema generado por un Estado interventor. Uno de los sectores estatizados por el Gobierno militar en 1972 fue la industria eléctrica. Veinte años de prohibición fueron suficientes para demostrar lo ineficiente que es el Estado, sin la participación del sector privado, para extender el acceso a los servicios públicos. La Ley de Concesiones Eléctricas dictada en 1992 permitió ampliar sustancialmente la cobertura del servicio, que de 40% ha pasado a más del 80%. Entre 1988 y 1990, Electroperú tuvo una pérdida acumulada de US\$ 501 millones, mientras que la pérdida de Electrolima fue de US\$ 185 millones⁽²⁾.

Parte de la explicación se encuentra en que, mientras una empresa privada tiene el objetivo concreto de maximizar ganancias, una empresa estatal tiene múltiples objetivos impuestos por el Gobierno, no siempre compatibles: además de maximizar ganancias, ampliar cobertura del servicio, abaratar las tarifas, maximizar el empleo, y por qué no, atender intereses políticos.

El Estado parece haber ya interiorizado las bondades del nuevo modelo. “En un contexto en el que se asume racionalidad individual -es decir, dadas sus restricciones de recursos, los individuos toman las mejores decisiones- la participación del Estado es justificada y puede mejorar la eficiencia global de la economía si es que esta intervención está orientada a eliminar o corregir o internalizar externalidades y proveer bienes públicos”⁽³⁾.

Lo que dice el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) en los mencionados Lineamientos es que la participación del Estado en la economía se justifica si tiene como objetivo internalizar externalidades y proveer bienes públicos. De acuerdo, pero, para ello, es indispensable tener claro cuál es el diseño adecuado de un sistema de propiedad. Recordemos que un buen sistema de propiedad permite asignar titularidades sobre bienes y derechos, de modo que el “asignatario” de ellos puede excluir a los demás de su uso. En otras palabras, los beneficios obtenidos de ese bien o derecho están garantizados mientras mantenga la propiedad de ellos. Sólo así puede crearse riqueza.

2. Menos es más

Decíamos que un buen sistema de propiedad crea riqueza individual y, por tanto, colectiva. Este tema no es ajeno al que es materia de análisis ahora, pues de lo que se trata es de saber qué rol cumple la inversión privada en la economía, para luego enfocarnos en la regulación de las APP. Esto es importante para definir el diseño contractual de la relación entre el Estado con los agentes privados que

(2) FERNÁNDEZ-BACA, Jorge (editor). *Experiencias de regulación en el Perú*. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, 2004. p. 18.

(3) MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Lineamientos para lograr mejores servicios públicos estatales al menor costo y las asociaciones público-privadas – Etapa 1*. En: <http://www.mef.gob.pe> (Informes Especiales y Publicaciones).

se comprometan a hacer inversiones, que, en el caso de las APP, no son poca cosa, pues están ligadas a la prestación de servicios públicos o a la provisión de infraestructura pública.

Si lo que se quiere es dotar a una generalidad de personas de la posibilidad de gozar de servicios públicos (agua potable) o infraestructura pública (carreteras), es claro que el esquema típico de propiedad privada no opera, pues, para seguir en el ejemplo, el servicio de agua potable o las carreteras son bienes públicos. No hay propiedad privada, en términos civiles, si ésta recae sobre bienes públicos, pero si lo que queremos es propiciar la mejora de la infraestructura y servicios públicos, debe crearse un sistema contractual que responda a su naturaleza.

Los bienes sobre los que recae la propiedad “clásica” son aquellos en los que existe consumo rival, “es decir, la imposibilidad de que el mismo bien sea consumido por dos personas al mismo tiempo (...) Rivalidad quiere decir que un acto de consumo excluye otro acto de consumo”⁽⁴⁾ (como un auto, que no puede ser usado simultáneamente por más de una persona). La segunda característica de los bienes sujetos a propiedad privada es la posibilidad de excluir a los terceros a un costo relativamente bajo (como registrar la propiedad de una casa, por ejemplo).

Dicho con otras palabras, el derecho de propiedad en sentido clásico, con rivalidad en el consumo y bajos costos de exclusión, es ideal para crear riqueza porque proporciona incentivos para invertir e innovar. Una persona hace mejoras en su casa porque sabe que ella es la única que gozará de las nuevas comodidades. Lo pensaría más si esa persona no fuese la única dueña. Con razón, se preguntará si vale la pena gastar en mejoras cuando no será la única que gozará de ellas.

Es por eso que las normas civiles de copropiedad crean incentivos para acabar con ella; por ejemplo, la regulación de la partición o el derecho de preferencia de cualquier copropietario para evitar la subasta (artículo 989 del Código Civil). Tener muchas manos sobre un mismo bien no es eficiente para nadie; de allí que, en el caso de la copropiedad, o de cualquier esquema contractual que se le parezca, un solo dueño es mejor

que varios. Muchos decidiendo sobre lo mismo no es una buena fórmula para tomar decisiones eficientes. O sea, menos es más.

¿Qué pasa con los bienes públicos? Los bienes públicos son los que pueden ser disfrutados simultáneamente por muchos agentes y poseen además la característica de altos costos de exclusión. Es decir, crear derechos de propiedad es difícil por los costos que involucra. Ello pasa con las calles de una ciudad donde crear peajes a la entrada de cada una es muy costoso. Otra característica de los bienes públicos es que no tienen rivalidad en el consumo, pues una vez que el bien es suministrado a una persona, los demás pueden consumirlo sin necesidad de excluir al titular original. Ello hace que el aire, por ejemplo, sea un típico bien público pues que uno respire no impide que otro respire el mismo aire. La coincidencia de estas dos características -altos costos de exclusión y no rivalidad- dificultan la provisión privada de este tipo especial de bien o servicio, haciendo necesaria la intervención del Estado.

Existen, sin embargo, bienes considerados públicos aunque la característica de exclusión esté atenuada. Así, ciertos bienes -como las carreteras, por ejemplo- cumplen con el requisito de la no rivalidad, pero sólo hasta cierto punto, porque llega un momento en el que comienza a haber congestión. Ello puede hacer razonable cobrar un peaje por el derecho de usar la autopista.

Es decir, para seguir con el ejemplo, las carreteras son bienes públicos que no tienen rivalidad en el consumo, pero sí permiten excluir a quienes no pagan por ella. Precisamente, el Estado puede aprovechar esta posibilidad de exclusión para lograr un doble objetivo: proveer

(4) BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores, 2006. p. 156.

Cecilia O'Neill de la Fuente

el bien-carretera y, al mismo tiempo, limitar el uso de recursos públicos. Eso se logra permitiendo que el operador privado que la construya recupere la inversión con el cobro de un peaje. Quien no lo paga, queda excluido.

Aunque el esquema contractual que funcionaría para combinar estos objetivos es una concesión, ello no siempre ha funcionado así. De hecho, tradicionalmente en el Perú los bienes públicos han sido abastecidos mediante obras públicas, pero la ventaja de que el bien o servicio sea provisto y financiado privadamente es que, en este último caso, es indispensable que la inversión esté estrechamente conectada con la demanda y que no distraiga recursos públicos.

El problema es entonces cómo conseguir que un privado financie un bien público si no es posible que pueda adueñarse de todos los beneficios que el bien genera. En el ejemplo de la construcción de una carretera, la rentabilidad económica por el uso individual se manifiesta a través del cobro de peajes. Sin embargo, la cosa es distinta si, por una decisión de política pública, se quiere construir una carretera porque tiene "rentabilidad social" (integración de pueblos apartados) que no puede ser apropiada por medio de peajes. ¿Qué pasa si se quiere construir un faro para guiar a los barcos, pero es imposible, por los enormes costos de exclusión, cobrar peaje a los que pasan por altamar? En esos casos no habría incentivos adecuados para atraer inversión.

Una herramienta para propiciar el abastecimiento de bienes y servicios tradicionalmente considerados como públicos son las llamadas Asociaciones Público Privadas (APP), de las que nos ocupamos en este artículo.

Sin embargo, la historia reciente nos ha enseñado que la incorporación de la inversión privada en la economía puede hacerse de distintas formas: desde el extremo de la privatización, que supone que la propiedad de la infraestructura pasa a manos privadas de forma permanente; a la realización de contratos de obra, en que el sector privado solo se encarga de la construcción, mientras que la propiedad y capacidad de proveer el servicio se queda en manos del Estado. Lo que se busca con las APP es permitir al sector público y al sector privado beneficiarse de las sinergias creadas con la unión de recursos financieros, conocimientos y experiencia.

¿Es la APP un buen mecanismo para garantizar la provisión de bienes públicos? Olvidando que la privatización típica

(transferencia permanente de activos) dejó de ser políticamente correcta, podría sostenerse que lo más eficiente sería, de cara a los incentivos que da la propiedad privada, conferir al inversionista que decide construir una carretera por ejemplo, un derecho que se parezca lo más posible al de propiedad privada, pues solo así los costos y las ventajas de las decisiones relacionadas con su inversión serán asumidos por él, tal y como ocurre con el señor que decidió hacer mejoras en su casa. Sin embargo, tratándose de la provisión de servicios públicos y de infraestructura pública, el asunto es bastante más complicado y no siempre se resuelve con un esquema de propiedad absoluta.

La respuesta a la pregunta anterior es que las APP sí pueden ser una buena opción para garantizar la provisión de bienes públicos, siempre que se intente replicar, en la medida de lo posible, los incentivos propios de un régimen de propiedad civil: certeza de que, por tener la titularidad garantizada, es razonable y ventajoso invertir.

3. Cuando "privatizaciones" no era una mala palabra

A fines de los 80, la economía peruana había caído en grave recesión y una descontrolada inflación. Esta situación estaba directamente relacionada con la participación del Estado en la actividad económica.

Despojándonos de los criterios políticos para calificar al gobierno que empezó en 1990, lo cierto es que este tomó como impulso el rotundo fracaso del Estado empresario para modelar una estructura económica que, sin lugar a dudas, ha sido la base del crecimiento sostenido del que ahora gozamos. Se adoptó la doctrina de la mano invisible, entendida, como ya se dijo antes, como el reforzamiento de la propiedad privada y la libertad de contratación. Este modelo fue acompañado de reformas

estructurales que han significado una transformación sustancial de la función del Estado en la economía, eliminándose los privilegios de los monopolios estatales, suprimiéndose los controles de precios, levantándose las restricciones al comercio exterior, estableciéndose un tratamiento no discriminatorio para la inversión nacional y extranjera y, al mismo tiempo, iniciándose un ambicioso programa de privatización de todo el sector empresarial del Estado.

Un buen resumen de los antecedentes que “gatillaron” la implantación del nuevo modelo se encuentra en el tercer párrafo de los considerandos del Decreto Legislativo 674 - Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado: “Que la Actividad Empresarial del Estado no ha arrojado, en conjunto, resultados económicos y financieros satisfactorios, lo que, de un lado, ha impedido la generación de los recursos destinados a mejorar sus sistemas productivos y administrativos, reflejándose ello en los inadecuados precios con que ofrece sus bienes y servicios a la población; y, de otro lado, ha contribuido a la generación del déficit fiscal, con el consiguiente impacto inflacionario”.

El programa de privatización perseguía tres grandes objetivos globales o macroeconómicos:

- a) Establecer una estructura estatal más pequeña y al mismo tiempo más eficiente, capaz de promover el uso eficiente de los recursos de que dispone el país. Para ello, hubo que combatir un aparato estatal sobredimensionado y causante de un permanente déficit fiscal.
- b) Establecer el marco legal e institucional necesario para incrementar la inversión privada, nacional y extranjera, desarrollar la capacidad productiva y generar un mayor volumen de empleo. La desmantelación de la anterior estructura intervencionista del Estado no podría haberse producido sin un nuevo sistema regulatorio, que le da al Estado un rol más parecido al de un árbitro.
- c) Mejorar sustantivamente las condiciones de calidad, precios y oferta de los bienes y servicios a través de una economía competitiva.

La emisión del Decreto Legislativo 674, por el que se creó la COPRI, dotó a las ventas de activos estatales de un notable impulso, que se desaceleró después de 1996 (posiblemente por la creciente deslegitimidad política del gobierno).

En el caso del sector telecomunicaciones, cuando este servicio estaba en manos de dos empresas estatales, CPT y Entel, el Perú era un país prácticamente incomunicado. La densidad telefónica era de 2,9 teléfonos por cada 100 habitantes, la más baja en América Latina con excepción de Haití. El tiempo de espera promedio para obtener un teléfono era de casi 10 años⁽⁵⁾.

Las reformas para mejorar y extender los servicios de infraestructura también han sido fomentadas cuando los países en desarrollo se dieron cuenta de que los niveles y la calidad de la infraestructura tienen un enorme efecto sobre el crecimiento económico y la disminución de la pobreza.

Por cada dólar no invertido en mantenimiento de carreteras se tiene que invertir US\$ 7.5 en su rehabilitación. La falta de mantenimiento ha ampliado aún más la brecha de infraestructura, pues recién en los dos últimos años las partidas correspondientes a mantenimiento empiezan a ser relevantes dentro del monto total del presupuesto. La literatura económica en general reconoce el gran impacto que tiene una correcta infraestructura vial en el desarrollo económico y social de un país. De hecho, “Guasch, González & Serebrisky (2007) plantean la inversión en carreteras como una estrategia que no tiene pierde, pues apoya el crecimiento y a la reducción de la pobreza, pues permite un incremento del ingreso de las personas más proporcionalmente”⁽⁶⁾.

(5) FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. *Op. cit.*; p. 16.

(6) INSTITUTO PERUANO DE ECONOMÍA (IPE). *Comentario Diario*, 4 de junio de 2008.

Cecilia O'Neill de la Fuente

A manera de antecedente, se estima que, entre 1968 y 1990, las empresas no financieras del Estado acumularon pérdidas por casi US\$ 30 mil millones, suma que equivale al monto actual de la inversión necesaria para cerrar la brecha de infraestructura de todo el país. “El concepto de ‘brecha de inversión’ implica el reconocimiento de la falta de inversión para llegar a cierta meta o para cumplir con ciertos requerimientos de infraestructura, ya sea por el uso de instalaciones en condiciones subóptimas o la dificultad de satisfacer la demanda actual y futura”⁽⁷⁾.

La brecha en infraestructura en el país está en alrededor de US\$ 30 mil millones, de acuerdo a los estimados preliminares de un estudio de actualización de estas cifras, anunciado por el Director Ejecutivo de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (ProInversión), en septiembre de 2008. La brecha en infraestructura ha aumentado considerablemente, pues hace un año se calculaba en US\$ 23 mil millones. Al parecer, este notable incremento no se debería a la falta de ejecución de obras, sino a que la economía ha crecido mucho más rápido de lo esperado.

Es interesante mencionar un índice que presenta el déficit de infraestructura del 2006 medido en 12 países latinoamericanos. Mientras que Chile ocupa la mejor posición, Perú está penúltimo; sólo mejor que Bolivia.

Posición	País	Puntaje
1	Bolivia	6.7
2	Perú	5.5
3	Colombia	4.9
4	Venezuela	4.5
5	Brasil	4.4
6	Guatemala	4.2
7	Uruguay	4.1
8	Rep. Dominicana	3.8
9	Argentina	3.8
10	México	2.7
11	El Salvador	2.5
12	Chile	1.4

(7) CORNEJO DÍAZ, René. *Inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos: una mirada desde el sector público*. En: *Themis*. Número 52. Lima, 2006. p. 213.

(8) GUASCH, Luis. *Concesiones en Infraestructura. Cómo hacerlo bien*. Washington, D.C.: The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, 2005. p. 28.

Parece que hay, entonces, mucho por hacer. La pregunta es cómo hacerlo cuando la gente se opone.

4. La percepción social sí importa

La frustración de las ventas de EGASA y EGESUR es un buen ejemplo para recordar la fuerza de las voces de protesta que fueron manipuladas para combatir la privatización. Este es el origen concreto por el que el término “Privatizaciones” pasó a ser “Privatizaciones”.

Más allá de los errores cometidos en el diseño de ciertos procesos de privatización, la experiencia EGASA y EGESUR revela que las opiniones contrarias a la privatización voceadas en ciertos sectores no necesariamente se sustentan en el “despojo” de la propiedad de los activos estatales, sino más bien en las deficiencias derivadas de fallas en la política económica y en la supervisión de la implementación de anteriores procesos de transferencia de activos estatales.

En muchos países de América Latina y el Caribe, la idea generalizada es que los programas de privatizaciones y concesiones han sido injustos y han beneficiado a los ricos y perjudicado a los pobres con mayor desempleo y tarifas más altas. Asimismo, se cree que los procesos no han sido transparentes y que los frutos de esos programas han sido malgastados⁽⁸⁾.

“Las percepciones negativas -que, en el caso de las APP latinoamericanas, no parecen estar justificadas- son a menudo el resultado de la falta de comunicación adecuada entre el gobierno y la sociedad civil, así como de

percepciones manejadas inadecuadamente y de expectativas irracionales. En vista de ello, el establecimiento de canales de comunicación eficientes con la sociedad civil y de niveles de transparencia adecuados, debería ser priorizado e implementado por el gobierno como condición para la ejecución y funcionamiento sin sobresaltos de los proyectos de APP⁽⁹⁾.

El tema central siempre ha sido asegurar que el mejor rendimiento y las ganancias de eficiencia deriven en beneficios para los usuarios a través de tarifas más bajas y mayor cobertura, al mismo tiempo que se permita a las empresas obtener una tasa de retorno justa sobre sus inversiones. El hecho de que los usuarios no resulten beneficiados con una significativa participación en esas ganancias de eficiencia ha sido, en gran medida, lo que ha generado el descontento de la gente respecto a los programas de reforma de la infraestructura en los países en desarrollo, incluyendo el nuestro.

Otra fuente de insatisfacción por la participación de la inversión privada en proyectos de infraestructura y servicios públicos tiene que ver con las renegociaciones de contratos que, como resultado de comportamientos oportunistas de los privados, terminan en retrasos en el cumplimiento de los objetivos, reducciones de los compromisos de inversión y aumentos de tarifas⁽¹⁰⁾.

En el contexto de democracias institucionalmente débiles azotadas por climas políticos inestables, se ha pensado en métodos alternativos para implementar la transferencia de activos estatales a manos privadas, tales como los contratos de gerencia, por ejemplo. “El actual movimiento observado en Latinoamérica hacia métodos alternativos a la privatización, tales como las asociaciones públicas privadas, es en parte

un reflejo de este punto de vista. No obstante, sin importar el nombre que les pongamos o cómo las empaquetemos, cualquier intento por profundizar los esfuerzos privatizadores y consolidar sus beneficios, no puede ser concebido y ejecutado en un vacío político. Por el contrario, necesariamente, requerirá un mayor grado de participación ciudadana y la implementación de esquemas de supervisión participativos, comunicación efectiva, una mejor distribución de los ingresos percibidos, diálogo inclusivo y la construcción de consensos con las fuerzas laborales y otros grupos de interés, temas demasiadas veces omitidos en la región⁽¹¹⁾.

En las APP, a diferencia de la privatización en la que el Estado transfiere activos o instalaciones existentes al sector privado, el Estado es el promotor del proyecto y el que establece como punto de partida los resultados que deben ser alcanzados, dejando en manos del inversionista los medios a través de los cuales hacerlo. “A pesar de que algunos sectores ven en los PPP una fórmula de privatización ‘por la puerta falsa’, lo cierto es que (...) los PPP representan un modelo de inversión distinto⁽¹²⁾.”

“Asociaciones Público Privadas” es un término tomado de *Public Private Partnerships* (PPP), y empezaron a usarse en Inglaterra en 1992. La idea era destinar capitales privados a los

(9) Traducción libre de: “Negative perceptions -which in the case of Latin America’s PPP track record do not seem really justified- are often the result of a lack of proper communication between government and civil society, poorly managed perceptions and unreasonable expectations. In view of this, the establishment of efficient communication channels with civil society and high levels of transparency should be prioritized and implemented by government as a precondition for the smooth execution and functioning of PPP projects”. MIA, Irene, Julio ESTRADA y Thierry GEIGER. *Benchmarking National Attractiveness for Private Investment in Latin America Infrastructure*. Ginebra: World Economic Forum, 2007. p. 13.

(10) Para profundizar en el tema, véase SCANDIZZO, Stefania. *Public-Private Partnerships and the Infrastructure Challenge in Latin America*. Latin America Emerging Markets Forum, 2007. p. 8.

(11) PATRÓN, Carlos. *El perro del hortelano: definiendo el rol empresarial del Estado en Latinoamérica*. En: Themis. Número 52. Lima: 2006. p. 91.

(12) FELICES, Enrique. *Asociaciones Público-Privadas para el financiamiento de infraestructura: el nuevo rostro del Project Finance*. En: Themis. Número 50. Lima: 2005. p. 141.

Cecilia O'Neill de la Fuente

sectores de cuyo desarrollo no se podía ocupar el Estado por problemas de financiamiento. La razón política era desarrollar la actividad económica cuando el Gobierno estaba enfrentando un déficit de 8% y la economía estaba en recesión. Sirvió como una “tercera vía”, para complementar la privatización y el *outsourcing*⁽¹³⁾. Bajo el modelo APP (o PPP) se ha desarrollado en Inglaterra una amplia gama de proyectos: habitacionales, penitenciarios, viales, militares, de saneamiento, ferroviarios, etcétera.

4. “Asociaciones público privadas” suena mejor que “privaciones”

Existe estrecha relación entre la cantidad y calidad de infraestructura, y el crecimiento y desarrollo. Una infraestructura deficiente no permite que las fuerzas productivas se potencien al máximo. Además, cuando un país crece intensamente, lo primero en colapsar es la infraestructura. Si no fuese así, no seríamos testigos de los problemas generados por la falta de capacidad del ducto de transporte del gas de Camisea para atender la demanda industrial y de generación de electricidad. Dicho con otras palabras, el servicio público más caro es el que no existe.

Los gobiernos continuamente enfrentan serios obstáculos para financiar inversiones en infraestructura. Como resultado de ello, se generan ineficiencias, servicios inadecuados y cuellos de botella que afectan negativamente la competitividad y el crecimiento económico. En los noventa, esta situación condujo a una reevaluación del modelo tradicional de provisión pública de infraestructura y el aumento de la inversión privada.

Ya vimos que, cuando se fue agotando el modelo de venta de activos públicos a mediados de los 90, fue necesario buscar nuevos modelos de alianza con la inversión privada. Había que hacerlo con cuidado, dada la advertencia de rechazo simbolizada con la violenta oposición a la privatización de EGASA y EGESUR.

La introducción de las APP se produjo con la modalidad de concesiones (de las carreteras Arequipa-Matarani y la línea de transmisión Mantaro-Socabaya). Las primeras concesiones

fueron otorgadas mediante estructuras BOOT (*Build-Own-Operate-Transfer*), y protegidas con contratos de garantía suscritos con el Estado peruano.

En 1996, se armó el marco legal que las impulsó, al emitirse las normas promotoras de la inversión pública en infraestructura. En 1998, las crisis financieras internacionales desaceleraron los procesos. Luego, pese a la crisis política interna de los años 1999 a 2000, se llevaron a cabo dos de los proyectos de APP más importantes: la planta de procesamiento de agua potable del río Chillón y la concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.

La lógica económica de las concesiones es que la propiedad de los activos no se mantiene en el inversionista con vocación de permanencia, sino solamente mientras dure el derecho exclusivo de explotar las instalaciones existentes y de desarrollar las adicionales que sean necesarias para brindar el servicio a los usuarios. El Estado, además de ser contraparte, desempeña un rol de regulador y no de agente con injerencia directa en el desarrollo del servicio o en la provisión de la infraestructura. Usualmente, la recuperación de la inversión, de la operación y del mantenimiento se produce con las tarifas, aprobadas por el Estado, que se cobran directamente a los usuarios. Para determinar la tarifa, establecer los plazos y los compromisos de inversión, en otras palabras, para establecer el equilibrio económico-financiero del contrato, es fundamental llevar a cabo un adecuado diseño y asignación de los riesgos asociados al negocio, incluyendo los riesgos políticos.

Aun cuando las concesiones y las privatizaciones tienden a alcanzar los mismos objetivos -asegurar la operación y administración

(13) UNITED NATIONS. ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE. *Guidelines on Private Partnerships for Infrastructure Development*. UN/ECE Forum, 2000. p. 33.

profesional de las inversiones-, se diferencian en varios aspectos clave. En primer lugar, las concesiones no incluyen la venta o transferencia de la titularidad sobre los activos, sino solo el derecho de usarlos para que la empresa funcione. En segundo lugar, los contratos de concesión se suscriben por un período limitado de tiempo. Por último, en el modelo de concesiones, el gobierno, como titular de los activos, ejerce funciones de control.

Esto último es de crucial importancia, pues no solo permite entender por qué el esquema de privatizaciones fue modulado para llegar a uno menos radical, sino que, lo que es más importante, permite diseñar una regulación de concesiones que trate de replicar algunas ventajas de la privatización. Esas ventajas no son otra cosa que los beneficios del derecho de propiedad, que da injerencia en la toma de decisiones a quien es el dueño.

5. Tragar sapos sin hacer gestos

Trasladar las ventajas de la propiedad al esquema de concesiones no significa que hay que dejar este esquema para pasar en todos los casos a la transferencia de propiedad civil de acciones y/o activos estatales, sino que la regulación de concesiones debe tener en cuenta si sus mandatos responden a la necesidad de crear incentivos para generar riqueza. En el caso del propietario de la casa, él sabe que, por ser el único dueño, el valor generado por una remodelación podrá ser disfrutado solo por él. En ese ejemplo, el incentivo para crear riqueza es la certeza de que no tiene que compartir ese beneficio con nadie.

Puede intentarse replicar este esquema a la construcción de una carretera, sin que sea necesario transferir la propiedad de la vía para incentivar su construcción. Lo que sí hay que hacer es cuidar que el diseño contractual de la concesión cree los incentivos necesarios para que alguien se anime a construir la vía. Cofinanciarla mediante el pago por el Estado de la diferencia entre lo recaudado y el ingreso esperado es una alternativa.

Nótese, entonces, que, a diferencia de las privatizaciones en general, en las concesiones el Estado cumple un doble papel. El primero de ellos es un rol compartido en ambos esquemas, pues tanto en una privatización típica (telefonía fija por ejemplo) como en una concesión de infraestructura vial (carretera),

«EXISTE ESTRECHA RELACIÓN ENTRE LA CANTIDAD Y CALIDAD DE INFRAESTRUCTURA, Y EL CRECIMIENTO Y DESARROLLO. UNA INFRAESTRUCTURA DEFICIENTE NO PERMITE QUE LAS FUERZAS PRODUCTIVAS SE POTENCIEN AL MÁXIMO. ADEMÁS, CUANDO UN PAÍS CRECE INTENSAMENTE, LO PRIMERO EN COLAPSAR ES LA INFRAESTRUCTURA».

el Estado interviene como supervisor del servicio. Por tratarse de mercados regulados, evidentemente debe haber un organismo neutral e imparcial, que cuide que los objetivos del contrato se cumplan y que el servicio se brinde en adecuadas condiciones de calidad a los usuarios. Para eso, están los organismos reguladores y los mecanismos de transparencia en la toma de sus decisiones. Eso está bien.

El segundo papel que juega el Estado es el de contraparte en el contrato con el inversionista privado. Mientras que en la privatización típica el Estado es vendedor de acciones o de activos (que no genera una relación de largo plazo salvo por el pago de la retribución y las obligaciones de saneamiento, entre otros temas), en el esquema de concesiones el Estado es más que eso. Como concedente (o "socio" como se le pretende decir con las APP) sí tiene una relación de largo plazo, lo que incluye una suerte de veto en decisiones importantes que típicamente no se presenta en ventas de acciones. Lo peligroso de esto, a propósito de la meta de lograr incentivos parecidos a la propiedad, es que un desempeño desleal del Estado-concedente, en el que la toma de decisiones no es transparente, añade un riesgo político al negocio, que puede poner "freno de mano" a quienes se animen a invertir.

Cecilia O'Neill de la Fuente

Hemos dicho que una fuente de insatisfacción por la participación de la inversión privada en proyectos de infraestructura y servicios públicos tiene que ver con las renegociaciones de contratos que resultan de comportamientos oportunistas de los privados que pueden terminar en retrasos en el cumplimiento de los objetivos, en reducciones de los compromisos de inversión y en aumentos de tarifas. Pues bien, este comportamiento oportunista también lo sienten los privados ante renegociaciones “impuestas” que terminan siendo aceptadas a regañadientes, pues, como es natural, pelearse con el Estado en un arbitraje CIADI, por ejemplo, no es nada sencillo.

Carlos Fuentes decía en su libro *Los años con Laura Díaz* que la política es el arte de tragar sapos sin hacer gestos. Este arte es indispensable para sobrevivir en la vida política, pero no tiene por qué serlo para un inversionista privado durante su relación con los concedentes. Sin embargo, el inversionista termina volviéndose experto en sapos.

6. Concesión en sociedad

Hasta acá, tenemos entonces que las distinciones se presentan en dos planos. En el primero, que ya vimos, hay que diferenciar entre concesiones y privatizaciones (entendidas como transferencia permanente de activos). En un segundo plano, hay que diferenciar entre concesiones “tradicionales” y APP.

Las APP son distintas de los esquemas tradicionales de concesiones porque con estas el concesionario asume el riesgo derivado de la incertidumbre sobre los ingresos generados por el proyecto, pues la tarifa es su única fuente. Una estructura de APP distinta a las concesiones tradicionalmente realizadas añade valor al proyecto desde la perspectiva privada, pues permite asegurar al concesionario una “demanda mínima”, por ejemplo. Así, si la recaudación proveniente de las tarifas no cubre los ingresos garantizados para el concesionario, el concedente tendrá que aportar la diferencia. Mientras que las concesiones clásicas se basan en la rentabilidad financiera del proyecto (es decir, cuando las tarifas pueden cubrir los costos y generar utilidades), en las APP el Estado contribuye de diversas formas: efectuando pagos complementarios a los

peajes o tarifas, cediendo en uso terrenos, etcétera.

Las APP son, pues, sumamente útiles tratándose de obras de infraestructura que no aseguran el flujo de ingresos suficiente para permitir la recuperación total de la inversión; es decir, cuando no hay demanda suficientemente alta como para ser financieramente viables (como, por ejemplo, las carreteras con bajo nivel de tráfico).

Ello revela que los “mecanismos tradicionales han sido insuficientes (...). A partir de ello la tendencia mundial -impulsada principalmente por las instituciones multilaterales de crédito- se ha enfocado en la búsqueda y aplicación de diversos esquemas de vinculación entre el Estado y los particulares (...) y al propio tiempo, posibilitar la incorporación de nuevas alternativas de financiamiento”⁽¹⁴⁾.

Las APP pueden adoptar cualquier modalidad de un amplio espectro de esquemas contractuales a través de los cuales el sector público confiere a una empresa privada el derecho de construir, operar o gerenciar proyectos. Hay ciertos objetivos que debe perseguir el Estado al aliarse con el sector privado mediante el esquema de APP. El Estado debe asegurarse de que los proyectos APP cumplan ciertos principios.

- a) Continuidad, pues el concesionario debe mantener el servicio disponible permanentemente.
- b) Equidad, pues se debe brindar acceso equitativo al servicio.
- c) Adaptación, pues el servicio debe acomodarse a las necesidades de los usuarios y a las nuevas tecnologías.
- d) Imparcialidad, pues el servicio no puede discriminar entre usuarios sobre la base de diferencias políticas o sociales.

(14) PICCOLI, Pablo J. y ROCHA PEREYRA, Jerónimo. *La asociación público-privada para el desarrollo de infraestructura en la Argentina*. En: *Jurisprudencia Argentina. JA 2006-III*. Fascículo 9. Buenos Aires: agosto de 2006, p. 70.

- e) Flexibilidad, pues las APP son, en buena cuenta, una asociación que requiere de cierta versatilidad para lograr eficiencia, sin perjuicio de lo cual los límites de la flexibilidad deben estar claramente definidos. Así, el “sistema necesita ser adaptable pero no debería permitir una dosis excesiva de discrecionalidad del regulador. A costa de una potencial pérdida de eficiencia, la rigidez proporciona reglas claras (...)”⁽¹⁵⁾. De lo que se trata es de buscar un balance entre excesiva discrecionalidad y demasiada rigidez.
- f) Competencia, pues, sin perjuicio de permitir a los privados obtener retornos adecuados a sus inversiones, se debe cuidar de no generar situaciones que atenten contra la libre competencia en el mercado.

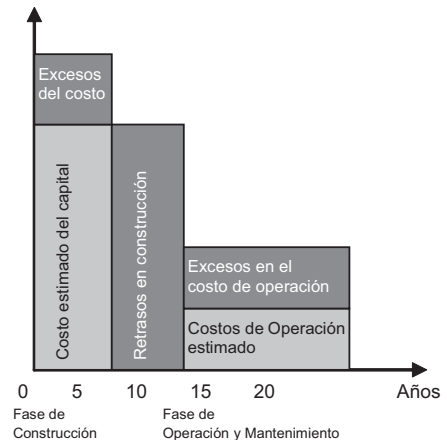
Cumplidos los referidos principios, las APP permiten alcanzar importantes ventajas, como una construcción de infraestructura más ágil, teniendo en cuenta que la responsabilidad de esa tarea corresponde al sector privado, lo que combinado con la realización de pagos condicionados a los avances del proyecto genera los incentivos necesarios para llevar a cabo las obras en el menor tiempo posible.

Además, las APP permiten una mejor distribución del riesgo, pues el riesgo es asumido por quien se encuentra en mejor posición de manejarlo al menor costo posible.

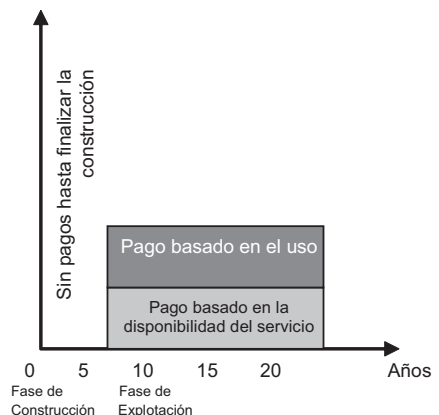
Una tercera ventaja es que se logra una participación estatal eficiente, pues el sector público actúa más como regulador supervisando la calidad del servicio, que como gerente de proyecto encargado de ocuparse del día a día, lo que como es conocido, no es su fuerte.

Finalmente, a diferencia de lo que ocurre con la contratación tradicional, el desembolso total a favor del privado no se produce con la entrega de la obra, sino que la retribución está atada a la prestación continua de los servicios a los usuarios. Así, a diferencia de otras estructuras, en las APP los pagos son efectuados conforme los servicios son efectivamente prestados. Dicho con otras palabras, cuando son “consumidos” por los usuarios finales. Esto último puede ser graficado de la siguiente forma:

Financiamiento convencional
Perfil de pago para el sector público:



Financiamiento con APP
Perfil de pago para el sector público:



Fuente: “Asociaciones Público-Privadas para el financiamiento de infraestructura: el nuevo rostro del Project Finance”⁽¹⁶⁾.

(15) Traducción libre del siguiente texto: “The system needs to be adaptable but should not involve too much regulatory discretion. At the expense of some potential efficiency losses, rigidity provides investors with clear rules (...)”. GUASCH, Luis y Pablo SPILLER. *Managing the Regulatory Process: Design, Concepts, Issues, and the Latin America and Caribbean Story*. Washington DC: The World Bank, 1999. p. 304.

(16) FELICES, Enrique. *Op. cit.*; p. 143.

Cecilia O'Neill de la Fuente

Como puede apreciarse, el financiamiento con APP, a diferencia del financiamiento tradicional, reduce el riesgo de retrasos y de sobrecostos en la construcción. Con ello, se optimiza la eficiencia en la provisión de los servicios públicos y se generan efectos colaterales positivos en la economía, específicamente, en los mercados financieros y de capitales.

Es interesante anotar que estudios “realizados en el Reino Unido relevados por el HM Treasury han indicado que el ahorro de costos que genera APP comparado con otros mecanismos convencionales alcanza valores entre un 10-15%. Parte de este ahorro es debido a que un 80% de los proyectos emprendidos bajo el esquema APP son entregados a tiempo y sin exceder su presupuesto inicial, en comparación con el 30% que alcanzan proyectos sustentados en métodos tradicionales de contratación o licitación pública”⁽¹⁷⁾.

7. APP por TLC

Las facultades delegadas por el Congreso al Poder Ejecutivo fue aprovechada para que este regule, y con rango ley, materias de lo más variadas. Junto con la reforma legislativa de comienzos de los 90, es una de las más importantes de los últimos tiempos. Pues bien, la coyuntura fue aprovechada para emitir el Decreto Legislativo 1012, que además de organizar la regulación de APP, hizo lo propio con las llamadas “Iniciativas Privadas”, que veremos más adelante.

Ya vimos que no se puede avanzar más rápido en cerrar la brecha de inversión en infraestructura en el Perú sin la participación del sector privado. Las APP son un excelente mecanismo para poder acceder a recursos para construir la infraestructura que el país necesita para seguir creciendo. “No obstante, a pesar de contar con proyectos identificados que esperan financiamiento, estos ceden por los procedimientos engorrosos y onerosos, así como por el riesgo legal y regulatorio y, en parte, por la incertidumbre del entorno, entre otras razones. En ese sentido, la Ley de APP que se publicó durante el período de delegación de facultades al Poder Ejecutivo fue un importante paso”⁽¹⁸⁾.

El Estado tiene capacidad limitada para aumentar los niveles de acceso y calidad de los servicios públicos y de la infraestructura, pues, en muchos casos, reflejar el costo de la inversión en las tarifas no es suficiente. Y, a la inversa, muchas veces el otorgamiento de concesiones “a la antigua”, es decir, sin que el Estado haga ningún aporte, no es suficientemente atractivo para los privados. El esquema de APP que se limitaba a otorgar concesiones tuvo entonces que ser “aggiornado” para prever modalidades distintas de participación estatal. Donde resulta conveniente pagar por servicios de calidad privados con participación estatal, se debe proponer entonces una APP.

En una primera etapa, con la Ley 28059 se abrió el espectro de posibilidades, pues, además de los contratos de concesión, se establecieron otras modalidades contractuales de participación de la inversión privada, como venta de activos, asociación en participación, *joint venture*, contratos de gerencia, etcétera. Las APP pueden implementarse con diversas modalidades de inversión que permiten la participación de los sectores público y privado.

Sin embargo, no fue sino hasta el Decreto Legislativo 1012 (en adelante, “la Ley”) que el tema de las APP fue abordado con mayor rigor y sistematización. La Ley define las APP como modalidades de participación de la inversión privada, en las que interviene el Estado y uno o más inversionistas. La idea es incorporar la experiencia, conocimientos, equipo y tecnología, así como distribuir riesgos y recursos, con el propósito de crear, desarrollar, operar o mantener infraestructura pública o proveer servicios públicos.

(17) JULIANO, Gisela. *Asociaciones Público Privadas: Conceptos y Experiencia Internacional. Documento de Trabajo 8*. Centro para la Estabilidad Financiera: mayo de 2005. p. 7.

(18) INSTITUTO PERUANO DE ECONOMÍA (IPE). *Comentario Diario*, 11 de julio de 2008.

Lo importante es tener en cuenta que las “APP operan en la frontera entre los sectores público y privado, sin que se trate de activos y servicios nacionalizados ni privatizados. De este modo, representan políticamente una tercera vía que los gobiernos pueden utilizar para el suministro de algunos servicios públicos. Además, en sentido práctico, las APP representan una forma de colaboración regida por contrato mediante la cual los sectores público y privado, actuando en forma conjunta, pueden conseguir lo que no podrían lograr en caso de actuar por separado”⁽¹⁹⁾.

La Ley hace explícita la distinción entre dos clases de APP: (i) las “autosostenibles”; y, (ii) las “cofinanciadas”. En cualquier caso, se debe elaborar un perfil como paso previo a la elaboración del proyecto, para analizar si este puede o no ser ejecutado por privados, y si se debe tratar como una inversión pública tradicional o como una en la que el sector público paga por resultados.

La distinción entre APP autosostenibles y cofinanciadas no puede entenderse sin entender la diferencia entre garantías “financieras” y garantías “no financieras” del Estado. Un ejemplo de garantía financiera es el otorgamiento de un aval del Estado a los financistas del proyecto. Un ejemplo de garantías no financieras son las garantías de ingreso mínimo, como lo que ocurre en el caso de concesiones de carreteras, en las que el Estado se compromete a pagar al inversionista la diferencia entre lo recaudado por peajes y lo que se hubiese pactado como retribución.

Hecha la diferencia, cabe resaltar que las APP autosostenibles son aquellas que no requieren el cofinanciamiento público, aunque sí pueden demandar dos clases de garantías por parte del Estado: (i) garantías no financieras, siempre que las posibilidades de ejecución sean mínimas; o, (ii) garantías financieras, siempre que estas sean mínimas. Otra posibilidad de APP autosostenibles, bastante común en la práctica, es que el Estado se comprometa a aportar un inmueble de su propiedad para desarrollar el proyecto, el cual no se vuelve cofinanciado por tal hecho.

Aprovecho en comentar el Proyecto de Reglamento de la Ley que fue publicado el 5 de septiembre de 2008 para opinión de los interesados. Aunque cuando ustedes estén leyendo este artículo, a lo mejor, lo que ahora llamo “el Proyecto” se haya convertido en “el Reglamento”, merece la pena compartir una preocupación; en realidad, varias.

La primera es que el Proyecto de Reglamento establece límites monetarios que operan como una suerte de umbrales para acceder al régimen de las APP. El costo del proyecto no puede ser menor a 25 mil Unidades Impositivas Tributarias (UIT), que equivalen más o menos a US\$ 30 millones. Esto no es poca cosa, sobre todo cuando nos encontramos frente a proyectos de desarrollo regional o local. Todos los que no alcanzan esa cifra quedan fuera, lo cual es curioso, pues lo que se quiere lograr es que la inversión privada desempeñe el rol que tradicionalmente estuvo jugando el Estado en la provisión de bienes y servicios.

Luego de más de 20 años de marchas y contramarchas, por fin se está logrando un consenso nacional sobre la importancia de la inversión privada en la vida cotidiana de las personas. Sin necesidad de concertaciones auspiciadas por la clase política, como el Acuerdo Nacional, parece que los ciudadanos de a pie están comprendiendo que vale la pena seguir en el esfuerzo concertado de hacer del Estado un “otorgador” de derechos en vez de un gestor.

En Tambopata (Madre de Dios), se construyó un mirador con un costo de inversión de S/. 2 millones y con costos de mantenimiento de S/. 200 mil anuales. Lo curioso es que, según dicen, el elevador que facilita el acceso a la parte alta del mirador no funciona⁽²⁰⁾.

(19) GERRARD, Michael B. *Asociaciones entre los sectores público y privado*. En: *Finanzas & Desarrollo. Revista Trimestral del FMI*. Volumen 38. Número 3, septiembre de 2001. p. 50.

(20) OVIEDO VELÁSQUEZ, Guillermo y Rafael MELGAREJO DÁVILA. *La “Proyectización” del desarrollo: los retos y viabilidad del SNIP en un contexto de alta demanda de soluciones*. En: *Advocatus*. Número 18. Lima: 2008. p. 378.

Cecilia O'Neill de la Fuente

Seguramente, los recursos invertidos se hubieran podido usar para mejores fines, como obras de saneamiento, por ejemplo. La cobertura de agua potable en la zona no llega ni a la mitad de lo requerido. Peor es el "Monumento al Árbitro" en Tumbes, donde casi la quinta parte de la población no lee ni escribe.

A lo mejor, la explicación de los umbrales para acceder al régimen de APP está precisamente en estos dos ejemplos de torpeza en el gasto público, pero debería confiarse en que la alianza con la inversión privada dotaría a los proyectos en que participen los gobiernos regionales o locales por sumas menores a US\$ 30 millones, de criterios de eficiencia que con seguridad generen un control más efectivo que el del propio Estado.

Si se quiere combatir la negligencia en el gasto público, la restricción de las alianzas con privados no es la vía. ¿Para qué elevar la valla en la carrera por una alianza con el Estado con la que todos ganan? Ojalá que el Reglamento a que dé lugar el Proyecto corrija este desacerto.

El Proyecto precisa la definición de APP autosostenible comprendiendo en ella tres posibilidades: (i) no uso de recursos públicos; (ii) otorgamiento de garantías financieras nulas o mínimas, entendiendo que lo son cuando no superan el 1% de los costos del proyecto; y, (iii) otorgamiento de garantías no financieras cuando, como pide la Ley, existan posibilidades mínimas de tener que ejecutarse.

Las posibilidades de ejecución son mínimas según el Proyecto, cuando se cuenta con "un 95% de nivel de confianza". Esto quiere decir que, para que una APP sea autosostenible, puede otorgarse garantías no financieras siempre que exista una posibilidad de 95% de no tener que demandar el uso de recursos públicos. Hasta allí todo bien, porque lo único que pide la Ley es, efectivamente, que las posibilidades de tener que desembolsar recursos del Estado como consecuencia de la garantía no financiera sean mínimas.

Sin embargo, la distorsión creada en el Proyecto es que, además del 95% de nivel de confianza, las garantías no financieras no pueden superar el 1% del costo del proyecto. Este límite no está contemplado en la Ley, pues, tratándose de garantías no financieras en las APP autosostenibles, lo importante es que la probabilidad de la utilización de recursos públicos sea realmente baja. En otras palabras, no se trata de límites sino de probabilidades.

Por el contrario, la APP sigue siendo autosostenible cuando, para seguir con el ejemplo, el nivel de tráfico esperado por la carretera a construir asegura una recaudación de peajes que cubre los ingresos esperados del concesionario. En tal caso, si el Estado ha garantizado el ingreso mínimo, pero las posibilidades de que la recaudación no cubra dicho ingreso son mínimas, la APP es autosostenible (aunque en estricto, sí se cuenta con una garantía estatal).

Nuestra siguiente preocupación por el contenido del Proyecto es el ínfimo nivel que debe tener una garantía financiera, medida en relación con el costo del proyecto, para que la APP sea autosostenible. Quienes tienen experiencia con el manejo de proyectos de gran envergadura sabrán que el 1% del costo de un proyecto, otorgado mediante un aval del Estado, es casi inútil. Ya vimos que la sociedad Estado-privado permite obtener los beneficios de un esquema de propiedad, siempre que los incentivos estén alineados con el objetivo de generar bienestar particular (el del inversionista) y bienestar general (mejor infraestructura). Aunque se trata de un asunto que puede analizarse caso por caso, este tema del 1% es un típico ejemplo en el que esos incentivos no están alineados, pues conferir una garantía de dimensiones insignificantes parece insuficiente para que el inversionista se apropie de los beneficios del proyecto, teniendo en cuenta los costos y riesgos de su realización. Más adelante veremos otros.

Las APP cofinanciadas son las que requieren el cofinanciamiento del Estado o el otorgamiento de garantías financieras o no financieras que tengan una probabilidad significativa de demandar el uso de recursos públicos. Hay cofinanciamiento, por ejemplo, cuando el Estado destina fondos públicos a la realización del proyecto, o si afianza al inversionista frente al financista, o si garantiza a aquél que durante la realización del proyecto percibirá los

ingresos esperados incluso si la demanda del servicio o de la infraestructura no es suficiente.

Siempre que se busque cofinanciamiento del Estado, “debe procederse con criterios razonables al decidir por estos compromisos estatales. Ralph Dahrendorf advierte que los proyectos PPP que reciben soporte estatal enfrentan dos riesgos de gran impacto político. Por un lado, puede que los soportes estatales cuesten más que las promesas de los ministros si el negocio colapsa, en cuyo caso se salvarán con dinero de los contribuyentes. Si estos arreglos no son transparentes para los ciudadanos, podrían configurar lo que John Locke advertía, tres siglos antes, como una violación del derecho de propiedad, al referirse a los impuestos no consentidos por la mayoría”⁽²¹⁾.

Las APP cofinanciadas son muy útiles para el inversionista privado en la medida que permiten un apalancamiento que aumenta su rentabilidad, pues alivia parte de sus compromisos de inversión. Para lograr este propósito, típicamente se usan los contratos suscritos por el Estado para otorgar las seguridades y garantías que mediante decreto supremo se consideren necesarias para proteger las adquisiciones e inversiones.

Las otras formas de cofinanciar un proyecto pueden entenderse con el ejemplo de concesiones otorgadas para la operación de carreteras. Dado que, una vez que la infraestructura de transporte vial es construida o rehabilitada, el costo marginal de su provisión -el costo generado por cada vehículo que transita en la carretera- es muy pequeño (o cercano a cero), este último indicador no es considerado como una buena referencia para calcular las tarifas o peajes de carreteras. A menor tráfico, mayores posibilidades de que el proyecto sea cofinanciado⁽²²⁾.

Tratándose de un proyecto de carreteras, el cofinanciamiento se calcula como la diferencia entre los ingresos por peajes

en el período menos los pagos por obras, por operación y por mantenimiento. El proyecto requiere, además, de financiamiento de corto y mediano plazo. “Para el corto plazo, se ha contemplado la constitución de Líneas de Crédito de Enlace (en adelante “LCE”) que operan como una línea de crédito que se renueva indefinidamente, conforme se vaya repagando. Esta línea de crédito es garantizada por el Tesoro Público (...). A fin de garantizar el financiamiento de las obras en el mediano plazo se ha contemplado un mecanismo de garantías, denominado Garantía de Crédito Parcial (en adelante, “GCP”) destinado a garantizar la obtención de financiamiento de mediano plazo en el mercado financiero”⁽²³⁾.

Es importante mencionar que quien concede el financiamiento no es acreedor del contratista sino del “proyecto”. Ello se explica en que las formas tradicionales de financiamiento no sirven para financiar concesiones. Así, el “proyecto a ser desarrollado por una sociedad de propósito especial es considerado como una unidad económica independiente. En tal sentido, el financiamiento no depende fundamentalmente del respaldo crediticio, ni de la cartera general de activos de los accionistas de la sociedad de propósito especial, sino del propio flujo de caja esperado del proyecto y de los activos de dicho proyecto particular”⁽²⁴⁾.

A continuación, a propósito de las APP cofinanciadas, puede apreciarse el nivel de los compromisos estatales asumidos en proyectos de infraestructura de transporte:

(21) D’MEDINA, Eugenio. *Regionalización y concesiones PPP: construyendo la descentralización sustentable*. En: *Revista de Economía y Derecho*. Lima: primavera 2005. p. 73.

(22) RUIZ DÍAZ, Gonzalo y Christy GARCÍA GODOS. *Aspectos económicos e institucionales relativos al diseño de contratos de concesión viales*. En: *Themis*. Número 52. Lima: 2006, p. 245.

(23) *Ibid.*; p. 249.

(24) RONCEROS, Miguel y Rafael ROSELLÓ DE LA PUENTE. *El financiamiento de las concesiones: problemas y retos*. En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. Número 57. Lima: 2004. p. 22.

Cecilia O'Neill de la Fuente

Compromisos del Estado por participación en Procesos de APP (millones de US dólares)

	2006	2007	2008	Total
IIRSA Norte				
PAMO	15,3	15,3	15,3	45,9
PAO	0,0	0,0	29,5	29,5
TOTAL	15,3	15,3	44,7	75,3
INTEROCEÁNICA				
PAMO	15,4	15,4	15,4	46,62
PAO	0,0	0,0	98,0	98,0
TOTAL	15,4	15,4	113,4	144,2
COSTA SIERRA				
PAMO	2,2	3,9	8,2	14,3
PAO	18,5	34,7	71,6	124,8
TOTAL	20,6	38,6	79,9	139,1
AEROPUERTOS REGIONALES				
PAMO	0,0	0,0	0,0	0,0
PAO	12,0	12,0	12,0	36,0
TOTAL	12,0	12,0	12,0	36,0
TOTAL PAMO	32,9	34,6	38,9	106,4
TOTAL PAO	30,5	46,7	211,1	288,2
TOTAL	63,3	81,3	250,0	394,6

Fuente: PROINVERSIÓN, DNEP-MEF. Proyecciones MEF.
MEF, Marco Macroeconómico Multianual Revisado 2006-2008

Como puede apreciarse, el criterio de clasificación de las APP es la utilización o no de recursos públicos. Las clasificaciones, en general, no tendrían sentido si la pertenencia a una u otra categoría no generase ninguna consecuencia práctica. Pero la clasificación entre APP autosostenibles o cofinanciadas sí la tiene. Las primeras tienen un trámite de aprobación bastante menos complicado, lo que no es poca cosa.

En efecto, además del organismo promotor de la inversión privada, son competentes los ministerios de los sectores

correspondientes, la Contraloría respecto a la capacidad financiera del Estado y los organismos reguladores cuando el proyecto se financiará con tarifas. El MEF debe emitir opinión en caso se necesiten garantías (que, como ya vimos, deben ser mínimas o con mínima posibilidad de ejecutarse).

El asunto se complica más cuando el proyecto requiere cofinanciamiento estatal. Es razonable que así sea porque se requiere la utilización de recursos públicos. En este caso se reemplaza la predominancia de la entidad de promoción de la inversión privada por la del MEF, lo que supone combinar el objetivo de la meta de inversión privada con la meta del ahorro fiscal.

Las APP cofinanciadas deben cumplir con los requisitos y procedimientos establecidos para el Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP), la Ley del Sistema Nacional de Endeudamiento y demás pertinentes. Será necesario analizar la modalidad de ejecución, así como los estudios de factibilidad, conforme a las metodologías y procedimientos del SNIP.

El esquema de seguimiento de los impactos fiscales está presente en todas las etapas de cada operación. Se debe definir aquellos costos que se estima sean cubiertos por ingresos del servicio, aquellos que el Estado debe aportar necesariamente y los que pueden o no presentarse de acuerdo a escenarios de diseño e implementación⁽²⁵⁾.

El análisis de los costos y beneficios del proyecto debe expresarse en herramientas de evaluación, las cuales proveen de información a quienes deciden la disposición de los recursos estatales. La idea es comparar los costos del proyecto con los beneficios futuros que razonablemente pueda producir, de cara a satisfacer el interés público.

(25) MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Lineamientos para lograr mejores servicios públicos estatales al menor costo y las asociaciones público-privadas - Etapa 1*. En: <http://www.mef.gob.pe> (Informes Especiales y Publicaciones).

La evaluación incluye la revisión de las proyecciones de demanda, la evaluación de las operaciones e instalaciones existentes, la definición de las obras y servicios requeridos, la estimación del monto de la inversión y de los costos de operación y mantenimiento, la formulación del modelo financiero para conocer el plazo del proyecto, el análisis del riesgo del negocio, localización, población beneficiaria, etcétera.

“La medición entre costos y beneficios, decidiendo por aquellas alternativas en las que los beneficios son mayores a los costos se denomina el criterio Kaldor-Hicks. Este criterio encierra un concepto distributivo importante, (sic) los resultados netos de la evaluación de un proyecto al ser positivos deberán permitir compensar a aquellos que puedan verse afectados por los impactos negativos del mismo, esto es, compensar los costos. En tal sentido, la evaluación de proyecto en base a la satisfacción de este criterio se limitará a determinar y, por ende, seleccionar aquella alternativa (proyecto) que brinde mayores beneficios netos”⁽²⁶⁾.

Ahora bien, más allá del modelo institucional del SNIP y de los pasos a seguir para obtener la aprobación de proyectos de inversión pública, es importante tener en cuenta que, como es de público conocimiento, se ha revelado una incapacidad de los actores del SNIP para ejecutar los proyectos de inversión pública. De hecho, el MEF ha reportado que existen más de 12 000 proyectos declarados viables sin ejecutar, por un monto de S/. 6,500 millones⁽²⁷⁾.

Ojalá esta situación se revierta pronto, teniendo en cuenta que la gama de proyectos en que pueden operar las APP es amplia “y va de la construcción, operación y mantenimiento de una infraestructura de uso público, a la prestación de un servicio municipal como el ornato público en las ciudades, pasando, por ejemplo en el caso chileno, por la distribución gratuita de bonos (subsidio a la demanda) que permiten a los padres de familia elegir a qué escuela bajo gestión privada enviarán a sus hijos”⁽²⁸⁾. Injustificadamente, a diferencia de la experiencia internacional, la utilización de este modelo

de inversión en el Perú no se ha iniciado por sectores educativos o de salud, porque se trata de sectores socialmente sensibles, fácilmente manipulables por razones políticas.

A pesar de ello, el 20 de junio de 2008 el Presidente de Essalud declaró a los medios de comunicación que un grupo de 19 consorcios nacionales e internacionales se inscribieron para adquirir las bases para concursar, bajo la modalidad de APP, en la construcción, equipamiento y administración de dos hospitales situados en el Callao y Villa María del Triunfo, por un monto de US\$ 80 millones, y con una concesión por 30 años. Indicó que la “propiedad y el control de los hospitales serán del Estado. Las empresas privadas, con sus recursos, diseñan, construyen, equipan, operan, y luego del período de concesión de 30 años, nos transferirán los hospitales. Y, en ese proceso (de 32 años, incluido el tiempo de construcción que demorará año y medio), nosotros les pagamos dos tipos de remuneración (al privado): uno por operación (atención médica) y otro por amortización de la inversión”⁽²⁹⁾.

Negó que se trate de privatizar Essalud y afirmó que este modelo es mejor que el tradicional, por el que únicamente se han construido 326 centros hospitalarios con recursos públicos en todo el país. El modelo de contrato es uno de derecho de superficie, de construcción, de equipamiento y de servicios. Essalud gana porque aumenta y mejora su red asistencial; el inversionista gana porque el Estado le garantiza una determinada población adscrita al centro asistencial; y los usuarios ganan pues la calidad del servicio de salud mejora⁽³⁰⁾.

(26) OVIEDO VELÁSQUEZ, Guillermo y Rafael MELGAREJO DÁVILA. *Op. cit.*; pp. 376 y 377.

(27) INSTITUTO PERUANO DE ECONOMÍA (IPE). *¿Cómo acelerar la ejecución de la inversión privada en infraestructura en el Perú?* Lima: marzo de 2007. En: <http://www.ipe.org.pe>

(28) PROINVERSION. *Las Asociaciones Público Privadas en el Perú. Documento de Trabajo 4.* Lima: noviembre de 2005.

(29) Diario Gestión, 20 de junio de 2008.

(30) El proyecto de contrato se encuentra en el portal de Essalud: <http://www.essalud.gob.pe>.

Cecilia O'Neill de la Fuente

Es innegable que la infraestructura pública constituye un aspecto esencial que determina y condiciona las posibilidades de crecimiento y expansión económica de un país. Y así lo demuestran los numerosos estudios, comparaciones y *rankings* nacionales e internacionales en relación con la materia. Aunque los resultados de los *rankings* deben analizarse “con pinzas”, voy a presentar las conclusiones de un estudio elaborado por Emerging Markets Forum en el 2007 a propósito de la inversión privada en infraestructura en Latinoamérica, incluyendo en el comparador a doce países, entre los cuales está Perú⁽³¹⁾.

Para llegar a las principales conclusiones sobre los índices de atracción a la inversión privada por país se han estudiado las fortalezas y debilidades por componente. Son ocho los componentes que definen el puntaje general: ambiente macroeconómico, marco legal, riesgo político, facilidad de acceso a la información, acceso financiero, record de participación privada en infraestructura, relaciones entre gobierno y sociedad y, finalmente, disposición del gobierno a la inversión privada.

La posición general de Perú es la cuarta, después de Chile, Brasil y Colombia. Veamos ahora su posición por componente.

Factor 1: Ambiente Macroeconómico			Factor 2: Marco Legal		
Posición	País	Puntaje	Posición	País	Puntaje
1	Chile	5.6	1	Chile	4.5
2	Perú	4.7	2	Uruguay	4.4
3	México	4.7	3	El Salvador	3.8
4	Colombia	4.4	4	Colombia	3.7
5	El Salvador	4.1	5	Guatemala	3.5
6	Guatemala	4	6	México	3.3
7	Brasil	4	7	Perú	3.3
8	Venezuela	3.8	8	R e p . Dominicana	3.1
9	Argentina	3.7	9	Brasil	2.9
10	Bolivia	3.6	10	Argentina	2.9
11	Rep. Dominicana	3.5	11	Bolivia	2.7
12	Uruguay	3.5	12	Venezuela	2.1

Aunque es sumamente interesante analizar la posición que ocupa Perú según los ocho factores indicados, vale la pena destacar dos. Nuestra posición es peor que mediocre (décimo lugar de doce) en el índice referido a las relaciones entre gobierno y sociedad, que comprende elementos como la satisfacción social con las privatizaciones, con los niveles de servicios públicos, la existencia de subsidios, etcétera.

La otra posición que vale la pena comentar, pero de manera más optimista, es que ocupamos el primer lugar (nos sigue Colombia y Chile, en ese orden) en el índice de disposición del gobierno a la inversión privada. Este índice comprende factores como el marco regulatorio de las APP, la eficiencia en el otorgamiento de licencias, transparencia de los procesos de privatización, entre otros.

8. El dinero es valioso

La Ley ha sido elogiada por haber sistematizado la regulación de las APP y de las Iniciativas Privadas. Es interesante que haya enunciado los principios que rigen los proyectos de inversión público-privada y los procesos para llevarlos a cabo.

Entre otros principios, se mencionan los de Valor por Dinero, Transparencia y Responsabilidad Presupuestal. Nos concentraremos en el principio de Valor por Dinero, recogido de la regulación inglesa en que se llama *Value for Money* (VFM).

Se trata de producir y optimizar valor, haciendo que una APP genere infraestructura o servicios de calidad y eficientes en términos de costos. Se trata de maximizar el Valor por Dinero de los contribuyentes, que finalmente a través de impuestos, es el que financia la inversión y la provisión de infraestructura y servicios públicos.

(31) MIA, Irene, Julio ESTRADA y Thierry GEIGER. *Op. cit.*; p. 16 y siguientes.

Factor 3: Riesgo Político

Posición	País	Puntaje
1	Chile	6.8
2	Brasil	5.5
3	México	5.5
4	El Salvador	5.3
5	Uruguay	5.3
6	Rep. Dominicana	5
7	Colombia	4.8
8	Perú	4.8
9	Argentina	4.3
10	Guatemala	4
11	Venezuela	3
12	Bolivia	2.8

Factor 4: Facilidad para acceder a información

Posición	País	Puntaje
1	Chile	5.6
2	Brasil	5.4
3	Colombia	4.8
4	México	4.7
5	Bolivia	4.4
6	Argentina	4.3
7	Rep. Dominicana	4.3
8	El Salvador	4.1
9	Uruguay	4
10	Perú	4
11	Guatemala	3.9
12	Venezuela	3.6

Factor 5: Facilitación de los mercados financieros

Posición	País	Puntaje
1	Chile	4.9
2	El Salvador	3.8
3	Brasil	3.8
4	Argentina	3.7
5	Perú	3.6
6	México	3.6
7	Colombia	3.4
8	Guatemala	2.4
9	Uruguay	2.3
10	Venezuela	2.2
11	Bolivia	2.2
12	Rep. Dominicana	1.5

Factor 6: Antecedentes de participación privada en infraestructura

Posición	País	Puntaje
1	Chile	5.3
2	Perú	4.8
3	Brasil	4.6
4	Venezuela	4.5
5	Guatemala	4.4
6	Bolivia	4.1
7	El Salvador	3.6
8	Colombia	3.2
9	Uruguay	3
10	México	2.5
11	Rep. Dominicana	2
12	Argentina	2

“La experiencia revela que el VFM que se obtiene en los proyectos de este tipo es mayor que en los proyectos desarrollados solamente por el sector público o solamente por el sector privado. Ello se deriva del hecho de que cada parte asume los riesgos cuyo manejo le es más simple o eficaz, optimizando su distribución y abatiendo el costo de los mismos”⁽³²⁾.

De acuerdo con la Ley, este principio consiste en que el servicio público debe ser suministrado por aquel privado que pueda ofrecer una mayor calidad a un determinado costo o los mismos resultados de calidad a un menor costo. De esta manera, se busca maximizar la satisfacción de los usuarios del servicio y la optimización del valor del dinero proveniente de los recursos públicos.

Al respecto, es importante mencionar que el Proyecto de Reglamento de la Ley recoge los principios de la Comisión Europea sobre APP⁽³³⁾, que definen el Valor por Dinero según se trate de APP cofinanciadas o autosostenibles. En el caso de estas últimas, teniendo en cuenta que el rol del Estado es de mero facilitador del proyecto, el Valor por Dinero es conseguido asegurando la realización de procesos competitivos que favorezcan las ofertas más ventajosas. Por su parte, tratándose de APP cofinanciadas, tanto los principios de la Comisión Europea como el Proyecto de Reglamento señalan que la aplicación del “Valor por Dinero” supone asegurarse de que el proyecto representa el mejor uso posible de los recursos públicos. Así, el beneficio obtenido por la utilización de los recursos en la APP debería ser superior a los obtenidos de su aplicación en un proyecto alternativo.

(32) D’MEDINA, Eugenio. *Institucionalidad PPP en el Perú: Antecedentes, Evolución y prospectiva*. En: *Revista de Economía y Derecho*. Lima: invierno 2007. p. 63.

(33) EUROPEAN COMMISSION. *Guidelines for Successful Public - Private Partnerships*. Bruselas: 2003.

Cecilia O'Neill de la Fuente

Factor 7: Relaciones entre Gobierno y Sociedad			Factor 8: Disposición del Gobierno a la Inversión Privada		
Posición	País	Puntaje	Posición	País	Puntaje
1	Chile	5.3	1	Perú	5.8
2	Uruguay	4.8	2	Colombia	5.6
3	Colombia	4.7	3	Chile	5.5
4	Venezuela	4.7	4	Uruguay	4.8
5	Brasil	4.5	5	El Salvador	4.6
6	México	3.9	6	Brasil	4.5
7	Argentina	3.2	7	Bolivia	4.2
8	Rep. Dominicana	3.1	8	Rep. Dominicana	4.2
9	Guatemala	3	9	México	4.1
10	Perú	2.9	10	Guatemala	4
11	Bolivia	2.8	11	Venezuela	3.2
12	El Salvador	2.4	12	Argentina	3.1

Asimismo, aunque ni la Ley ni el Proyecto de Reglamento lo señalan, son elementos para lograr una correcta y completa evaluación del principio de Valor por Dinero, hacer dos tipos de comparaciones, una monetaria y otra no monetaria. Con la primera, se debe comparar el costo de la APP con el costo que supondría llevar a cabo el proyecto con mecanismos tradicionales, como el de obra pública por ejemplo, expresado en términos de flujos de caja descontados durante la vida del proyecto. De otro lado, la comparación no monetaria exige cotejar los factores que son difíciles de cuantificar, pero que tienen un valor significativo para el interés público.

La Comisión Europea considera como parámetros adecuados para hacer una comparación monetaria, el de Comparador Financiero, el de la Mejor Alternativa Disponible, y el de Comparación/Benchmarking⁽³⁴⁾.

El método del Comparador Financiero supone que el principio del Valor por Dinero sea evaluado comparando el costo estimado del proyecto en manos del inversionista seleccionado versus su realización por parte del sector público. La idea es que los costos expresados en la evaluación sean presentados en términos reales usando el análisis de flujo de caja con la utilización de determinada tasa de descuento. Así, el valor

presente neto del proyecto en manos del sector público debe compararse con el valor presente neto del proyecto de APP.

El Proyecto de Reglamento de la Ley acoge el método del Comparador Financiero, al que denomina “Metodología del Comparador Público-Privado”. El diseño de este método es de singular importancia a efectos de sentar las reglas claras para la participación del sector privado en una alianza con el Estado. Sin embargo, el Proyecto señala que el Comparador Público-Privado se aprobará mediante resolución ministerial del MEF. Hasta septiembre de 2008 esto no ha ocurrido.

Cuando se desarrolle este método, debería considerarse en el análisis la necesidad de contar con un determinado nivel de servicios, así como la disponibilidad real de recursos por parte del Estado y la oportunidad en que el proyecto se ejecutaría en caso de que el Estado decidiera hacerlo. De lo contrario, podría ocurrir que sea menos costoso para el Estado ejecutar un proyecto, pero que finalmente éste no se ejecute por falta de recursos.

9. Que cada uno baile con su pañuelo

Lo eficiente y razonable es que los riesgos sean colocados en la parte que se encuentre en mejor posición para controlarlos. Así como los productos financieros pagan más tasa de interés cuando es alto el riesgo asumido por quien toma posición en ellos, tratándose de proyectos de APP cuanto mayor sea el riesgo transferido al sector privado, mayor será la retribución exigida por el inversionista. Teniendo esto en consideración, lo ideal para el Estado no es transferir todos los riesgos al sector privado, pues hay algunos que puede administrar mejor, como el de fuerza mayor, el riesgo político o el de expropiaciones, por ejemplo.

(34) *Ibid.*; p. 59 y siguientes.

Por el contrario, los riesgos que típicamente debe asumir el inversionista son los de ingeniería y construcción, de explotación y de operación (caída de producción), riesgos de mercado (que haya baja demanda del servicio), riesgos financieros (del movimiento de tasas de interés, de tipo de cambio, de inflación), o riesgos medioambientales.

Un típico riesgo que corresponde administrar al Estado, pero que debe ser tenido en cuenta por los inversionistas, es el riesgo regulatorio, que es parte del riesgo político, junto con el riesgo país o el de licencias y permisos.

El riesgo regulatorio se entiende mejor teniendo en cuenta que las inversiones necesarias en proyectos de infraestructura o de servicios públicos representan, con frecuencia, costos hundidos que no pueden recuperarse fácilmente si el contexto económico se deteriora o si el operador deja de operar, y considerando además que no pueden ser asignados a otras actividades. Esto se traduce en un estímulo para que el Estado se comporte “estratégicamente”, como por ejemplo imponiendo renegociaciones obligatorias o unilaterales de las condiciones contractuales.

Sin embargo, el inversionista no se encuentra del todo desarmado, pues un contrato diseñado correctamente puede funcionar como un buen mitigador de riesgos y, por tanto, puede reducir la exposición a ellos. En efecto, además del contrato de APP suscrito con el Estado, los proyectos de inversión en infraestructura y servicios públicos suelen involucrar un contrato del inversionista con el constructor, que suelen ser llave en mano y a suma alzada (EPC, que son las siglas que corresponden a *Engineering, Procurement and Construction*) con cláusulas *back to back*. Esto último, para que las obligaciones del constructor sean un reflejo de las obligaciones asumidas por el inversionista en el contrato de APP. Lo que se consigue es que el constructor sea quien asuma los riesgos de mayores costos o de penalidades por demoras o defectos en la construcción.

Otra forma de atenuar el riesgo, pero ya no durante la construcción sino durante la operación, es la celebración de contratos de suministro a largo plazo para así asegurar la compra de los bienes o servicios (contratos *offtake*). Este esquema puede funcionar perfectamente en un proyecto de saneamiento, en virtud del cual Sedapal o las empresas municipales de agua se comprometen a adquirir la producción.

Igual criterio aplica en proyectos de generación de energía eléctrica, por ejemplo.

Finalmente, el riesgo contractual ha sido atenuado con la obligación legal de que los contratos de APP incluyan la vía arbitral como mecanismo de solución de diferencias, y que contengan disposiciones que regulen el procedimiento y causales para renegociarlos.

10. Asociaciones público-privadas con iniciativas privadas

Para expresarlo en términos simples, toda Iniciativa Privada involucra una APP, pero no toda APP involucra una Iniciativa Privada. Mientras que el concepto de APP enfatiza la convergencia de intereses privados y públicos en la realización de un proyecto, el concepto de Iniciativa Privada tiene que ver con a quién se le ocurre la idea. No es el Estado sino un inversionista privado quien tiene la “iniciativa”.

Todo lo dicho en las páginas anteriores sobre las APP aplica a los proyectos materia de Iniciativas Privadas, pero con un importante matiz. De acuerdo con la Ley, las iniciativas solamente pueden recaer sobre APP autosostenibles. Más específicamente, las únicas garantías admitidas son las no financieras con posibilidad mínima de requerir recursos públicos.

La consagración normativa y regulación de las Iniciativas Privadas es de suma importancia pues, de esa forma, se alienta a los inversionistas privados a empaquetar ideas, “venderlas” al Estado y llevarlas a la práctica. El particular se transforma así en un verdadero colaborador del Estado. La Ley 28059 - Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, su Reglamento (Decreto Supremo N° 015-2004-PCM) y el Decreto Legislativo 1012 se ocupan de este

Cecilia O'Neill de la Fuente

tema. La Ley no ha inventado las Iniciativas Privadas, pero ha consolidado su regulación.

La colaboración del sector privado es necesaria por varias razones, siendo una de las más importantes el hecho de que el crecimiento sostenido ha acentuado el déficit de infraestructura. Y una forma de atenuar este déficit es dejando a los privados que diseñen proyectos de inversión y que los presenten al Estado. Si éste se interesa, convocará a concurso para que terceros puedan competir por la ejecución de la idea.

Efectivamente, la Iniciativa Privada es presentada al organismo promotor de la inversión privada competente, quien, junto con las demás entidades involucradas (como el ministerio del sector correspondiente), se encarga de interactuar cercanamente con el proponente, de pedirle información y de proponer cambios al proyecto. Finalmente, si los intereses del Estado y del proponente son alineados, el proyecto puede declararse de interés.

La declaración de interés se publica y, si no hay terceros interesados en llevar a cabo el proyecto, la realización de éste, es decir la ejecución de la idea, se encarga al proponente de la iniciativa, con la celebración de un contrato de APP. En cambio, si se presentan terceros interesados, el organismo promotor de la inversión privada convoca a licitación pública o concurso de proyectos integrales.

No existe una definición de "Concurso de Proyectos Integrales", aunque sí existía en una norma que ha sido derogada (el Reglamento de la Ley de Concesiones aprobado por el Decreto Supremo 189-92-EF). De acuerdo con ella, el Concurso de Proyectos Integrales procedía cuando el organismo concedente no contaba con los estudios y proyectos requeridos para la ejecución de la obra o la explotación del servicio. En la práctica, se considera que se debe acudir a un Concurso de Proyectos Integrales cuando el postor tenga a su cargo el diseño y la tecnología a ser empleadas en la construcción de la obra, o cuando esta se limite a mejorar la infraestructura existente; mientras que se debe optar por una Licitación Pública cuando el diseño y tecnología a emplear ya se encuentren definidos por el Estado. En cualquier caso, gana quien presenta la mejor oferta y, por lo general, la mejor oferta equivale a una menor tarifa para los usuarios.

Nótese que la convocatoria pública a posibles terceros interesados es el hilo conductor entre las Iniciativas Privadas en particular y las APP en general. La idea es generar competencia para que la ejecución del proyecto se efectúe en los términos más convenientes para el Estado y los usuarios. Siendo esto así, no se entiende por qué las APP cofinanciadas no pueden llevarse a cabo a través de un procedimiento de Iniciativa Privada. Total, si los términos en los que se propone el uso de recursos públicos no satisfacen al MEF, la propuesta no se declara de interés y el proyecto no se realiza. Tenemos entonces un nuevo ejemplo de mala sustitución del régimen de propiedad privada, pues los objetivos de generar bienestar particular (del inversionista) y general (de los ciudadanos) no están alineados. Una pena.

11. Dar pan para recibir pan

Presentar una Iniciativa Privada es riesgoso, porque si el concurso lo gana un tercero distinto al proponente, este último "dio pan para recibir pan". Es decir, no gana nada, pero al menos tiene derecho a que el ganador le reembolse los gastos calificados por los organismos promotores de la inversión privada como razonables y sustentados. La necesidad de la calificación como tales se sustenta en que el reembolso se financia con recursos del beneficiario del concurso y no con recursos del Estado, por lo que su cumplimiento puede convertirse en una barrera de acceso a los postulantes no proponentes: una actitud permisiva puede estimular a los proponentes a incrementar el costo real de sus presupuestos (en búsqueda de desalentar la presentación de competidores). Por ello, se acude a mecanismos de aprobación administrativa del monto a compensar en función a su razonabilidad con el proyecto y la existencia de sustentación⁽³⁵⁾.

(35) MORÓN URBINA, Juan Carlos. *El régimen de concesiones de infraestructura a iniciativa del inversionista*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Número 118. Lima: Gaceta Jurídica, julio de 2008. p. 368.

La cobertura de gastos es un tema de crucial importancia tratándose de APP, pues, como se ha dicho, éstas involucran infraestructura pública o servicios públicos. Los costos en que se incurre para preparar una Iniciativa Privada sobre estos temas no son poca cosa y pueden terminar en cifras millonarias.

Esto debe ser tenido en cuenta por el regulador, pues como ya vimos, una actitud muy permisiva puede terminar creando desincentivos para que eventuales competidores participen en el concurso, pues, de ser ganadores, terminarían pagando cifras que no reflejan el costo real del proceso de Iniciativa Privada. Por el contrario, una actitud muy estricta en la determinación de los costos reembolsables puede desincentivar la presentación de Iniciativas Privadas, pues, como se ha dicho, el proponente debe enfrentar el riesgo de no ser quien firma el contrato de APP a pesar de haber empaquetado la idea.

De allí que el factor clave sea la posibilidad de sustentar gastos razonables; no el monto de éstos. Sin embargo, el Proyecto de Reglamento de la Ley pretende imponer un límite ilegal: que el reembolso no supere el 1% del valor de la obra y/o el valor referencial (que aumenta a 5% tratándose de proyectos cuyo valor referencial no supera las 1 120 UIT). Esta limitación no se ajusta a la Ley, cuyo único requisito para el reconocimiento de los gastos es que éstos sean razonables y estén debidamente sustentados. Y lo más importante es que el criterio establecido por la Ley responde, como debe ocurrir en la regulación, a la necesidad de crear incentivos para presentar Iniciativas Privadas.

12. Nadie sabe para quién trabaja

“Nadie sabe para quién trabaja” es lo que algunos inversionistas respondían expresando la falta de incentivos para presentar “Iniciativas Privadas”, pues, tras un largo proceso de diseño y desarrollo, el proyecto podía terminar en manos de una empresa a la que no se le ocurrió la idea.

Para conciliar el interés del “inventor” del proyecto con el interés del Estado de obtener la mejor oferta posible, el Decreto Legislativo 1012 creó un “repechaje”: si no gana en primera vuelta, el proponente de la iniciativa compite con el ganador, en un segundo *round*.

Con ello, se combina la protección de las buenas ideas con la competencia para implementarlas. Sin embargo, el Proyecto

de Reglamento impide que la oferta que cada uno presente en segunda vuelta difiera en más de 10% con la que presentó en la primera. Este límite debe eliminarse.

Para empezar, la Constitución establece un principio de jerarquía de normas en virtud del cual las leyes deben respetar la Constitución y los reglamentos deben respetar las leyes. En este caso, la Ley ha establecido como incentivo para la presentación de Iniciativas Privadas, la realización de una segunda vuelta entre el postor ganador del concurso y el titular de la iniciativa. Dicho incentivo no tiene restricciones, de modo que la única forma de imponerlos es mediante una norma con rango de ley. Y un decreto supremo no lo tiene.

Además, incluso si la existencia de un límite fuese adecuada, quisiera saber si el 10% es un número mágico. Imagino que un técnico diría que no, pues los rangos de movimiento de los postores dependen de varios factores, como el tipo de proyecto y la inversión requerida.

Ahora, independientemente de la ilegalidad de una disposición como la propuesta, ella carece de sentido económico. No es razonable que se borre con una mano lo creado con la otra. Mientras que la Ley ha establecido el beneficio de la segunda vuelta, el Proyecto de Reglamento pretende eliminarlo. En vez de reforzar el incentivo previsto por una norma de rango legal para que los inversionistas se animen a presentar Iniciativas Privadas, lo que se crearía es precisamente el efecto contrario.

Recordemos que, en el concurso que resulta de una iniciativa privada, existen dos competencias. Aunque el proponente de la iniciativa debe participar en la primera, en términos reales esta se produce entre los postores distintos al titular de la iniciativa, pues este último tiene derecho, independientemente del lugar que ocupe en la primera vuelta, a competir en una segunda. O sea, el proponente

Cecilia O'Neill de la Fuente

de la Iniciativa Privada se sienta a mirar qué ofrecen los terceros, y la oferta que haga puede estar alejada de la que presentará en la segunda competencia. Esta última se produce únicamente entre el postor ganador y el proponente, quienes deben contar con todas las armas previstas en la Ley para adjudicarse la “buena pro”. Una de las armas no prohibidas por la Ley, y, por tanto, permitidas es mejorar las ofertas iniciales en las proporciones que se estimen convenientes.

El pase a la segunda vuelta y la decisión que a cada postor le corresponda tomar para aumentar sus posibilidades de ganar el concurso es un ejemplo de lo que la Teoría de Juegos pretende conseguir. No es el momento de analizar con detalle su importancia en la regulación económica, pero lo que sí se puede mencionar es que, con la teoría de juegos, debe asumirse que los individuos racionales buscan maximizar sus propios beneficios y, para ello, deben preocuparse por las acciones de otros y tratar de predecirlas.

“Los esquemas estratégicos describen situaciones en las cuales a una persona le gustaría considerar, al tomar una decisión, cómo se comportará una segunda persona, y a la segunda persona le gustaría hacer lo mismo. Los esquemas estratégicos típicamente suponen dos o más personas que toman decisiones, así como la posibilidad de conectar una primera decisión a una segunda decisión y viceversa”⁽³⁶⁾.

Dicho con otras palabras, el legislador debe tener en cuenta para prever posibles resultados de su política regulatoria que nuestras decisiones de comportamiento están interrelacionadas. Las predicciones de conducta son de suma importancia al regular materias propias de responsabilidad civil y de libre competencia, por ejemplo, pues las decisiones del regulador, basadas en las predicciones, influirán notablemente en el comportamiento de los individuos a quienes se quiere regular.

Tratándose de ganar el concurso para celebrar un contrato de APP con el Estado, es evidente que los involucrados querrán comportarse estratégicamente. Veamos si su comportamiento estratégico, de cara a la prohibición de mejorar las ofertas en más del 10%, beneficia o no al Estado; y sobre todo, al interés público.

En el Informe de Impacto Normativo referido al Proyecto de Reglamento se señala que el propósito de la limitación es incentivar propuestas competitivas en la etapa inicial. Aunque no se explica de esa forma, imagino que lo que se ha pensado es que sin el límite no se produciría una situación de equidad en la revelación de las preferencias, pues los únicos obligados a revelar sus precios de reserva, entendiendo por tales a las mejores ofertas posibles, son los postores distintos al proponente. Recordemos que este último, aunque debe presentar una oferta, en realidad no compete en la primera vuelta, pues su “pase a la final” ya está asegurado.

Sin embargo, esto no parecería ser un problema, pues, como quiera que en la primera ronda los demás postores tienen incentivos para ser competitivos entre ellos y pasar así a la final, el proponente en segunda vuelta deberá ser aún más competitivo si quiere ganar. Sin la legal restricción, las ofertas podrían mejorar en un porcentaje mayor al 10%.

Ahora bien, hay que reconocer que el límite del 10% serviría para lograr que el proponente de la iniciativa “revele sus preferencias” desde el primer momento. Y a lo mejor eso serviría como incentivo para que más terceros se presenten al concurso, creyendo que, como el proponente de la iniciativa “pondrá las cartas sobre la mesa” desde el inicio, las opciones de ganarle en segunda vuelta son mayores.

Lo curioso es que esas posibilidades de ganar no serían mayores sino totales, pues si el ganador en primera vuelta es distinto al proponente, la teoría de juegos nos permite presumir que probablemente ambos mejorarán su oferta al máximo en la segunda competencia; es decir, que la mejorarán en 10% (digo “probablemente”, pues debo reconocer que una competencia feroz en la

(36) PICKER, Randal C. *Una introducción a la teoría de juegos y el Derecho*. En: *Derecho de la Competencia. Selección de Textos*. Tomo 1. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. p. 69.

primera vuelta puede dejar al ganador de ella sin mucho margen para mejorar hasta 10% en la segunda). La conclusión es que, aplicando nociones elementales de aritmética, el proponente de la iniciativa nunca “alcanzará” al ganador de la primera ronda.

Eso no tiene sentido. Si la segunda ronda ha sido creada para que el ganador de la primera compita con el “inventor” del proyecto, la segunda competencia ya no sirve para nada, pues al tercero le bastará mejorar su propia oferta en 10% para seguir ganando al proponente de la iniciativa. Si se quiere llegar a este absurdo esquema de suma cero, lo más sincero y directo hubiera sido eliminar la segunda vuelta, pero afortunadamente eso no se puede hacer por decreto supremo.

No perdamos de vista que, si se quiere lograr tarifas competitivas resultantes de un proyecto privado, primero se debe fomentar la presentación de proyectos, y esto se logra con incentivos, que habiendo sido creados por ley, no se pueden eliminar por reglamento.

No se puede poner la carreta delante de los caballos. Propiciar la competencia para ejecutar una idea está bien, pero primero hay que incentivar su creación. Esto se hace dejando que los dos postores, uno de los cuales es el “inventor”, compitan sin límites para mejorar sus ofertas iniciales. Lo importante para la combinación de innovación con competencia es crear reglas claras y, sobre todo, transparencia en la realización de los procesos.

Recordemos, una vez más, que los beneficios de la propiedad, entendidos como la existencia de incentivos para generar riqueza, pueden replicarse en un esquema de APP. Tratándose de Iniciativas Privadas, esta generación de riqueza se logra por la vía de la innovación, y todos sabemos que nadie innova si no tiene incentivos para generar nuevas ideas.

En el caso de la propiedad civil, el incentivo es el goce individual y no colectivo de los bienes. En el caso de la propiedad intelectual, el incentivo es la titularidad de los derechos de autor (sobre todo, los derechos morales). En la propiedad industrial, el incentivo son las patentes. En el caso de las Iniciativas Privadas, el incentivo elegido por la Ley fue una segunda competencia en el concurso público. Hay que respetarla.

13. Paradoja y desafíos

Aunque por razones distintas, los dos momentos históricos en los que se impulsó con mayor vehemencia la participación privada en la economía, son aquellos en los que la necesidad de reducir el déficit de infraestructura es urgente. Lo paradójico es que el primer momento fue 1990, cuando tal necesidad fue consecuencia de una política económica deplorable. El segundo es ahora, casi 20 años después, en que la necesidad de mayor inversión en infraestructura es consecuencia de un crecimiento sostenido a niveles no esperados. Digo que es paradójico porque pareciera que da igual tener una mala política económica que una más responsable, pues los ciudadanos no nos beneficiaremos de una mayor y mejor infraestructura si el Estado olvida diseñar alianzas efectivas con la inversión privada.

“No se puede hacer tortillas sin romper huevos”. Tampoco se puede incentivar la inversión sin remunerarla adecuadamente. Si lo que preocupa de las privaciones es que alguien gana dinero con la generación de bienes públicos, el cambio de óptica hacia el esquema de APP no puede olvidar que igualmente el inversionista tendrá que obtener un negocio rentable si queremos que invierta. En la búsqueda de esquemas políticamente más vendibles no se debe olvidar que hay que respetar la esencia de los incentivos que la propiedad genera.

Aprovechemos que somos percibidos como el país latinoamericano con mayor disposición del gobierno hacia la inversión privada. Hagamos que esta disposición deje de ser coyuntural para hacerse estructural. Para lograr este objetivo, tengamos en cuenta que la Política, con mayúsculas, no ayuda mucho, pues éste es precisamente el ámbito en el que los deseos se vuelven inmoderados, como decía Cruso a la señora Barton. Fortalezcamos la regulación de APP, pues, como ya se dijo, las leyes se dictan con el propósito de mantenernos a raya a nosotros mismos. Y los gobiernos tienen una natural tendencia a cruzarla. ☺