

CONCESIONES COFINANCIADAS Y PPPS*

Miguel Ángel Ronceros**
Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

En el desarrollo de la infraestructura y prestación de servicios públicos se está generando un cambio en la concepción de qué sector debe ser el que maneje estos servicios a favor de la sociedad.

Visto esto desde hace algún tiempo, en algunos países europeos, se ha impulsado la creación de las asociaciones públicoprivadas, como fórmulas que se adaptan al cambio constante de las necesidades elementales de la población.

En el contexto que engloba nuestro ordenamiento jurídico, ¿podemos considerar que, en el Perú, existe una etapa de promoción a esta novedosa tendencia? En el presente artículo, el autor desarrollará la respuesta a esta pregunta.

* A Doménica, para compensar en algo las muchas horas de juego que hemos debido sacrificar a causa de los PPPs.

** Profesor de Project Finance en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y en la Universidad del Pacífico. Master en Derecho por The London School of Economics and Political Science, University of London.

"The Government recognises that there are some things which the private sector does best and others where the public sector has more to offer. The old argument, as to whether public ownership was always best or whether privatization was the only answer, is simply outdated. The Government firmly believes it will only deliver the modern, high quality public services that the public want and increasingly expect if it draws on the best of both public and private sectors". (Gobierno Británico. 2000)

1. INTRODUCCIÓN

Los Public-Private Partnerships¹ o "Asociaciones Público-Privadas" vienen revolucionando la forma tradicional de desarrollo de infraestructura y prestación de servicios públicos, habiéndose constituido en un mecanismo esencial para ello en países tales como el Reino Unido, Francia, Italia, Irlanda, Estados Unidos, España, México y Chile, entre otros.

De dichos países, es tal vez en el Reino Unido en donde las Asociaciones Público-Privadas se han desarrollado con mayor énfasis y éxito. En efecto, a raíz de la publicación de un documento gubernamental que constituyó un hito en la visión de cómo debía renovarse la infraestructura de servicios públicos en el Reino Unido ("Financiando la Inversión en Infraestructura: Promoviendo una Asociación entre Financiamiento Público y Privado")², el gobierno británico inició una campaña para lograr una nueva y mejor relación entre los sectores público y privado, reconociendo que aun cuando tales sectores podían contar con objetivos distintos, podían también válidamente complementar sus roles y objetivos para el desarrollo de infraestructura y para la prestación de servicios públicos³.

Es así que, a partir del reconocimiento de que la mejor forma de alcanzar los objetivos gubernamentales vinculados a servicios públicos e infraestructura era a través de algún tipo de combinación de los sectores público y privados, se inició un importante cambio en la ideología gubernamental, una revolución respecto de los mecanismos tradicionales de contratación estatal en el Reino Unido y una agresiva política de promoción de Asociaciones Público-Privadas.

La experiencia británica fue seguida por muchos países en Europa y otros continentes y, en la actualidad, -a propósito del desarrollo de proyectos como el de las concesiones de carreteras otorgadas dentro del Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana (en adelante IIRSA), de ciertas concesiones municipales para el servicio integrado de limpieza pública, parques y jardines y de la próxima concesión de los aeropuertos regionales y de varios proyectos en el sector de saneamiento- se sostiene que el Estado Peruano habría entrado a una etapa de promoción de inversión privada en infraestructura de servicios públicos a través de Asociaciones Público-Privadas.

Como es de público conocimiento, sin embargo, algunos de estos proyectos ya otorgados han sido objeto de observaciones por algunos organismos del propio Estado⁴, en virtud de una supuesta incompatibilidad entre el régimen general de concesiones y los compromisos asumidos por el Estado conforme a los contratos de concesión respectivos. En nuestra opinión, tales observaciones no toman en cuenta que dichos proyectos se enmarcan perfectamente dentro de un concepto amplio de concesiones cofinanciadas, tales como éstas deben ser entendidas a la luz del Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos (en adelante "TUO de Concesiones")⁵.

Estas observaciones y nuestra opinión al respecto no son objeto de este artículo, pero son mencionadas para graficar la ausencia de una interpretación uniforme a nivel gubernamental respecto del actual alcance del concepto legal de concesiones cofinanciadas, la necesidad de contar con un marco legal que defina con mayor precisión y certeza los tipos de respaldo público que harían de un proyecto de infraestructura una concesión cofinanciada y, en particular, la necesidad de contar con normas que establezcan de manera inequívoca los niveles de coordinación y de aprobación que deberían obtenerse al interior del Estado para el otorgamiento de concesiones cofinanciadas, implementando los mecanismos que

¹ O siguiendo la tradición del Reino Unido, simplemente "PPPs".

² BROWN, Gordon, PRESCOTT, John y COOK, Robin. "Financing Infrastructure Investment: Promoting a Partnership between Public and Private Finance".

³ Algunos autores indican que es más bien en 1992 en que se presenta dicho hito, con la derogación de regulaciones que restringían la participación de financiación privada para el desarrollo de infraestructura pública (las "Ryrie Rules") y la incorporación por parte del Gobierno conservador de la Iniciativa de Financiación Privada (Private Finance Initiative). No obstante, lo cierto es que, hasta antes de la publicación citada, muy pocos contratos fueron suscritos bajo la Iniciativa de Financiación Privada y es, más bien, a partir de dicha publicación que se inicia un cambio real en las políticas públicas del Reino Unido.

⁴ Específicamente, por parte de la Contraloría General de la República y por el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE).

⁵ Decreto Supremo 059-96-PCM.

resulten pertinentes para asegurar y garantizar que el Estado no asuma responsabilidades excesivas que pudieran poner en peligro la sostenibilidad fiscal.

Considerando que las concesiones cofinanciadas constituyen una de las modalidades más frecuentes de Asociaciones Público-Privadas, en el presente artículo haremos una breve introducción al concepto de Asociaciones Público-Privadas para, a partir de ello, establecer los tipos de respaldo público que el Estado podría otorgar como parte de una labor de promoción de concesiones cofinanciadas en proyectos que, no siendo financieramente rentables por sí mismos, son socialmente necesarios.

Finalmente, brindaremos algunas sugerencias para el desarrollo de las concesiones cofinanciadas en nuestro país como un primer paso para la promoción a mayor escala de las Asociaciones Público-Privadas.

2. LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS

El concepto tradicional de un sector privado que actúa exclusivamente en búsqueda de sus objetivos egoístas e inmediatos (en especial maximización de utilidades) y un sector público con poderes discrecionales en garantía del interés público y que se convierte en un rival para el privado es un concepto que, aparentemente, ya no refleja la dinámica e interdependencia entre estos dos actores y que, por ende, está cada vez más desfasado⁶.

En efecto, contrariamente a dicho concepto tradicional, hoy en día cada vez más se propugna con mayor énfasis un concepto de cooperación (y no de rivalidad) entre el sector público y el privado para el desarrollo de infraestructura y para la prestación de servicios públicos adecuados, especialmente en aquellos países en los cuales se ha presentado el fenómeno privatizador. Es justamente en este contexto que surgen las Asociaciones Público-Privadas.

El término Asociación Público-Privada hace alusión a un espectro muy amplio de relaciones de cooperación entre el sector público y el privado en beneficio mutuo⁷, en las cuales los riesgos de un proyecto se distribuyen de manera eficiente entre dichos sectores con la finalidad de alcanzar un resultado público

deseado vinculado al desarrollo de infraestructura y la prestación de servicios públicos^{8 9}.

Como puede apreciarse, el concepto de Asociaciones Público-Privadas termina siendo sumamente amplio, pudiendo incluirse dentro de dicho concepto desde privatizaciones en sentido estricto (entendiendo dentro de este concepto a la transferencia en propiedad de acciones y activos del Estado a favor del sector privado), hasta mecanismos tales como proyectos BOT (Build Operate Transfer), arrendamientos, *joint ventures*, concesiones puras, contratos de gerenciamiento, entre otros.

El concepto más utilizado, sin embargo, es uno restringido, bajo el cual "el modelo PPP se distingue de los modelos tradicionales de propiedad estatal y de privatización al combinar elementos propios de cada uno de ellos, asociando capitales privados y públicos, y distribuyendo los riesgos derivados del proyecto entre ambas partes"¹⁰. Es justamente este concepto el que utilizaremos en el presente artículo.

Establecido el concepto de Asociación Público-Privada, es necesario mencionar un aspecto muy importante de dichas asociaciones. Por la diversidad de los proyectos que pueden ser objeto de una Asociación Público-Privada, no pueden existir reglas inmutables para su diseño y estructuración, razón por la cual las características particulares de cada Asociación Público-Privada estarán en función de la naturaleza, envergadura, riesgos y potencialidades del proyecto específico a ser ejecutado, así como del contexto en el cual dicho proyecto se llevará a cabo.

En este sentido, gran parte del desafío de estructurar Asociaciones Público-Privadas exitosas parte de la capacidad gubernamental de lograr satisfacer el reto de generar fórmulas que se adapten a las necesidades de cada proyecto, fórmulas que justamente en muchos casos, requerirán de una importante participación del Estado a partir del cofinanciamiento de dichos proyectos.

En atención a lo mencionado en los párrafos anteriores, debe concluirse que cada Asociación Público-Privada debe contar con características particulares e individuales, según el proyecto a ser ejecutado. No obstante ello, es importante resaltar que los acuerdos

⁶ PONGSIRI, Nutavoot. "Regulation and Public-Private Partnerships". Manchester: Centre on Regulation and Competition, Institute for Development Policy and Management. University of Manchester. 2001.

⁷ HM TREASURY. "Public Private Partnerships, The Government's Approach". Londres: The Stationery Office. 2000. p.10.

⁸ GRIMSEY, Darrin y MERVYN, Lewis. "Public Private Partnerships: The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance".

⁹ KUMAR, Sasi. "Public-private partnerships in urban infrastructure". En: KERALA CALLING. Febrero de 2004. p. 36.

¹⁰ FELICES, Enrique. "Asociaciones Público-Privadas para el Financiamiento de Infraestructura: El Nuevo Rostro del Project Finance". En THEMIS-Revista de Derecho 50.

que se celebran para el desarrollo de Asociaciones Público-Privadas en general pueden gozar de algunas o de todas las características siguientes:

- i. La relación entre el sector privado y el sector público debe ser duradera a lo largo del tiempo. En este sentido, aún cuando las Asociaciones Público-Privadas tienen un carácter de temporalidad, normalmente vinculan al sector privado con el público a través de relaciones de muy largo plazo.
- ii. El sector público pone a disposición del sector privado terrenos o infraestructura pública, con o sin un pago a cambio, usualmente por todo el plazo del contrato. El sector privado, por su parte, se obliga a ampliar o rehabilitar infraestructura existente o construir infraestructura nueva y a brindar servicios con dicha infraestructura (usualmente con restricciones vinculadas a los estándares de operación y las tarifas aplicables).
- iii. El sector público especifica el nivel de servicios operativos que deberá brindar el sector privado, lo cual incluye características de desempeño cualitativo y cuantitativo. Para este efecto, el sector público define los servicios que requiere a lo largo del plazo de duración de la Asociación Público-Privada, haciendo referencia a un resultado deseado de producción y a desempeños específicos, sin establecer en detalle los medios para lograr tales resultados.

En este sentido, el riesgo de diseño, en términos de la decisión respecto del tipo de activos que se requieren para proveer los servicios al estándar requerido, se deja al sector privado. Este elemento es muy importante mencionar, pues, justamente, la idea detrás de las Asociaciones Público-Privadas es que, a través, de dichas asociaciones, el sector público no compra un activo, sino que, más bien, compra un flujo de servicios bajo términos y condiciones previamente establecidos.

- iv. La distribución de responsabilidades y de riesgos se establece de manera colaborativa (sea que se trate de riesgos financieros, económicos, medioambientales, sociales o de cualquier otro tipo), pues existe un interés mutuo y un compromiso unívoco del sector público con el privado hacia el éxito del proyecto.
- v. El sector público no efectúa pagos durante la etapa de construcción y el riesgo por mayores costos,

demoras y similares queda con el sector privado. Los pagos del sector público son efectuados una vez que la infraestructura ha sido construida y se encuentra operativa y, adicionalmente, los pagos subsecuentes se encuentran sujetos a ajustes si los estándares de desempeño especificados por las partes no son cumplidos por el privado.

- vi. El sector privado transfiere la infraestructura objeto de explotación al sector público, con o sin una obligación de pago a cambio, al final del contrato.
- vii. Cada uno de los participantes brinda valor a la asociación. Las Asociaciones Público-Privadas tienen por objetivo que se usen las mejores capacidades, destrezas, conocimientos y recursos disponibles en beneficio del proyecto, independientemente de si éstos provienen del sector público o del sector privado. Uno de los objetivos de las Asociaciones Público-Privadas es obtener "Valor por Dinero" y, para ello, cada socio transfiere dinero, propiedad, autoridad, reputación o cualquier otro tipo de aporte requerido para el éxito del objetivo planteado.

Es justamente esta característica esencial de las Asociaciones Público-Privadas la que muchas veces deriva en el otorgamiento de respaldo público para el desarrollo de ciertos proyectos, en nuestro caso a través de concesiones cofinanciadas.

A continuación, revisaremos algunas de las modalidades más frecuentes y conocidas de respaldo público en el campo de Asociaciones Público-Privadas.

3. RESPALDO PÚBLICO EN PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA DE SERVICIOS PÚBLICOS

El respaldo público en proyectos de infraestructura de servicios públicos puede prestarse bajo una serie de modalidades, las mismas que podrían enmarcarse en dos grandes categorías.

En efecto, de un lado encontramos a formas de respaldo público que se traducen en soporte gubernamental de índole financiero, directa o indirectamente, para el desarrollo de un proyecto. De otro lado, encontramos una serie de mecanismos por los cuales el sector público brinda beneficios al inversionista privado y seguridades y remedios que normalmente son exigidos por los financistas del proyecto¹¹, tales como el otorgamiento de beneficios tributarios a favor del sector privado, la celebración de

¹¹ KERF, Michel y otros. "Concessions For Infrastructure, A Guide to Their Design and Award". World Bank Technical Paper 399. Washington: The World Bank. 1998. p. 143.

convenios de estabilidad jurídica, el otorgamiento de garantías de suministro por parte de proveedores estatales o el otorgamiento de garantías declarativas vinculadas a la libre convertibilidad del dinero, la libre transferencia de divisas, la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros, entre otros.

En un sentido restringido, sin embargo, la existencia de respaldo público para un proyecto bajo la modalidad de Asociación Público-Privada hace referencia al primer tipo de soporte gubernamental, es decir, a la estructuración de medidas especiales de índole financiera o económica, que el Estado adopta para mejorar las condiciones de ejecución de determinado proyecto o para facilitar la asunción por parte del privado de ciertos riesgos que en condiciones normales no tomaría¹².

El presente artículo, justamente, se refiere a este sentido restringido de respaldo público y, por ende, no hace referencia a otros mecanismos de respaldo público

Normalmente son tres los sustentos que se emplean para fundamentar el otorgamiento de soporte gubernamental financiero directo o indirecto en proyectos de infraestructura de servicios públicos. En primer lugar se menciona que la existencia de riesgos políticos no asegurables legitiman al Estado a asumir compromisos que mitiguen este riesgo; en segundo lugar se hace mención a la necesidad de que ciertos servicios deban ser prestados a un valor "*socialmente deseable*" y que, por ende, acarreen la consecuente obligación del Estado de, en ciertos casos, asumir el impacto financiero de ofrecer tarifas por debajo de su costo. Por último, se utiliza una justificación muy amplia, según la cual simplemente en muchos casos resulta más eficiente que sea el Estado quien asuma determinados riesgos¹³.

En nuestra opinión, efectivamente es necesario y fundamental que el Estado pueda brindar respaldo público en ciertos supuestos, asumiendo determinados riesgos y brindando apoyo público de manera directa o indirecta para el desarrollo de proyectos de infraestructura de servicios públicos. Dicho respaldo público, sin embargo, debe otorgarse únicamente cuando ello resulte necesario y deseable bajo un análisis costo beneficio que considere el grado de interés público (por aspectos económicos o sociales) en la ejecución de determinado proyecto y las posibilidades de éxito de dicho proyecto si es que no se brindase tal respaldo público.

Considerando lo anterior, es importante destacar algunas de las principales formas de respaldo público que pueden ser utilizadas para estos efectos¹⁴:

- i. En primer lugar, el Estado puede otorgar préstamos a la sociedad que desarrolle el proyecto sin interés o a un interés inferior al del mercado. Sobre el particular, debe resaltarse que esta modalidad permitiría reducir el costo financiero del proyecto pero implica un desembolso efectivo por parte del Estado y, por ello, no es una de las fórmulas más utilizadas.

Cabe indicar, adicionalmente, que los préstamos que confiera el Estado pueden otorgarse bajo la modalidad de préstamos públicos subordinados. De este modo, las condiciones financieras del proyecto se mejorarían aún más, pues permitiría complementar el capital prestado por la banca comercial o por otros financistas sin que éstos deban competir con el Estado por el servicio de la deuda.

- ii. En segundo lugar, el Estado puede otorgar garantías de reembolso de los préstamos que tome la sociedad que desarrolla el proyecto. De esta manera, los financistas del proyecto contarían con garantías adicionales que reduzcan el riesgo de falta de pago frente a un eventual incumplimiento de la sociedad del proyecto.

El otorgamiento de este tipo de garantías puede ser más deseable que el otorgamiento de préstamos públicos, pues no suponen un desembolso estatal, salvo que exista un incumplimiento efectivo de la sociedad del proyecto en sus obligaciones de pago de deuda con los financistas. No obstante ello, debe tomarse en cuenta que aunque este tipo de garantías no supone un desembolso inmediato por parte del Estado, sí constituye una contingencia para éste.

Es importante mencionar que este tipo de garantía no necesariamente se otorga como una obligación de pago pura y simple por parte del Estado a favor de los financistas frente a un incumplimiento de la sociedad que desarrolla el proyecto. Por el contrario, normalmente, es una garantía limitada en la que tales límites son establecidos fijando, entre otros, topes máximos al monto garantizado (sobre la base de sumas

¹² COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL. "Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada".

¹³ KERF, Michel y otros. Op.Cit. pp. 143-144.

¹⁴ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL. Op. Cit.

fijas o basándose en porcentajes de la inversión total en el proyecto); estableciendo taxativamente los tipos de riesgos que son objeto de la garantía (de modo que no sea una garantía comprehensiva, sino que sólo garantice ciertos incumplimientos de pago derivados de acontecimientos fuera del alcance de las partes) o estableciendo que la garantía sólo sea ejecutable en la medida que los financistas hubieran previamente agotado otras alternativas para la continuidad del proyecto o para la ejecución de otras garantías disponibles.

- iii. En tercer lugar, una forma muy usada de respaldo público es a través de la participación estatal en el capital social de la sociedad que desarrolle el proyecto. A través de esta fórmula, el Estado participa con un aporte importante en el capital de la sociedad, disminuyendo el costo financiero del proyecto y (se dice) mitigando el riesgo político. En nuestro caso, sin embargo, esta alternativa tendría que analizarse a la luz de la disposición constitucional que establece que el Estado, sólo autorizado por ley, puede realizar subsidiariamente actividad empresarial directa o indirecta y por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.
- iv. En cuarto lugar, un típico caso de respaldo público se presenta a través de subvenciones estatales. A través de dichas subvenciones, la sociedad del proyecto recibe parte o toda su retribución directamente del Estado.

Esta fórmula es la que se usa en especial para proyectos de alta rentabilidad social y baja rentabilidad financiera con la finalidad de lograr objetivos gubernamentales tales como brindar acceso a servicios públicos de sectores de la población menos favorecidos o promover la descentralización productiva. No obstante ello, esta fórmula no es excluyente de proyectos que sí tienen una rentabilidad financiera razonable, ya que en éstos se puede utilizar a fin de mitigar riesgos de demanda o similares. Así, por ejemplo, dentro de esta categoría se encontrarían las garantías de ingreso del Estado a favor de la sociedad del proyecto y otros mecanismos contractuales que tienen por finalidad que el Estado asuma la obligación de complementar los ingresos de la sociedad del proyecto cuando la rentabilidad del mismo desciende por debajo de ciertos niveles mínimos.

El otorgamiento de este tipo de garantías debe siempre evaluarse a propósito de las normas que protegen la libre competencia, así como de los

convenios de integración regional que pudieran establecer alguna restricción para el Estado al respecto.

El listado anterior, por cierto, no constituye una lista taxativa de los tipos de respaldo público que puede otorgar el Estado, sino una mera enunciación de algunas de las formas más usuales de ello.

Al inicio de este artículo, mencionamos que algunos proyectos de infraestructura habían sido observados por entidades gubernamentales en virtud de una supuesta incompatibilidad entre el régimen general de concesiones y los compromisos asumidos por el Estado en los respectivos contratos de concesión y adelantamos que, en nuestra opinión, dichas observaciones carecían de sustento pues en realidad estábamos frente a supuestos de concesiones cofinanciadas. De hecho, los proyectos en mención han utilizado alguna o varias de las formas de respaldo público que hemos mencionado anteriormente.

No obstante lo indicado en el párrafo anterior, es de mencionar que la única regulación aplicable a las concesiones cofinanciadas en nuestro país se encuentra en el artículo 14, inciso c del TUO de Concesiones, que define a la concesión cofinanciada por el Estado como una modalidad de concesión en la que el cofinanciamiento se da "con una entrega inicial durante la etapa de construcción o con entregas en la etapa de la explotación, reintegrables o no".

Como puede apreciarse, si se desea una real promoción de las Asociaciones Público-Privadas a través de las concesiones cofinanciadas, resulta deseable reglamentar en mayor detalle (sin incurrir en una sobrerregulación o en una regulación ineficiente) a las concesiones cofinanciadas. Dicha reglamentación, como es evidente, debe ir acompañada de una labor de difusión de las bondades y beneficios de las concesiones cofinanciadas, de una labor de capacitación al interior del sector público y de un desarrollo efectivo de proyectos bajo esta modalidad.

A continuación, brindamos algunas ideas al respecto, a ser tomadas en cuenta para promover las concesiones cofinanciadas como parte de un plan de promoción de las Asociaciones Público-Privadas en nuestro país.

4. RESPALDO PÚBLICO, CONCESIONES COFINANCIADAS Y ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS

Con la finalidad de impulsar un programa para la ejecución de proyectos que deban ser otorgados bajo la modalidad de concesiones cofinanciadas en particular y para la promoción de las Asociaciones

Público-Privadas en general, es necesario previamente adoptar una serie de medidas a nivel gubernamental¹⁵.

De un lado, se requiere compromiso político a todo nivel, se necesita que el Estado asuma como uno de sus objetivos el desarrollo de las Asociaciones Público-Privadas a fin de lograr mejor y mayor infraestructura de servicios públicos y un mayor acceso a estándares de servicios públicos más altos en beneficio de la población. En este orden de ideas, consideramos que se requiere que dicho compromiso sea asumido por el Estado en todas sus esferas y en sus tres niveles de gobierno, el nacional, el regional y el local.

Sólo en la medida que los tres niveles de gobierno asuman un compromiso efectivo con el programa de promoción de las Asociaciones Público-Privadas se podrá lograr que dicho programa se constituya en una oportunidad continua de negocios que atraiga al sector privado y que promueva la inversión de recursos en los procesos que se convoquen para tal efecto. En este contexto, la difusión que se realice de las potencialidades y beneficios de las Asociaciones Público-Privadas es también esencial.

De otro lado, se requiere generar capacidad técnica, tanto a nivel del sector público como del sector privado para lidiar con el proceso de Asociaciones Público-Privadas. En especial, el sector público debe promover programas de capacitación de sus funcionarios y crear unidades especializadas que desarrollen la experiencia necesaria en la estructuración de proyectos a través de Asociaciones Público-Privadas y que lideren el proceso de generación de nuevos proyectos.

Vinculado a lo anterior, se encuentra el requisito de priorización de proyectos. El gobierno debe identificar aquellos sectores y proyectos que deben tener prioridad bajo el programa de concesiones cofinanciadas y realizar estudios de viabilidad de los esquemas que se diseñen para cada uno de dichos proyectos, antes de las convocatorias correspondientes.

Establecidas las prioridades del gobierno, es necesario generar un flujo regular, importante y continuo de operaciones que, además, deben basarse en patrones predecibles de asignación de riesgos. Un flujo regular de transacciones bajo sistemas de distribución de riesgos usuales para el mercado nutre el desarrollo de un programa exitoso de Asociaciones Público-Privadas.

Por último, se requiere contar con una ley de concesiones que permita de la manera más amplia la aplicación del

programa y de normas que regulen los controles que se efectuarán al respaldo público que podrá otorgar el Estado para el desarrollo de proyectos bajo el programa. En este aspecto, nuestro país ha avanzado mucho con la generación de un marco legal que ha permitido el desarrollo de diversos proyectos de infraestructura a través del otorgamiento de concesiones. No obstante, con la finalidad de brindar mayor certeza a los inversionistas privados, asegurar la transparencia y tomar un primer paso hacia el crecimiento de las Asociaciones Público-Privadas, consideramos que resulta necesario desarrollar en mayor detalle los tipos de respaldo público que podrán otorgarse a proyectos de infraestructura de servicios públicos, así como establecer con absoluta certeza (en beneficio tanto del sector público como del privado), los procedimientos, autorizaciones y niveles de aprobación que se requieren para autorizar dicho respaldo público.

Si el éxito de los proyectos de infraestructura de servicios públicos depende en gran parte de que las estructuras contractuales que se diseñen para su ejecución respondan a las necesidades y características específicas de cada proyecto particular y que en ciertos supuestos sea el Estado quien asuma determinados riesgos (brindando apoyo público de manera directa o indirecta para el desarrollo de proyectos), para el éxito de una Asociación Público-Privada se requiere que las partes (tanto pública como privada) posean la flexibilidad necesaria a fin de lograr una adecuada distribución de riesgos.

Como consecuencia de lo anterior, el principio general respecto del cual debe partir una eventual regulación que se prepare al respecto es que no se debe limitar de manera innecesaria la flexibilidad del Estado para estructurar conjuntamente con los privados una distribución de riesgos que sea la que mejor se adecue a las necesidades específicas del proyecto. No obstante ello, dicho marco regulatorio debe también asegurar que el Estado no incurra en responsabilidades excesivas y garantizar que se respeten las reglas de sostenibilidad fiscal a lo largo del tiempo.

En este orden de ideas, el marco legal que eventualmente se dicte debe prever la aplicación de las Asociaciones Público-Privadas en los tres niveles de gobierno del Estado y debe tomar una posición respecto de los tipos de respaldo público que resultan deseables. Sobre el particular, debe tomarse en cuenta que la norma no debe ser taxativa respecto de los tipos de respaldo público que se podría brindar, justamente para permitir que ésta se pueda adaptar a las necesidades de los diversos

¹⁵ La publicación "Public Private Partnerships: UK Expertise for International Markets" contiene un listado interesante de "prerequisitos" sugeridos para que un programa de PPPs resulte exitoso. Parte de los puntos sugeridos en esta sección del artículo se basan en dicha publicación.

proyectos y amoldarse a las diversas estructuras financieras que para tal efecto podrían diseñarse.

Tal y como hemos mencionado anteriormente, el marco legal debe también establecer claramente los requisitos que se deberán cumplir a fin de obtener las autorizaciones pertinentes para el otorgamiento de respaldo público. Ello incluye tanto una regulación de los procedimientos formales en sí mismos, así como el nivel de coordinación que se deberá efectuar al interior del Estado para la aprobación de respaldo público. En este sentido, es necesario definir el rol que desarrollarán en el proceso de aprobación entidades tales como la Agencia de Promoción de la Inversión Privada PROINVERSIÓN —o las agencias de promoción regionales o locales de ser el caso—, el Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante MEF), la entidad concedente (sea que ésta sea de nivel nacional, regional o local), la Contraloría General de la República, el Congreso de la República y cualquier otra entidad del gobierno regional o local de ser el caso.

De otro lado, resulta también fundamental que la norma establezca la forma como se deberá estimar el costo total del respaldo público a ser otorgado y que exija que se realice un análisis del impacto que podrían tener los compromisos del Estado en su situación fiscal, pues se debe buscar evitar que el Estado asuma responsabilidades contingentes mal definidas o excesivas¹⁶. Para ello, un programa de respaldo público debe tomar en cuenta métodos especiales para calcular el costo presupuestario del respaldo público otorgado, a fin de tomar en cuenta el valor actualizado de su futuro costo o de la pérdida de ingresos futuros de ser el caso.

Sobre el particular, debe considerarse que la entrega en concesión de proyectos cofinanciados debe realizarse tomando en cuenta lo dispuesto por el artículo 15 del TUO de Concesiones¹⁷, el impacto que el cofinanciamiento del Estado genere o que pudiera generar en la sostenibilidad fiscal y financiera del Estado, el respeto de las reglas de responsabilidad fiscal, la eficiencia en el cumplimiento de los objetivos del Estado y en el empleo de recursos públicos, la eficiencia en la distribución de riesgos del proyecto, las ventajas socioeconómicas del proyecto objeto de análisis, el grado de interés público en el desarrollo del proyecto y las ventajas generales de desarrollar el proyecto a través de la celebración de un contrato de concesión cofinanciada.

Por otro lado, sería importante incluir dentro del concepto de cofinanciamiento a los proyectos con

cofinanciamiento contingente, es decir, aquellos proyectos en los que las entregas a cargo del Estado no son ciertas y más bien resultan contingentes por estar vinculadas al cumplimiento de ciertos eventos que gatillen el cofinanciamiento.

Asimismo, en atención a las obligaciones que asumirá el Estado en virtud del respaldo público que preste, podría ser de utilidad la creación de un fondo de contingencias para respaldar las garantías que otorgue el Estado.

Por último, en lo que se refiere a los acuerdos específicos que se celebren entre el sector público y el privado para el desarrollo de proyectos, deben establecerse las reglas de juego de manera clara y brindar certeza a los miembros de la asociación. En cualquier caso, el Estado debe mantener la responsabilidad vinculada a las decisiones entre objetivos que pudieran competir, definir los objetivos elegidos y velar porque se cumplan bajo los estándares requeridos y salvaguardar el interés público. En este sentido, el Estado debe decidir el nivel de servicios que será requerido y los recursos públicos que estén disponibles para pagar por ello, debe fijar y monitorear el desempeño de los estándares de seguridad y calidad por dichos servicios y debe tomar acción si es que ellos no son alcanzados. No obstante lo anterior, debe también tomarse en cuenta que dichos acuerdos no deben (ni pueden) ser comprensivos y, por el contrario, lo que se requiere es fijar en ellos un entendimiento común y amplio respecto de las prioridades y objetivos públicos.

5. CONSIDERACIÓN FINAL

La colaboración entre los sectores público y privado a nivel de proyectos debe ir acompañada también de apoyo mutuo a nivel de fijación de políticas públicas, pues para la toma de decisiones acerca del diseño y formulación de iniciativas gubernamentales que evalúen formas de promoción de las Asociaciones Público-Privadas resulta de suma importancia la opinión e información que al respecto puede brindar el sector privado.

En este sentido, la labor de promoción de las Asociaciones Público-Privadas no debe ser una labor exclusiva o excluyente del sector público. Más aún, por qué no pensar en una primera labor importante de colaboración entre el sector público y el privado para el lanzamiento de un programa agresivo de Asociaciones Público-Privadas.

¹⁶ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL. Op. Cit.

¹⁷ D.S. 059-96-PCM. Artículo 15.- "Para determinar la modalidad de la concesión según el artículo 14 de este título deberá considerarse la necesidad de la obra y del servicio, su rentabilidad, la amortización de sus costos, y de los gastos de conservación y de explotación.

Cuando en aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, se opte por cualquiera de las modalidades previstas en los incisos b, c o d del artículo 14 y los ingresos resulten superiores a los previstos, podrán precisarse las obligaciones de reinversión del concesionario o de participación del Estado".