

Evolución de las Asociaciones Público Privadas – APPs, conforme a la regulación normativa: una visión a través de experiencias

Angie Umezawa*¹

María Elena Reaño ²

SUMARIO:

1. Introducción. 2. Evolución y experiencias de APPs en el Perú. 2.1 Primeras experiencias de participación privada (APP) en sectores tradicionalmente reservados para el Estado. 2.2 Evolución de esquema tradicional de promoción de la inversión privada a través de las concesiones. 2.3 Consolidación de la APPs como “género” entre diversas alternativas para invertir. 2.4 Las Iniciativas Privadas, y su evolución como mecanismo de APP. 3 Conclusiones.

PALABRAS CLAVE:

Asociación Público Privada, evolución, concesión, privatización, proyectos de infraestructura, servicios públicos, iniciativa privada.

KEY WORDS:

Public Private Partnership, evolution, concessions, privatization, infrastructure projects and public services, private initiatives.

RESUMEN:

Las Asociaciones Público Privadas hoy en día involucran una gran variedad de formas de participación privada en el desarrollo de proyectos de infraestructura y servicios pú-

* Miembro del Consejo de Egresados del CÍRCULO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

¹ Angie Umezawa Makikado. Asociada senior en Delmar Ugarte Abogados en el área de Proyectos y Derecho Regulatorio. Graduada con altos honores de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Máster en Economía y Regulación de Servicios Públicos en la Universidad de Barcelona, con mención en telecomunicaciones. Ha brindado asesoría a diversas empresas concesionarias de aeropuertos, carreteras, y otros proyectos de infraestructura para la prestación de servicios públicos, en temas administrativos y regulatorios. Asimismo, se ha desempeñado como asesora legal en la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSION.

² María Elena Reaño Bastante. Asociada en Delmar Ugarte Abogados en el área de Proyectos y Derecho Regulatorio. Egresada de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Estudios concluidos de Maestría en Finanzas y Derecho Corporativo en la Escuela Superior de Administración de Negocios (ESAN). Experiencia en Concesiones e Iniciativas Privadas, relacionadas a proyectos de infraestructura y servicios públicos; y en regulación y contratación con el Estado; así como en procedimientos para la adquisición de bienes estatales ante la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales (SBN).

blicos, al respecto las autoras detallan los progresivos cambios en los contenidos de las Asociaciones Público Privadas en el Perú, las mismas que se iniciaron en nuestro país a principios de los años 90 con las primeras relaciones de colaboración entre los privados y el Estado. En un principio bajo el sistema tradicional de concesiones, que a su vez se alejó del modelo de contrato de obra pública para dar inicio a las primeras privatizaciones y que posteriormente con el auge de las iniciativas privadas convertirían al privado en propulsor de la inversión en nuestro país. Para finalmente, contemplar a la Asociación Público Privado como un género entre diversas alternativas de inversión, que es capaz de incluir diversas modalidades de participación privada desde concesiones, joint venture, asociaciones en participación, hasta contratos innominados que se ajusten a cada proyecto en específico.

ABSTRACT:

The Public Private Partnership today involve a variety of forms of private participation in the development of infrastructure projects and public services, to respect the authors detail the progressive changes in the contents of the Public Private Partnerships in Peru, the same as began in our country in the early 90s with the first partnerships between private and state. Initially under the traditional system of concessions, which in turn had left the model public works contract to begin the first privatizations and later with the rise of private initiatives would make the propeller private investment in our country. To finally see the Public Private Partnership as a genre among various investment alternatives, which is able to include various forms of private participation from concessions, joint venture, joint ventures and innominate contracts that fit each specific project.

1. Introducción

El fomento a la inversión privada ha tenido un especial énfasis en el desarrollo de grandes proyectos de infraestructura de obra pública y la prestación de servicios públicos. El éxito para la ejecución de estos proyectos en el país ha dependido en gran medida del desarrollo de un marco legal consistente que permitiera una adecuada aplicación de un programa de Asociaciones Público Privadas (APP) y que regulara de manera expresa el tipo de respaldo público a ser otorgado a los inversionistas privados, lo cual, a la larga, ha generado un cambio evolutivo en el concepto de APP en el Perú.

A partir de los noventa se inició un programa de reformas estructurales que significaron una transformación sustancial del rol que el Estado venía desempeñando en la economía, para lo cual se dismanteló la antigua estructura intervencionista para pasar a un nuevo modelo de Estado regulador. Este cambio implicaba una serie de reformas en el diseño de la política económica, siendo uno de sus principales objetivos la incorporación del sector privado en el desarrollo de la infraestructura y la provisión de servicios públicos.

En ese sentido, se vio la necesidad de crear un marco legal e institucional que permitiera implementar mecanismos destinados a crear un clima de seguridad y confianza para el inversionista privado, en donde el Estado tuviera un rol subsidiario en la economía³. La

³ Cabe señalar que, con anterioridad al año 1990, el marco legal aplicable a la inversión privada otorgaba un trato discriminatorio a los inversionistas extranjeros, a través de la imposición de una serie de restricciones

existencia de esos mecanismos legales ha sido la base para la implementación de las APP como una oportunidad continua de negocios, para atraer al sector privado y promover la inversión de recursos en los procesos que se convocaron para tal efecto.

Precisamente, uno de los principales objetivos del nuevo programa económico consistió en establecer una serie de reformas orientadas a promover la inversión privada y a reducir el nivel de intervención estatal en la economía. Con este fin, el gobierno promulgó un marco legal e institucional para establecer un régimen que otorgara suficientes garantías a la inversión privada⁴, así como un procedimiento más ágil y transparente para la implementación de la participación de la inversión privada en los proyectos de gran envergadura en infraestructura y servicios públicos. En este contexto, se aprueba el Decreto Legislativo N° 839, Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos –y más adelante el Decreto Supremo N° 059-96-PCM– con la finalidad de promover el desarrollo de proyectos de infraestructura a través de la inversión privada, así como un conjunto de normas complementarias que tenían por objeto garantizar la libre iniciativa privada en todos los sectores de la actividad económica, mediante la creación de un régimen general dispuesto a otorgar una serie de derechos y garantías a favor de los inversionistas⁵.

Una vez que estas garantías quedaron institucionalizadas mediante la promulgación de la Constitución Política de 1993, que definió el rol del Estado como promotor de la iniciativa privada, se empezaron a desarrollar los programas de privatización de activos del Estado y las primeras asociaciones público privadas, a través de la promoción de las concesiones. En ese sentido, mediante la aprobación de este nuevo marco normativo, se reconoce expresamente que la inversión privada constituye un elemento esencial para lograr el dinamismo económico en el Perú, lo cual permitió la estructuración de los primeros programas de APP en el desarrollo de grandes proyectos de infraestructura.

2. Evolución y experiencias de APPs en el Perú

El término Asociaciones Público Privadas (APP) puede hacer alusión a un espectro muy amplio de relaciones de colaboración entre los sectores público y privado en el contexto

tales como: la limitación de su participación en determinadas actividades, la obligación de asociarse con inversionistas locales, restricción a la libre disponibilidad de sus divisas y el acceso a crédito a largo plazo.

⁴ Dentro del conjunto de normas dictadas por el gobierno peruano para promover la inversión privada, se promulgaron los siguientes decretos legislativos: (i) Decreto Legislativo N° 662, Ley de Promoción a la Inversión Extranjera, que propone la igualdad de trato entre la inversión nacional y extranjera; (ii) Decreto Legislativo N° 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada en Empresas del Estado, que declara de interés nacional la inversión privada en el ámbito de las empresas que forman parte de la actividad empresarial del Estado; y, (iii) Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, la cual tiene por objeto garantizar la libre iniciativa privada en todos los sectores de la actividad económica y bajo cualquiera de las formas empresariales permitidas.

⁵ El objeto y los alcances del marco jurídico para la promoción de la inversión privada son, en primer lugar, garantizar la libre iniciativa privada y, en segundo lugar, asegurar las inversiones privadas efectuadas o por efectuarse en diversos sectores de la actividad económica. Además, establece los derechos, garantías y obligaciones a todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que sean titulares de inversiones en el país. Asimismo, se consigna la observancia obligatoria del Estado de estas normas por parte de los organismos del Estado, a través de la regulación de dos grandes herramientas jurídicas que efectivizan el crecimiento de la inversión privada: (i) estabilidad jurídica, como el conjunto de condiciones que permiten el respaldo normativo del estado para la promoción de la inversión privada; y (ii) seguridad jurídica, entendida como la confianza que deposita el inversionista en el ordenamiento jurídico de determinado país.

del desarrollo de proyectos de infraestructura y de servicios públicos⁶. Es así que, a pesar de ser utilizado de manera frecuente, el término no se encuentra exento de ser objeto de distintas interpretaciones y contenidos, pudiendo incluirse dentro de dicho concepto, desde privatizaciones en sentido estricto, hasta mecanismos contractuales diversos, en los cuales las APPs son vistas como modelos de inversión privada en un proyecto público. En ese sentido, en el presente artículo, haremos un breve resumen de diversas experiencias de APPs en el Perú, comenzando por la etapa de privatizaciones hasta la consolidación de las APPs a través de modalidades contractuales más modernas para el desarrollo de proyectos.

2.1 Primeras experiencias de participación privada (APP) en sectores tradicionalmente reservados para el Estado

Como parte de este desarrollo evolutivo de las APP en el Perú, queremos remontarnos a las primeras experiencias de inversión privada en actividades tradicionalmente reservadas al Estado. Es así que, a partir de la expedición del conjunto de normas para la promoción de la inversión privada, a principios de los noventa, se diseñó un plan de privatizaciones orientado a vender y otorgar concesiones en más de 200 empresas estatales, empleando la modalidad de subasta pública⁷. Una de las transacciones más representativas de dicha época se produce en el año 1994, cuando se realiza el proceso de privatización de las empresas de telefonía estatal, CPTSA y Entel Perú, a través de una oferta pública de venta de acciones por subasta. Este esquema de privatización⁸ generó una expectativa de tal magnitud que ocho operadores de nivel internacional se presentaron para ser precalificados en la subasta. Finalmente, el 28 de febrero de 1994, Telefónica Internacional de España ganó la subasta con una propuesta de US\$ 2,002 millones y un compromiso de inversión de US\$ 1,200 millones⁹.

Desde un punto de vista jurídico, este proceso puede definirse como el de una privatización material en sentido estricto, toda vez que no se dio un verdadero traspaso de la titularidad de las actividades de contenido económico, sino que el proceso se ha

⁶ Como señalan Kumar y Prasad, el único elemento absolutamente esencial en una APP es la existencia de un componente de participación privada en un ámbito que tradicionalmente ha correspondido de manera exclusiva y excluyente al Estado como gestor de obras públicas. En: KUMAR S. y Prasad, C.J. "Public-private partnerships in urban infrastructure". En: Kerala Calling. Febrero, 2004. P. 36-37.

⁷ FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. "La Experiencia de Privatización en el Perú 1991 – 2004". En: Experiencias de regulación en el Perú. Lima: Centro de Investigación Universidad Pacífico. 2004. p. 45.

⁸ Los aspectos centrales del plan de privatización en la prestación de los servicios de telecomunicaciones fueron:

(i) Proceder a la transferencia de las acciones de Estado en las empresas CPTSA y ENTEL PERU mediante una subasta pública, preparando paquetes de acciones iguales que ofrezcan un control común a un operador. Esto significa que la estructura adoptada en la privatización optó por conservar un monopolio integrado de servicios básicos y de otros servicios de telecomunicaciones que se operaban a nivel nacional.

(ii) De cada una de las empresas se ofreció un paquete de control equivalente al 35% de su capital social, siendo la fórmula de privatización elegida la de venta directa a través de una subasta pública internacional. En el caso de CPTSA, se ofrecía un paquete del Estado (19.9%) y el aumento del capital social equivalente al 23.3% lo que permitía que el futuro operador posea el 35% del nuevo capital social.

(iii) Se plantea un período de exclusividad (conurrencia limitada) en la concesión de los servicios de telefonía local fija y de portador de larga distancia por un período de cinco años, durante el cual no se permitía la entrada de nuevos operadores. A cambio, se le exigía al operador metas de expansión y mejora en la calidad de los servicios necesarios para un adecuado abastecimiento de la demanda en telefonía básica.

⁹ FERNANDEZ-BACA, Jorge. Op. Cit. p. 74.

planteado como uno en que sólo se efectúan transferencias al sector privado de las participaciones patrimoniales del Estado en CPTSA y ENTEL Perú¹⁰.

Ahora bien, aún cuando la privatización de estas empresas comprendía únicamente la venta de acciones del Estado a favor de un inversionista privado, lo cual no implica un mayor grado de colaboración entre los sectores público y privado; debe resaltarse que, en este caso, la formalización del proceso de privatización se realizó a través de la negociación y posterior suscripción de los contratos de concesión para la explotación comercial de estas empresas. Dentro de este esquema, aun cuando el Estado se reserva la titularidad de la actividad de telecomunicaciones, se transfiere su gestión a un operador privado, utilizando para ello la figura de la concesión como eje contractual bajo el cual se regula la relación entre Estado y el inversionista privado.

Es así que el proceso de privatización de las empresas de telefonía estatal constituye un primer hito en el desarrollo de las APP, en la medida que si bien a primera vista se trata principalmente de una transferencia patrimonial de las acciones y activos; a su vez, se desarrolla un régimen contractual especial a través del otorgamiento y suscripción de los contratos de concesión, en virtud de los cuales se regulaban las relaciones entre el operador privado y el Estado para la efectiva explotación de la actividad empresarial en el desarrollo de la industria de telecomunicaciones.

Precisamente, la privatización de CPTSA y ENTEL Perú tiene una característica particular en la medida que conlleva el otorgamiento de la concesión de un servicio público para la explotación de las empresas cuyas acciones fueron transferidas al sector privado. De esta manera, la colaboración entre ambos sectores no terminaba con la transferencia de las acciones sino que dicha relación continúa aún hoy, enmarcado dentro de una compleja red de relaciones que no sólo se circunscriben al inversionista privado y al Concedente. Cabe notar además que a partir de esta experiencia en materia de concesión, se gestan los primeros mecanismos para el otorgamiento de garantías y seguridades para los inversionistas privados que posteriormente fueron recogidos en el desarrollo de diversos proyectos de infraestructura y servicios públicos.

2.2 Evolución de esquema tradicional de promoción de la inversión privada a través de las concesiones

Conforme se detalló en el acápite anterior, durante la década de los noventa y bajo la vigencia de la Constitución Política del Perú de 1993, que proclama la economía social de mercado y el rol subsidiario del Estado¹¹ como pilares del régimen económico del país, se llevaron a cabo las primeras experiencias en materia de promoción de

¹⁰ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. "Servicio Público y Regulación. Marco Institucional de las Telecomunicaciones en el Perú". Lima: Palestra. 2005. p. 78.

¹¹ Artículo 58.- Economía Social de Mercado

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Artículo 60.- Pluralismo Económico

El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

la inversión privada. Si bien es cierto, la primera etapa de participación de inversión privada en la economía se dio básicamente a través de la privatización de las empresas estatales, en dicha década aparecen además los primeros proyectos otorgados bajo “concesión”, como modalidad de participación del sector privado en el ámbito de proyectos de naturaleza pública. Al amparo de este mecanismo, el Estado inició una serie de reformas económicas y de tipo jurídico para atraer la inversión privada a la construcción y operación de nueva infraestructura para la prestación de servicios públicos. Bajo este contexto, y desde sus inicios, se entendía a la concesión como “el acto administrativo por el cual el Estado, con el objeto que el concesionario realice determinadas obras y servicios fijados o aceptados previamente por el organismo concedente, le otorga el aprovechamiento de una obra para la prestación de un servicio público, por un plazo establecido”¹².

Cabe mencionar que, dentro de las primeras concesiones otorgadas en nuestro país, destacan los proyectos que fueron llevados a cabo en el sector transporte, específicamente en el ámbito de carreteras, lo cual potencializó el desarrollo de diversas provincias del Perú, a través de la construcción de vías que sirvieron de medios de comunicación entre unas ciudades y otras. En efecto, la construcción de carreteras no solo brindó una solución de transporte de los pobladores de distintas ciudades, sino que generó, como consecuencia, una mejora en actividades económicas como el comercio, a través de distintas zonas del país.

Una de las primeras y más relevantes concesiones que se llevó a cabo en esta etapa¹³, fue la correspondiente a la “Carretera Arequipa-Matarani”, la misma que tuvo como finalidad la explotación, rehabilitación y mantenimiento de los tramos Arequipa – empalme Panamericana Sur (Km. 0.00 al Km 39.350), Empalme Panamericana Sur – Matarani (Km 0.00 al Km 57.930) y Vía de Evitamiento – Arequipa (Km 0.000 – Km 7.340).

Esta concesión se desarrolló sobre la base del Decreto Legislativo N° 758, Decreto Legislativo para la promoción de las inversiones privadas en infraestructura de servicios públicos, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 189-92-PCM, normas que recogían algunas disposiciones sobre la naturaleza de la concesión, sus modalidades, y los procedimientos para su adjudicación, la Licitación Pública y el Concurso de Proyectos Integrales¹⁴. No obstante ello, este contrato, al ser uno de los primeros, fue concebido de manera similar a un contrato de obra pública¹⁵, es decir, a

¹² Artículo 5 del Decreto Legislativo N° 758.

¹³ Cabe precisar que esta concesión fue suscrita en el 19 de septiembre de 1994, bajo el Decreto Legislativo N° 758, Ley que promueve la Inversión Privada en Obras de Infraestructura y/o Servicios Públicos, cuyo Reglamento fue aprobado por D.S. N° 189-92-PCM.

¹⁴ El Decreto Legislativo N° 758 distingue las modalidades de concesión (artículo 9°): a título oneroso, a título gratuito, cofinanciada por el organismo concedente, y mixta. En la misma línea, la determinación de la modalidad deberá hacerse observando la necesidad de la obra y del servicio, su rentabilidad, la amortización de sus costos, y de gastos de conservación y explotación (artículo 10°). Por otro lado, se marca una diferencia respecto de la adjudicación de la concesión cuando es por Licitación Pública (cuando el Estado establece todos los lineamientos técnicos, legales y financieros en las bases, y usualmente se cuenta con un Expediente Técnico ya aprobado) y, por otro lado, cuando es por Concurso de Proyectos Integrales (en el cual los oferentes pueden plantear en sus propuestas los lineamientos técnicos y financieras para ejecutar el proyecto).

¹⁵ “El contrato de obra pública es (...) un procedimiento mediante el cual el Estado, o entidades públicas no estatales, indirectamente, a través de terceros, llevan a cabo la mencionada obra”. DROMI, Roberto. “Licitación Pública”. Buenos Aires: Ciudad Argentina. 1999. p. 563.

la forma tradicional de contratación del Estado con los particulares, para la construcción de obras de infraestructura¹⁶.

Posteriormente, y con la finalidad de ordenar y recopilar en una sola norma las diversas disposiciones emitidas respecto a las concesiones, en diciembre de 1996, entró en vigencia el Decreto Supremo N° 059-96-PCM, Texto Único Ordenado de normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos (el “TUO de Concesiones”), y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM (el “Reglamento del TUO de Concesiones”)¹⁷.

El TUO de concesiones y su Reglamento, al igual que sus antecedentes, declaran de interés nacional la inversión privada en proyectos de inversión en materia obras públicas y servicios públicos, precisando que la modalidad contractual por excelencia para realizar dicha inversión es la “Concesión”¹⁸.

No obstante la restricción de dicha norma en no considerar otras modalidades contractuales para llevar a cabo la inversión privada (limitación superada con la regulación expresa de las Asociaciones Público Privadas – APPs a través del Decreto Legislativo N° 1012), es importante mencionar que, de manera positiva, se establece expresamente que las empresas concesionarias pueden acceder a los beneficios recogidos en el Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, y su Reglamento, entre otros. Se señala así, que el Estado podrá celebrar con los concesionarios, convenios de estabilidad jurídica para otorgarles determinadas seguridades y garantías respecto de las inversiones que efectúen en obras de infraestructura o en servicios públicos, indicando además que para estos casos, la vigencia de los convenios de estabilidad jurídica es la misma que la del contrato de concesión¹⁹.

Asimismo, el TUO de Concesiones recoge lo regulado por el Decreto Legislativo N° 758, respecto a que si bien las concesiones sobre bienes públicos no otorgan un derecho real sobre los mismos, sí constituye un título suficiente para que el concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones²⁰.

Así, bajo la normativa del mencionado TUO, se llevó a cabo la concesión correspondiente al Tramo Ancón – Huacho – Pativilca de la Panamericana Norte²¹, la misma que fue

¹⁶ En efecto, el contrato de concesión “Carretera Arequipa-Matarani” está enfocado básicamente en la etapa de construcción de las obras, y en el reconocimiento por parte del Concedente (Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC) de dichos avances, a través de valorizaciones; las cuales, a su vez, implican un pago a favor del concesionario, en caso que el cobro del peaje no sea suficiente para compensarlo.

¹⁷ La Quinta Disposición Final y Transitoria del Decreto Legislativo N° 839 establece que, mediante Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, se aprobará un Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

¹⁸ Artículo 2 del Decreto Supremo N 059-96-PCM.

¹⁹ Artículo 12 del Reglamento del TUO de Concesiones.

²⁰ Respecto de la compensación que deberá recibir el concesionario, el artículo 35° del TUO de Concesiones señala que éste recibirá percibirá como compensación por las obras y servicios que explote, la tarifa, precio, peaje u otro sistema de recuperación de la inversión establecido, así como los beneficios adicionales expresamente convenidos en el contrato tales como concesiones para servicios turísticos, autoservicios, publicidad y otros. El contrato de concesión establecerá en su caso, los mecanismos que aseguren al concesionario la percepción de los ingresos por tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones, de acuerdo con la naturaleza de la concesión.

²¹ Contrato suscrito el 15 de enero de 2003.

autosostenible y onerosa²² a la vez, y que tuvo por finalidad la construcción, mantenimiento y explotación de la infraestructura de servicio público del Tramo Ancón-Huacho-Pativilca de la Carretera Panamericana Norte²³. Esta concesión, a diferencia de la mencionada en párrafos anteriores, se acerca más al concepto de concesión como tal, es decir, un contrato a través del cual el privado realiza una inversión en la construcción de la obra, y además, explota la concesión y percibe los ingresos por dicho servicio, haciendo mayor énfasis en la gestión y operación del proyecto²⁴.

De esta manera, la concesión dejó de ser percibida solo como una “solución” para cubrir al Estado en la inversión y ejecución de determinados proyectos que son necesarios para cubrir el déficit de infraestructura y servicios públicos del país, y más bien, se tomó en cuenta además, la perspectiva del privado, entendiéndose que el mismo invierte en dichos proyectos, sobre la base de su experiencia, con la finalidad de obtener una rentabilidad determinada. De esta manera, hace sentido la definición de concesión de GUASCH: “Las concesiones otorgan a una empresa privada el derecho de operar un determinado servicio de infraestructura y recibir los ingresos derivados del mismo, generalmente sobre la base de procesos de licitación competitiva. Las concesiones, en general, se otorgan por un periodo determinado de tiempo a la empresa que ofrece la prestación del servicio según los mejores términos al mismo tiempo que cumple determinados criterios generalmente relacionados con calidad e inversiones”²⁵.

Ahora bien, conforme se puede apreciar de los casos comentados anteriormente, algunas de las concesiones que se otorgaron bajo el amparo del TUO de Concesiones y su Reglamento, empezaron a incorporar una mayor participación por parte del inversionista privado, en el sentido que implicaba una distribución de riesgos como parte de la ejecución del contrato que los distinguía de los primeros contratos de concesión más tradicionales.

Dentro de estos mecanismos que se crean para una mejor asignación de riesgos, se empiezan a utilizar nuevas modalidades de concesión²⁶, siendo una de ellas, la “cofinanciada”, es decir, aquella en la cual la inversión en el proyecto a ejecutar, no necesariamente implica una inversión 100% del privado, sino que el propio Estado puede “colaborar” con la realización del mismo, a través de aportes de recursos públicos.

²² En materia de Retribución al Estado, conforme a la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, ésta consiste en el pago del 5.50% de los ingresos mensuales por concepto de peaje.

²³ Esta concesión comprende los siguientes tramos: Ancón-Huacho, entre los Km. 044 + 000 y 147 + 000 de la Ruta 1N; Ancón-Chancay, entre los kms. 044 + 000 y 066 + 400 de la Ruta 1N; y Huacho-Pativilca, entre los Km. 147 + 000 y 204 + 260 de la Ruta 1N. Siendo autosostenible, es decir, con una inversión 100% privada, el monto de inversión ascendió a US\$ 61 400 000,00 (Sesenta y Un Millones Cuatrocientos Mil con 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América).

²⁴ En efecto, el contrato antes mencionado contempla, entre otros temas, la distinción entre servicios obligatorios y complementarios, la posibilidad del concesionario de percibir distintos ingresos a los correspondientes al peaje, una cláusula expresa respecto al restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato, y una garantía tarifaria a favor del concesionario, entre otras novedades.

²⁵ GUASCH, Jose Luis. “Concesiones en Infraestructura, Cómo hacerlo bien?” (Edición castellano). España. 2005. p. 43.

²⁶ Respecto de las modalidades de otorgamiento de concesión, se especifican las siguientes: (i) Onerosas, la cual implica una retribución a favor del concedente, (ii) Gratuitas, en la cual no habría una retribución para el concedente, (iii) Cofinanciada, a través de la cual el concedente otorga al concesionario un porcentaje de recursos públicos para la ejecución del proyecto, y (iv) Mixta, la misma que implica una combinación entre las modalidades antes mencionadas

Dentro de estas concesiones, unas de las emblemáticas fueron las correspondientes a la Carretera Interoceánica, las mismas que involucran la entrega al privado de la construcción, conservación, mantenimiento y explotación de la infraestructura de servicio público de los Tramos N° 1, N° 2, N° 3, y N° 4 de dicha carretera (las "IIRSAS"). Cabe señalar que, estas concesiones se acercan más a los contratos que hoy conocemos, en donde existe efectivamente una plena delegación de gestión al privado, para ejecutar y explotar el proyecto de inversión correspondiente.

Otra de las particularidades y novedades de las concesiones de las "IIRSA", es la forma como se estableció el cofinanciamiento otorgado por el Estado, representado por el MTC, para completar el costo de la concesión; a través del Pago Anual por Obras (PAO)²⁷ y el Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO)²⁸.

De otro lado, es importante mencionar que durante esta época, y a la par de las concesiones antes comentadas, ya se planteaba, aunque de una forma muy básica, la posibilidad del privado de convertirse en "promotor" de proyectos de inversión sobre obras de infraestructura y servicios públicos.

En efecto, tanto el Decreto Legislativo N° 758, como su Reglamento, regularon, aunque de manera muy tangencial, la posibilidad de plantear "Iniciativas Privadas" (en adelante, "IP" o "IPs") por parte de particulares, estableciendo que: "Las personas jurídicas podrán presentar iniciativas que identifiquen el proyecto a contratar, señalando sus lineamientos generales que contendrán, como mínimo, las bases de su factibilidad económica y técnica. Dichos lineamientos, tienen carácter confidencial y reservado. Cuando el organismo concedente considere que el proyecto antes indicado y su ejecución se adaptan al procedimiento de concesión, podrá optar entre licitar su ejecución o promover un concurso de proyectos integrales, guardando la confidencialidad de quien tuvo la iniciativa y de los demás participantes. (...)".

Es importante mencionar que, una de las primeras iniciativas privadas que se promovió durante los 90s, no solo al amparo de las normas antes señaladas, sino a través de normas de carácter municipal, como la Ordenanza N° 098-MML, Reglamento de las Inversiones Privadas en Obras de Infraestructura y de Servicios Públicos Locales para la provincia de Lima; fue la Iniciativa Privada para la Concesión de la "Vía Expresa Javier Prado".

En efecto, esta "IP" tuvo como finalidad, construir y operar el Eje Vial Javier Prado, comprendido desde la intersección con la Av. - La Molina hasta la intersección con la Av. Faucett, y fue presentada el 05 de mayo de 1996, y aprobada por la Municipalidad Metropolitana de Lima (MML) mediante Resolución de Alcaldía N° 2029, publicada el 20 de junio del mismo año. No obstante ello, por razones de cambios de gestión, dicha IP ha quedado en suspenso hasta la fecha.

Uno de los temas a resaltar de este caso, es que, incluso antes de la promulgación del TUO de Concesiones, norma que recoge en su artículo 40° una disposición similar a

²⁷ Pago al concesionario por ejecución de obras a través del Ministerio de Economía y Finanzas, con cargo a los recursos correspondientes al MTC.

²⁸ Pago al concesionario por concepto de conservación, mantenimiento periódico y rutinario, y explotación de las vías involucradas en la concesión.

la mencionada en párrafos anteriores, los particulares ya presentaban IPs, al menos a nivel de la MML, quedando atrás la idea que la promoción de la inversión privada en proyectos estatales, era una labor exclusiva del Estado.

2.3 Consolidación de la APPs como “género” entre diversas alternativas para invertir

Conforme habíamos mencionado, hasta este momento la concesión era la figura contractual más utilizada para invertir en proyectos del Estado, no obstante el marco jurídico ya permitía el uso de otras modalidades contractuales como el joint venture, la asociación en participación, entre otros. De esta manera, se empezó a tomar conciencia que la concesión era solo una de las alternativas para invertir en proyectos estatales, dentro del género de las APPs.

Precisamente, la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada²⁹ establece de manera específica que la inversión privada en proyectos públicos puede ser formalizada bajo distintas modalidades contractuales, siendo incluso posible utilizar contratos innominados o atípicos, con la finalidad de materializar proyectos de inversión a través de las APPs. Bajo esta premisa, ya no es necesario plantear el proyecto de inversión partiendo de una modalidad contractual definida, como lo fue en su momento la venta de acciones, y luego, la concesión; sino que más bien, sobre la base de un proyecto de inversión determinado, se adapta la modalidad contractual que mejor lo efective.

A mayor abundamiento, mediante el Decreto Legislativo N° 1012 se aprueba la Ley Marco de las Asociaciones Público-Privadas, ofreciendo un primer alcance del concepto de Asociación Público Privada como una modalidad de participación de la inversión privada, en la que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos y tecnología; y donde se destaca de manera preponderante la relación de colaboración público-privada así como una correcta asignación de riesgos y recursos entre las partes, con el objeto de *crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública o proveer servicios públicos*.

Conforme a ello, debe observarse que la consolidación del concepto de APPs obedece más bien a un cambio en la visión en las relaciones entre el sector público y el privado, toda vez que actualmente se busca alinear los intereses de ambas partes para conseguir un objetivo y/o proyecto de carácter público.

En ese sentido, más allá de centrarnos en obtener una definición unívoca de este concepto, nos interesa caracterizar las APPs de acuerdo a algunos de sus aspectos más relevantes, los cuales que se destacan a continuación:

- La relación entre el sector privado y el público debe ser una asociación de larga plazo orientada al mejoramiento de un servicio público o de alta rentabilidad social.
- El sector privado debe tener un papel fundamental en el desarrollo y mantenimiento de la infraestructura, por ello parte del privado la responsabilidad en definir los medios más eficientes para alcanzar los resultados esperados del proyecto.

²⁹ Mediante la entrada en vigencia de la Ley N° 28059, Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 015-2004-PCM, se estableció de manera más precisa y expresa las diversas modalidades contractuales que podían ser utilizadas para efectuar dichas inversiones.

- El sector privado debe participar de alguna manera en el financiamiento del proyecto, para lo cual debe establecerse una estructura remunerativa que compense adecuadamente al inversionista.
- Debe existir una adecuada distribución de riesgos entre las partes, que los asigne a aquella parte que se encuentre en mejor posición para asumirlos a un menor costo.

Finalmente, no debe olvidarse que cada APP contará con características particulares e individuales según el proyecto a ser ejecutado, y adoptará un esquema propio buscando asociar capitales públicos y privados, a la par que distribuirá los riesgos derivados del proyecto entre ambas partes de manera eficiente con la finalidad de conseguir un resultado público deseado. Por ese motivo, la consolidación de las APPs constituye un hito en la evolución para el desarrollo de infraestructura y prestación de servicios públicos

2.4 Las Iniciativas Privadas, y su evolución como mecanismo de APP

Si bien, como hemos mencionado en el presente artículo, las Iniciativas Privadas o "IPs" tuvieron sus antecedentes en las disposiciones del Decreto Legislativo N° 758 y el Decreto Legislativo N° 839, fue con la Ley N° 28059 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo No 015-2004 PCM, vigentes desde el año 2003 y 2004, respectivamente, que dichos mecanismos cobraron protagonismo, y en donde el procedimiento de tramitación y evaluación de las IPs fueron regulados de manera más detallada.

En efecto, con la aprobación de dichas normas, se buscó que las IPs se convirtieran en mecanismos eficientes para solucionar el déficit existente en infraestructura, servicios, u otras facilidades esenciales del país. De esta manera, se conjuga, por un lado, las deficiencias existentes que no pueden ser cubiertas directamente por el Estado, con la experiencia y la inversión financiera del sector privado; compartiendo ambos, los riesgos y responsabilidades en la ejecución del proyecto de inversión respectivo.

La normativa aplicable, reguló entonces a la IP como aquella modalidad mediante la cual se permite al privado identificar un proyecto de inversión en activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, y proponer su ejecución a la autoridad competente del sector Público, quien la evaluará y determinará la viabilidad de la misma, teniendo dicha IP la calidad de una petición graciable. Bajo esa lógica entonces las IPs se convierten en instrumentos que buscan fomentar a los particulares a promover proyectos de inversión, tomando así una posición menos pasiva, y mucho más participativa que en los supuestos de iniciativas estatales.

Es importante mencionar que, una de las Iniciativas Privadas más emblemáticas en nuestro país, es la IP en servicios de saneamiento denominada "Planta de Tratamiento de Aguas Residuales Taboada"³⁰. Este proyecto resulta relevante, toda vez que fue presentada a nivel del gobierno central, y además, porque tiene la particularidad que la concesión materia de la IP fue finalmente adjudicada a un postor distinto al proponente del proyecto.

³⁰ Esta IP fue planteada ante PROINVERSION el 31 de octubre de 2006, y tuvo como finalidad la entrega en concesión de la construcción, operación y mantenimiento de la Planta de Tratamiento de aguas residuales ubicada en el Callao, con capacidad de diseño de 14 m³/seg., a fin de realizar un tratamiento a las aguas provenientes del Interceptor Norte, el Colector Comas Chillón y de la Línea de Impulsión Sarita Colonia.

Asimismo, cabe mencionar que el proceso de evaluación y adjudicación de la IP Taboada fue dilatada en el tiempo³¹, lo cual generó que se le apliquen además del TUO de Concesiones y la Ley N° 28059 y su Reglamento, el artículo 16° del Decreto Legislativo N° 1012, actual Ley de APPs, cuya regulación comentaremos a continuación³².

Posteriormente, con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, se consolidó el rol protagonista de las IPs, detallando aún más el procedimiento de evaluación de las mismas, y modificando algunos plazos de evaluación y de tramitación. No obstante las normas antes mencionadas se han convertido en los pilares normativos básicos para las APPs y las IPs, esta regulación, al igual que la mayoría de normas, no está exenta de críticas y observaciones. No nos detendremos a analizar las posibles falencias de dichas normas, toda vez que no es el objetivo del presente artículo, sin embargo, resulta importante precisar que una de las más importantes limitaciones del Decreto Legislativo N° 1012, fue incluir la restricción de presentar IPs respecto de proyectos de inversión cofinanciados³³.

En efecto, el artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1012 establecía: *“Las iniciativas privadas se realizan sobre proyectos de inversión en activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, las mismas que no podrán demandar garantías financieras y se sujetarán a lo establecido por el acápite ii del literal a del artículo 4 del presente Decreto Legislativo”*. De esta manera, esta norma impedía la presentación de IPs que demandaran la participación de recursos del Estado, limitando en gran medida las oportunidades de inversión en determinados proyectos que por su naturaleza son deficitarios.

Sin bien es cierto, el mencionado artículo 14 fue posteriormente modificado por la Ley N° 29771, publicada con fecha 27 de julio de 2011, eliminándose la restricción de presentar IPs cofinanciadas, lo cierto es que hasta ese momento y durante mucho tiempo, no se tenía en claro bajo qué condiciones y a través de qué tipo de procedimiento, es que se podía presentar una IP que involucre el uso de recursos estatales.

Sin perjuicio de dicha limitación, desde la década pasada hasta la fecha se han presentado para evaluación IPs en los más diversos ámbitos y sectores económicos de nuestro país.

A nivel nacional, se puede encontrar una cartera importante de IPs presentadas ante PROINVERSION³⁴, durante los años 2006 hasta el 2010 aproximadamente, en los sectores de saneamiento, carreteras, puertos, entre otros; algunas han derivado en concursos y fueron finalmente adjudicadas, otras con menos suerte fueron rechazadas por no ser

³¹ Si bien fue planteado en el año 2006, debido a demoras en su evaluación, el proceso de selección para su adjudicación se llevó a cabo durante el año 2009.

³² *“Las Iniciativas Privadas que a la fecha de la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo hayan sido declaradas de interés y hasta su adjudicación mediante oferta pública, licitación pública, concurso de proyectos integrales, o adjudicación directa, según sea el caso, seguirán sujetas a las normas y disposiciones vigentes al momento de su presentación, siéndoles aplicables lo establecido en el artículo 16 de la presente norma (...)”*.

³³ Artículo 4.- Clasificación de Asociación Público-Privada

Las Asociaciones Público - Privadas pueden clasificarse de la siguiente manera:

b. Cofinanciada: aquella que requiera del cofinanciamiento o del otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que tengan una probabilidad significativa de demandar el uso de recursos públicos”.

³⁴ En: <http://www.proinversion.gob.pe/0/0/modulos/JER/PlantillaSectorHijo.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=4186>

consideradas “de interés”, y otro grupo de ellas quedaron en suspenso. Actualmente, podemos apreciar un número más reducido de IPs que figuran admitidos a trámite o en evaluación en PROINVERSION³⁵, sin embargo, resulta importante destacar que las pocas IPs en cartera están referidas a las actividades económicas más diversas como: proyectos turísticos, institutos penitenciarios, venta de activos estatales, urbanización y habilitación urbana, entre otros.

Distinto es el caso de los Gobiernos Regionales y Locales, si bien es cierto, en un inicio dichas entidades se demoraron en conocer e interiorizar el nuevo régimen de APPs, aferrándose a los tradicionales contratos de obra pública, lo cierto es que en la actualidad, muchos gobiernos regionales y locales, han tomado como mecanismo de gestión, impulsar la ejecución de procesos de promoción de la inversión privada, ya sea a través de iniciativas estatales o a través de la declaratoria de interés de iniciativas privadas.

Un caso que ejemplifica lo señalado en el párrafo anterior lo podemos encontrar en el Proyecto Vial Línea Amarilla, hoy conocido como “Via Parque Rimac”, presentado ante la Municipalidad Metropolitana de Lima el 31 de marzo de 2009, a través de una IP. Este proyecto implica la entrega en concesión para el diseño, construcción, operación y mantenimiento de nuevas vías urbanas, así como también el mejoramiento, operación y mantenimiento de vías urbanas existentes, en la jurisdicción de Lima. Cabe destacar que esta IP ha sido presentada bajo la vigencia de Ley de APPs y su Reglamento, así como también al amparo de la Ordenanza N° 867-MML, la cual aprueba el Reglamento para la Promoción de la Inversión Privada en Lima Metropolitana.

Resulta pertinente citar este caso, ya que a diferencia del proyecto Taboada, habiendo transcurrido los noventa días calendario establecido en el artículo 16° de la Ley de APPs para que terceros manifiesten su interés en la ejecución del mencionado proyecto, no se recibieron solicitudes de interés; se generó una adjudicación directa del proyecto a la empresa proponente. Igual suerte han tenido los proyectos de concesión “Vías Nuevas de Lima”, y “Vía Expresa Sur”, los mismos que también han sido adjudicados directamente a los proponentes; encontrándose actualmente, el primero en ejecución, y el segundo próximo a la suscripción del contrato de concesión respectivo.

Finalmente, es importante mencionar que, a inicios de este año, se ha publicado el Decreto Supremo N° 005-20013-EF, “Reglamento del segundo párrafo de la nonagésima sexta Disposición Complementaria de la Ley N° 29951, Ley del Presupuesto del sector público para el año fiscal 2013”, que prioriza de manera excepcional y con carácter de urgente las iniciativas privadas cofinanciadas destinadas a cubrir el déficit de infraestructura y servicios públicos”. Si bien en un primer momento, se pensó que esta norma terminaría de recoger toda aquella base legal que resulta necesaria para presentar y tramitar IPs cofinanciadas, lo cierto es que esta norma ha generado más bien más dudas y limitaciones, toda vez que está dirigida únicamente a aquellas IPs que sean “priorizadas” previamente por la entidad competente, regulando además que estas IPs solo pueden ser ejecutadas bajo la modalidad de “concesión” (apartándose de la naturaleza de las APPs que permiten el uso de cualquier modalidad contractual), y además, que las mismas deben comprender montos de inversión determinados.

³⁵ En: <http://www.proinversion.gob.pe/0/0/modulos/JER/PlantillaStandard.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=2706>

Tomando en cuenta lo anterior, se desprende que las Iniciativas Privadas han tomado un rol protagónico en la actualidad como herramienta de inversión privada en proyectos de naturaleza pública, en especial a nivel de gobiernos regionales y locales; quedando pendiente una definición adecuada y coherente a nivel normativo, a fin que sea posible utilizar de la manera más provechosa este instrumento de inversión.

3. Conclusiones

Conforme se desprende del presente artículo, el desarrollo de las APPs y su evolución normativa hasta la fecha ha sufrido avances y retrocesos, no obstante ello, consideramos que pueden convertirse en un mecanismo exitoso para la participación de la inversión privada en todo tipo de proyectos que tradicionalmente habían venido siendo desarrollados por el sector público, si se maximizan los incentivos establecidos en la normativa aplicable, y se establece además, una regulación ordenada y con las garantías suficientes para los inversionistas, y, finalmente, si las entidades de todos los niveles de gobierno se comprometen a realizar un uso eficiente de las APPs.

Adicionalmente, consideramos que resulta necesario mirar a las APPs desde una óptica más amplia, a fin de aprovechar los beneficios que este mecanismo puede ofrecer para reducir la brecha en infraestructura de servicios públicos, pero no sólo en los sectores donde tradicionalmente se ha venido trabajando bajo este esquema sino también adoptando su uso en otros servicios de gran interés social. Como hemos mencionado, si bien es cierto recientemente se han presentado Iniciativas Privadas respecto de actividades penitenciarias o de urbanismo, como ejemplos innovadores frente a las tradicionales concesiones de infraestructura; es posible ir más allá. De esta manera, sería interesante acudir al mecanismo de APPs para implementar proyectos de inversión en sectores como los de educación y salud, por mencionar algunos, los mismos que constituyen servicios prioritarios en nuestro país, y que a través de un proyecto de APP correctamente estructurado, deberían brindar una alta rentabilidad social, y a la par constituir una atractiva oportunidad de negocio para los inversionistas privados.

Recibido: 15/04/2013
Aprobado: 21/05/2013