

Prólogo

*“Caminante, no hay camino, se hace camino al andar”
El sendero de las Asociaciones Público Privadas en el Perú*

Cuando uno trata de explicar de la manera más sencilla posible a los más jóvenes cómo se ha dado la evolución de las Asociaciones Público Privadas - APP en el Perú desde comienzos de los años noventa hasta el día de hoy, no hay mejor forma de pedirles el ejercicio de imaginarse que se encuentran en una selva virgen, poco o nada explorada, en la cual, si quieren volver a la ciudad, necesariamente deben ir haciendo su camino paso a paso, casi a ciegas, aprendiendo de los errores y de los peligros que se enfrentan día a día, hasta finalmente hallar el curso del río que los devolverá a la civilización.

Estas marchas y contramarchas, que refiere a un constante “prueba y error” en las APP’s, no han podido ser evitadas hasta ahora y, creemos, seguirá siendo el método que se utilizará a futuro para encontrar el rumbo deseado.

Muestra evidente de lo que decimos se refleja en la evolución y/o transformación normativa que se ha dado desde inicios de los noventa y que empezó con una normativa relativamente sencilla para cubrir necesidades básicas en cuanto a provisión de servicios públicos y desarrollo de infraestructura – momento en el cual la intervención del Estado era escasa o nula – a un complejo marco normativo que trata de cubrir todo el fenómeno, haciendo especial énfasis en la coordinación entre entidades y un mayor control fiscal.

Como seguro la mayoría conoce, hasta finales de los años ochenta, el Perú estaba sumido en una profunda crisis política, económica y social que hacía impensable vislumbrar una solución siquiera a largo plazo. Así, respecto al modelo económico imperante en dicha década, era común ver la importante participación del Estado en diversos sectores productivos (habían más de 180 empresas del Estado), fuertemente burocratizadas y sumamente ineficientes, distorsionando severamente las condiciones de ciertos mercados que, sin esta intervención estatal, podrían desenvolverse en condiciones competitivas.

Sin embargo, todo esto cambió a comienzos de la década de los noventa, primero con una serie de normas que buscaban promover la privatización de estas empresas estatales y la promoción de la inversión privada en proyectos de infraestructura y servicios públicos, y luego con los cambios en nuestra constitución.

Es así que, a partir del año 1993, se optó por una economía social de mercado, modelo que promueve la libre competencia, conforme lo indicado en el artículo 58° de nuestra Constitución Política; asignando al Estado un rol primordialmente orientador, promotor y regulador en materia económica. Ahora bien, dentro de las funciones de promoción, el mencionado precepto constitucional define claramente que el Estado, con el objeto de permitir el desarrollo del país, canaliza la inversión privada tanto en la prestación de servicios públicos esenciales como en el desarrollo de la infraestructura física.

De igual forma, cuando el artículo 73° de la Constitución indica que *“los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico”*, claramente establece la posibilidad que aquellos bienes destinados al

uso público o que se encuentren afectados al servicio público puedan ser concedidos a los particulares, señalando además que las modalidades en que estos bienes serán entregados será desarrollado posteriormente por ley.

En ese contexto, la participación directa del Estado sólo es posible de forma supletoria, es decir, en caso el sector privado no brinde adecuadamente o no intervenga de manera directa en el desarrollo de servicios públicos o de infraestructura. De este modo se establece un límite para la participación del Estado en la vida económica del país, primando el rol orientador del Estado en pro del desarrollo del país.

De esta manera, considerando lo señalado en nuestra *Carta Magna*, se hizo manifiesto el interés nacional de promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, así como el propiciar un agresivo proceso de privatización de empresas públicas.

Para la obtención de estos objetivos, era esencial que el Estado adoptara todas las medidas necesarias para cumplir con promover sectores básicos como servicios públicos e infraestructura, siendo la implementación de un marco normativo adecuado una de las primeras medidas a realizar. Pero tan importante como dictar las normas claras es que dichas medidas sean adoptadas oportunamente. De ahí que podamos decir que el éxito de toda política pública en materia de inversión depende, en gran medida, del desarrollo de un marco legal acorde con sus necesidades y en el momento adecuado.

Así, durante esta primera etapa, el Estado Peruano impulsó el desarrollo económico del país, de un lado mediante la modalidad de concesión, siendo sus normas principales el Texto Único Ordenado de las normas relativas a los procesos de promoción de la inversión privada en proyectos de infraestructura y servicios públicos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 059-96-PCM y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 060-96-PCM; en tanto que con el Decreto Legislativo N° 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado, se dio el acelerado alejamiento del Estado de su actividad empresarial, iniciándose ese proceso con la con la venta de la Minera Condestable.

La normas antes citadas, así como otras que se dieron por aquellos años, respondían a una necesidad evidente: salir del antiguo modelo económico de la manera más rápida posible, de manera tal que se privilegiara un agresivo impulso de proyectos en infraestructura básica y servicios públicos y se dé término a la actividad empresarial del Estado.

Bajo este marco normativo, fueron otorgados al sector privado muchos de los más grandes proyectos de infraestructura y de servicios públicos bajo la modalidad de concesiones onerosas, así como se dio la privatización de importantes empresas de capital estatal así como la disolución o liquidación de aquellas empresas que no eran rentables. De esta manera, aunque era un marco normativo relativamente sencillo y enfocado en hacer atractivo el país para atraer inversión privada nacional y extranjera en proyectos de interés público, podemos señalar que este primer grupo de normas cumplió fielmente sus objetivos puesto que permitió generar la impresión que el Perú sí tenía la oportunidad real de acortar su brecha de infraestructura y obtener niveles competitivos respecto de otros países de la región.

Sin embargo, una vez culminados estos proyectos de carácter oneroso y la venta de las más atractivas empresas estatales, se hacía evidente que el siguiente paso era promover proyectos de relevancia social que, para su concreción, requerirían necesariamente de un compromiso de pago total o parcial por parte de Estado.

Asimismo, se había observado que muchos de los contratos suscritos por el Estado con el sector privado, para lograr los objetivos señalados en cada uno de ellos, requerían de modificaciones contractuales. En varios casos, las modificaciones suscritas se sustentaban por la necesidad a efectos de corregir, primordialmente, defectos del diseño original de cada proyecto. Si bien las razones por las cuales estos defectos en el diseño de los contratos pueden ser diversas (problemas de carácter institucional o administrativo), para el Estado era evidente que muchos de estos problemas estaban directamente relacionados por la falta de una adecuada regulación.

Siendo así, si el objetivo del Estado era seguir generando mayor crecimiento económico, era más que evidente que el siguiente paso a dar era impulsar los proyectos cofinanciados con recursos públicos y establecer pautas, reglas y condiciones que permitan un mejor diseño de los contratos.

Por ello, siendo el caso que el siguiente grupo de proyectos a promover implicaban un mayor compromiso económico por parte del Estado y con el objeto de que se puedan desarrollar más y mejores proyectos de asociaciones público privadas con bases más sólidas, era claro que la normativa vigente debía ser complementada con un desarrollo legal que hiciera particular énfasis en las labores de mayor coordinación interinstitucional, en especial en la formulación y promoción de proyectos, programación y mayor control fiscal. Como se hacía evidente, para este momento, tan importante como no detener el desarrollo económico del país, era el proteger el interés del Estado de seguir desarrollando proyectos de interés público pero procurando un manejo eficiente y juicioso de sus recursos.

De esta manera, en el año 2008 se promulgó el Decreto Legislativo N° 1012, Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada, norma que de manera conjunta a sus normas reglamentarias, modificatorias y ampliatorias, no solo complementaba los alcances establecidos en la normativa en materia de concesiones y privatización de empresas, sino que además amplió las modalidades a través de las cuales se promovía la participación público privada, a efectos de unificar los proyectos de inversión de iniciativa pública y privada en un solo cuerpo normativo.

A pesar de que este marco normativo complementario fue modificado en varias oportunidades a fin de poder cubrir todas las complejidades y nuevos problemas que se afrontaba para continuar el desarrollo de las Asociaciones Público Privadas, en el momento menos oportuno posible (cuando se percibía un menor crecimiento económico en el Perú y, en general, en la región) y pese a la necesidad de propiciar la mayor participación del sector privado en proyectos de infraestructura y servicios públicos, el Estado consideró conveniente que debía promulgarse un nuevo marco normativo en materia de Asociaciones Público Privadas.

De esta manera, en julio de 2015, con la Ley N° 30335 se delegó al Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia administrativa, económica y financiera; siendo uno de

los fines de esta delegación el establecer normativa que promueva, fomente y agilice la inversión pública y privada, las asociaciones público privadas, así como facilite y optimice los procedimientos en todos los sectores involucrados.

Producto de esta facultad normativa y a pesar de que la delegación efectuada por el Poder Legislativo no demandaba necesariamente establecer todo un marco normativo nuevo para cumplir con los objetivos trazados en la mencionada Ley, el Ejecutivo promulgó el Decreto Legislativo N° 1224 y el Decreto Supremo N° 410-2015-EF, dispositivos que aprobaron la nueva Ley Marco de APP's y su Reglamento, lo cual trajo como consecuencia la derogación de las normas que venían rigiendo desde inicios de la década del noventa. De los muchos aspectos nuevos que se regulan con el nuevo marco normativo, destacaba nítidamente el hecho de que el Ministerio de Economía y Finanzas – MEF se constituía como el ente rector y máxima autoridad técnico normativa del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada – SNPIP. En base a estas nuevas prerrogativas otorgadas, el mencionado Ministerio emitió una serie de lineamientos o instrumentos metodológicos que tenían como objetivo establecer pautas y premisas claras al momento formular, estructurar y desarrollar los proyectos.

Producto de estos cambios estructurales, las entidades conformantes del SNPIP y, en particular la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN, veían modificadas sus funciones y atribuciones, siendo el MEF la verdadera cabeza que dirigiría el desarrollo a futuro de las APP's.

Por ello, si bien era plausible el esfuerzo del MEF para establecer un mayor control y orden respecto de la revisión y análisis de los procesos de APP, garantizando la transparencia y seguridad jurídica, al momento de su promulgación nos surgía la duda respecto a si es que el implementar un nuevo marco normativo permitía cumplir con uno de los principales fines específicamente señalados en la delegación normativa efectuada con la Ley N° 30335: agilizar la inversión pública y privada y las asociaciones público privadas. Sin embargo, cuando estábamos apenas descubriendo los nuevos alcances de esta tercera etapa normativa así como la nueva distribución de facultades entre las entidades involucradas en el SNPIP, y a poco menos de un año de haber entrado en vigencia el Decreto Legislativo N° 1224, nuevamente el Estado Peruano vio por conveniente modificar el rumbo.

A diferencia de los dos períodos anteriores que mencionáramos en los párrafos precedentes, en los cuales el desarrollo de las APP's gozó de cierta estabilidad normativa – condición absolutamente necesaria para atraer más y mejores interesados del sector privado en proyectos de interés público – se estableció un replanteo en la organización del SNPIP, bajo la premisa de que reestructurando a PROINVERSIÓN se lograría mejorar no solo la eficiencia de esta entidad, sino que además se potenciaría la calidad y agilidad de los proyectos de Asociaciones Público Privadas a su cargo.

A estas alturas, el lector podría preguntarse si es que realmente el desarrollo de infraestructura y de servicios públicos llega a ser un tema tan complejo que a pesar de que han pasado casi tres décadas que vienen generándose esta cooperación público privada aún no estemos en capacidad de tener bases sólidas para acercar al país a los niveles de cobertura de servicios y calidad de vida que se goza en los países de primer mundo.

La respuesta a esta interrogante es que, en efecto, lograr el desarrollo sostenido de un país como el Perú no resulta una tarea sencilla, puesto que intervienen una serie de factores que impactan, directa o indirectamente, en lograr la tan anhelada meta. Así, el impulso político, los avances tecnológicos, la transformación y aumento de las necesidades de las personas son algunas de las muchas variables que condicionan severamente el objetivo final.

No obstante ello, ¿constituyen estas modificaciones normativas la solución a todos los problemas? Es claro que la respuesta es negativa en la medida que otros factores influyen en el éxito o fracaso en el avance de las APP's.

Qué duda cabe que la existencia de un marco normativo claro y ordenado que profundice en la programación y promoción de proyectos contribuye a alcanzar los objetivos del Estado. Sin embargo, así como es importante regular cada vez mejor esta relación público privada -lo cual no necesariamente implica que más regulación es el mejor camino-, la oportunidad en la cual se deban implementar estas modificaciones y/o adaptaciones también resulta algo a tener cuenta.

Pero tampoco criticando los esfuerzos del Estado por mejorar la regulación en materia de APP's es la vía adecuada. A todos los profesionales que estamos involucrados nos corresponde colaborar porque el desarrollo del país se dé lo antes posible. El éxito del SNPIP no genera perdedores, pero es necesario que el sector público y los particulares empujemos el sistema en un mismo sentido.

Es por ello que creemos que este avance tentativo, dubitativo a veces, que hemos apreciado en estas tres décadas seguirá primando y marcará el derrotero por el que estamos llevando a este país a un futuro mejor. Por ello, y siguiendo con nuestro ejemplo con el que iniciamos el presente prólogo, podemos decir que, al año 2017 tal vez ya no estamos tan perdidos en la selva. Hemos ganado experiencia, se ha aprendido de los errores iniciales y vamos conociendo mejor el entorno, pero todavía no "vemos" el camino. No obstante ello, creería que vamos escuchando el rumor de río y, al parecer, no está muy lejos.

Lima, enero de 2017

Víctor Miranda Mendoza¹

¹ Asociado Senior del Área de Infraestructura y Proyectos del Estudio Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con Maestría en Regulación de Servicios Públicos por la Universidad del Pacífico, y Maestría en Gestión e Infraestructura por la Universidad Politécnica de Catalunya.