

Mesa redonda con Jean Paul Chabaneix,
Alberto Rebaza Torres y Cecilia O'Neill de la Fuente.

Las Asociaciones Público-Privadas y el **financiamiento** de proyectos en el Perú

1. Atendiendo a la nueva regulación que tiene el Perú en materia de Asociaciones Público Privadas, al Decreto Legislativo 1012 y a su Reglamento, y considerando, además, que la brecha de infraestructura que tiene nuestro país está contabilizada en varios miles de millones. En su opinión, ¿cuáles son las ventajas que ofrece un instrumento como el de las Asociaciones Público Privadas?

Cecilia O'Neill de la Fuente (COD): No lo veo tanto como un instrumento de financiamiento, sino como un asunto de política pública que atiende, precisamente, a cerrar la brecha de infraestructura. La Asociación Público Privada (APP) que, por cierto, no es un invento de esta ley, es una privatización, no en el sentido más drástico como la privatización en la década del 90, pero sí, como algunos lo llaman, una privatización *light*, porque supone una participación del sector privado de la mano con el sector público. Evidentemente, ahora el tema ha sido relanzado y analizado con mayor profundidad, relegislado si se quiere, para crear los incentivos necesarios con el objetivo de que mucha más gente se anime a invertir en infraestructura. En general, está bien, pero si nos centramos en temas más específicos, veo un serio problema de diseño, una restricción muy importante e inadecuada, al ser las APP el género y las iniciativas privadas, las especies, el Estado no siempre está en capacidad para identificar proyectos que valgan la pena llevar a cabo, es decir, nadie mejor que los propios legisladores para identificarlos y para incurrir en los costos necesarios de identificación. Ahora, esta ley dice que pueden haber APP cofinanciadas y autosostenibles (esa es la gran clasificación), pero yo no puedo presentarme con una iniciativa privada, es decir, identificar un proyecto y ofrecer una buena idea, si es que voy a necesitar cofinanciamiento del Estado. Esa es una restricción importante que va a tener un impacto serio en el tema de infraestructura.

Alberto Rebaza Torres (ART): Efectivamente, con respecto a instrumento de financiamiento no hay ninguna novedad porque ya existían, por la Ley de concesiones y de promoción de inversión en infraestructura, todos los mecanismos para que el Estado participara del financiamiento reembolsable, no reembolsable u operaciones vinculadas a ese sector.

Aquí hay precisiones, pero, todo está en la Ley de Concesiones. Sin embargo, siguiendo lo que dice Cecilia, este es más bien un instrumento de política pública. Tal como yo lo veo, es una especie de mecanismo de trasvase a partir del cual, desde el sector público, puedan salir proyectos que se vayan a decantar como proyectos autosostenibles o que pidan cofinanciamiento. Creo que ese es el mecanismo por el cual se promueve o se formaliza la iniciativa pública. El gran problema es que, como lo menciona Cecilia, se ha formalizado la iniciativa pública pero se ha castrado la iniciativa privada, porque el mismo esfuerzo no puede ser hecho por el sector privado. Esa es una gran oportunidad perdida porque ya que se está desarrollando este proceso que involucra a personas más interesantes, lo óptimo hubiera sido que la iniciativa privada pueda incluir, en esta propuesta al gobierno, mecanismos que incluyan APP. Lo importante es que, a pesar de la reacción tan importante y generalizada que ha habido con respecto a este punto, no se ha producido una reforma o una modificación que pudiera recoger ese consenso entre especialistas. Ahora, como mecanismo de políticas públicas, sí me parece muy importante porque, de hecho, permite acortar los plazos para el desarrollo de infraestructura, permite incluir dentro de las políticas públicas todo lo que es mantenimiento, conservación de infraestructura, que normalmente en la obra pública en sí misma no se toma en cuenta y también tiene una ventaja para poder diseñar infraestructura que tenga una fuerte inclinación a brindar un servicio al usuario. Entonces, como política pública, creo que es un gran avance con un pequeño gran problema.

Jean Paul Chabaneix (JPC): Coincido plenamente con eso. No es más que una forma de ordenar la actitud del Estado frente a aquellas operaciones que, bajo distintas formas de esfuerzo compartido entre el Estado y los privados, ya venían ocurriendo en el pasado, por ejemplo, proyectos como Camisea, Olmos. Son un buen número de proyectos que sin existir esta legislación han funcionado bien. Creo que básicamente esta normatividad es una respuesta del Estado para ver cuáles son sus límites de participación en esos proyectos, de cara a cuánto dinero tiene que poner y cómo tiene que organizarse internamente. Ha habido casos en el pasado como IIRSA en los que teóricamente la participación del Estado no calificaba o no debería haber calificado como una deuda pública y, sin embargo, finalmente el Estado la asumía como tal, sin que se hubieran cumplido los mecanismos necesarios para eso. Creo que más que la creación de un instrumento que permita a los privados intervenir en obras de infraestructura pública, se trata

de ordenar la manera en que el Estado va a participar en algo que ya existía.

COD: Respecto a esto, hay un tema que me parece preocupante. Supuestamente, el déficit de infraestructura en este momento es aproximadamente (no son cifras exactas) de 30 mil millones de dólares. Eso dijo Proinversión hace relativamente poco tiempo. Esto parte de un error no solo de diseño, sino de concepción de roles, porque el privado entra, claramente, a hacer negocio, entonces, si va a hacer una carretera la va a hacer con su dinero, si y solo si el peaje le rinde, de lo contrario, simplemente no la va a hacer. Por ejemplo, en zonas apartadas del país, no hay necesariamente un flujo de tránsito de vehículos que aseguren ese peaje y si el Estado no colabora, no se avanza a ningún lado. Hace poco, a raíz del problema de la crisis financiera, salió el paquete de medidas anticrisis que es un conjunto de decretos de urgencia sobre distintos temas y, precisamente, en relación con el cierre de brecha de infraestructura y de inversión privada en alianza con el sector público salieron varios decretos de urgencia que liberaban de requisitos, que facilitaban plazos, e indicaban, con nombre y apellido, que ciertos proyectos eran de interés nacional y que, por esa razón, serían exonerados. Por ejemplo, del trámite de comparador público privado, que por cierto es otra crítica, es una metodología que no está regulada y que ya debería haber sido excluida por el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF). Se ha llegado a sacar un decreto de urgencia que está como una norma escondida y señala, con carácter temporal como todos los decretos de urgencia, que un proyecto seguirá siendo autosostenible a pesar de que la garantía financiera del Estado pase el 5% (famoso 5% que primero era un 1% sumamente criticado y que pasó a ser un 5% con el que todavía hay gente que no está contenta y por ello el Estado ha decidido subirlo). Por tanto, el proyecto seguirá siendo autosostenible, incluso si necesitas una

Mesa redonda con Jean Paul Chabaneix, Alberto Rebaza Torres y Cecilia O'Neill de la Fuente

garantía mayor del Estado, pero claro vía decreto de urgencia. El Estado está dando señales, da la sensación de que está reconsiderando algunos temas pero no de raíz, por ejemplo, el problema de cofinanciar por la vía de la iniciativa privada, no se ha solucionado y las soluciones que está dando son temporales, como poniendo parches por la crisis, pero no necesitamos llegar a eso para buscar soluciones estructurales que creo pueden implementarse.

ART: Lo que está sucediendo es que ahora el Gobierno está pagando caro la decisión que tomó al inicio de la gestión el Presidente Alan García de reducir los sueldos del sector público y generar una masiva salida de funcionarios de buen nivel de ese sector, porque para hacer se necesita buenos funcionarios. Si la política es política preferir el sector privado y que el mercado crezca, en buena hora si es así, no necesitas mayor número, ni calidad, de funcionario público para simplemente no hacer gastos, no crear déficit, promover el libre mercado, etcétera. Sin embargo, si se trata de hacer, como en este caso, es necesario tener una activa y agresiva política de inversión de infraestructura, se necesitan cuadros de profesionales de la parte financiera, de la parte operativa, de la parte legal, etcétera, que sean los que precisamente pongan en ejecución esta norma e identifiquen los proyectos, que hagan estudios de factibilidad, que hagan la evaluación de este concepto que es realmente medio eclíptico, comparando público privado y nadie entiende en el fondo qué cosa es. En consecuencia, necesitas todo un ejército de gente de primer nivel que ponga a marchar y a desarrollar, pero como no hay, entonces, como dice Cecilia, el Estado tiene que hacer estas excepciones. Como concepto me parece bueno, me parece que este mecanismo hace que las entidades en sus distintos sectores puedan enviar proyectos al MEF para que salgan proyectos de APP, pero eso requiere gente educada y al no haber, nos encontramos en una situación bastante paradójica. El Estado tiene dinero para participar en estas APP pero no tiene cuadros para ejecutarlas y lo más grave es que con esto nuevamente no permite que la iniciativa privada sea la que precisamente traiga estos proyectos que requieren cofinanciamiento. Esto, en realidad, ya viene efectuándose desde hace tiempo, Olmos vino con financiamiento no reembolsable porque tenía un riesgo de ingeniería muy alto; Camisea, tienes el tratamiento de Río de Chilca, que tiene un esquema medio raro porque lo protegía al concesionario tanto en la época de falta de agua como en el caso de exceso de agua.

COD: Eso es típico en los proyectos de saneamiento, el aseguramiento de la demanda.

JPC: Más allá de eso, además, conceptualmente el concepto de APP no fue inventado en Perú, ni mucho menos. Si nos remitimos a lo que se entiende, en general, por APP es, precisamente, aquellos proyectos en los que el Estado y los privados comparten ciertos riesgos en relación con el desarrollo de una actividad, de un proyecto. Cecilia y Alberto dicen bien, respecto de los proyectos en los que hay una iniciativa privada, no hay la posibilidad de contar teóricamente con el respaldo económico financiero del Estado, no hay propiamente una APP. Las iniciativas privadas son iniciativas que estaban reguladas, incluso desde la época del Decreto 059, quizá no con la amplitud que pueden tener ahora, pero con un esquema distinto que, repito, es mi sensación, no responde precisamente al concepto típico, tradicional, de APP.

COD: Cuando no hay esa asociación, es decir, este ritmo compartido que refiere Jean Paul, ya el propósito de esta regulación no es tanto ver la forma de que el Estado gaste bien su dinero, no hay un principio, una norma, que se llama el valor por dinero. Tampoco lo hemos inventado nosotros, viene de Inglaterra, pero cuando es una autosostenible ya el objetivo es otro: es generar competencia entre los posibles inversionistas para ejecutar el proyecto.

JPC: En el caso de Olmos creo que el proyecto salió a concurso unas tres o cuatro veces, por lo menos, y el mercado fue el que le dijo al gobierno: "esto no sale sin una APP porque hay demasiado riesgo en la parte de ingeniería", entonces a la quinta oportunidad, fue que el Estado cambió y ofreció el cofinanciamiento. Entonces, como esta parte tenía tantos aspectos técnicos que el Estado sabía que no podía resolver, había este espacio para que mediante la iniciativa privada y sobre todo

mediante mecanismos de competencia, que como dice Cecilia, pueden ser tarifas o concesión de servicios, se puede llegar al mismo resultado, que es una infraestructura adecuada para el usuario en un corto plazo. Pero nos hemos quedado en la mitad. Por tanto, las iniciativas privadas ahora tienen que dedicarse a buscar casos verdaderamente muy difíciles de encontrar porque en la década del 90, cuando el Perú pasaba de un régimen de control de las empresas de servicios públicos, por parte del Estado, a un régimen privado. Todas eran privatizaciones, todas eran empresas meramente autosuficientes, pero, cuanto más avanza el tiempo se van encontrando cada vez menos. Por ende, la alianza público-privada es muy importante. Nos han dado mecanismos para que se puedan seguir buscando proyectos sobre todo los más alejados de Lima, porque en el fondo ¿cuáles son los proyectos que tienen APP?: aquellos que no tienen autosuficiencia económica, porque estos son los que no tienen un mercado suficiente. Nadie mejor que los del sector privado para traer esas propuestas al gobierno. Estamos en una situación en donde, lamentablemente, se va a afectar este esfuerzo de inyectar dinero en la economía y hacer que el Perú crezca en los términos que estaba pensado.

COD: Ahora que Jean Paul hablaba de esta paradoja estaba pensando que el año pasado salió un ranking que comparó a 12 países latinoamericanos en un ranking de países emergentes en lo que se refiere a inversión privada. Chile estaba en primer lugar en todo menos en un tema que es la predisposición del Estado hacia la inversión privada. Entonces, recordando eso, pienso que hay que explotar esa predisposición, porque hay un vacío que genera una paradoja difícil de remontar tal cual están las cosas. La caja está llena pero no se puede gastar, no solamente porque no hay proyectos, sino que no se sabe si hay, preferiría saber que existen los proyectos pero que son malos y, realmente, no vamos a gastarnos la plata en ellos. Pero ni siquiera se sabe y no se va a saber, porque el privado no puede identificar y el Estado deja mucho que desear en cuanto a cuadros.

ART: Hacer es bien difícil. Creo que si ahora comenzamos a ver entidades del Estado que en este momento están con necesidad de hacer muchas cosas vamos a encontrar que la falta de cuadros hacen que esas agendas que son muy ambiciosas, quizás no se vayan a cumplir, entidades que están llenas de proyectos acumulados que no se resuelven.

JPC: Ahora entrar al ámbito regional, eventualmente al municipal, es un tema más complicado aún.

ART: Si esto se sigue a nivel de Lima, en el Gobierno Central, ¿cómo será a nivel de los gobiernos regionales y municipales? No hay cuadros. Muchas veces la gente piensa que los inversionistas prefieren contraparte pública, porque se cree que así van a poder avanzar y lograr contratos mucho más beneficiosos para el sector privado. Esto es mentira, porque cuanto más ignorancia o cuanto menos conocimiento hay sobre un tema se generan más recelos, se generan más temores y por lo tanto, los proyectos no salen. Más bien, el sector privado prefiere que al otro lado de la mesa, en el sector público, haya gente preparada, con experiencia, con conocimientos, porque ellos son los que entienden mejor las cláusulas o las condiciones económicas comunes en un mercado como este.

JPC: De cara al financiamiento, propiamente dicho, en el financiamiento de un proyecto, definitivamente, hay un riesgo del que alguna manera participa el Estado y el privado que lleva a cabo el proyecto. A mi no me termina de quedar claro, a la luz de esta legislación, por lo menos, que hayan muchas más ventajas de las que, de por sí, ya existían. Por ejemplo, si el Estado tiene que concurrir con dinero específicamente para un proyecto, eso puede tomar tiempo indefinido en concretarse. Si para un proyecto determinado (como fue Olmos) el Estado tiene que aportar cierta cantidad de dinero y esta no está presupuestada, por adelantado, la incertidumbre que tiene el sector privado que lleva a cabo el proyecto y, eventualmente, quienes financian este proyecto, sigue siendo exactamente la misma. Aquí no hay, sobre todo en aquellos proyectos en los que la necesidad va saliendo en el camino y no se conocen necesariamente de antemano, mecanismos ágiles que permitan al Estado incorporar estas obligaciones de manera fácil y rápida, porque a su vez redundan certeza y bancabilidad de cada financiamiento de crédito.

Mesa redonda con Jean Paul Chabaneix, Alberto Rebaza Torres y Cecilia O'Neill de la Fuente

COD: En la misma línea de Jean Paul, él decía: 'no estoy tan seguro de que esto realmente ayude'. Yo tengo la sensación de que no ayuda, sobre todo porque hay un par de disposiciones, por lo menos, del reglamento, que son preocupantes. Tito decía: 'a veces la gente prefiere una contraparte más educada', lo que ha generado este problema es que haya mucho oportunismo y que los índices de reconducción de los contratos, en temas muy importantes, han sido demasiado altos. Entonces, el Estado determinó que los tres primeros años no hay adendas. Al final, la lavada sale más cara que la camisa, pero esa no es la solución: la solución es diseñar mejor el contrato, porque si no puedes hacer más adendas, entonces qué hace un inversionista con un proyecto que no se puede reformular. Hay un par de excepciones, pero no se si todos los supuestos encajan ahí entonces, ese es un riesgo altísimo de cara al financiamiento. Y lo mismo ocurre es el tema del arbitraje que aminora el riesgo legal. Ahora, las decisiones del regulador no son arbitrables y el regulador supervisa el contrato, es decir, casi todo el contrato pasa por el regulador y lo que él diga no se puede revisar en una vía de solución de controversias que es la ideal.

ART: Es una pena porque en realidad el Estado tenía legislación y había aceptado en muchos contratos que sí había arbitraje, pero al momento de sacar los temas regulatorios de lo que es imputable en vía arbitral me genera mucha debilidad sobre gobernabilidad. Respecto a lo que dice Cecilia, sobre la no modificación del contrato, el tema es bien delicado, sinceramente, temo a las normas que son *per se*. Me dan miedo esas normas que son radicales como esta y que dicen los contratos no se negocian ¿Qué sucede si ha habido temas objetivamente técnicos o económicos que puedan ameritar un cambio como ese? Sucederá que el gobierno va a tener que comerse sus palabras y sacar decretos de urgencia o algo que termine por resolver el asunto, con lo cual se promueve *lobbies*. Se promueve algún tipo de competencia irregular entre las partes.

COD: Y son modificaciones que a lo mejor son necesarias de cara a esta crisis Por ejemplo ¿Qué pasa si el proyecto está en ejecución y las tasas de financiamiento son altísimas? Tienes que imaginarte cosas, ejecutar vía por tramos, retrasar algunos tramos.

JPC: Lo de IIRSA, donde se para la construcción porque no había las condiciones del contrato, los costos asociados al

proyecto variaron y la capacidad de respuesta del Estado no estaba prevista, tuvo que salir por vía de excepción porque era un proyecto casi emblemático y el gobierno, evidentemente, quería dar señales positivas, si no, habría parado.

ART: Eso sucede porque también hay temor de los legisladores respecto de la capacidad de los funcionarios que van a representar al Estado en ese contrato, es lo mismo que en el caso de libre competencia sobre las reglas *per se* o las reglas de la razón para temas de competencia. Lo que promueven las reglas *per se* es cerrar las discusión porque no se quiere que haya mucha discreción a nivel de los funcionarios. Acá es igual. Hay una percepción de que si los contratos pueden ser revisables dentro de tres años, entonces, va a haber mucho espacio para aceptar cláusulas de baja razonabilidad económica o legal para que finalmente después se vayan a renegociar. Entonces, el problema está en que quien firma el contrato por lado del Estado no está realmente seguro de que ese es un contrato correcto y como el otro contrato puede ser modificado a los siguientes ocho meses si las condiciones realmente cambian y ameritan un cambio.

COD: Entiendo el temor del Estado porque hay estudios que dicen que los índices de renovación oportunistas en Latinoamérica son altísimos. Me parece que las cosas no se han debido de solucionar de esa forma. Además, a pesar de que el reglamento esta en ejecución, es una restricción que no está en la ley, por tanto es ilegal y es una restricción a la libertad constitucional de contratar, el funcionario no la va inaplicar, para empezar, no podría, tendría que hacer un juicio, control difuso.

2. Y viéndolo desde el punto de vista regulatorio, por un lado pareciese que tenemos una ley un poco amplia donde las

iniciativas privadas entran dentro de la esfera de las Asociaciones Público Privadas pero, por otro lado, parece que también tenemos una regulación restrictiva por el tema **del arbitraje, del financiamiento, en general**. La regulación que tenemos **actualmente ¿es suficiente? ¿Es necesaria? ¿Es excesiva?**

COD: Todo. Es eficiente en parte, es deficiente en otra y también es excesiva. Es deficiente en el tema del por qué no iniciativas privadas, es excesiva en esto que estamos comentando y es buena en muchas cosas, por ejemplo, lo que la ley hace es incentivar la presentación de iniciativas privadas, es una regulación por incentivos. Hay dos mecanismos de incentivo, primero, que te reembolsen los gastos y el tiempo, ahí hay un primer problema con el reglamento y ese es otro tema que establece límites, pero, en general, la idea es buena; la segunda idea es el tema de una competencia en segunda vuelta, es decir, si yo presento una iniciativa privada y esto va a concursar con Jean Paul, yo por haber presentado la idea, tengo el derecho de ir con Jean Paul a una segunda vuelta y eventualmente ganarle. Hay otras legislaciones que son mucho más drásticas, por ejemplo, si yo perdí en el mismo acto público digo 'mejoro la oferta de Jean Paul'. No he estudiado si eso funciona o no, pero en Perú se compite en una segunda vuelta y lo bueno que sí reconozco, por lo menos, a los funcionarios del MEF es que el proyecto de reglamento decía que en esa segunda vuelta ni Jean Paul ni yo íbamos a poder variar nuestra propuesta inicial del 10%, pero es predecible que los dos íbamos a mejorar el 10%, entonces nunca lo voy a alcanzar, todo el mundo criticó eso y el MEF lo reguló bien.

ART: Y ha tenido un buen *test* en el caso de Taboada, pero ahí el consorcio Odebrecht-Keppel perdió frente al grupo español y Odebrecht que había traído la iniciativa privada y que tenía todas las de ganar nuevamente no ganó la concesión. Entonces, eso ha sido algo favorable en este proyecto, el tener el nivel de incentivo correcto para que el sector privado presenten iniciativas pero que los posibles competidores no se sientan desincentivados de participar en la competencia porque hay espacio suficiente para ganar. Volviendo a tu pregunta, creo que este proyecto tiene cosas que acabamos de mencionar, a mi me hubiera gustado más, por ejemplo, una reforma de Preinversión. Lo cierto es que la COPRI dividida en los CEPRI

fue un esquema bastante ordenado y eficiente de promover la transferencia de infraestructura al sector privado, creo que hacia eso debe apuntar el fomento de inversión, que regrese gente o que se acoja gente del sector privado a Proinversión de hecho que es muy necesario para proyectos de gran envergadura. Hasta el día de hoy hay una falencia de profesionales que hacen que todo este tipo de proyectos, porque no es solamente el primer paso de la entidad la que involucra toda esta actividad sino todos sus estudios tienen que ser luego corroborados por el MEF, corroborados por Contraloría entonces hay una serie de estamentos que requieren profesionales para que se avance.

3. ¿El reglamento desnaturaliza la ley?

COD: No, comete excesos, sin duda, pero tampoco puede arreglar lo que la ley no hizo. No lo he pensado en esos términos, lo he pensado más bien en el sentido que incluso se hubiese querido hacer algo mejor, pero también ha hecho cosas que no solo no están bien, sino que la ley no permite.

ART: Yo tampoco diría que la ha desnaturalizado. Hay temas como, por ejemplo, la prohibición de renegociar los contratos que ya estaba en la ley. Aquí simplemente se han puesto algunos requisitos pero no creo que sean la versión pura ya estaba en la ley, más bien la prohibición de llevar a arbitraje temas regulatorios, eso sí está en el reglamento, pero no está en la ley.

JPC: Yo no entendía esa norma de esa forma, sino que si hay un ámbito contractual y el Estado de alguna manera se desviste de su *ius imperium* y entra a contratar con un privado en las condiciones establecidas en ese contrato y se somete a arbitraje, todos los temas vinculados con el contrato son arbitrables que es distinto de si un ente regulatorio dice la tarifa

Mesa redonda con Jean Paul Chabaneix, Alberto Rebaza Torres y Cecilia O'Neill de la Fuente

es Y cuando según el contrato debería ser X, efectivamente, no hay manera de someter esa decisión a arbitraje, pero eso no quiere decir que no haya un incumplimiento contractual, y si hay un incumplimiento contractual, yo creo que sí es arbitrable. Creo que todavía en ese escenario, no obstante que no puedo deshacer o someter a revisión por un ente supranacional la decisión del ente regulatorio, lo que sí puedo hacer es invocar un incumplimiento del contrato, si esa decisión del regulador afecta las estipulaciones del contrato.

COD: Ojala se interprete así.

JPC: Es que si no, no tiene sentido

COD: No estoy tan segura de que así se vaya a interpretar. Esto recoge una presión, imagino, de los reguladores para tratar de poner coto a los arbitrajes que cuestionan sus decisiones, lo cual es absurdo por que eso supondría negar el carácter unitario del Estado. Al final al inversionista no le importa que OSIPTEL (Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones) haya firmado o no el contrato, lo firma con el Ministerio de Transportes y se acabó. El Estado es uno solo y si la decisión de incumplimiento proviene del regulador que toma una disposición equivocada de cara al contrato, el Estado igual paga una indemnización.

JPC: La disposición del regulador es obligatoria para el concesionario pero en la medida en que esa disposición altera las decisiones del contrato, el concesionario tendrá un mecanismo para de alguna manera resarcirse de esa afectación que va en contra de lo que ya está regulado. De hecho, no bajo esta norma pero en el pasado ha habido más de una discusión de esa naturaleza, por ejemplo, en el sector eléctrico, el contrato decía que el concesionario tenía derecho a que se le reconociera 10 y luego el regulador de electricidad dijo que era 5 en vez de 10. Esa decisión es incuestionable porque es la manera a través de la cual el Estado ejerce su *ius imperium* en esta materia, pero en la medida en que era un incumplimiento contractual fue a un arbitraje que estableció que el concesionario tenía razón y dispuso, incluso, que para la siguiente ronda de establecimiento de tarifas el regulador incorporara en su cláusula de tarifas el factor que no estaba reconociendo.

COD: Una situación muy parecida a esa fue la de Telefónica cuando se fijó el factor de productividad. El caso terminó en arbitraje y el tribunal arbitral dijo que, efectivamente, a pesar

de que se trataba de una decisión regulatoria, como ésta había tenido un impacto en el contrato, entonces había un incumplimiento del Estado. Creo que esa es la idea correcta. Yo no sé por qué lo han puesto, ni qué pretenden con esto, pero no me gusta que esté.

JPC: Por ejemplo, el contrato me garantiza un ingreso de 10000 y resulta que el regulador dice que al establecer las tarifas, aplicando sus criterios, solo recibo 8000. Claramente, hay un incumplimiento contractual. Entonces, no podré cuestionar o llevar a arbitraje la decisión del regulador, pero sí podré llevar a arbitraje a mi contraparte en el contrato porque me tiene que resarcir de alguna manera.

4. Teniendo en cuenta que hay otros destinos para los capitales, ¿existen incentivos adecuados para invertir en infraestructura? ¿Qué ventajas te ofrece invertir en este sector en el Perú?

JPC: Hablando en términos generales, creo que ninguna en específico. Dependerá de cada proyecto, de las condiciones en las que pueda desarrollarse para generar un atractivo. Finalmente el Estado va a ir a poner la plata para construir.

ART: En términos macro como lo estás planteando, evidentemente, el Perú es un país que el día de hoy a diferencia de los demás del tercer mundo tiene mayor crecimiento económico, el gobierno tiene fondos para participar de proyectos que requieren cofinanciamiento, en la infraestructura está, en términos generales, bastante precaria, es decir, hay opciones de hacer negocio, además, tenemos un país con deuda soberana de grado de inversión. En consecuencia, en materia de infraestructura, hay elementos suficientes como para que el Perú sea más atractivo que

otros países de la Región y, hoy en día, del mundo. La crisis mundial cada vez se pone más grave, España acaba de sacar un déficit de -8%. En consecuencia, frente al resto de países, el nuestro parece que estuviese en una situación ideal para atraer inversión en infraestructura. Más allá de estas cosas tenemos, primero, un sistema que promueve seguridad jurídica, lo cual es ideal para los concesionarios, segundo, tenemos ya casi 20 años de experiencia en términos de concesiones de todo tipo, no solamente con contratos, en su momento, diseñados adecuadamente sino que muchos de los contratos de los concesionarios han pasado por la prevacía de haber sido llevados al CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones). Por tanto, como país tenemos una situación ideal para seguir atrayendo inversiones en infraestructura y eso es lo que está sucediendo. Perú está en una situación ideal para seguir atrayendo inversionistas en general. Obviamente, como dice Jean Paul, luego de ese marco general, habrá que aterrizar en casos concretos y las cosas que no son viables, pues no prosperarán, pero como país estamos en una excelente posición. Nuevamente, si vemos el caso de Chile que es el más cercano, la diferencia en elementos básicos para un financiamiento no la vas a encontrar en la parte financiera y administrativa porque en esos aspectos estamos igual, sino en la parte de infraestructura que es donde tenemos un gran déficit. En consecuencia, hay mucho que llenar y eso genera incentivos.

COD: Estoy de acuerdo con los dos. Es especialmente importante esto, estamos en una forma por lo menos en teoría y con mucha experiencia porque son casi veinte años, por lo cual es un poco más imperdonable que se cometan errores serios, pero por otro lado eso ofrece muchas ventajas.

ART: Y si a eso le agregas que en buena parte del mundo el financiamiento ha desaparecido pero que en Perú todavía existe y que, además, tenemos un mercado de capitales que, si bien se ha enfriado, tiene atrás AFP que siguen manejando cantidades importantes de recursos para promover en el corto y mediano plazo emisiones de bonos por parte de las empresas concesionarias y sumado a eso tienes la llegada de fondos de inversión en infraestructura.

COD: Y para lo cual el Estado ha puesto 100 millones de dólares en CONFIEP precisamente para estos temas. También está el tema de garantías. Salió hace tiempo la Ley de incentivos a las concesiones que te permite hipotecar la

concesión y tienes una hipoteca que te sirve cuando tienes que ir a juicio.

JPC: En el marco general regulatorio, ha venido operando así desde hace varios años y creo que ese es un punto favorable. Las multilaterales vuelven a tener ahora un rol destacado, cosa que de alguna manera durante muchos años con la realidad del mercado habían estado opacadas en el mercado local. La banca comercial estaba tranquilamente en la capacidad de financiar proyectos.

5. ¿Cómo estamos actualmente en cuanto a **ofertas de financiamiento**, en cuanto a alternativas **de financiamiento**, especialmente ante la tan mencionada crisis **financiera? ¿Cuál es la realidad del financiamiento** en el Perú, actualmente?

JPC: Creo que ha seguido un poco la tendencia mundial. No obstante que la banca local no ha tenido mayor afectación producto de la crisis, claramente es un sistema pequeño que tiene sus propias limitaciones y desde ese punto de vista creo que ha seguido la tendencia de mirar las cosas muy cautelosamente, de financiar nuevos proyectos. El mercado de capitales que estuvo muy activo también ha tenido una sustancial disminución de actividad en esa materia, no obstante que se ha anunciado de la mano con el programa lanzado por el gobierno que las AFP van a apoyar todo lo que sea inversión en infraestructura, lo cierto del caso es que hoy día es mucho más difícil levantar financiamiento que antes y es por todo esto que el rol de las multilaterales y de las agencias del gobierno vuelven a tener una preponderancia en esa materia.

ART: Hay temas de infraestructura están vinculadas al mundo exterior, como por

Mesa redonda con Jean Paul Chabaneix, Alberto Rebaza Torres y Cecilia O'Neill de la Fuente

ejemplo el puerto de Paita o el tema de aeropuertos donde el financiamiento es más complicado porque la incertidumbre a nivel de lo que va a suceder en términos de comercio exterior y de desarrollo de transporte es muy grande. Sin embargo, hay otras infraestructuras dirigidas más al mercado interno en donde los flujos de caja son mucho más fáciles de predecir. Creo que en esos casos, las fuentes de financiamiento locales sí van a existir. La crisis de la Bolsa más bien están buscando este tipo de proyectos porque son los únicos proyectos con los cuales ellos se pueden empalmar con el fondo efectivo de sus afiliados lo que buscan es precisamente eso, proyectos de comisiones de 20 ó 30 años, esto está hecho para esas empresas.

COD: De hecho, una señal que corrobora lo que dice Alberto es que las AFP acaban de hacer un estudio, no lo he revisado, pero tengo entendido que salió bien. El estudio fue hecho para revisar los defectos, aciertos, temas que faltan, etcétera, precisamente en este tema, claramente, con la intención de financiar esto. Además, estos temas de inversión en infraestructura son temas de largo aliento, es decir, esta crisis financiera no conozco las particularidades, no sé hasta cuándo durará, pero va a parar en corto tiempo, esperemos. En general, esos temas de inversión generan relaciones de muy largo plazo con el Estado, por eso, a mi me parece la alianza perfecta.

6. De hecho el plan de medidas anticrisis dice que la inversión en infraestructura es uno de los pilares.

ART: Es que sí es el pilar. En Estados Unidos con la gran depresión salieron con toda la inversión en infraestructura que uno ve ahora en EEUU y que sigue siendo producto de la década del 50.

JPC: Además, el doble efecto de desarrollar facilidades para la población e involucrar a toda la población, en general, en el empleo.

ART: Es por eso que el gobierno va a pagar por su error de haber dejado al sector público sin el grupo de funcionarios que había antes y que, en realidad, se necesita para desarrollar estos proyectos si la inversión en infraestructura es el mecanismo para combatir esta crisis, entonces hagámoslo.

7. En términos concretos ¿Cómo se están sindicando préstamos en las transacciones bancarias?

JPC: El tema de sindicaciones está por separado. El mercado está muy reticente a brindar financiamiento porque, por ejemplo, si el banco X, que puede tener una buena producción, se junta con el banco Y, no se sabe si este último está en capacidad de asumir las obligaciones. Entonces, entre los propios bancos hay mucho recelo y eso ha parado el mercado de créditos.

ART: Todos los financiamientos son operaciones de 20, 40 millones que pueden ser hechas por un solo banco sin necesidad de estar negociando con otros bancos. Ahora, si la energía está dirigida a proyectos como estos, entonces el rango de acción todavía puede ser suficiente para cubrir proyectos de infraestructura, por ejemplo, de las carreteras costa-sierra porque claramente pueden entrar en esos montos. Pero los megaproyectos, esos evidentemente, van a tener el problema de financiamiento severo.

COD: Yo sé de casos en concreto que ya lo están teniendo, que ya están tocando la puerta al Ministerio correspondiente, porque no van a terminar el proyecto. Ese es un tema bien preocupante.

8. Con ello ¿se estaría comprometiendo el destino de las Asociaciones Público Privadas autosostenibles?

COD: No precisamente, porque las autosostenibles son las que dependen de la propia vida del proyecto y del aseguramiento de una demanda que, naturalmente, es suficiente para cubrir los costos y generar el rendimiento esperado. Puede haber un compromiso si es

que en general hay una crisis por esa vía y si no está cubierto el tema del financiamiento porque entonces sí va a haber una modificación muy severa en las tasas y en las comisiones.

ART: Este es un típico caso en donde tener cuadros en el sector público podría resolver esto, porque el problema es estrictamente financiero, no es un problema económico, porque el proyecto es uno perfectamente válido, eventualmente hasta autosostenible. En consecuencia, una forma de resolver este tipo de coyunturas es que el Estado brinde una garantía a los bancos, un tratamiento en la nueva ley de aquellas que son de ejecutabilidad probable de aquellas que no lo son y con eso la nueva Ley puede comenzar a avanzar con los bancos, con la garantía del Estado.

COD: Esa es otra señal de qué había pensado hacer el MEF con el proyecto inicial del Reglamento. Hay garantías no financieras, por ejemplo, si tu peaje no te alcanza yo te doy la diferencia, entonces el proyecto originalmente te decía 'el Estado te va a cubrir esa garantía de demanda mínima y para las autosostenibles un 5% como máximo de que vas a necesitar los recursos del Estado, hay un 5% de posibilidades de que vas a necesitar la garantía y luego eso subió a 10%, entonces, sí ha habido señales del Estado de facilitar este proyecto.

9. Entonces, tenemos un panorama ni muy optimista, ni muy pesimista.

COD: Yo sí soy optimista

JPC: Yo creo que este año va haber muy poco movimiento. Habrá proyectos que vayan avanzando su etapa de iniciativa privada, pero, no concretamente financiamiento de proyectos. La única posibilidad que yo veo es que las multilaterales se involucren y que sean por lo menos la plataforma de lanzamiento de un financiamiento.

10. Alguna otra idea en la que les gustaría incidir

COD: Este es un tema muy apasionante, no solamente desde el punto de vista legal para los abogados que estamos involucrados en esto, sino en general, esto tiene un componente social, macro. Más allá de las particularidades, mas allá de estos problemas de financiamiento que son preocupantes, creo que sí estamos viviendo un momento importante en nuestro

país. La década del 90 fue importante porque empezamos a dar la cara a las privatizaciones, pero me parece que el Estado tiene que aprovechar este momento porque estamos en mejores condiciones respecto a hace 15, 20 años. Hoy hay mucho más: el país esta en mejor forma, hay mucha más estabilidad política y jurídica, hay dinero, hay problemas, pero creo que tendría que pasar algo realmente muy malo, que no se puede descartar, para retroceder. En general, soy optimista creo que sí estamos viviendo una etapa trascendental no solo como profesional, sino como ciudadano, ver esto que está pasando me parece un privilegio.

ART: Se ha hecho tanto en torno a la reforma legislativa y en transformación económica, que falta desarrollar respecto al tema de las concesiones y las APP, es decir, se ha avanzado mucho, pero hay un segundo mundo que falta explorar y que es muy necesario, por ejemplo, hospitales, colegios, cárceles. Ya se compró la idea durante varios años y ya hay predisposición del gobierno respecto a la transferencia de servicios públicos al sector privado, en el Perú hay consenso a nivel del gobierno y consenso también en la población. Solo Sedapal ha quedado como caso emblemático de que la población no quiere que se transfiera los servicios del sector público al sector privado.

COD: Eso pasaba con los puertos, pero esa imagen ya está desapareciendo.

ART: Solo se trata de enviar un buen mensaje para que la gente entienda las ventajas y desventajas y no temerle al hecho de que haya privatización que luego puedan entender la ventaja de esto. Hay un segundo avance en este proceso que dura mucho más que puertos y carreteras y que debería ser impulsado por esta nueva generación tanto de profesionales como del sector privado. Cuándo íbamos a pensar que una planta de tratamiento de

Mesa redonda con Jean Paul Chabaneix, Alberto Rebaza Torres y Cecilia O'Neill de la Fuente

agua potable iba a ser tan demandada en Perú y con empresas tan competitivas. Ahora eso está sucediendo con tres proyectos casi simultáneos, entonces hay un mundo de posibilidades en las APP, la cuestión es que

puedan aplicarse, que no está sucediendo. Tenemos la ventaja, además, de cubrir una brecha de estructura y nada mejor que poner mucha energía para comprender la importancia de esto.